

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANICE BERTÉ

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

CHAPECÓ (SC),
2012

DANICE BERTÉ

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

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Comunitária da Região de Chapecó,
UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção
do título de bacharel em Direito, sob a orientação da
Prof. Me. Gláucio Wandré Vicentin.

Chapecó (SC), maio 2012.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

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

DANICE BERTÉ

Prof. Me. Gláucio Wandré Vicentin.
Professor Orientador

Prof^a. Me. Laura Cristina de Quadros
Coordenadora do Curso de Direito

Prof. Me. Robson Fernando Santos
Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Chapecó (SC), maio 2012.

DANICE BERTÉ

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

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

Me. Gláucio Wandré Vicentin – Presidente

Robson Santos – Membro

Whilerm Negrão – Membro

Chapecó (SC), maio 2012.

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Genilde Maria Berté, uma mulher guerreira, exemplo de superação e persistência, principal incentivo na minha vida.

AGRADECIMENTOS

São tantas as pessoas a quem devo agradecer, afinal foram cinco anos e meio, em que muitos amigos, colegas, professores, passaram pela minha vida, contribuindo diretamente na minha formação, não só, enquanto estudante de direito, mas como pessoa, esculpindo em mim uma visão inovadora do direito, este enquanto instrumento propulsor de transformação da realidade.

Mas, não poderia deixar de agradecer - nominalmente - primeiramente, a Deus por ter guiado os meus passos e acalentado minha alma nos momentos difíceis.

À minha família, especialmente aos meus pais, exemplo de dedicação e superação, que me permitiram mais esta conquista.

Às minhas irmãs Daiana e Danúbia, pelo companheirismo e amor em todos os momentos da minha vida.

Ao Professor Me. Gláucio Wandré Vicentin pela disposição e orientação neste trabalho.

Às Professoras da disciplina de monografia, Me. Helenice de Aparecida Dambrós Braun e Carmelice Faitão Balbinot Pavi, pelo auxílio prestado.

Aos amigos, dentre eles as amigas Alice, Analú e Vanessa pelo companheirismo no decorrer destes cinco anos e meio, principalmente por tornarem todas as noites mais divertidas e “suportáveis”.

A todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

Acima do direito formal, da legalidade estricte, existe um direito, mais positivo do que esse, porque é, a um tempo, mais legítimo e mais forte o direito que resulta do desenvolvimento humano. (Rui Barbosa).

RESUMO

A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. Danice Berté.

Gláucio Wandré Vicentin (ORIENTADOR). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) O direito tem como finalidade assegurar à ordem no âmbito social, regulando as relações existentes na sociedade. O Direito Penal exerce funções peculiares, quais sejam de proteção aos bens jurídicos do indivíduo e da sociedade. No entanto, a sociedade como um todo é dinâmica e sofre constantes alterações que fogem do alcance das normas positivadas do direito, tornando-se impossível que o legislador consiga prever (regular) todas as circunstâncias e condutas sociais que devam ser reprováveis. Fazendo-se desta forma necessário a aplicação de outros institutos, que sejam capazes de acompanhar a dinâmica social, e ao mesmo tempo garantir a segurança jurídica. É o caso, do instituto da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente da culpabilidade, que afasta a culpabilidade sobre a conduta do agente, por não ser-lhe exigível conduta diversa, deixando-se de impor a sanção penal, medida de efeitos inenarráveis na vida do indivíduo. (OBJETIVOS) O objetivo geral da pesquisa, consiste em analisar a aplicabilidade da inexigibilidade de conduta diversa como causa supra legal de excludente da culpabilidade no ordenamento jurídico. Os objetivos específicos são: a) compreender a formação do Estado Democrático de Direito e a importância que esta transformação representa; b) abordar a prestação jurisdicional do Estado Democrático de Direito; c) conceituar o que é crime, a partir do estudo da teoria do delito, fazendo uma abordagem analítica dos seus elementos; d) analisar o processo histórico de formação das teorias da culpabilidade para compreensão da teoria vigente, analisando a culpabilidade a partir da concepção analítica, como terceiro elemento do crime; e) estudar a viabilidade de aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente da culpabilidade, como uma medida que possibilite uma releitura do direito positivado, acompanhando a dinâmica social; (EIXO TEMÁTICO) A pesquisa vincula-se ao Eixo Temático Cidadania e Estado do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ. (METODOLOGIA) O tipo de pesquisa é a bibliográfica com a utilização de materiais doutrinários, revistas jurídicas, legislação e jurisprudência e utiliza-se o método dedutivo. (CONCLUSÃO) No atual cenário jurídico-político de Estado Democrático de Direito, em que os direitos fundamentais e indispensáveis dos cidadãos já se encontram todos positivados, evidencia-se um descontentamento no seio social, que cobra pela efetivação destes direitos, exigindo do judiciário aplicabilidade fática, que vai além da letra da lei. A aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal, passa a ser um instituto que viabiliza a efetivação dos direitos do cidadão, devendo ser interpretada de acordo com os princípios gerais da constituição, dentre eles da ampla defesa. Ademais, sendo a inexigibilidade de conduta diversa um dos requisitos da culpabilidade, a sua análise deve ser obrigatória, quando da apuração de um delito. E evidenciado pelo juiz que naquelas circunstancias não lhe poderia ser exigido comportamento diverso, de acordo com o direito, deve-se reconhecer a excludente de culpabilidade. (PALAVRAS-CHAVE) Estado Democrático de Direito, inexigibilidade de conduta diversa, supralegalidade, culpabilidade.

ABSTRACT

THE UNENFORCEABILITY OF DIVERSE BEHAVIOR AS THE CAUSE SUPRALEGAL EXCLUDING CULPABILITY BRASILIAN CRIMINAL LAW. Danice Berte.

Gláucio Wandré Vicentin (ADVISOR). (Chapecó Region Community University – UNOCHAPECÓ)

(INTRODUCTION) The law aims to ensure order in the social sphere, regulating relations in society. The Criminal Law has peculiar features, namely the protection of legal interests of the individual and society. However, the society as a whole is dynamic and undergoes constant changes that are beyond the scope of the rules in force of law, making it impossible for the legislature can predict (regular) all the circumstances and social behaviors that should be disapprove. Doing so is necessary to the operation of other institutes, which are able to monitor the social dynamics, while ensuring legal certainty. This is the case, of the institute of unenforceability of diverse behavior as the cause supralegal excluding culpability, which removes the culpability on behavior of the agent, not being chargeable to you a different behavior, leaving to impose criminal punishment, as untold effects the individual's life. (OBJECTIVES) The main objective of the research is to examine the applicability of the unenforceability of diverse behavior as concerned above excluding culpability in the legal system. The specific objectives are: a) understand the formation of a Democratic State of Law and the importance that this transformation represents b) address the jurisdictional provision of the democratic State of Law; c) conceptualize what is crime, from the study of the theory of the crime making an analytical approach of its elements; d) analyze the historical process of formation of the theories of culpability for the understanding of current theory, analyzing the culpability from the analytic conception, as the third element of the crime, e) study the feasibility of applying unenforceability of diverse behavior as concerned supralegalidade excluding culpability, as a measure that allows a reinterpretation of the right positivised, following the social dynamics; (THEMATIC AXIS) The research is linked to the Thematic axis Citizenship and the State of College of Law at Chapecó Region Community University – UNOCHAPECÓ. (METHODOLOGY) The type of research is bibliographic with the use of doctrinal materials, legal journals, law and jurisprudence, and it employs the deductive method. (CONCLUSION) In current legal-political Democratic State of Law, in which the fundamental and essential rights of citizens are already positivized, it is evident within social discontent, which charges for the realization of these rights, by requiring the legal applicability phatic, that goes beyond the letter of the law. The application of the unenforceability of diverse behavior as concerned supralegal, becomes to be an institute that enables the realization of the rights of citizens, shall be construed in accordance with the general principles of the constitution, including the full defense. Moreover, with the unenforceability of diverse behavior one requirements of culpability, their analysis should be mandatory, when the investigation of an offense. And evidenced by the judge in those circumstances you would not be required different behavior, according to the law, should recognize the exclusive culpability. (KEYWORDS) Democratic State of Law, unenforceability of diverse behavior, supralegality, culpability.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CP. – Código Penal

LISTA DE SIGLAS

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TRT 4º Região – Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina

LISTA DE APÊNDICES

APÊNDICE A - ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA	101
APÊNDICE B - TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA	102

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
CAPÍTULO I.....	18
1 PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	18
1.1 O Estado Moderno: transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito	19
1.1.1 Terceiro Estado de Direito: Estado Democrático de Direito.....	25
1.2 Constitucionalismo	26
1.3 Hermenêutica jurídica.....	28
1.4 O direito penal e sua finalidade no Estado Democrático de Direito	32
1.4.1 A finalidade da pena no Estado Democrático de Direito	35
1.5 A finalidade peculiar do poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.....	37
CAPÍTULO II.....	40
2 TEORIA GERAL DO DELITO E SEU TERCEIRO ELEMENTO: A CULPABILIDADE	40
2.1 Conceito de crime.....	41
2.1.1 Conceito formal de crime	42
2.1.2 Conceito material.....	43
2.1.3 Conceito analítico de crime	44
2.2 Culpabilidade e Teoria do delito: a consolidação da culpabilidade como terceiro elemento do delito.....	48
2.2.1 O modelo clássico de delito e a Teoria psicológica da culpabilidade	49
2.2.2 O Sistema neoclássico de delito e a Teoria normativa da culpabilidade.....	50
2.2.3 Modelo finalista de delito e a Teoria normativa pura da culpabilidade	52
2.2.3.1 Elementos da culpabilidade.....	54
2.2.3.1.1 Imputabilidade	55

2.2.3.1.2 Potencial consciência sobre a ilicitude do fato.....	59
2.2.3.1.3 Exigibilidade de conduta diversa.....	64
CAPÍTULO III	69
3 VIABILIDADE JURÍDICA DAS CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA	69
3.1 Posicionamento doutrinário sobre a adoção da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente da culpabilidade	69
3.2 “Nova” perspectiva hermenêutica e inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal no ordenamento jurídico brasileiro.	73
3.3 A viabilidade de aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal no direito penal brasileiro frente o conceito analítico de delito e seu terceiro elemento a culpabilidade.....	78
3.4 Possibilidades de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa como excludentes da culpabilidade	81
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS	95
APÊNDICES	98

INTRODUÇÃO

O direito constituído pelo emaranhado de regras e princípios têm como finalidade assegurar à ordem no âmbito social, regulando as relações existentes na sociedade.

O Direito Penal, nesse contexto, exerce funções peculiares, quais sejam de proteção aos bens jurídicos do indivíduo e da sociedade, determinando por meio da positivação de normas quais são as condutas reprováveis no âmbito social e sujeitas as respectivas sanções.

No entanto, a sociedade como um todo é dinâmica e sofre constantes alterações que fogem do alcance das normas positivadas do direito, tornando-se impossível que o legislador consiga prever (regular) todas as circunstâncias e condutas sociais que devam ser reprováveis, fazendo-se desta forma necessário a aplicação de outros institutos, que sejam capazes de acompanhar a dinâmica social, e ao mesmo tempo garantir a segurança jurídica.

É o caso, do instituto da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente da culpabilidade, que não encontra no texto da lei (positivado) todas as hipóteses de sua ocorrência, frente a impossibilidade do legislador prever todas elas, e pelo fato de a culpabilidade ser um conceito aberto, que varia de pessoa a pessoa.

A aplicação deste instituto, embora supralegal tem a finalidade de resguardar a cada indivíduo a análise específica das circunstâncias que motivaram a prática daquele determinado crime, e se esta conduta é reprovável no âmbito social, analisando se era exigível do autor, naquelas circunstâncias fáticas, que adotasse uma conduta diversa, de acordo com o direito. Sem, contudo, deixar de garantir a segurança jurídica indispensável a todas as relações jurídicas.

A importância social e jurídica do tema pode-se verificar, em razão das conseqüências

que provoca a possível aplicabilidade deste instituto supralegal, na medida em que afastada a culpabilidade sobre a conduta do agente, por não ser-lhe exigível conduta diversa, deixa-se de impor a sanção penal, medida de efeitos inenarráveis na vida do indivíduo.

Ademais, a grande novidade no atual cenário jurídico, consiste na permissão da construção jurídica, uma vez que, o ordenamento jurídico brasileiro já ultrapassou o estágio da positivação dos direitos - em que há uma inflação legislativa- e agora abre espaço para criar meios de efetivá-los.

Em razão disso, por meio desta pesquisa busca-se uma construção jurídica acerca da aplicabilidade da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

No intuito de se verificar uma resposta ao tema em pesquisa, foi constituído o seguinte problema de pesquisa: É possível a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supra legal de excludente da culpabilidade no direito penal brasileiro?

Na busca da resposta a esta indagação, estabeleceu-se como objetivo geral da pesquisa, analisar a aplicabilidade da inexigibilidade de conduta diversa como causa supra legal de excludente da culpabilidade no ordenamento jurídico.

Ainda, alguns objetivos específicos para auxiliar na construção da presente pesquisa: O objetivo geral da pesquisa consiste em analisar a aplicabilidade da inexigibilidade de conduta diversa como causa supra legal de excludente da culpabilidade no ordenamento jurídico. Os objetivos específicos são: a) compreender a formação do Estado Democrático de Direito e a importância que esta transformação representa; b) abordar a prestação jurisdicional do Estado Democrático de Direito; c) conceituar o que é crime, a partir do estudo da teoria do delito, fazendo uma abordagem analítica dos seus elementos; d) analisar o processo histórico de formação das teorias da culpabilidade para compreensão da teoria vigente, analisando a culpabilidade a partir da concepção analítica, como terceiro elemento do crime; e) estudar a viabilidade de aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente da culpabilidade, como uma medida que possibilite uma releitura do direito positivado, acompanhando a dinâmica social;

Com o objetivo de alcançar as respostas suscitadas, a presente pesquisa divide-se em três capítulos, sendo que, no primeiro capítulo será abordada a evolução histórica de formação

do Estado, até a sua concepção atual de Estado Democrático de Direito, pretendendo-se compreensão histórica do papel do Estado na sociedade, bem como da prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito, analisando-se qual a finalidade da pena, neste novo contexto do Estado.

Posteriormente, no segundo capítulo, será estudado as teorias do delito, que tem como objeto a exposição sistemática dos requisitos necessários para a configuração do crime, em que a partir da análise analítica do crime será abordada a culpabilidade enquanto seu terceiro elemento, bem como, será analisada as teorias da culpabilidade, seu processo histórico, bem como a teoria vigente (teoria finalista pura) e por fim, uma abordagem sucinta das causas de exclusão da culpabilidade previstas expressamente no código penal brasileiro;

Finalmente, no terceiro capítulo, será desenvolvido um estudo acerca da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente da culpabilidade no processo penal, bem como sua viabilidade de aplicação no âmbito prático, a partir de uma nova compreensão hermenêutica, justificável no cenário jurídico brasileiro, em decorrência do pós-positivismo e de uma interpretação em consonância com a Constituição Brasileira.

Para o desenvolvimento do presente trabalho monográfico utiliza-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, porque baseado na leitura e interpretação de livros, periódicos, legislação e jurisprudências, disponibilizados na forma impressa ou eletrônica – Internet. Ainda, quanto a análise de dados, optou-se pela análise descritiva, já que o objetivo da pesquisa consiste na formação de conhecimento acadêmico, a partir a análise os fatos sem manipulá-los.

Desta forma, em decorrência do tema a presente pesquisa monográfica vincula-se ao eixo temático Cidadania e Estado, da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ.

CAPÍTULO I

1 PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O presente capítulo objetiva analisar a formação do Estado Democrático de Direito e compreender as alterações trazidas por este novo modelo.

Para tanto, parte-se da análise acerca do surgimento do Estado compreendido pela passagem do feudalismo para a Idade Moderna, em que surge o Estado Moderno, iniciado no século XVIII com a consolidação liberal dos ideais burgueses, que se subdivide em três modelos sucessivos, sendo o primeiro o Estado Liberal, seguido pelo Estado Social de Direito e por fim, evoluindo para Estado Democrático de Direito.

A partir desta evolução do Estado, mencionado estudo visa identificar quais os direitos garantidos pela Carta Magna e o papel do Estado na consolidação dos mesmos.

Ao final, o estudo se direciona para uma breve análise do processo de positivação das normas, abordando a questão dos direitos fundamentais elevados a garantia constitucional enquanto princípios, bem como do uso da Hermenêutica Jurídica, enquanto instrumento de efetivação das garantias constitucionais. Corrente esta que ganha enorme relevância no âmbito atual, na medida em que as relações sociais são cada vez mais complexas e dinâmicas, viabilizando a adequação da norma positivada a esta nova realidade.

1.1 O Estado Moderno: transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito

São inúmeras as teorias que buscam justificar o Estado, de qualquer modo, é possível afirmar que ele sofre significativas transformações no decorrer histórico.

O Estado Democrático de Direito, hoje consubstanciado na Constituição Federal da República Brasileira de 1988, é resultado de um processo iniciado no século XVIII com a consolidação liberal dos ideais burgueses, que passa inicialmente pelo Estado Liberal, seguindo pelo Estado Social de Direito e evoluído para Estado Democrático de Direito.

Estes três modelos de Estado constituem-se um desdobramento do Estado de Direito, sendo que historicamente “a noção de Estado de Direito deita suas origens já na Idade Moderna, constituindo-se em uma variante do Estado Moderno, sucedendo e opondo-se, em sua concepção, à figura do Estado Absolutista” (BARRETTO, 2006, p. 288).

Na passagem do feudalismo para a Idade Moderna ocorre o processo de “personalização e centralização” do poder pela figura do rei, em substituição ao modelo do período medieval, em que o poder era descentralizado, ocorrendo uma modificação na estrutura da sociedade, em meio aos períodos do renascimento e iluminismo (BARRETTO, 2006, p. 288).

Neste período, de formação do Estado Absolutista ocorre uma confusão entre a figura do Estado e do monarca, uma vez que este último passa a concentrar na sua própria pessoa as prerrogativas e poderes do Estado.

Através desta estrutura personalista, o monarca passa a ser detentor exclusivo do poder, e com isso, estender privilégios a “determinados grupos, como a nobreza e o clero”, enquanto exclui do “exercício de poder político uma ascendente classe mercantil detentora do poder econômico e principal financiadora da burocracia estatal”, a burguesia (BARRETTO, 2006, p. 289).

É contra esta realidade, de prevaricação de poucos e abuso de poderes do monarca, que a terceira classe excluída da participação do Estado fomenta as revoluções burguesas da segunda metade do século XVIII, principalmente a Revolução Francesa de 1789.

Embora reduzida tão-somente a Revolução da burguesia, hoje se sabe indubitavelmente que a Revolução Francesa propulsou as grandes mutações operadas na sociedade moderna, gênero de importantíssimas renovações institucionais, “na medida em que içou, a favor do Homem, a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade, decretando, com seus rumos, o presente e o futuro da civilização” (BONAVIDES, 2001, p. 30-31).

Na base destes movimentos revolucionários está a pretensão de igualdade jurídica, bem como, a “garantia de exercício irrestrito das liberdades individuais, tidas como inerentes e inatas a cada indivíduo, [...] independentemente do lugar que cada um ocupa na estrutura social” (BARRETTO, 2006, p. 289).

Estas ideologias de igualdade e liberdade que embalaram o liberalismo burguês são inspiradas notadamente no pensamento de John Locke, para quem os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, são direitos naturais, ou seja, inatos aos seres humanos e por serem anteriores ao Estado, devem por ele ser respeitado (BARRETTO, 2006, p. 289).

Neste viés, o Estado consubstanciado em (neo) liberal defende a separação das esferas em privado e público, fomentando de um lado a liberdade de mercado, e de outro o afastamento do “Estado no cenário social” (ROSA, 2003, p. 75).

Até então se adotava a limitação da atividade estatal, sendo que o Estado exercia apenas a regulamentação jurídica normativa, tendo a lei como ordem geral e abstrata. Fomentado pela idéia de hierarquia das regras jurídicas, enquanto limite ao poder do Estado (BONAVIDES, 2001, p. 41).

O Estado deveria intervir o mínimo possível, resguardando a máxima liberdade individual na esfera privada, ou seja, não interfere no mercado e nas relações da sociedade civil (BARRETTO, 2006, p. 290).

Nesse viés, ao Estado compete apenas à função de “agência coletiva capaz de devolver os sujeitos à ordem espontânea, somente. Ao Estado, como Instituição, via Direito, é descabida qualquer pretensão finalística, dentre elas a Justiça Social” (ROSA, 2011).

Segundo Copetti, esta concepção de cidadania liberal, limitada à proteção dos direitos individuais, sem qualquer interferência do Estado na vida privada, nada mais é do que uma noção individualista de cidadania, e portanto impensável em um Estado que caminha rumo a democratização (COPETTI, 2000, p. 54).

Embora os primeiros doutrinadores liberais vissem o Estado como o maior inimigo do indivíduo, isto porque a sociedade historicamente representava o meio em que o indivíduo gozava de plena liberdade, e o Estado através do Poder e soberania representava um risco a esta liberdade (BONAVIDES, 2001, p. 40).

No entanto, advém a construção do Estado jurídico e com ele as doutrinas do contratualismo social, que justificam o surgimento e a existência do Estado, bem como do Poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal.

Este contrato Social é entendido como resultado de um pacto firmado entre homens livres e iguais, que voluntariamente delegam parte de sua liberdade ao Estado, para que ele lhes assegure suas liberdades e direitos, através de regras mínimas de conduta que estabelece deveres e obrigações recíprocos.

De acordo com Hobbes esta organização política da sociedade, em que os indivíduos outorgavam poderes ilimitados ao Estado só se legitimava, por que competiria ao Estado garantir a segurança e bem estar de todos, freando a agressividade e o egoísmo do homem, pois o Homem seria lobo do homem (BARRETTO, 2006, p. 287).

Diversamente, Locke “identificava a natureza humana pelo espírito de solidariedade, liberdade e igualdade” sendo que o Estado exercia o equilíbrio das relações, autorizado pela própria maioria (BARRETTO, 2006, p. 287).

Já para Rousseau “o pacto entre os homens, expresso na vontade geral, faria prevalecer os direitos civis sobre os naturais e individuais” (BARRETTO, 2006, p. 287).

Nessa fase de transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal burguês “não se abandonam as características modernas assumidas e incorporadas pela centralização do poder que marcou o seu surgimento na Idade Moderna [...] pelo contrário, os seus traços essenciais são ulteriormente aperfeiçoados e reforçados, porém sobre um novo viés: o da burguesia” (BARRETTO, 2006, p. 290).

Nesse sentido, o Estado Liberal conserva do modelo absolutista a figura do Estado enquanto uma instituição diferenciada da pessoa que exerce seu governo, e dá origem a separação de poderes, conforme o modelo de freios e contrapesos idealizados por Montesquieu.

O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado. (STRECK, 2010, p. 92).

Nessa transição, ocorre uma inversão na relação entre poder e o direito. Rompe-se com a lógica de soberania do monarca (o rei faz a lei), para estabelecer o princípio de que a lei conforma o poder, o Estado passa a sujeitar-se aos limites e controles impostos pela lei - princípio da legalidade administrativa (BARRETTO, 2006, p. 290).

A burguesia classe dominada a princípio e, em seguida classe dominante, conseguiu tomar o poder da “Coroa” e acabar com os privilégios da “feudalidade”, por meio da propagação dos ideais comuns e inerentes a todos os indivíduos, de liberdade, igualdade e fraternidade, porém, quando se apodera do controle político da sociedade já não se interessa em manter na prática todos aqueles ideais (BONAVIDES, 2001, p. 43).

O que se vislumbra é um Estado que afasta a idéia de Estado como ordem divina, para um Estado que se destina a satisfazer os interesses dos indivíduos, no entanto o Estado liberal traduz apenas algumas das pretensões materiais da burguesia (COPETTI, 2000, p. 54).

Na verdade a burguesia com sua teoria de direito natural, de logicismo exageradamente abstrato, ao tomar o poder percebe-se com uma “teoria de Estado jurídico puro inócua”, em face da realidade social. Foi essa, sem dúvida, a maior “contradição [...] dialética do Estado moderno” (BONAVIDES, 2001, p. 43).

Cumprе esclarecer que, embora tanto o Estado de Direito como o Estado Liberal tenham origem do ideário liberal e guardem uma vinculação com esse modelo de Estado, estas figuras não se identificam, pois o Estado Liberal é uma das versões de que se reveste o Estado de Direito.

Uma vez que o Estado de Direito, não significa a finalidade e o conteúdo do Estado, na verdade ele é o “modo”, o “instrumento” pelo qual se busca a realização de seus fins, o que representa para o Estado burguês a manutenção do *status quo* vigente, (conservação do poder por uma classe econômica, que embora em nome da vontade geral passa a exercer o poder de Estado) enquanto que para o Estado Democrático de Direito constitui-se como o meio de alcançar a transformação da ordem vigente (BARRETTO, 2006, p. 291).

Desta forma, evidencia-se que foi em decorrência da oposição entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do rei que nasceu a primeira noção do Estado de Direito (BONAVIDES, 2001, p. 40).

O modelo que sucedeu o Estado liberal, denominado de Estado Social ou do Bem Estar Social, também não rompe com sua origem decorrente do Estado de Direito, o que se transforma é unicamente o conteúdo que o reveste, pois a forma de Estado de Direito não é substituída (BARRETTO, 2006, p. 291).

O Estado Social representa uma “transformação superestrutural” por que passou o Estado Liberal, porém não deve ser confundido com o modelo de Estado Socialista do Oriente, que o marxismo intenta implantar, por que dentre as principais diferenças, ele não renuncia a ordem capitalista. O que, evidencia que o Estado social se “compadece com regimes políticos antagônicos”, pois até a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista foram Estados sociais (BONAVIDES, 2001, p. 184).

Desta forma, o Estado de Direito transmutado em Social apenas assimila novos ideais, busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, e passa a preocupar-se com os interesses das “classes operárias densificadas por ocasião da Revolução Industrial e da expansão dos núcleos urbanos” (BARRETTO, 2006, p. 291).

E, ainda o “quarto estado” começa a cobrar do Estado uma atuação mais ativa, no sentido de garantia dos direitos sociais mínimos, bem como da consecução da igualdade material, em substituição a mera igualdade formal, herança do liberalismo (BONAVIDES, 2001, p. 185).

Este novo modelo de Estado Social busca implementar as garantias sociais, acrescentando a “juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição a atividade estatal e a prestações implementadas pelo Estado”, em outras palavras, “projeta-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público” (STRECK, 2010, p. 92).

Desta forma, o Estado substitui a postura neutra, adotada no Estado liberal, e passa ser intervencionista, deixando de utilizar a lei apenas como meio de limitação as suas ações, mas também, para imposição de atuação do Estado, para efetivação das garantias, proporcionando uma aproximação entre as esferas pública e privada (BARRETTO, 2006, p. 291).

Com o amadurecimento desta nova ideia de Estado, ele deixa de apresentar-se apenas “sob uma roupagem institucional normativa”, para ir além da formalidade legal, e passa a preocupar-se com o conteúdo inserido na norma, levantando a questão do efetivo “papel do Estado” (STRECK, 2010, p. 92).

Transforma-se a própria concepção de cidadania, que ultrapassa o plano civil e político e passa para a esfera social, tornando a própria ordem jurídica o meio de concretizar as metas sociais, buscando satisfazer os direitos humanos sociais, igualitários. Assim, o Estado de Direito, deixou de ser apenas “formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, com a pretensão de realização da justiça social” (COPETTI, 2000, p. 55).

O Estado Social afigura-se como aquele que “busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social, a paz econômica” (BONAVIDES, 2001, p. 187).

Desta forma, evidencia-se no transcurso histórico uma linha cronológica de formação do Estado, o modelo de Estado Absolutista (representado pela figura do Rei), que é sucedido pelo Estado de Direito (entendido como Estado Moderno) que por sua vez é sucedido por modelos de Estado que lhe são um desdobramento, que passa primeiro pelo Estado liberal, a seguir Estado Social, e resulta no Estado Democrático.

Assim, Estado Liberal, Estado Social ou de Bem Estar Social e Estado Democrático nada mais são do que versões, pautadas por fins e aspectos materiais e de conteúdo diferenciados, da forma Estado de Direito surgida na Idade Moderna por ocasião da consecução jurídica dos ideais burgueses na ruptura com o absolutismo, consolidadas e institucionalizadas no primeiro. (BARRETTO, 2006, p. 291).

Todas as transformações por que passaram o Estado, desde as primeiras trazidas pelo liberalismo, são responsáveis por demonstrar desde lá, a “face dialética em que se movia historicamente a sociedade humana” (BONAVIDES, 2001, p. 188).

Tiveram grande parte em tais mudanças as ideologias. Aliás, enquanto não positivam seus valores, as ideologias guardam na essência uma dimensão encoberta de jusnaturalismo. **Em verdade o direito natural atuou sempre como poderosa energia revolucionária e máquina de transformações sociais.** Graças à força messiânica de seus princípios, tem ele invariavelmente ocupado a consciência do Homem em todas as épocas de crise. (BONAVIDES, 2001, p. 30, grifos nossos).

Desta forma, evidenciamos que o Estado até alcançar a almejada forma de Estado Moderno, perpassou por significativas transformações no decorrer do processo histórico, movido pela dinâmica das relações sociais.

1.1.1 Terceiro Estado de Direito: Estado Democrático de Direito

Evidencia-se que o Estado Democrático de Direito é resultado de um processo iniciado pelo Estado liberal, seguindo pelo Estado social de direito e evoluído para Estado democrático de direito.

O Estado Democrático de Direito é resultado de um processo iniciado pelo Estado liberal, seguindo pelo Estado social de direito, “para num momento final, pós-Segunda Guerra, chegar ao modelo que hoje temos abstratamente à nossa disposição na Constituição Federal de 1988” (COPETI, 2000, p. 51).

Embora o contexto em que surge o Estado Democrático de Direito seja decorrente de uma linha sucessória pautada em uma nova ideologia, ele representa uma “ruptura” em relação aos modelos anteriores, uma vez que aparece como um instrumento, que “trás a tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade” (STRECK, 2010, p. 104).

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito não representa apenas a junção dos direitos de cunho individualista, apregoados no Estado Liberal, e dos direitos sociais, do Estado de Bem-Estar Social, busca efetivar a própria transformação da realidade, fundada no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante tanto do povo, como do Estado.

Assim, o Estado Democrático de Direito desperta para uma nova concepção da finalidade do Estado, que em consonância com o Direito, passa a sustentar o objetivo de efetivar a igualdade e, assim, busca ir além da mera limitação ou promoção da atuação estatal, “referenda a pretensão à transformação do *status quo*” (STRECK, 2010, p. 104).

Desta forma, ao Estado não compete apenas impor leis (mero positivismo), mas vai

além, assume uma postura de ação, e assim, busca efetivar as garantias fundamentais inerentes ao ser humano, que já se encontram positivadas (constitucionalismo), conferindo vida a letra da lei e transformando a realidade social.

Nesta esteira denota-se que “o Estado Democrático de Direito, conformado pela Constituição Federal de 1988, é um Estado de Justiça Social”, mas que não se conforma com a Justiça social – incumprida do Estado do Bem Estar Social - proveniente apenas da letra da lei, busca acima disso torná-la concreta, aplicando-a na realidade fática (CARVALHO, 2005, p. 379).

Para atingir esta finalidade, o Estado Democrático de Direito utiliza-se da lei, como “um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica”. Alcançando assim, a transformação da sociedade, não ficando limitada apenas à função de sanção ou promoção, tendo como finalidade alcançar uma “constante reestruturação das próprias relações sociais” (STRECK, 2010, p. 100).

Evidenciamos que, muito embora, o fato de o Estado ter alcançado este aspecto de Democrático de Direito, represente uma substancial modificação, que repercute em todos os aspectos possíveis, principalmente no âmbito social, político e do direito, de outro norte, o Estado Democrático de Direito nasce “impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um **conteúdo utópico de transformação da realidade**” (STRECK, 2010, p. 99, grifo nosso).

A par disso, é possível afirmar que o Estado, transmutado na feição de Democrático “aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstâncias que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia como o Brasil” (STRECK, 2010, p. 104).

1.2 Constitucionalismo

Conforme analisado anteriormente, no processo de formação do Estado Moderno, temos que a Revolução Francesa, caracterizada pela instabilidade, violência e circularidade dos acontecimentos, foi a responsável pelo marco histórico do advento do Estado liberal, além

de propulsora da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que atingiu proporções de caráter universal.

O constitucionalismo divulgou a nova ideologia – liberal - fundada como uma doutrina de limitação do poder estatal, através da separação de poderes e reconhecimento dos direitos individuais.

Assim, “a Revolução do século XVIII, com as divisas da liberdade, igualdade e fraternidade, foi desencadeada para implantar um constitucionalismo concretizador de direitos fundamentais” (BONAVIDES, 2001, p. 34).

A partir daí surgem os primeiros direitos fundamentais elevados a garantia constitucional e inerente a própria condição de pessoa.

No decorrer dos séculos, o elenco de direitos tidos como fundamentais – positivados constitucionalmente - ampliou-se significativamente, para incluir, além dos direitos políticos e individuais também direitos sociais e coletivos, ademais passaram a abordar princípios fundamentais e fins públicos relevantes.

Hoje são inúmeros os direitos fundamentais assegurados no ordenamento brasileiro na Constituição Federal de 1988, segundo os constitucionalistas são três gerações de direitos, sendo que a doutrina criou a quarta geração de direito (MORAES, 2002, p. 31-33).

Os de primeira geração são os direitos individuais, direitos do homem frente ao Estado, caracterizados pela limitação de Poder Estatal resguardando os indivíduos das arbitrariedades do Estado - prestação-negativa, obrigação de não fazer – compreendem os direitos civis e políticos, originários das liberdades clássicas (liberdade, propriedade, vida e segurança). Os de segunda geração são os direitos sociais (econômicos, sociais e culturais), impõem ao Estado a obrigação de fazer (prestação positiva), exigindo do Estado ações em benefício dos que necessitem desses direitos. Os de terceira geração são os direitos coletivos, que impõe ao Estado o dever de proteger a coletividade de pessoas, (diz respeito aos direitos do meio ambiente, qualidade de vida, paz, autodeterminação dos povos, defesa do consumidor, da criança, do idoso). Já os de quarta geração são os direitos das minorias, envolvem questões novas oriundas da modernidade como à informática, biociência, clonagem, eutanásia, estudo de células tronco (MORAES, 2002, 31-33).

Na linha do que até aqui foi exposto, a Constituição é o meio indispensável, para

viabilizar/permitir a construção das condições de possibilidade de emancipação para o Direito. Uma vez que a Constituição é responsável por garantir o espaço que permite as relações democráticas entre o Estado e a Sociedade.

Por assim dizer, pode-se afirmar que “o Constitucionalismo desempenha um papel fundamental, qual seja, de garantir os direitos mínimos de vida social democrática e digna” (MORAIS, 2002, p. 65).

Desse modo, violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir essa constituição do contrato social. Isto porque a Constituição – em especial a que estabelece o Estado Democrático de Direito, oriundo de um processo constituinte originário, após a ruptura com o regime não-constitucional autoritário-, no contexto de que o contrato social é a metáfora na qual se fundou a racionalidade social e a política da modernidade, vem a ser a explicitação desse pacto social. (STRECK, 2007, p. 248-249).

Tomando por base os apontamentos anteriores e a evolução das gerações de direitos devidamente constitucionalizados no ordenamento jurídico brasileiro fica evidenciado que já temos positivados todos os direitos fundamentais e indispensáveis aos indivíduos e as relações em sociedade.

O grande problema na realidade jurídica é a inefetividade da Constituição, “a recorrente crise da justiça, a crônica morosidade e o problema do acesso a justiça, e a não-implantação dos direitos sociais” o que gera a “absoluta falta de função social do Direito” (STRECK, 2007, p. 296).

Desta forma, ainda falta a efetivação destes direitos e garantias, transcendendo a mera positivação, para torná-los concretos, acessíveis de fato a todos os indivíduos. Para tanto, faz-se necessário abordar a Hermenêutica jurídica, por entendermo-na como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

1.3 Hermenêutica jurídica

A hermenêutica como teoria da interpretação, encontra sustento na sua própria etimologia.

A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuin*, significa “desvelar, expressar, trazer à luz algo oculto” (SILVA, 2000, p. 45). “Por ela busca-se transformar para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível [...] atribuindo-lhes um determinado sentido” (BARRETTO, 2000, p. 430).

A Hermenêutica é responsável pela teoria e prática da compreensão, dedica-se à interpretação, ao significado de textos e ações. Tem como principal finalidade (re)conhecer regras e linhas mestras para a interpretação de textos (STRECK, 2007, p. 241).

Sua origem remonta a Idade Antiga, aonde a expressão hermenêutica conservava uma conexão com o deus “Hermes”, o qual recebia as mensagens dos Deuses do Olimpo e as transmitia aos mortais, agindo este como intérprete, na medida em que lhes tornava as palavras compreensíveis (BARRETTO, 2000, p. 430).

Observa-se que tanto em torno da hermenêutica jurídica, como em torno da hermenêutica teológica sempre houve uma tensão entre o texto escrito e o sentido que lhe é conferido no momento da sua aplicação no caso em concreto. Essa tensão, “coloca a Hermenêutica diante de vários caminhos, todos ligados, no entanto, às condições de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas”, seja em um processo judicial seja em uma pregação religiosa (ROCHA e STRECK, 2006, p. 149).

Desta forma, a hermenêutica como teoria da interpretação, tem sido empregada em três esferas distintas, qual seja, primeiramente para auxiliar no significado dos textos (vocabulário e gramática) dando origem à filosofia, após, para facilitar a exegese da literatura bíblica, e por último, em nosso contexto atual, para guiar a jurisdição - realizando a tarefa de conectar a norma positivada ao caso concreto (SILVA, 2005, p. 46).

Assim, não representa nenhum exagero, afirmarmos que o estudo da hermenêutica no contexto das Ciências Jurídicas é imprescindível, ainda mais, se considerarmos seu objetivo específico, que consiste na “sistematização dos processos aplicáveis, objetivando determinar o sentido final e o alcance específico das variadas expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 1994, p. 1).

Sua importância para o direito evidencia-se principalmente em seu contexto prático, uma vez que “as leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a

minúcias” (MAXIMILIANO, 2002, p. 1).

Evidencia-se no ordenamento jurídico brasileiro que as leis são elaboradas em termos gerais e abstratos, para que possam ser estendidas a todos os casos da mesma espécie. E a função de estender o texto abstrato (norma jurídica – positivada) ao caso em concreto, compete ao aplicador do direito.

A regra não explica, a regra esconde. Na medida em que a dogmática positivista ainda não superou a metafísica clássica, ao acreditarem que a letra da lei designa não a coisa individual, mas a comum a várias coisas individuais, ou seja, como se pelo enunciado de uma norma, fosse possível abarcar a substância dos diversos casos jurídicos. Por outro lado, a dogmática jurídica também não superou a metafísica moderna, na medida em que juristas a pretexto de ‘ultrapassar’ a ‘literalidade’ do texto – coloca no sujeito a tarefa de descobrir valores ‘escondidos’ debaixo da regra, isto é, na ‘insuficiência’ da regra- construída a partir da consciência de si do pensamento pensante – entra em cena o intérprete, para decifrar o verdadeiro sentido da norma. (STRECK, 2007, p. 117).

Primeiramente o aplicador da lei deverá realizar uma “pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso em concreto, entre a norma jurídica e o fato social”, para só depois, em última análise aplicar-lhe o Direito (MAXIMILIANO, 2002, p. 1).

A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar, por modo sistemático, os princípios científicos e leis decorrentes que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do Direito, para efeito de sua aplicação e interpretação, por meio de regras e processos especiais, [...] a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos, nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam. (RAÓ, 1952, p. 542).

Desta forma, a primeira ação do executor da lei consistirá em “descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva”, para, só após, desvendar o “respectivo alcance e extensão” concedida àquela regra (MAXIMILIANO, 2002 p. 1).

A hermenêutica é, por via de consequência, um processo dinâmico, vivo e cíclico, que alimenta, crescente e constantemente os próprios métodos de interpretação, procedendo, em última instância, a sistematização dos processos aplicáveis para determinar, ao final, o sentido verdadeiro e o alcance real das expressões do Direito. (FRIEDE, 2000. p. 134).

A hermenêutica apresenta-se como instrumento que permite a “sistematização dos processos aplicáveis,” elegendo dentre todos que podem ser aplicados, o mais adequado ao caso concreto, “objetivando determinar o sentido final e o alcance específico das variadas expressões do Direito” (FRIEDE, 2000. p. 134).

No entanto, a hermenêutica jurídica critica este processo interpretativo clássico, de que o intérprete compete apenas retirar do texto seu sentido, como se o texto já possui-se em si mesmo sentido, pelo contrário, é o intérprete que atribui sentido ao texto, pois “para interpretar, necessitamos compreender, para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido” (ROCHA e STRECK, 2006, p. 149).

[...] não se encontra propriamente na norma jurídica, (lei em seu sentido extra-amplo) a verdadeira e indispensável segurança jurídica, mas pelo contrário, a hermenêutica e, mais especificamente, seu mecanismo próprio - a interpretação da norma jurídica- são o que verdadeiramente desempenham a função básica de proteger o Direito, garantindo, em última análise, uma estabilidade as relações sociopolíticas e socioeconômicas. (FRIEDE, 2000, p.134).

Fica evidenciado a necessidade de inovação no âmbito judicial, pois a dogmática jurídica já esta superada, uma vez que submete o operador do Direito frente ao dilema de optar pela “barbárie (insegurança) de um mundo representado por textos jurídicos plurívocos que (re)clamam sentidos, e o mundo da ‘segurança hermenêutica’ representado pelo consenso forçado que a dogmática impõe aos súditos” (STRECK, 2007, p. 241).

Destarte, seja incontestável o fato de ser imperiosa a existência de normas escritas (positivadas) para regular as complexas relações sociais, e ainda fornecer subsídio – segurança – “aos contratos, atividades mercantil e o próprio convívio em sociedade [...], não é propriamente na existência ou não destas normas que o problema da segurança [...] pode ser entendido e, especialmente, resolvido” (FRIEDE, 2000, p.134).

A correta aplicação dos critérios de interpretação da norma jurídica, mais do que qualquer outro fator, é que torna verdadeiramente seguro o ordenamento social, impedindo, em última análise, a subversão à ordem legal (geradora de instabilidade social) e afastamento a irresponsável e inconseqüente imposição da denominada “justiça social abstrata” (ou de outras essências da paixão) sobre a própria concepção normativa inafastável das regras de Direito, particularmente do denominado Direito Positivo. (FRIEDE, 2000, p. 134).

Ocorre que os operadores do direito não têm consciência do poder que detém, não conhecem as possibilidades hermenêuticas de produção do sentido do direito.

Acabam tornando-se prisioneiros dos emaranhados jurídico. E ficam estáticos, acreditando que sua tarefa no mundo jurídico é apenas o de reproduzir os sentidos previamente atribuídos, “isto é, a fala autorizada. Acabam aguardando que o processo hermenêutico lhes diga o caminho da verdade, ou seja, a correta interpretação da lei, não

consideram-se dignos de dizer o verbo, esperam a fala-falada” (STRECK, 2007, p. 241).

Acabam ficando os operadores do Direito vinculados a mitos imutáveis, o que restringe a sua “capacidade de produção de significação”, impossibilitando a “reconstrução” do sentido as leis, permitindo assim, que as leis os ultrapassem, e percam um dos seus principais elementos que é a adequação/função social (STRECK, 2007, p. 242).

Desta forma, o processo hermenêutico, não se apresenta como uma faculdade do operador jurídico, mas acima disso, como um “dever do operador jurídico em interpretar-lhe, dar-lhe sentido” (FERNANDES-LARGO *apud* STRECK, 2007, p. 242).

A tarefa de aplicação hermenêutica constitui-se função de todos os operadores do direito, mas essencialmente do judiciário pela sua peculiaridade de relação direta com o caso em concreto.

Portanto, para o presente trabalho se faz indispensável uma abordagem, embora sucinta, do imprescindível papel do judiciário como instrumento de efetivação dos direitos positivados, e implementação do efetivo Estado Democrático de Direito, superando a atual crise judiciária.

1.4 O direito penal e sua finalidade no Estado Democrático de Direito

O Direito Penal assim como todo o ordenamento jurídico sofreu uma substancial alteração no seu contexto e principalmente na sua finalidade, com o advento do Estado Democrático de Direito.

Pois até então, na concepção jurídico-positivista do liberalismo, fundada em suas normas rígidas e inflexíveis, o Direito limitava-se ao que estava expressamente positivado. A finalidade da norma se limitava apenas a atender a igualdade de forma genérica e impessoal, em decorrência lógica, do princípio vigente da igualdade formal, de que todos são iguais, porque a lei é igual para todos, não praticando o Estado no âmbito social nenhuma atividade de intervenção efetiva.

Ocorre que normas, embora genéricas e impessoais, podem ser socialmente

injustas quanto ao seu conteúdo. É perfeitamente possível um Estado de Direito com leis iguais para todos, sem que, no entanto, se realize justiça social. É que não existe discussão sobre os critérios de seleção de condutas delituosas feitos pelo legislador. A lei não reconhece como crime uma situação preexistente, mas, ao contrário, cria o crime. (CAPEZ, 2007, p. 6).

Desta forma, quando se analisa o Direito Penal consubstanciado no Estado Democrático de Direito, fica clara a sua intenção de adequação ao meio social, objetivando prestar atividades no âmbito social, que efetivem a igualdade no seu aspecto material, e não mais, apenas formal.

Nesse sentido, o Direito Penal ao assumir as características de Estado Democrático, deixa de impor a todos de forma generalizada a obediência a mesma lei, e passa a galgar no sentido de que toda lei possua conteúdo e adequação social, passando a definir como infração penal, somente os fatos que realmente expõe a perigo os bens jurídicos fundamentais, tornando este critério de escolha inclusive discutível, no sentido de que passa a permitir um juízo de valoração quanto a quais bens jurídicos devem ser tutelados.

Na seara da ordem jurídica exerce o a papel de mediar às relações sociais, garantindo-lhes harmonia, e ainda, “soluciona os conflitos individuais e sociais, impondo, por assim dizer, uma *ratio* a própria realidade humana” (PRADO, 2010, p. 63).

Em realidade, quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem elevadas proporções, e os demais meios de controle social apresentam-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, recorre-se ao Direito Penal, que como meio de controle social formalizado, busca resolver estes conflitos e ainda “suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens” (BITENCOURT, 2007, p. 1).

O Direito Penal, através de suas normas se destina a regular a convivência humana. E têm como missão, proteger as esferas mais importantes da vida dos indivíduos (DOTTI, 1998, p. 176).

Desse modo, caracteriza-se como base axiológica do Direito Penal, que lhe garante à imprescindível legitimidade, uma vez que “o direito não existe como um fim em si mesmo, mas para a consecução de valores essenciais ao homem e a sociedade” (PRADO, 2010, p. 64).

Em vista disso, o Direito Penal na condição de poder absoluto do Estado exerce uma finalidade específica, em relação às demais áreas do direito.

Neste sentido, sob o enfoque de um sistema político democrático, organizado de forma a garantir, tutelar e proteger os direitos inerentes ao indivíduo, o Direito Penal, visa proteger de forma legítima e eficaz os bens jurídicos fundamentais do indivíduo e da sociedade, bem como, sancionar as pessoas que excedem o patamar do razoável.

Ademais, predomina atualmente na doutrina brasileira o entendimento majoritário de que a finalidade essencial do Direito Penal consiste na proteção aos bens jurídicos fundamentais do indivíduo, assim entendem: Aníbal Bruno, Fragoso, Damásio, Toledo, Mirabete (BATISTA, 2005, p. 114).

Nesse sentido, ensina Bitencourt que “o fato social que contrariar o ordenamento jurídico constitui ilícito jurídico, cuja modalidade mais grave é o ilícito penal, que lesa os bens mais importantes dos membros da sociedade” (BITENCOURT, 2007, p. 1).

No entanto, em via transversa, parcela da doutrina entende que o Direito Penal não se limita a isto, pois exerce um papel mais relevante no âmbito social, que vai além da mera proteção aos direitos fundamentais, uma vez que exerce “função ético-social e a função preventiva” (WENZEL *apud* BITENCOURT, 2007, p. 8).

Sob este vértice, a função ético-social que o Direito Penal exerce, evidencia-se, por meio da positivação das normas que impõe sanção às condutas que exponham à perigo os bens jurídicos, mas apenas aos bens entendidos sob a perspectiva de valores fundamentais da vida social. “O direito penal objetiva, assim, [...] o reconhecimento e a proteção desses valores, que, em outros termos, caracterizam o conteúdo ético-social positivo das normas jurídico-penais” (WENZEL *apud* BITENCOURT, 2007, p. 8).

Assim, inicialmente, o direito penal destina-se a garantir “a segurança e a estabilidade do juízo ético-social da comunidade, e, em segundo plano, reage, diante do caso concreto, contra a violação ao ordenamento jurídico-social com a imposição da pena em concreto” (BITENCOURT, 2007, p. 8).

Desta forma, o direito penal traça suas diretrizes de acordo com a “escala de valores da vida em sociedade”, elegendo as ações “que contrariam essa escala social, definindo-as como comportamentos desvaliosos, apresentando assim, os limites da liberdade do indivíduo na vida comunitária” (BITENCOURT, 2007, p. 8).

O direito penal tem dentre suas finalidades eleger, por intermédio do legislador, em

consonância com dado momento histórico, quais são as condutas praticadas que devem ser reprováveis, tipificando-as e impondo gradualmente a respectiva sanção (OLIVEIRA, 2007, p. 11).

Logo, constata-se que a finalidade primeira do direito penal - preventiva - é justamente salvaguardar aqueles valores tidos como mais importantes para a sociedade, impondo ao indivíduo uma conduta de dever ser, para que ele não contrarie a lei por receio de ser punido, e, caso o faça, o direito penal age de forma repressiva, punindo o autor do delito.

Assim, o direito penal enquanto regulador da sociedade torna-se um “modelo de conduta exteriorizada em normas de determinação (dever-ser)”. Impondo pela positivação das normas, diretrizes de comportamento ao indivíduo (PRADO, 2010, p. 62).

Pois, configura-se como peculiar finalidade do direito abordar os “comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis” à própria conservação e progresso da sociedade (PRADO, 2010, p. 65).

Nesse mesmo sentido o Direito Penal, tem a função de extrair do meio social seus valores, para justificar as condutas que considera como ofensa a um bem jurídico, tipificando-as e cominado à respectiva sanção penal.

A realidade social se impõe como fator determinante na elaboração do direito, pois é a partir dela que o legislador determina o que será considerado crime – cria o crime – levando em consideração o contexto social naquele dado momento histórico, abordando as questões culturais, econômicas, políticos, sociais, problemas que cabe ao direito resolver.

1.4.1 A finalidade da pena no Estado Democrático de Direito

Constitui-se entendimento dominante na esfera do Direito Penal, que a possibilidade do Estado aplicar como sanção à pena autoriza-se pela necessidade desta, como meio para possibilitar a convivência em sociedade.

Enquanto conseqüência inevitável do Direito Penal, a pena se justifica sob o plano jurídico, através dos fins que persegue, uma vez que só a que se falar em Direito Penal quando uma conduta contrariar dispositivo de lei, que por sua vez imputar-lhe-á uma sanção.

Assim, “toda e qualquer teoria que versar sobre o Direito Penal, também sempre será uma teoria da pena” (BATISTA, 2005, p. 46,111).

A prevenção especial é também um dos fins da pena segundo orientação do Direito Penal, “devendo consistir em um mal proporcional à satisfação obtida com o delito, a sanção penal atua psicologicamente como contra-impulso.” Objetivando evitar a reincidência do autor em delinquir. A prevenção geral esta presente nos três momentos do “dinamismo penal: na cominação, na aplicação e na execução” (DOTTI, 1998, p. 226-227).

Segundo as tradicionais teorias, a imposição da pena é corolário lógico do Direito Penal, e embora inicialmente tivesse como objetivo, apenas retribuir “o mal do crime com seu próprio mal, restaurando assim a Justiça”, hoje inserida no contexto de Estado Democrático de Direito deveria servir apenas como *ultima ratio*, quando o Estado tivesse falhado em todos os outros meios de prevenção, e mantendo sempre seu caráter pedagógico, ressocializador, sem ferir os princípios inafastáveis da dignidade da pessoa humana (BATISTA, 2005, p. 46, 111).

No entanto, embora tenhamos descrito acima de forma sintetizada as finalidades do Direito Penal, bem como da pena, expostas através das tradicionais teorias absolutas, relativas e mista, fica evidenciado que seus fins não correspondem a realidade, em seu âmbito prático.

É ilusório imaginar que estas teorias escapem a um “idealismo impeditivo do conhecimento das funções que concretamente a pena desempenha numa sociedade determinada” (BATISTA, 2005, p. 112).

Por isso mesmo, que hoje se fala nas funções ocultas ou não declaradas do Direito Penal.

A partir da concepção de Welzel, que definia a finalidade do Direito Penal como defesa dos valores ético-sociais, ensejou Aníbal Bruno a suscitar a questão de que a escolha e valoração dos bens jurídicos que serão tutelados pelo Direito Penal, como ‘interesses fundamentais do indivíduo ou sociedade’, partem de um grupo social elitizado, ‘camadas sociais dominantes que organizando-se como estado, editará o direito penal’ (BATISTA, 2005, p. 115).

Ressalta-se que em uma sociedade como a nossa – brasileira - dividida em classes, “o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade”

(BATISTA, 2005, p. 116).

Observa-se que o Estado antes de tornar-se Democrático de Direito defende a separação das esferas em privado e público, fomentando de um lado a liberdade de mercado, e de outro o afastamento do “Estado no cenário social”. O Estado declina da sua função perspicua de intervencionismo, bem como de assistencialismo, por lhe ser mais conveniente, uma vez que nega sua responsabilidade no âmbito social, enquanto a sociedade permanece estática, “joguetes nas mãos da ilusória mão invisível, controlada pelos moradores da cobertura social” (ROSA, 2003, p. 75).

No entanto, esta forma organizacional de Estado não se sustenta no atual estágio brasileiro, uma vez que, o não “intervencionismo” estatal consolida-se historicamente pela ausência de implantação das medidas assistências indispensáveis por parte do Estado, para diminuir as distâncias sociais, que pelo contrário, enquanto monopólio de grupos elitizados são responsáveis pelo “empobrecimento da população” (STRECK, 2010, p. 89).

Estes efeitos – do não intervencionismo - são notados na realidade brasileira, em que a modernidade não se efetivou totalmente e o sistema jurídico enfrenta uma crise “renitente”, frente a “complexidade social contemporânea e das promessas não cumpridas” (ROSA, 2003, p. 74).

E é em decorrência desta epidemia social, e crescente desigualdade social, ainda presente no Estado Democrático de Direito que surge à necessidade de medidas de efetivação da democracia.

1.5 A finalidade peculiar do poder Judiciário no Estado Democrático de Direito

O Poder Judiciário exerce um papel fundamento e ímpar na busca da efetivação dos ideais em que se pauta o Estado Democrático de Direito.

Com o amadurecimento desta nova idéia de Estado, ele deixa de apresentar-se apenas “sob uma roupagem institucional normativa”, para ir além da formalidade legal, e passa a preocupar-se com o conteúdo inserido na norma, levantando a questão do efetivo “papel do Estado” (STRECK, 2010, p. 92).

Cabe ao Poder Judiciário tutelar os direitos em todas as suas formas, “zelando pela efetivação de práticas emancipatórias, evitando-se decisões, condutas e práticas jurídicas desprovidas de substrato constitucional material” (ROSA, 2003, p. 77).

Como no transcurso histórico sempre ocorre uma evolução social espontânea o Direito também precisa evoluir, e esta necessidade se impõe tanto ao Legislativo quanto ao Judiciário, “embora reconheça que ao Judiciário compete um papel mais dinâmico de restauração da ordem espontânea via decisões judiciais” (ROSA, 2011).

Por assim dizer, Luiz Werner Vianna *et alli* (*apud* ROSA, 2003. p. 77) faz os seguintes apontamentos, quanto ao papel do Juiz no novo contexto jurídico brasileiro:

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando uma nova arena pública [...], e, um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. [...] tem dado origem a um novo personagem da *intelligentzia*: os magistrados e membros do Ministério Público. ‘guardiães das promessas’, na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas da justiça e dos ideais da filosofia [...].

Dentre todos os operadores do direito, é o Juiz quem melhor pode exercer esta função, uma vez que esta em contato diário com os conflitos e as partes litigantes, e cabe a ele resolve-los, compete-lhe por assim dizer, a função de “individualizar o direito, procurando combinar as suas linhas gerais com traços característicos de cada um dos casos particulares de que sucessivamente se ocupa” (MONTORO, 2009, p. 416).

Explica-se assim que a ação inovadora da jurisprudência comece sempre a fazer-se sentir nos tribunais inferiores: vêem estes mais perto os interesses e os desejos dos que recorrem a justiça; uma jurisdição demasiado elevada não é a perceber rápida e nitidamente a corrente das realidades sociais. (MONTORO, 2009, p. 416).

Desta forma evidencia-se a função do juiz de estender a norma jurídica em abstrato ao caso em concreto, para tanto utiliza do método da interpretação ou hermenêutica.

A tarefa hermenêutica de tornar visível o próprio Direito pressupõe a possibilidade de (re) significá-lo, de dizê-lo. O ente Direito só é/será possível se existir o ser. É aí que a hermenêutica aqui proposta pretende construir condições (caminhos) para o-abrir-da-clareira. (STRECK, 2007, p. 293).

Portanto, o paradigma que supera esse modelo, está na inovação de que “por trás de cada regra, passa a existir um princípio”, sustentado no novo constitucionalismo, passa a ter na aplicação dos princípios o modelo de alcançar respostas hermenêuticas adequadas constitucionalmente (STRECK, 2007, p. 117).

Ao operador do jurídico cabe reler “os critérios de validade da norma com matiz garantista, reconhecendo a validade material das normas ao invés de manter fiel e cego cumprimento às regras simplesmente por serem regras.” Para efetivar o Estado Democrático de Direito deve-se abandonar o aspecto meramente formal das normas, e abrir espaço para seu aspecto material, de acordo com a Constituição (ROSA, 2003, p. 79-80).

Nesse sentido, enfatiza Ferrajoli que o juiz não está vinculado “à letra da lei, qualquer que seja seu significado”, simplesmente por que ela está positivada, mas se sujeita a lei apenas quando “válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz” (ROSA, 2003, p. 82).

Esta inovação proposta pela hermenêutica tem como condição a suspensão dos pré-juízos enfrentados no âmbito social, superando este dogma que aprisiona os operadores jurídicos.

CAPÍTULO II

2 TEORIA GERAL DO DELITO E SEU TERCEIRO ELEMENTO: A CULPABILIDADE

No presente capítulo, antes de adentrar especificamente na questão da culpabilidade, aborda-se o conceito de crime e suas características, de acordo com as teorias mais difundidas no âmbito penal, quais sejam conceito formal, conceito material e conceito analítico de crime.

Ressalte-se que, a preocupação em conceituar o que é crime decorre especialmente porque, através do seu conceito revelam-se quais os requisitos necessários para sua existência, podendo a partir deles, reconhecer quando uma conduta humana é considerada crime.

Portanto, inicialmente analisa-se a teoria geral do delito, que tem como objeto de estudo a exposição sistemática dos requisitos necessários para a configuração do crime.

Ou seja, busca “identificar os elementos que integram a infração penal, criando um roteiro a ser obrigatoriamente seguido pelos aplicadores do direito que, por meio dele, poderão concluir ou não pela existência da infração penal” (GRECO, 2010, p. 22).

Permite assim que se verifique quando determinada conduta humana, praticada no âmbito real, constitui-se um crime e, portanto, está sujeita a aplicação da sanção penal.

Dentre as principais funções que a teoria do delito exerce, destacam-se a (a) instrumental, fornece o meio que permite a interpretação dos delitos específicos (b) garantista,

tem com função garantir ao direito penal segurança jurídica (c) crítica, permite a adaptação do direito ao tempo, “pode-se não só reinterpretar teleologicamente todos os requisitos do crime (Roxin) como pretender sua modificação (futura) para alcançar algumas exigências éticas de justiça, de liberdade, de humanidade e de dignidade da pessoa humana” (GOMES, 2009, p.124).

No decorrer da pesquisa será abordado brevemente os elementos necessários para a configuração do crime, quais seja, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Após, será analisado o processo histórico de formação das teorias da culpabilidade para compreensão da teoria vigente, ou seja, teoria finalista pura.

Isso porque, sempre que se estuda um tema relacionado com os práticas de ilícitos penais, faz-se necessário um estudo sobre a culpabilidade, na medida em que esta constitui para doutrina dominante um terceiro elemento do tipo penal (funciona como característica do crime), enquanto que para a doutrina minoritária, representa apenas a possibilidade de aplicação da sanção penal ou não (funciona como pressuposto da pena).

Portanto, para chegar-se ao atual conceito de culpabilidade, qual seja da teoria normativa pura, perpassou por significativas alterações no decorrer do tempo, sendo que começa no século XIX com a teoria psicológica, evolui para a teoria psicológico-normativa no início do século XX, transforma-se em teoria normativa pura no século XX, e mantém-se em significativa transformação no século XXI.

2.1 Conceito de crime

O conceito de crime não se encontra expresso no Código Penal brasileiro, decorre, portanto, de construção doutrinária.

No entanto, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, adotando o critério bipartido, distingue crime, mesmo que delito, da contravenção penal, de acordo com a gravidade do fato e a respectiva imposição da pena, assim, considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, e contravenção, a infração penal a

que a lei comina, pena de prisão simples ou de multa.

Em razão desta diferenciação, estes dois institutos, estão submetidos a tratamentos jurídicos diferenciados, sendo que os crimes ou delitos são regulados pelo Código Penal brasileiro, enquanto as contravenções, consideradas de menor potencial ofensivo, portanto sujeitas a um tratamento mais brando recebem tratamento específico, no Dec. Lei 3.688/41, e outras leis especiais.

Dentre as construções doutrinárias existentes será explanado brevemente apenas as mais difundidas, qual seja, conceito formal, conceito material e conceito analítico de crime.

2.1.1 Conceito formal de crime

A doutrina penal formalista predominou por todo o século XX, em decorrência do positivismo legalista de Kelsen.

Esta corrente doutrinária limita-se a analisar o crime *sub specie iuris*, considerando crime toda conduta, fato humano, que é contrário a lei editada pelo Estado (GRECO, 2011, 140), nesse mesmo sentido, “o crime é um fato humano contrário à lei penal” (DOTTI, 2005, p. 375).

O delito na sua perspectiva formal versa sobre a relação existente entre a conduta do indivíduo e a lei penal. (PRADO, 2010, p. 244), ou seja, é o que o Estado descreve literalmente na lei como tal. Assim, “para se praticar um crime, formalmente, o agente precisa realizar a conduta descrita na lei pelo legislador” (GOMES, 2009, p. 126).

Esse conceito mostra-se insuficiente, na medida em que, não traduz com precisão o que realmente é crime, uma vez que leva em consideração única e exclusivamente a adequação da conduta com o fato tipificado, sem levar em consideração questões como as causas excludentes da ilicitude, ou valoração da culpabilidade.

Desta forma, se um indivíduo pratica uma conduta (ação) que se adéqua aquela conduta descrita como tipo penal, mesmo que tenha agido em legítima defesa, teria cometido um crime, uma vez que o conceito formal de crime não observa a antijuridicidade e a

culpabilidade.

Ressalte se que, essa concepção extremamente formalista, acaba por ferir quase que totalmente a visão constitucionalista do direito penal, o que é incabível na atualidade (GOMES, 2009, p. 126).

Portanto, deve-se aproveitar o conceito formalista, apenas como ponto de partida na análise do crime, em decorrência da sua vinculação ao princípio da legalidade, caracterizado pelo brocardo, *nullum crimen nulla poena sine lege* (não há crime, não há pena, sem lei anterior que a preveja – tradução nossa).

2.1.2 Conceito material

Segundo o aspecto material, conceitua-se o crime, como toda e qualquer conduta humana que viole os bens jurídicos considerados fundamentais.

Diversamente do aspecto formal, esta nova visão do crime, ressalta que, não basta para a configuração de um delito penal, que o indivíduo realize a conduta descrita na lei, faz-se necessário, que essa conduta, ofenda gravemente o bem jurídico protegido, causando um dano/resultado (mediante lesão ou perigo concreto de lesão).

Assim, do ponto de vista material o delito é analisado a partir do seu conteúdo propriamente dito, ou seja, foca no aspecto danoso da ação ou no seu desvalor social, levando em consideração o que “determinada sociedade, em dado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei” (PRADO, 2010, p. 244)

Assim é que “o crime é a ação ou omissão que, juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena” (DOTTI, 2005, p. 375).

Por este conceito de crime, analisa-se apenas a conduta e o resultado, ou seja, em decorrência da ação atingiu-se um bem jurídico relevante, causando dano (danosidade social – mediante lesão ou perigo de lesão).

Greco (2011, p. 140) critica esta corrente, por ser, insuficiente para conceituar o crime, na medida em que, é claro que ao direito penal compete proteger apenas os bens jurídicos mais relevantes, pela gravidade que advém da imposição de penas privativas de liberdade (princípio da intervenção mínima), no entanto, se não existir uma lei penal, devidamente elaborada pelo legislador que elenque aquele bem como relevante para protegê-lo, não haverá crime se este for atingido (princípio da legalidade).

Por assim dizer, não há que se conceituar como crime apenas as condutas que atinjam os bens jurídicos ditos mais importantes, pois, para que determinado bem seja considerado como relevante, faz-se necessário, pelo princípio da legalidade, que o mesmo seja elevado à esta condição de tipo penal, pelo legislador, que assim o faz, valorando os bens, de acordo com o âmbito social e a conveniência das políticas criminais.

Gomes (2009, p.131) também critica o conceito material, ao afirmar que esta teoria na atualidade deve extrair da Constituição Federal os limites que se impõe ao legislador, respeitando ao princípio da intervenção mínima, no momento de eleger como delito apenas as ofensas mais desvaliosas aos bens jurídicos mais relevantes.

Nesse sentido, superando estas críticas, alude-se a um conceito material-formal e constitucional de delito, em que o conceitua como “sendo aquele previsto na lei penal conforme o texto constitucional – ao menos, com ele não incompatível-, não só do ponto de vista estrutural-formal, mas sobretudo, no que diz respeito aos valores tutelados” (PRADO, 2010, p. 244).

No âmbito atual de Estado Democrático de direito é inconcebível analisar o direito penal, nas formas meramente formais, ou mesmo materiais. Pela gravidade que representa a imposição da pena ao indivíduo (consequência lógica da apuração do crime), uma vez que, restringe-lhe o direito fundamental da liberdade, cerceando-lhe o convívio social.

Faz-se necessário, uma nova visão de direito penal, fundada na fusão da doutrina formal e material de crime, aliada a visão Constitucional, preceito máximo no Estado Democrático de Direito, responsável por resguardar os direitos fundamentais e indisponíveis do indivíduo.

2.1.3 Conceito analítico de crime

Frente à insuficiência das teorias supra mencionadas, surge o conceito analítico de crime que passa a analisá-lo, levando em consideração todos os seus elementos e características.

Assim é que, Prado (*apud* GRECO, 2011, p. 140) de forma sintetizada e em ordem cronológica, com base na teoria analítica, descreve todos os elementos da infração penal, bem como os autores que contribuíram para a evolução da teoria do delito:

A ação, como primeiro requisito do delito, só apareceu com Berner (1857), sendo que a ideia de ilicitude, desenvolvida por Ihering (1867) para área civil, foi introduzida pelo Direito Penal por obra de von Liszt e Beling (1881), e a de culpabilidade, com origem em Merkel, desenvolveu-se pelos estudos de Binding (1887). Posteriormente, no início do século XX, graças a Beling (1906), surgiu a ideia de tipicidade.

Por assim dizer, tem-se através do conceito analítico de crime, adotado pela maioria dos doutrinadores, que “crime caracteriza-se pela a ação ou omissão típica, ilícita e culpável” (DOTTI, 2005, p. 375).

Nesse mesmo sentido, conceitua Assis Toledo (1084, p.80)

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois ação típica, ilícita e culpável.

Bem como, precisamente conceitua Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 200):

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

Por assim dizer, o conceito analítico de crime, exerce uma função específica, qual seja, de fornecer um instrumento capaz de verificar, com clareza, a ocorrência ou não de um crime. Para tanto, analisa de forma individual todos os elementos que integram o conceito de crime.

No entanto, ressalte que, embora analisado de forma fatiada (individual), o conceito analítico não torna os elementos que compõem o crime autônomo, passíveis de divisão, isso porque, ou o agente comete o crime, fato típico, ilícito e culpável, ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal.

Assim, verifica-se que, as três elementares do crime são interligadas, e sucessivas, na medida em que, ao analisar os fatos, constando-se que o fato não é típico, não há necessidade de verificar se o mesmo será antijurídico, e muito menos se culpável, isso porque, ausente um dos três requisitos do crime, este não se configura, e por conseqüência lógica, não há que se falar em aplicação de pena.

Assim, pode-se dizer que cada um desses elementos (tipicidade, antijuricidade e culpabilidade), “é uma antecedente lógico e necessário a apreciação do elemento seguinte” (GRECO, 2010, p. 22).

Nesse mesmo sentido, Cerezo Mir (*apud* BITENCOURT, 2011, p. 391) afirma que “os diferentes elementos do crime estão numa relação lógica necessária. Somente uma ação ou omissão pode ser típica, só uma ação ou omissão típica pode ser antijurídica e só uma ação ou omissão antijurídica pode ser culpável”.

Além dessa corrente tripartida, predominante no âmbito nacional e estrangeiro, que conceitua o crime levando em consideração as elementares: fato típico, ilícito e culpável, tem-se uma outra parcela de doutrinadores que adota o conceito bipartido de crime e considera como elementos do crime apenas o fato típico e antijurídico.

Para essa corrente, adotada por Damásio, Delmonte, Dotti, Gomes, Mirabete, a culpabilidade não faz parte do conceito de crime, sendo esta, apenas um pressuposto para a aplicação da pena, que só deve ser observado no momento da individualização da pena pelo juiz.

Sendo assim, para esta parcela da doutrina, à culpabilidade, hoje, não deve ser entendida como requisito do crime ou fato punível, mas apenas, como juízo de reprovação ao agente do crime e, desse modo, a culpabilidade representa a ligação entre o delito e a respectiva imposição da pena (GOMES, 2009, p.132).

Segundo Bitencourt (2011, p. 386), foi através desta afirmação de Dotti, de que “o crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção

será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação, que é uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um *posterius* destacado do fato”, que Mirabete mudou seu posicionamento sobre o conceito de crime até então tripartido, e passou a considerar a culpabilidade apenas como pressuposto da pena.

Este também é o entendimento de Fernando Capez (2007, p. 299) para quem a análise da culpabilidade consiste na fase em que “afere-se apenas se o agente deve ou não responder pelo crime cometido” e esta nada tem a ver com o crime, pois este já está caracterizado. Assim, “sem culpabilidade não pode haver pena (*nulla poena sine culpa*) e sem dolo ou culpa não existe crime (*nulum crimen sine culpa*)”.

No entanto, Bitencourt rebate estas afirmações, afastando a premissa de que a culpabilidade pertence à teoria da pena, através das indagações: “a) seria possível a imposição de sanção penal a uma ação típica, que não fosse antijurídica? b) poder-se-ia sancionar uma ação antijurídica que não se adequasse a uma descrição típica? c) a sanção penal, não é uma consequência do crime?” E através destas questões, aponta para a conclusão de que tanto a tipicidade quanto a antijuridicidade são pressupostos da pena, visto que, a pena é a consequência jurídica do crime, e só a que se afirmar a ocorrência do crime, quando estiverem presentes todos os seus elementos, quais sejam tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (BITENCOURT, 2011, p. 394).

Nesse mesmo sentido, Fragoso (1985, p. 216) afirma que “crime é o conjunto dos pressupostos da pena”, sendo que, “crime, é assim, o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que possa ser aplicável a sanção penal”, portanto, ilícito, antijurídico e culpável.

Diferentemente do que preceitua a corrente minoritária (teoria bipartida do direito) de que a culpabilidade representa a aferição da pena, quando o delito já está caracterizado, entende-se que a culpabilidade não é um pressuposto da pena.

Concorda-se com os apontamentos de Fragoso e Bitencourt, uma vez que a teoria tripartida do direito mostra-se a mais acertada, pois para a apuração de um crime, deve-se analisar seus três elementos fato típico, antijurídico e culpável.

Isso porque, um elemento pressupõe o outro, assim, quando comprovada a tipicidade do fato, parte-se para análise da antijuridicidade, ficando esta evidenciada, analisa-se a

culpabilidade do agente, que caso comprovada estará configurado o crime e, portanto, aplicar-se-á a sanção penal, que nada mais é, do que a consequência lógica do crime.

Portanto, de acordo com a visão analítica, conceitua-se o crime como fato típico, ilícito e culpável, composto dos seguintes elementos:

A tipicidade caracteriza-se como o tipo incriminador, pois descreve de forma abstrata um determinado fato, que o indivíduo fica proibido de praticar pela lei, sob pena de imposição de sanção penal. Momento onde se verifica se determinado fato preenche todos os requisitos exigidos para a configuração de uma determinada ofensa ao bem jurídico, conforme descrito no tipo.

Dentre a tipicidade, analisa-se como seus elementos: a) conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; b) resultado; c) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; d) tipicidade (formal e conglobante).

A ilicitude ou antijuridicidade exprime a relação de contrariedade da conduta do indivíduo com todo o ordenamento jurídico, ou seja, juízo de desvalor objetivo que recai sobre a conduta típica do indivíduo, (um juízo negativo) pela averiguação de que não ocorre nenhuma causa justificante, enumeradas no art. 23 do CP¹.

A culpabilidade que é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente. Que tem dentre seus requisitos: a) imputabilidade; b) potencial consciência sobre a ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa, abordados detalhadamente no item abaixo 2.2.

2.2 Culpabilidade e Teoria do delito: a consolidação da culpabilidade como terceiro elemento do delito

Sabidamente, Von Liszt afirmou que “é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do direito penal” (VON LISZT *apud* GRECO, 2009, p. 31).

¹ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o direito penal apresentou grande evolução, isso porque, desde Von Liszt e Beling precursores da teoria da culpabilidade, ocorreram várias modificações, que impulsionaram o desenvolvimento da teoria da culpabilidade, exercendo esta um papel central na ciência do direito penal.

Partindo do pressuposto de que a teoria do crime é responsável por fornecer os elementos necessários para analisar no caso concreto a ocorrência do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), concluí-se que há uma relação entre elas e, portanto, será analisada a culpabilidade inserida na teoria do crime.

A partir do conceito analítico de crime, que elenca como características a ação típica, antijurídica e culpável, aborda-se as três teorias do delito que se destacaram no decorrer dos anos (modelo clássico de delito, modelo neo-clássico e o modelo finalista) analisando em seu contexto, as respectivas teorias da culpabilidade (a teoria psicológica do século XIX, a teoria psicológico-normativa do início do século XX, a teoria normativa pura do século XX).

2.2.1 O modelo clássico de delito e a Teoria psicológica da culpabilidade

Estes dois autores alemães, Liszt e Beling, adotando uma visão analítica do delito, dividem-no em dois aspectos: externo (ação típica e antijurídica) e interno (culpabilidade).

A ação é um movimento corporal causador de um resultado no mundo exterior; a tipicidade é a descrição objetiva do acontecimento; (BELING *apud* SANTOS, 2002, p. 4) a antijuridicidade é a valoração de um acontecimento contrário às proibições e permissões do ordenamento jurídico, a culpabilidade é um conceito psicológico, sob as formas de dolo e imprudência, que concentra todos os elementos subjetivos do fato. (LISTZ *apud* SANTOS, 2002, p. 4).

Esse modelo causal de Liszt e Beling fornece as duas bases do conceito psicológico da culpabilidade, atribui elemento objetivo à antijuridicidade, como lesão causal do bem jurídico, e atribui os elementos subjetivos à culpabilidade, que consiste na relação psíquica do autor com o fato (na forma de dolo e culpa) (SANTOS, 2002, p. 175).

Ressalte-se que a antijuridicidade desenvolvida inicialmente por Von Hering para o direito civil, passa no contexto penal a ser analisada junto da ação típica, em que representava

o injusto penal, e sem analisar o elemento subjetivo do agente, servia para comprovar objetivamente se a conduta do agente contrariava a lei penal (GRECO, 2009, p. 374-375).

Segundo esta teoria, a culpabilidade (parte interna do delito), era responsável por estabelecer a relação psicológica entre o autor e o fato, analisando aqui, os elementos subjetivos na forma de dolo e culpa/imprudência.

Essa teoria preponderou no fim do século XIX e início do século XX, e era reconhecida como **teoria psicológica da culpabilidade**, em que analisava a vontade do agente, ou seja, a culpabilidade representa o “vínculo psicológico que ligava o agente ao fato ilícito por ele cometido” (GRECO, 2009, p. 376).

Nesta teoria o dolo e a culpa representavam a culpabilidade na sua totalidade. Sendo que, só admitia como pressuposto destas duas espécies de culpabilidade, a imputabilidade, que nada mais é do que a capacidade de ser culpável.

A imputabilidade é entendida como a “capacidade geral ou abstrata de compreender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do fato, excluída ou reduzida em situações de imperfeição (imaturidade) ou de defecção (doença mental) do aparelho psíquico (SANTOS, 2002, p. 175).

Esta teoria considerava a culpabilidade, como o elemento “anímico, psicológico”, a vontade que ligava de forma puramente subjetiva o agente com o fato delituoso. (BITENCOURT, 2011, p. 396).

Essa teoria psicológica permitia que a culpabilidade fosse afastada apenas diante de causas que eliminassem o vínculo psicológico entre a ação e o resultado, cite-se por exemplo, os casos de erro, ou coação, que afastam o elemento subjetivo do agente (vontade, previsão).

Ocorre que, esta teoria mostrou-se insuficiente nas questões em que não existe uma relação psíquica entre autor e resultado, como na culpa inconsciente, na omissão, nas causas de exculpação e nas situações em que o agente não podia agir de forma diversa, pois sua vontade estava viciada.

2.2.2 O Sistema neoclássico de delito e a Teoria normativa da culpabilidade

A teoria clássica do delito sofreu alteração por volta de 1907, por intermédio da obra de Reinhard Frank, de cunho neokantista, alterando substancialmente na tipicidade e deu origem a teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

Pode-se dizer que neste período, ocorre uma desintegração dos elementos presentes no modelo anterior (clássico – naturalista), e a partir de uma nova compreensão de seus valores, eles são reorganizados, através da teologia.

A ação deixa de ser naturalista para assumir um sentido normativo que permita a compreensão tanto da ação em sentido estrito (positiva) como da omissão – comportamento humano voluntário (GRECO, 2007, p.388).

A tipicidade perde a natureza descritiva e livre-de-valor e passa admitir elementos subjetivos (ex. ânimo de lucro, ânimo de injuriar, a intenção de apropriação no furto, etc.) e elementos normativos (documento, motivo torpe, etc.), rompe com a concepção meramente descritiva e não valorativa da tipicidade (SANTOS, 2010, p. 5).

A antijuridicidade deixa de ser meramente formal (oposição à norma) frente a sua insuficiência e aliado a isso passa a conter um juízo de desvalor material sobre a conduta do agente, de acordo com a danosidade social que ela representa (GRECO, 2007, p.388).

Essa nova teoria percebeu que a culpabilidade não podia ser meramente psicológica e, portanto, introduziu “no conceito de culpa um elemento normativo, um juízo valorativo que se expressa na fórmula: reprovabilidade pelo ato praticado”, criando assim o requisito da exigibilidade de conduta diversa (DOTTI, 2010, p. 428).

Desta forma “de mera relação psicológica entre o agente e o fato, a culpabilidade passou a constituir-se de um juízo de censura ou reprovação pessoal, com base em elementos psiconormativos” (GRECO, 2009, p. 376).

Segundo Frank, fazia-se necessário analisar as circunstâncias em que o agente agiu, pois quando este agisse em estado de anormalidade podia-se exculpar o agente, assim, as "circunstâncias anormais afastariam a reprovabilidade da conduta. Assim, a culpabilidade passa a ser, ao mesmo tempo, uma relação psicológica e um juízo de reprovação" (BITENCOURT, 2011, p. 398).

Segundo esta teoria, a culpabilidade passa a representar o vínculo psicológico e a reprovabilidade por ausência de causas de exclusão da inexigibilidade de conduta diversa, e conta com três requisitos: a) imputabilidade ou capacidade de culpabilidade (elemento subjetivo do crime), b) elemento psicológico-normativo em que está a consciência da ilicitude (dolo e culpa), c) exigibilidade de conduta diversa, de acordo com a norma (causas de exclusão) (SANTOS, 2002, p. 178).

Exerceu grande importância no aperfeiçoamento desta nova teoria da culpabilidade, os autores James Goldschmidt (1930), Mezger (seu difusor) e Berthold Freudenthal, para este último, o elemento capaz de diferenciar se uma conduta era ou não um delito, consistia na exigibilidade, analisava se o indivíduo podia agir de outra maneira, atribuía assim, um juízo de reprovabilidade a conduta do agente (no caso em concreto) (BITENCOURT, 2011, p. 399).

Neste novo modelo, abandona-se o conceito psicológico em face do conceito normativo. O juízo de desaprovação jurídica da conduta do agente converte-se na base do sistema, assim, a exigibilidade de conduta diversa passou a refletir sobre toda a culpabilidade.

Assim, para que se pudesse imputar ao agente uma conduta ilícita, e a respectiva sanção, era insuficiente a presença dos elementos subjetivos (dolo e culpa), faz-se necessário, analisar se nas condições em que se encontrava o autor, podia-se-lhe exigir um comportamento diverso, conforme o direito.

2.2.3 Modelo finalista de delito e a Teoria normativa pura da culpabilidade

A teoria do delito encontra na teoria finalista um dos mais importantes pontos da sua evolução. Com o finalismo de Welzel, no final da primeira metade do século XX a culpabilidade passou a ser **puramente normativa**.

Isso porque, o finalismo retirou o dolo e a culpa da culpabilidade, deslocando-os para a tipicidade, assim, a ação deixa de ser considerada como mero ato voluntário que acarreta modificação no mundo externo e passa a considerar a finalidade do indivíduo a partir de sua conduta (GRECO, 2011, p. 378).

Ação humana é exercício de atividade final. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, estabelecendo, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme o seu plano, a consecução desses fins. [...] Atividade final é um agir orientado conscientemente ao fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido ao fim, senão que é a resultante dos componentes causais existentes em cada caso. (WELZEL *apud* GRECO, 2011, p. 378).

Desta forma, o dolo não podia mais ser analisado em sede de culpabilidade, portanto, Welzel o transferiu para o tipo, retirando deste sua carga normativa. O dolo finalista, passa a ser um dolo natural, em que não precisa aferir a consciência sobre a ilicitude do fato. A adequação da conduta ao tipo só ocorre quando evidenciada a finalidade do agente.

A antijuridicidade trata da desconformidade entre a ação do indivíduo e o que esta previsto no ordenamento jurídico. Assim, na concepção finalista os tipos penais, “passaram a considerar-se complexos, uma vez que neles deviam fundir-se os elementos de natureza objetiva com aqueles de natureza subjetiva (dolo e culpa)” (GRECO, 2011, p. 380).

Assim na culpabilidade, permaneceu como elemento a imputabilidade, mas passa-se a analisá-la como de natureza normativa “(caberia ao juiz verificar se o réu tinha ou não capacidade de entender) e não mais como subjetivo (algo pertencente só a cabeça do réu)” (GOMES, 2009, p. 412).

Além da imputabilidade, no lugar do dolo e culpa, acrescentou-se a potencial consciência da ilicitude do fato (agora potencial, pois afastada do dolo) e a exigibilidade de conduta diversa, todos de caráter normativo, cabendo ao juiz analisá-los e fazer o juízo de reprovação pessoal ao agente (GOMES, 2009, p. 413).

Segundo esta teoria, que desloca o dolo e a culpa da culpabilidade para o tipo subjetivo de injusto, retirando o caráter subjetivo da culpabilidade, tornando-a mero juízo de valor, a culpabilidade passa a contar com três requisitos: a) imputabilidade ou capacidade de culpabilidade (elemento subjetivo do crime), b) conhecimento real ou possível do injusto, c) exigibilidade de comportamento diverso, de acordo com a norma (SANTOS, 2002, p. 178).

A partir da corrente finalista inclui-se como elemento da culpabilidade a potencial consciência da ilicitude (conhecimento da proibição), a inovação na culpabilidade consiste no juízo de reprovação pessoal sobre a conduta do agente, quando este, podia agir de outra forma, de outro modo, naquelas circunstâncias, sem praticar uma ação contrária ao Direito,

uma vez que, é detentor de liberdade de ação e capacidade intelectual para prever sua conduta.

Em decorrência disto Prado (2010, p. 385) afirma que a culpabilidade, esta constituída por elementos intelectuais e volitivos. “O elemento intelectual da reprovabilidade vem a ser o conhecimento ou cognoscibilidade da realização da conduta típica e a ilicitude e o elemento volitivo é a não exigibilidade de obediência ao Direito (elemento normativo)”.

As conseqüências que a teoria finalista trouxe no aspecto da culpabilidade são inúmeras. Dentre as principais, ao transferir o dolo e a culpa para a tipicidade, separou o tipo penal em doloso e culposos.

2.2.3.1 Elementos da culpabilidade

A culpabilidade exige uma análise específica do caso em concreto, pois ela tem o condão de fazer sobre a conduta do indivíduo um juízo valorativo, de acordo com os aspectos sociais e morais dentre uma determinada realidade social.

Ainda quanto a culpabilidade no contexto dos ilícitos penais, ela tem a característica de valoração da conduta, de acordo com o contexto social, assim, “a culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo” (PRADO, 2010, p. 379).

A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Assim, não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável (PRADO, 2010, p. 378).

Conforme se depreende do ensinamento de Zescheck (*apud* MEROLLI, 2010, p. 364) temos que:

[...] por culpabilidade devemos entender o juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor de um injusto penal, por ter ele atuado contra o direito, quando, nas circunstâncias, lhe era exigível um comportamento em conformidade ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a culpabilidade deve ser analisada nos casos em que o agente pratica

uma conduta (ação ou omissão), que embora seja típica e ilícita, não existe sobre aquela situação em concreto, uma reprovabilidade e desta forma afastar-se-ia a culpabilidade sobre a conduta. Não sendo possível impor ao agente uma sanção penal pela sua conduta, pois naquela situação em concreto, não era possível exigir-lhe, que agisse conforme o direito.

Dentre as teorias da culpabilidade abordadas anteriormente, todas de relevante valor para a gradual evolução da teoria da culpabilidade, podemos afirmar que o Código Penal brasileiro adota, isso desde a reforma do CP de 1984, a concepção normativa pura da culpabilidade (DOTTI, 2010, p. 430).

Isso porque, exige do indivíduo imputável, a capacidade de reconhecer a ilicitude da conduta e ainda a capacidade de adequar-se aos comandos do direito.

A partir da definição trazida pelo finalismo de Welzel, pode-se afirmar que a culpabilidade é composta pelos seguintes elementos normativos: a) imputabilidade, b) potencial consciência sobre a ilicitude (antijuridicidade), c) exigibilidade de conduta diversa, que serão mais bem exploradas nos tópicos abaixo.

2.2.3.1.1 Imputabilidade

A imputabilidade consiste na possibilidade de ser atribuída culpabilidade ao agente pela prática de um fato típico e antijurídico, para isso, diz-se que o agente deve ser imputável.

Por assim dizer, imputável é o indivíduo que tem a capacidade para entender o caráter ilícito da sua conduta, e ainda assim, de querer determinar-se de acordo com esse entendimento.

Conforme definição de Fragoso, a imputabilidade é “a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento” (FRAGOSO *apud* DOTTI, 2010, p. 431).

Já o inimputável, é o indivíduo que ao tempo da conduta, mostra-se incapaz de entender o caráter ilícito da conduta, isso porque, o incapaz não tem capacidade de reprovação, pois não compreende o que está fazendo, e não tem condições de determinar-se

de forma diferente de acordo com o direito (GOMES, 2007, p. 418).

O art. 26, *caput*, do Código Penal brasileiro, fornece o conceito de culpabilidade, além de elencar as hipóteses em que o agente será considerado inimputável, quer por doença mental², ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Desde que, estas causas o tornarem ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, excluir-se-á a sua punibilidade.

A partir deste artigo, evidencia-se que, para aferição da imputabilidade do agente, o Código Penal brasileiro adota dois critérios simultâneos.

O critério biológico analisa a saúde mental do indivíduo, ou seja, observa se o agente possui alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Já o critério psicológico analisa se o agente era irresponsável a data do fato, seja qual for à causa da incapacidade, desde que esta, lhe afaste as condições de apreciar a criminalidade do fato, e determinar-se de acordo com essa apreciação (BITENCOURT, 2011, p. 412).

A partir da união destes dois critérios (biológico e psicológico), surge o critério biopsicológico, que é adotado pelo Código Penal brasileiro como regra geral, sendo exceção, a aplicação do critério biológico, no caso dos menores de 18 anos, conforme decorre da análise dos artigos 228 da Constituição Federal e 27 do Código Penal, os quais estabelecem que os menores de dezoito anos, são penalmente inimputáveis (absolutamente).

Contudo, mesmo que comprovada uma das causas de inimputabilidade, para que ela

² Quanto ao termo ‘doença mental’ adotado pelo Código Penal brasileiro, Néelson Hungria esclarece que a preferência pela expressão ‘doença mental’ ao invés do termo ‘alienação mental’, sobreveio, porque aquela “abrange todas as psicoses, quer as *orgânicas* e *tóxicas*, quer as *funcionais* [...], isto é, não só as resultantes de processo patológico instalado no mecanismo cerebral precedentemente são (paralisia geral, progressiva, sífilis cerebral, demência senil, arteriosclerose cerebral, psicose traumática etc.) e as causadas por venenos *ab externo* (alcoolismo, morfismo, cocainismo, saturismo etc.) ou *toxinas metabólicas* (consecutivas a transtornos do metabolismo produzidos por infecções agudas e enfermidades gerais etc.) como também as que representam perturbações mentais ligadas ao psiquismo [...] que correspondem funcionalmente desvios da normal conduta psíquica (esquizofrenia, loucura circular, histeria paranóia). (HUNGRIA, Néelson. 2001. p.333-335)

seja aplicada, faz-se necessário verificar se o agente era ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Dessa forma, se for comprovada a inimputabilidade total do agente, ele será absolvido, de acordo com previsão do art. 386, VI, CPP, sendo-lhe imputada uma medida de segurança.

Porém, há casos em que o indivíduo embora não seja absolutamente incapaz, tem diminuída sua capacidade de censura, de valoração, quer em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Nesses casos, diz-se que o agente é apenas relativamente incapaz ou fronteiro, e portando, deve ter a censura sobre sua conduta reduzida, assim, o art. 26 do Código Penal prevê a possibilidade de redução da pena de um a dois terços (BITENCOURT, 2011, p. 420).

No entanto, existem situações que vão além dos aspectos acima mencionados da imputabilidade, isso porque, há situações em que o agente, embora seja ao tempo do fato penalmente capaz (em decorrência da idade e da higidez mental), esteja naquele momento amparado por outra situação de inimputabilidade (DOTTI, 2010, p. 432).

É que ocorre, no caso de embriaguez fortuita completa, dependência toxicológica e intoxicação fortuita, são situações que retiram do autor, por inteiro a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, portanto, também são causas de extinção da imputabilidade e por consequência da culpabilidade.

A **Embriaguez** a que se refere, consiste na completa intoxicação do agente, causada pelo álcool ou outra substância que gere efeitos análogos.

Conforme previsão expressa do art. 28, § 1º, CP, quando a embriaguez completa for proveniente de caso fortuito (o agente desconhece o efeito inebriante da substância ou sua particular condição de suscetibilidade a tal substância ou ainda decorre de fato acidental) ou força maior, tem o condão de gerar a exclusão da imputabilidade, não sendo imposta ao indivíduo nem pena, nem medida de segurança.

Já, quando for o caso de **dependência toxicológica**, nos termos do art. 45 da Lei 11.343/2006, “é isento de pena o agente que, em razão de dependência [...] era, ao tempo da ação ou omissão, [...], inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de

determinar-se de acordo com esse entendimento.

Assim, quando comprovada a dependência tóxica, a sentença do juiz será absolutória imprópria, pois embora absolva o réu, poderá aplicar o tratamento necessário. Mas, caso a dependência toxicológica gere apenas a semi-imputabilidade, será proferida sentença condenatória, mas com a redução de pena de um a dois terços, conforme previsto no art. 46 da Lei 11.343/06, bem como no próprio no art. 28, §2º, do CP. (GOMES, 2009, p. 431).

Em se tratando de intoxicação fortuita, proveniente do uso de drogas, segue-se o mesmo procedimento acima descrito da dependência toxicológica, definida no art. 45 da Lei 11.343/06.

Ressalte-se que, nos casos em que o agente agir em situações psíquicas anormais, relacionadas a emoção e a paixão, ou a embriaguez, voluntária ou culposa, segundo art. 28 do CP, não excluem a imputabilidade penal, podem, somente, privilegiar o tipo de injusto ou atenuar a pena.

Nesse sentido Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 189) critica este posicionamento adotado pelo Código Penal brasileiro, de não afastar a culpabilidade nos casos da emoção e paixão, pois fere o princípio da culpabilidade. Isso porque, tanto as emoções, quanto a paixão, representam uma descarga agressiva, que causa perturbação psíquica ao indivíduo, embora não patológica, é capaz de excluir-lhe ou reduzir-lhe a capacidade de culpabilidade, ressalta ainda que, estas pulsões fundamentais do homem, ou seja, “manifestações da afetividade humana devem ser avaliadas no contexto das aquisições da moderna psicologia, que o sistema de justiça criminal não pode ignorar”.

Portanto, configurada uma das hipóteses acima descritas, que afastam a capacidade de imputação ao agente, afastar-se-á sua culpabilidade, por ausente o primeiro pressuposto desta (imputabilidade).

A não ser que, trate-se de uma *actio libera in causa* (ação livre na causa – tradução nossa), que não tem o condão de afastar a culpabilidade.

Este instituto jurídico ocorre nos casos em que o indivíduo encontrava-se inimputável no momento da ação criminosa (o que em tese afastaria a culpabilidade), porém, a sua capacidade de culpa é identificável em momento anterior. É o que ocorre na embriaguez preordenada, quando, por exemplo, o indivíduo planeja um crime e para encorajar-se a

executá-lo se embriaga, embora no momento da prática do crime esteja embriagado e, portanto inimputável, ele anteriormente de forma dolosa planejará o crime (DOTTI, 2010, p. 432-433).

Não se afasta a culpabilidade nestes casos, pois o agente na ação precedente age com dolo, (elemento intelectual) momento em que planeja a prática de um crime, ou seja, ele quer a realização do fato ilícito, mas para que a ação posterior ocorra, o agente se coloca de forma dolosa em estado de incapacidade de culpabilidade (ex. embriaga-se para produzir o resultado).

2.2.3.1.2 Potencial consciência sobre a ilicitude do fato

No processo de análise da culpabilidade após a mensuração da imputabilidade do indivíduo, caso esta fique evidenciada, passa-se para a análise do segundo requisito da culpabilidade, que consiste na averiguação da consciência do indivíduo sobre a ilicitude do fato praticado.

Não se pode confundir o desconhecimento da lei, com o instituto da potencial consciência da ilicitude do fato. Embora ambos guardem relação direta, pois, “ilicitude é a relação de contrariedade que se estabelece entre a conduta humana voluntária do agente e ordenamento jurídico”, porém, “não há que se falar em ilicitude se não houver um diploma legal impondo ou proibindo determinada conduta” (GRECO, 2007, p. 409).

Através da teoria pura normativa da culpabilidade, vinculada à teoria final da ação, deixa-se de mensurar a consciência da ilicitude do fato por parte do agente de acordo com o conteúdo psicológico (volitivo), e passa-se a analisar, se o indivíduo teria a possibilidade de saber que aquela conduta era proibida, separa-se a consciência do fato e a consciência da antijuridicidade do fato. Sendo que a primeira fica restringida ao dolo (vontade do fato), elemento subjetivo pertencente aos crimes dolosos, questão afeta a tipicidade do fato; enquanto que a consciência da antijuridicidade do fato fica vinculada à culpabilidade, como juízo de reprovação sobre a conduta do agente (SANTOS, 2009, p. 195).

A consciência da ilicitude consiste na “a compreensão que o sujeito tem quanto ao

caráter ilícito do fato que esta praticando ou irá praticar” (DOTTI, 2010, p. 432).

Por assim dizer, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato, como o próprio nome sugere, é a possibilidade de se visualizar, quando da prática de um crime, se o indivíduo que a praticou tinha condições de saber que aquela conduta era ilícita, ou diga-se, contrária ao direito.

Essa consciência da ilicitude é analisada apenas na sua forma potencial, ou seja, “quando o agente, embora não tendo a percepção da ilicitude do fato, deveria tê-la em face de sua capacidade de culpa resultante da idade (igual ou superior a 18 anos) e da integração no meio social” (DOTTI, 2010, p. 432).

A potencial consciência sobre a ilicitude do fato é um dos pressupostos da culpabilidade, em que não se exige do indivíduo que ele tenha conhecimento do caráter injusto do fato, mas a possibilidade de que o agente tenha esse conhecimento no momento da ação ou omissão.

[...] o que importa, é investigar se o sujeito, ao praticar o crime tinha a possibilidade de saber que fazia algo de errado ou injusto, de acordo com o meio social que o cerca, as tradições e costumes locais, sua formação cultural, seu nível intelectual, resistência emocional e psíquica e inúmeros outros fatores. (CAPEZ, 2007, p. 324)

Assim, nos casos em que o indivíduo pratica uma infração penal, e verificar-se que naquelas condições não tinha a possibilidade, nem sequer potencial de saber que aquela sua conduta era contrária ao direito, não ficará comprovado o segundo requisito da culpabilidade, que é a consciência da ilicitude e, portanto, o indivíduo que praticou o fato, estará amparado por uma circunstância excludente da culpabilidade.

São duas as causas capazes de excluir a potencial consciência da ilicitude, sendo o erro de proibição e o erro de tipo permissivo.

O de **erro de proibição** tem o seu conceito extraído do art. 21 do CP e recai sobre a ilicitude do fato, o indivíduo munido de boa fé e consciente da ação que está praticando, acaba achando que a sua conduta é lícita, quando na verdade é ilícita.

O exemplo adotado pela doutrina é do Holandês que adentra no Brasil portando maconha para uso próprio, por achar que aqui no Brasil elas também são de uso permitido,

incorre em erro de proibição, pois o agente sabe o que esta fazendo, mas não sabe que é ilícito (GRECO, 2007, p. 411).

Assim, o erro de proibição é o erro que recai sobre a antijuridicidade do fato, ou seja, “sobre a natureza proibida da ação típica: o autor sabe o que faz, mas pensa, erroneamente, que é permitido, ou por crença positiva na permissão do fato, ou por falta de representação da valoração jurídica” (JESCHECK; WEIGEND *apud* SANTOS, 2002, p. 195).

Isso porque, se a culpabilidade tem como um de seus pressupostos, a consciência da ilicitude por parte do agente, pelo menos na sua forma potencial, não resta dúvida de que nos casos em que o agente age em erro de proibição (desconhece que aquela conduta seja ilícita), não poderá ser configurado o crime, pois ausente o pressuposto da culpabilidade.

Portanto, nos casos em que se evidenciar o erro de proibição e, tratando-se de erro “invencível”, assim considerado “quando o agente, tendo em vista suas condições pessoais e as circunstâncias do fato não tinha a mínima possibilidade de ter consciência da ilicitude da conduta”, será afastada a culpabilidade do agente, nos termos do art. 21 do CP, exclui a culpabilidade e isenta o agente de pena (GOMES, 2009, p. 436).

Porém, se vislumbrar-se no caso em concreto tratar-se de um erro vencível, em que o agente teria condições de ter consciência da ilicitude, terá sua culpabilidade apenas atenuada, embora responda pela pena de crime doloso, será diminuída de 1/6 a 1/33.

³ Art. 21 do CP. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Ressalte que, “o erro que vicia a vontade, isto é, aquele que causa uma falsa percepção da realidade, tanto pode incidir sobre os elementos estruturais do delito – erro de tipo – quanto sobre a ilicitude da ação – erro de proibição” (BITENCOURT, 2011, p. 437). No entanto, eles não se confundem, pois no erro de tipo o agente não tem consciência da conduta que pratica, ou seja, dos requisitos objetivos, fáticos do tipo, portanto, ausente o dolo da conduta, afasta-se a tipicidade do fato, primeiro pressuposto do crime.

O erro de proibição compreende duas espécies, podendo ser direto ou indireto. O erro de proibição direto recai sobre a norma proibitiva, já o indireto, também chamado de erro de permissão, recai sobre a existência de uma causa justificante inexistente (não prevista no direito) o agente supõe que exista uma causa de justificação não prevista na lei, ou pode recair sobre os limites jurídicos da justificação existente, o agente imagina aquela justificante requisitos diferentes dos atribuídos pela lei, portanto, equivale ao erro sobre a existência de justificação inexistente (SANTOS, 2009, p. 214).

Como terceiro tipo de erro, (divergente na doutrina) tem-se o **erro de tipo permissivo** que recai sobre uma situação fática, em que o agente acredita (supõe) estar agindo amparado por uma discriminante ou justificante (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, ou de exercício regular de direito), mas na verdade seus requisitos estão ausentes. Em decorrência disso é conhecida como discriminante putativa, pois não é real, só existe no imaginário do agente, que esta incorrendo em erro.

Este instituto tem regulamento próprio, no art. 20, § 1º, do CP4, assim previsto, é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Porém, nos casos em o erro deriva de culpa e há previsão de punição do fato como crime culposos, não há isenção de pena, apenas sua redução.

Como exemplo, cita-se o caso do morador que se encontra repousando em seu lar, quando ouve estranhos barulhos em frente a sua residência e em meio a escuridão efetua um disparo, supondo tratar-se de um ladrão (acredita estar agindo amparado pela legítima defesa)

⁴ Art. 20 § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

e só após constata que era o guarda noturno fazendo a vigia (GOMES, 2009, p.438).

A consequência jurídica que este instituto prevê é a isenção da pena, e conforme concebido tradicionalmente pela doutrina brasileira está afeto a culpabilidade (BITENCOURT, 2011, p. 455).

Nesse mesmo sentido, afirma Gomes (2009, p. 433) que o instituto do erro permissivo, é causa de exclusão de culpabilidade, contrariando a doutrina majoritária, que entende que seria causa de exclusão da tipicidade (erro de tipo).

Já de forma diversa, filiando-se a doutrina majoritária (adepta a teoria limitada da culpabilidade - subdivisão da teoria finalista da culpabilidade), Santos (2002, p. 196) afirma que a o erro de tipo permissivo equivale ao erro de tipo propriamente dito, uma vez que, tem como objeto os pressupostos objetivos de justificação legal, em que o agente acredita estar agindo conforme o direito (amparado por uma justificante), mas erra sobre a verdade do fato e, portanto, excluir-se-ia o dolo da conduta.

Nesse sentido, fundamenta a posição desta corrente, esclarecendo que esse tratamento diferencial do erro de proibição é explicado por critérios objetivos de valoração do comportamento, assim:

a) se o comportamento real é orientado por critérios iguais aos do legislador, os defeitos de representação do autor tem por objeto ou a situação atípica (erro de tipo) ou situação justificante (erro de tipo permissivo): ambas hipóteses excluem o dolo e admitem a possibilidade de punição por imprudência; b) se o comportamento real é orientado por critérios desiguais aos do legislador, os defeitos de representação do autor somente podem ter por objeto a valoração jurídica geral do fato (erro de proibição) com efeito de excluir ou reduzir a culpabilidade conforme a natureza inevitável ou evitável do erro. (SANTOS, 2010, p. 197).

Em decorrência de toda análise já realizada sobre o tema da culpabilidade, entende-se de acordo com o posicionamento da corrente minoritária, (teoria extremada da culpabilidade) de que o erro de tipo permissivo, que recai sobre as causas justificantes, embora previsto especificamente no art. 20, § 1º, do CP, não fala em exclusão do dolo, como faz o caput do art. 20, do CP, mas sim em isenção da pena, que representa a exclusão da culpabilidade, não da tipicidade ou antijuridicidade.

2.2.3.1.3 Exigibilidade de conduta diversa

A exigibilidade de conduta diversa é um juízo de reprovação que recai sobre o indivíduo quando este pratica uma ação ou omissão, típica e ilícita, em que se censura a “possibilidade de que tinha o agente de agir de acordo com o direito considerando-se a sua peculiar condição de pessoa humana” (GRECO, 2007, p. 420).

A estrutura da culpabilidade se completa com o pressuposto da exigibilidade de comportamento imposto pela ordem jurídica, i.e., uma conduta positiva ou negativa no interesse de preservar bens e interesses fundamentais ao homem e à comunidade. O juízo de culpabilidade pelo fato típico e ilícito pressupõe que o agente podia e devia agir de maneira diversa. Essa culpabilidade deriva, portanto, de uma concepção normativa. (DOTTI, 2011, p.433).

Desta forma, a inexigibilidade de conduta diversa consiste em juízo de reprovação sobre a conduta do agente. Sendo “o conteúdo da reprovabilidade repousa no fato de que o autor devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não uma decisão voluntária ilícita” (PRADO, 2010, p. 394).

O pressuposto da exigibilidade do comportamento pressupõe a normalidade das circunstâncias do fato, em que, exige-se a existência de um sujeito normal, portador dos atributos psíquicos de maturidade e sanidade psíquica, que permitam atribuir a culpabilidade ao agente; que este indivíduo conhecia o injusto do fato (pelo menos de forma potencial).

Assim, a exigibilidade de conduta diversa, “consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente”, mas, só ocorrerá, “quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma” (CAPEZ, 2007, p. 324).

Mas ressalte-se que, esta reprovabilidade que recai sobre o indivíduo quando do cometimento de uma conduta ilícita, embora decore de imposição jurídica, deve-se censurar a conduta do indivíduo de forma pessoal, haja vista que, cada indivíduo tem suas peculiaridades próprias, com possibilidades físicas ou morais diferentes.

Pode-se dizer que há necessidade de analisar os elementos externos, como educação, cultura, valores, meio social, que exerce grande influencia no agente, no momento de

formação, bem como, os elementos internos como a motivação.

Para que uma ação possa ser considerada culpável não basta que um sujeito capaz tenha previsto e querido um certo evento lesivo, mas é ainda preciso que a sua vontade tenha podido determinar-se normalmente à ação: essa determinação normal não pode exigir-se quando as condições de fato em que o indivíduo atua são de molde a tornar impossível ou muito menos difícil a formação de um querer imune de defeitos (BETTIOL *apud* DOTTI, 2011, p. 434).

A inexigibilidade de conduta diversa é uma causa de excludente da culpabilidade, que se aplica, quando o indivíduo pratica uma determinada conduta, caracterizada como crime, por ser antijurídica e ilícita. Porém naquelas circunstâncias, não poderia lhe ser exigido que agisse de outra forma. Assim, mesmo que tenha praticado um ilícito penal, não lhe será aplicada uma pena, por estar ausente a sua culpabilidade (PRADO, 2010, p. 395).

Nesse mesmo sentido, entende-se de substancial importância, quando da mensuração da reprovabilidade que recai sobre a conduta do indivíduo, analisar cada situação em concreto, buscando as particularidades do agente e da sua conduta de acordo com as circunstâncias do momento.

O Código Penal prevê em seu art. 22, a coação irresistível e a obediência hierárquica como causas legais de exclusão da culpabilidade, assim redigido: “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da ação.”

A **coação irresistível** capaz de afastar a culpabilidade é a coação moral e não a coação física, que decorre de violência física.

Isso porque, a coação física afasta de forma absoluta, a própria conduta do agente, por ausência de voluntariedade e, portanto, de dolo e culpa.

Assim, a coação moral irresistível é aquela grave ameaça que vicia a vontade do agente, impondo-lhe que adote determinado comportamento, contrário ao direito (BITENCOURT, 2011, p. 421).

Nesse caso, embora o coagido pratique um fato típico e antijurídico, a sua vontade esta viciada e, portanto, o ilícito por ele praticado, não lhe poderá ser imputado, pois, não se podia exigir-lhe naquelas condições que agisse conforme o direito.

Isso porque, “o coagido atua, na verdade, como mero instrumento nas mãos do coator, sendo este último considerado autor mediato” (GRECO, 2007, p. 417).

Será responsabilizado penalmente, apenas o autor da coação, pois, ele é o autor mediato do fato ilícito, uma vez que se utilizou do conduzido apenas como mero instrumento.

Para verificar se há incidência da excludente de culpabilidade, deve-se analisar o caso em concreto, considerando as condições pessoais (físicas e psicológicas) assim como os conhecimentos específicos, tanto do coagido, como do coator, buscando verificar se a vítima podia ou não agir de outra forma (GOMES, 2009, p. 448).

Agora, caso a coação moral seja resistível, ou seja, no caso fático havia a possibilidade do agente determinar-se de acordo com o direito, não será hipótese de excludente de culpabilidade, o coagido será considerado e responsabilizado como co-autor ou partícipe do delito.

A **Obediência hierárquica** é a segunda hipótese prevista no Art. 22 do CP, como causa excludente da culpabilidade, justificável pelo fato de que o agente quando pratica sua conduta, acredita estar em de acordo com o direito.

Para a doutrina tradicional, bem como para seu adepto Gomes, essa exculpante só é válida nas relações de direito público, pois o artigo supra mencionado, utiliza-se da expressão superior hierárquico, conceito este típico do direito administrativo (GOMES, 2009, p. 449).

No entanto, para outra parcela da doutrina, dentre eles Bitencourt, essa limitação ao direito público, precisa ser repensada, pois, quando o agente pratica uma conduta, em decorrência de uma ordem de superior hierárquico, o faz, independentemente de a relação ser de direito privado ou público, ou seja, a ordem nas duas hipóteses gera os mesmos efeitos, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa. E ainda, esclarece que o Estado Democrático de Direito, não permite mais a responsabilidade objetiva, portanto, sempre que a vontade do indivíduo for viciada, sua conduta não pode ser penalmente censurável (BITENCOURT, 2010, p. 423).

Concorda-se com o posicionamento supra mencionado de Bitencourt, pois é inconcebível no cenário do Estado Democrático de Direito, que se adotem dois pesos e duas medidas para uma situação idêntica.

Ora, se é pacífico o entendimento de que, quando o indivíduo cumpre uma ordem de superior hierárquico, no âmbito público, e vem a cometer em razão dela um ilícito penal, estará amparado pela inexigibilidade de conduta diversa, não há como não estende-lá para o âmbito privado, abrangendo todas as relações que prevêm uma subordinação, tanto na decorrente de pais e filhos, líderes religiosos, empregados do setor privado.

Isso porque, esta previsão estrita da obediência hierárquica no âmbito público decorre da redação original do Código Penal de 1940, que previa a necessidade de uma relação de direito administrativo. Mas, com a democratização do país, com uma nova ordem constitucional, que consagra a responsabilidade penal subjetiva e individual, não há como não ampliar – lá as relações privadas (BITENCOURT, 2011, p. 424).

Ressalte-se que, para a incidência desta excludente, a ordem proveniente de superior hierárquico, deve ser manifestamente legal, pois o subordinado que a obedece está agindo de acordo com o direito, não praticando, portanto, fato típico.

Se no caso em concreto vislumbrar-se os requisitos do art. 22 do CP, só responde pelo crime o superior que deu a ordem, desde que, o inferior que a praticou, tenha cumprido a ordem estritamente, ou seja, sem qualquer abuso.

Desta forma, de acordo com o conceito analítico de crime, em consonância com a teoria finalista, para a configuração de um crime, faz-se necessário analisar todos os seus pressupostos, seguindo uma ordem necessária, qual seja, primeiramente a tipicidade do fato, após a antijuridicidade e por fim a culpabilidade do agente.

Nesse contexto, a culpabilidade constitui requisito imprescindível na conceituação de crime, uma vez que só acarretará punição ao sujeito que no momento dos fatos tinha capacidade (imputabilidade) de reconhecer a ilicitude da sua conduta, e ainda, de determinar-se (livremente) de acordo com esta vontade.

Ainda, faz-se necessário analisar no caso em concreto, se o agente agiu diante da normalidade das circunstâncias, pois caso contrário, disse estar diante de situações de exculpação, em que não se podia exigir que o agente agisse de outra forma, por ser humanamente impossível, excluindo-se o juízo de exigibilidade de conduta diversa, pela comunidade jurídico-social, representada pelo Estado-juiz, afastando a possibilidade de sanção penal.

Além dessas hipóteses, para alguns doutrinadores, baseada na inexigibilidade de conduta diversa, também art. 348, § 2º, do Código Penal é uma causa legal de exclusão da culpabilidade. Pois, prevê a isenção de pena do ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso que o favorece a subtrair-se da ação da autoridade pública.

E ainda, há outra causa legal de isenção da pena fundada na inexigibilidade de conduta diversa: é o artigo 128, inciso II, do Código Penal, que prevê a prerrogativa de aborto consentido pela gestante ou seu representante legal quando a gravidez é resultante de estupro.

CAPÍTULO III

3 VIABILIDADE JURÍDICA DAS CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Conforme mencionado anteriormente, o Código Penal brasileiro só prevê, expressamente, duas hipóteses de causas excludentes da culpabilidade, a coação irresistível e a obediência hierárquica.

Porém, se de um lado o ordenamento jurídico brasileiro prevê apenas estas duas hipóteses excludentes da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, de outro, não veda a utilização do argumento da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, como o faz o ordenamento alemão (GRECO, 2011, p. 421).

Portanto o presente capítulo da pesquisa aborda a possibilidade de aplicação do instituto da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente da culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como esclarece em quais casos é mais comum sua aplicabilidade, bem como os fundamentos que autorizam sua aplicação.

3.1 Posicionamento doutrinário sobre a adoção da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente da culpabilidade

O instituto da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal recebe está

denominação frente à inexistência de sua previsão no direito, em sede de legislação infraconstitucional.

Assim, as causas supralegais de culpabilidade são situações excepcionais, diversa daquelas duas previstas no art. 22 do CP⁵, em que o agente não poderia, frente às circunstâncias, agir de acordo com o direito.

Nesse sentido Greco (2007, p. 421) define as causas supralegais de exclusão da culpabilidade como aquelas que, embora não estejam previstas expressamente em algum texto legal, são aplicadas em virtude dos princípios informadores do ordenamento jurídico.

Quanto ao tema, existem dois entendimentos no âmbito jurídico. Sendo o primeiro posicionamento contrário a possibilidade de aplicabilidade dos direitos supralegais, uma vez que só reconhecem como excludentes as duas hipóteses taxativamente enumeradas no art. 22 do CP (coação moral irresistível e obediência de ordem superior). Os adeptos desta teoria utilizam-se do argumento de que a admissibilidade da inexigibilidade como causa supralegal colocaria em risco a estabilidade da ordem jurídica, bem como, constituem uma ofensa ao princípio da legalidade.

Já para outros, estas causas extraleais que excluem a culpabilidade independentemente de previsão legal, possuem aplicabilidade em decorrência de princípios norteadores do ordenamento jurídico, amparados principalmente pelo princípio da culpabilidade e adequação social da norma.

A inexigibilidade de conduta diversa como causa supra legal de excludente da culpabilidade, para os que a reconhecem, é uma inovação no âmbito jurídico (ainda não positivada), decorrente de uma construção jurídica fundamentada em uma nova visão do direito penal, em consonância com a ordem constitucional, bem como com os princípios inerentes ao constitucionalismo, que vem resgatar o propósito motivador do Estado Democrático de Direito.

Para Pierangelli e Saffaroni (2008, p. 517) não se deve recorrer atualmente ao instituto

⁵ Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal. Pois tal instituto justificava-se apenas em razão das exigências históricas da época - decorrentes da mudança na teoria da culpabilidade promulgada por Frank, em 1907, entendida como culpabilidade complexa (reprovabilidade) em que a exigibilidade passou a ficar em evidência – sendo que a vigente legislação positiva brasileira, já consagraria todas as exculpantes necessárias, tornando-se, portanto, desnecessário recorrer ao instituto na inexigibilidade como exculpante supralegal.

Também posicionando-se contrário a aplicabilidade da inexigibilidade de conduta diversa Jescheck citado por Greco (2011, p. 408) escreveu:

Deve ser afastada a teoria da inexigibilidade como causa supralegal, pois que, segundo o renomado mestre, a aceitação de uma causa supralegal de exculpação por inexigibilidade implicaria, tanto concebida subjetiva como objetivamente, uma debilitação da eficácia de prevenção geral que corresponde ao Direito Penal e conduziria a uma desigualdade na aplicação do Direito. E continua dizendo que ainda nas situações difíceis da vida, a comunidade deve poder reclamar a obediência ao Direito ainda que isso possa exigir do afetado um importante sacrifício.

No mesmo sentido é o posicionamento de Wessels, também citado por Greco (2011, p. 408):

Segundo a opinião dominante, a chamada ‘não exigibilidade de conduta de acordo com as normas’ não deve considerar-se, sem mais, como uma causa de exculpação supralegal. A admissão geral de uma causa de exculpação com esta, vaga e indeterminada no que diz respeito a pressupostos e limites, daria passo, amplamente, à insegurança jurídica.

No entanto, concluiu que “conforme a opinião sustentada quase por unanimidade pode admitir-se, em situações excepcionais, uma causa supralegal de exculpação” (WESSELS *apud* GRECO, 2011, p. 408).

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Greco (2011, p. 33) que considera as causas supraleais de exclusão da culpabilidade uma possibilidade de evitar a ocorrência de injustiças, podendo ser “aplicadas em virtude dos princípios informadores do ordenamento jurídico”.

Segundo Bitencourt (2011, p. 358-359) embora a legislação brasileira seja omissa quanto a possibilidade de aplicação das causas supraleais de exculpação, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência nacionais admitem sua viabilidade dogmática. Isso porque, a própria

natureza dinâmica das relações sociais e a necessidade de contextualização do Direito Positivo, que deve regular a convivência da sociedade em dado momento histórico, por si só, requerem o abandono da concepção puramente positivista das normas permissivas.

Assim frente a impossibilidade jurídica do legislador prever todas as hipóteses de excludentes da culpabilidade, em decorrência das “transformações produzidas pela evolução ético-social de um povo passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas” até então proibidas, legitimando-se culturalmente (BITENCOURT, 2011, p. 361).

Desta forma, a existência de causas supralegais é uma decorrência natural do caráter fragmentário do Direito Penal, que jamais conseguiria catalogar todas as hipóteses em que determinadas condutas poderiam justificar-se perante a ordem jurídica, mesmo quando eventualmente venham a se adequar a algum tipo penal (MEZGER *apud* BITENCOURT, 2011, p. 359).

Embora Bitencourt (2011, p. 360) reconheça a aplicabilidade do instituto da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal, esclarece que o ordenamento brasileiro ao contrário do Direito Penal germânico deixou poucas lacunas em que se encaixariam as excludentes supralegais, no entanto, sempre que o caso concreto o exigir, a doutrina e jurisprudência “jurídico-penais brasileiras estão suficientemente maduras e atualizadas” para analisar o caso e aplicar se necessário o instituto da excludente supralegal.

Portanto, reconhecida a lacuna no sistema jurídico quanto às hipóteses de inexigibilidade, há que admiti-la como causa supralegal e excludente da culpabilidade, sob pena de não se poder reconhecer um pleno direito penal da culpa, consubstanciado em um Estado Democrático de Direito, que além de positivizar os direitos, busca efetivá-los.

Desta forma, a função de efetivar a concreta interpretação e aplicação das normas, compete aos Tribunais, servindo o instituto supralegal da inexigibilidade de conduta diversa como meio de alcançar as situações de lacuna legislativa, garantindo o devido funcionalismo ao ordenamento jurídico e, além disso, evitando que ocorram injustiças, frente a um estreito positivismo legal.

Ademais, frente à impossibilidade do legislador prever todas as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade, em decorrência da própria complexidade e dinâmica social, tal instituto deve ser suscitado pelos operadores do

Direito no âmbito Judicial, onde o Juiz deve analisar as particularidades do caso em concreto, e auferir se efetivamente, naquela situação era possível exigir que o autor agisse de outra forma, ou seja, de acordo com o direito.

O principal argumento dos doutrinadores contrários a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente da culpabilidade é o de que tal instituto fere o princípio da legalidade (reserva legal) por não estar anteriormente expresso em lei (positivado), no entanto, não lhes assiste razão, pois a inexigibilidade de conduta diversa como excludente supralegal da culpabilidade ao invés de imputar determinado crime ao indivíduo, pelo contrário, trata-se de uma exculpante, que retira a culpabilidade sobre a conduta do agente e, portanto, sua conduta deixa de ser criminosa, vigorando, portanto, o princípio da culpabilidade (VICENTIN, 2008, p. 129).

3.2 “Nova” perspectiva hermenêutica e inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal no ordenamento jurídico brasileiro.

É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro hoje está consubstanciado pela Constituição Federal de 1988, na forma de Estado Democrático de Direito.

Essa conjuntura do Estado em Democrático de Direito é resultado de um processo iniciado no século XVIII na forma de Estado Liberal, seguindo para Estado Social de Direito até alcançar a forma de Estado Democrático de Direito.

Esta nova forma de Estado representa uma substancial alteração nas suas finalidades e deveres. O Estado deixa de ser mero espectador da sociedade e passa a tornar-se um dos mais importantes protagonistas desta. O Estado representa o instrumento capaz de alcançar a transformação da realidade social, a partir dos textos constitucionais diretivos.

Assim o Estado assume uma postura de ação, em que lhe compete efetivar as garantias fundamentais do indivíduo, uma vez que estas já se encontram positivadas no ordenamento jurídico (tanto na Carta Magna como nas legislações esparsas; código penal, etc.), sendo insuficiente a mera positivação destes direitos a partir da produção legislativa de leis, competindo ao Estado ir além disso, assume assim, o papel de conferir vida a letra da lei, e

assim transformar a realidade social.

Neste sentido, Barroso (2008, p. 306) afirma que, no atual contexto, a própria lei caiu no desprestígio. A segurança jurídica sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas. “As fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema resolvido”.

Todos estes novos questionamentos presentes no ordenamento jurídico decorrem como consequência do processo que o Estado atravessou ao longo do século XX. No entanto, ocorre que o Brasil, chegou ao estágio de Estado neo-liberal (democrático de direito) sem contudo ter sido efetivado o liberal e o social (BARROSO, 2008, p. 306).

Essa finalidade de aplicar o direito (já positivado na forma de lei) ao caso concreto, conferindo-lhe eficácia, compete a todos os operadores do direito, mas primordialmente ao judiciário, que é quem mantém uma relação direta com os conflitos e as partes litigantes naquele caso fático.

Assim, o Judiciário é quem melhor pode individualizar o direito, adotando práticas emancipatórias, em que todas as decisões, condutas e práticas jurídicas devem ser providas de substrato constitucional material. Utilizando-se para tanto, da hermenêutica jurídica, partindo do pressuposto constitucionalista, de que atrás de cada regra há um princípio que a fundamenta, devendo seu intérprete conferir-lhe eficácia pelo parâmetro do ético e justo.

Desta forma, o judiciário exerce uma função de controle abstrato de normas, onde as leis gerais e abstratas deixam de ser por si só aplicáveis, pois o judiciário só aplicará a norma quando ela estiver em consonâncias com os princípios constitucionais.

Nesse sentido Ferrajoli (*apud* ROSA, 2002, p. 82) afirma “a sujeição do juiz à lei não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeito à letra da lei, qualquer que seja seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição”.

Assim, “os magistrados e os membros do Ministério Público” passam a serem os guardiões das promessas do Estado Democrático de Direito, “seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que [...] se teriam naturalizado no campo do

direito” (ROSA, 2002, p. 77).

Nesse contexto de Estado Democrático de Direito, o cenário jurídico brasileiro também sofreu consideráveis modificações, e tem características de pós-positivismo, que representa a “superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade” (BARROSO, 2004, p. 338).

Nesse novo contexto jurídico, o intérprete, deve utilizar-se para a solução de um caso em concreto tanto da norma, quanto do fato, em uma interação não formalista (mera literalidade da norma), mas adotando uma interpretação apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral, através da aplicação dos princípios, que expressam esses valores.

O positivismo jurídico, caracterizado pela busca de tornar o direito uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais, como se o direito fosse matemático, afastou substancialmente o direito da moral e dos valores.

Foi a partir desse positivismo exacerbado, apegado a leis escritas, que o direito começou a afastar-se dos ideais e anseios sociais, deixando de fornecer a sociedade a resposta (efetiva) que lhe era esperada - a solução justa dos conflitos.

Surge com o Estado Democrático de Direito uma nova concepção de direito, que “proporciona a superação do direito enquanto sistema de regras, a partir dos princípios que resgatam o mundo prático até então negado pelo positivismo”, e busca superar as conseqüências deixadas pelo “positivismo no decorrer da história” que afastava “da discussão jurídica as questões concretas da sociedade”, e assim, atender ao anseio de justiça, cumprindo com sua função social, através de uma nova forma de interpretação, denominada hermenêutica constitucional, definida pela relação entre valores, princípios e regras (COPETTI et al, 2005, p. 138).

De fundamental importância esta nova compreensão do direito, como meio de superar esta crise, caracterizada pela inflação legislativa, e pelo enrijecimento das normas, que perdem sua efetividade na medida em que deixam de acompanhar a dinâmica social.

Se fosse possível uma lei prever todas as hipóteses de aplicação estar-se-ia diante da norma perfeita, em que entre o texto e o sentido do texto não haveria qualquer tensão.

Bastaria ao aplicador do direito (e não intérprete) aplicar à conduta a respectiva norma.

No entanto, é impossível que o legislador preveja todas as hipóteses de aplicação da norma, isso porque, a dinâmica social não condiz com o engessamento do texto e, além disso, já ultrapassamos a possibilidade de imposição de pena de forma objetiva ao indivíduo, compete ao intérprete da lei analisar especificamente o caso em concreto, as particularidades do agente e do caso.

A grande inovação neste novo conceito de interpretação constitucional parte do reconhecimento de que “as normas jurídicas em geral [...] não trazem em si, um sentido único, objetivo, válido, para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente da norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização” (BARROSO, 2004, p. 346).

Na verdade a nova interpretação de cunho constitucional funda-se na premissa contrária e, portanto ao intérprete cabe usar os princípios em harmonia com as regras. Isso porque, tanto as regras (leis) quanto os princípios são normas jurídicas que integram – sem hierarquia – o ordenamento jurídico, no entanto, as regras (texto jurídico- positivado) apresentam um relato mais objetivo, em que descrevem uma conduta, e são aplicáveis a um conjunto delimitado de situações, enquanto os princípios têm “relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado de situações”, identificam valores a serem preservados (isonomia, moralidade, eficiência) e fins a serem perseguidos (justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais) (BARROSO, 2004, p. 350-353).

Portanto, o sistema jurídico ideal decorre da aplicação conjunta e em equilíbrio entre regras e princípios, sendo que as regras garantiriam a “segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas- enquanto, e os princípios, com sua flexibilização, dão margem à realização da justiça do caso concreto” (BARROSO, 2004, p. 350-352).

Ressalte-se ainda que o direito penal, no que se refere a teoria do delito, também já superou o mero formalismo - que considerava crime toda conduta contrária a lei- iniciando uma construção que alude a um conceito material-formal e constitucional de delito, em que o direito penal no momento da positivação das condutas, busca adequação no texto constitucional, sobretudo no que diz respeito aos valores por ela tutelados. Assim, ao considerar determinada conduta como crime, enfoca o aspecto danoso da conduta do

indivíduo e o desvalor que esta conduta representa no seio social, naquele dado momento histórico.

Ademais, se o pós-positivismo representa a superação do positivismo puro, não há como vedar a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente da culpabilidade. Pois, negar sua aplicação no atual contexto jurídico é retroagir ao já superado positivismo jurídico.

Essa nova visão jurídica trazida pelo pós-positivismo vem ao encontro da discussão suscitada nesta pesquisa, quanto a possibilidade de aplicação das causas supralegais no ordenamento penal brasileiro, principalmente no que se refere às exculpantes da culpabilidade, nos casos de inexigibilidade de conduta diversa.

O legislador não consegue prever todas as hipóteses de causas de inexigibilidade de conduta diversa para positivá-las na forma de regra. Tanto que o ordenamento jurídico brasileiro trás expressamente apenas duas hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa como excludentes de culpabilidade: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, sendo estas duas hipóteses causas fechadas de aplicação.

Assim, para atender as demais situações (supralegais) faz-se necessário uma análise específica do caso em concreto, se naquelas circunstâncias fáticas era exigível que o agente adotasse uma conduta de acordo com o direito.

Para fundamentar estas demais hipóteses (supralegais) de inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente da culpabilidade, usa-se como um dos fundamentos o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que traz o princípio da ampla defesa, cabendo ao aplicador do direito realizar uma interpretação hermenêutica constitucional. Em que retira do texto positivado o sentido atribuído pelo legislador, qual seja, de que todas as situações de exculpação previstas legalmente, se justificam pela anormalidade de situações que fundamentam a inexigibilidade de conduta conforme o direito.

Assim, a inexigibilidade de conduta diversa é princípio geral e tem natureza de fundamento supralegal de exculpação. Mesmo que o legislador não tenha previsto como causa

exculpante expressa, não há como negar-se sua importância no sistema penal. Se o juiz constatar que não era possível o agente determinar-se de modo diverso, deve absolvê-lo.

Ademais, o próprio ordenamento jurídico brasileiro prevê no artigo 4º da LICC6, a possibilidade do intérprete (juiz) socorrer-se nos casos de lacuna legislativa, da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito.

Desta forma, como aplica-se a inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade nas hipóteses do art. 22 do Código Penal, pelo fundamento de que a conduta ocorreu em situações anormais, em que não era exigível conduta diversa, por analogia a este instituto e seus fundamentos, deve-se estender esta exculpante nas demais situações (supralegais) em que não era exigível conduta diversa.

3.3 A viabilidade de aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal no direito penal brasileiro frente o conceito analítico de delito e seu terceiro elemento a culpabilidade

A inexigibilidade de conduta diversa como uma causa supralegal excludente da culpabilidade - que para a maioria da doutrina implica na desconstituição do crime, enquanto para a minoria representa apenas a impossibilidade de aplicação de pena, independentemente desta discussão, pois na prática exerce o mesmo efeito, qual seja, impede que o indivíduo sofra a imposição de uma sanção⁷, quer porque não houve crime⁸, quer porque não se aplica a pena⁹ - é perfeitamente aplicável no direito penal brasileiro.

⁶ Embora o estabelecimento de regras e princípios de hermenêutica seja uma atribuição da doutrina, o Brasil positivou na LICC (Lei de Introdução ao Código Civil, promulgada pelo Decreto Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942) regras de Hermenêutica, em que dispõem especificamente no seu artigo 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e princípios gerais do direito”.

⁷ Rever item 2.1.4 sobre o conceito analítico de crime.

⁸ A culpabilidade é entendida como teoria do crime, sendo o terceiro requisito deste, portanto crime é todo fato atípico, antijurídico e culpável, conforme doutrina majoritária, seguida por Bitencourt, Greco, Zaffaroni, Toledo.

⁹ A culpabilidade para parcela minoritária da doutrina é elemento da pena, em que afere-se apenas se o agente deve ou não ser responsabilizado penalmente pela sua conduta, nada tem a ver com os requisitos do crime que são apenas a tipicidade e antijuridicidade, é adotada por Damásio, Delmonte, Dotti, Gomes, Mirabete.

Primeiramente porque, de acordo com o conceito analítico de crime, adotado pela maioria dos doutrinadores¹⁰, para que o Estado – detentor do exercício jurisdicional – considere determinada conduta como uma infração penal (crime), e impute ao agente a respectiva sanção, responsabilizando-o, deve analisar de forma individual todos os elementos que integram o conceito de crime, qual seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Nesse processo de análise da ocorrência ou não de um crime, observa-se primeiramente se o fato é típico (conduta anteriormente prevista em um dispositivo penal), após se é antijurídico (contrário ao ordenamento jurídico) e por fim se é culpável.

Nesta última etapa, em que se ajuíza a culpabilidade, ocorre o juízo de reprovação sobre a conduta do agente, passa-se a analisar se nas condições em que se encontrava o autor, podia exigir-lhe um comportamento diverso, conforme o direito.

Esse atual entendimento da culpabilidade, enquanto juízo de reprovação é produto de uma transformação iniciada pelo conceito psicológico do séc. XIX, após pelo conceito psicológico-normativo do início do séc. XX, e por fim, embora não estático, do conceito normativo puro vigente até hoje¹¹.

Ressalte-se ainda, que dentre esse processo de transformação da culpabilidade, a reforma no Código Penal de 1940 implementada pela Lei 7.209, de 11.7.1984 afastou completamente a responsabilidade penal objetiva¹², aliada a teoria finalista da ação - iniciada pelo autor alemão Hans Welzel, em que toda conduta humana possui uma finalidade, e assim, é constituída de vontade e não um comportamento simplesmente causal - institui a responsabilidade penal subjetiva (vontade), fundada na responsabilidade pessoal e na culpabilidade.

Para ser imputada a responsabilidade penal ao agente (agora subjetiva), faz-se necessário analisar além do nexo entre a ação e o resultado (responsabilidade penal objetiva) o liame subjetivo que ligava o autor e o resultado (a vontade do agente na prática delitiva).

¹⁰ Rever item 2.1.3 Conceito analítico de crime

¹¹ Rever item 2.2 Culpabilidade e Teoria do Delito

¹² Responsabilidade atribuída ao agente pelo resultado, ainda que agindo sem dolo ou culpa, bastando o simples nexo entre a conduta e o resultado, mesmo que proveniente de mera causalidade física.

Esta relação psicológica entre o autor e o fato, era auferida pela culpabilidade (parte interna do delito) responsável por analisar os elementos subjetivos na forma de dolo e culpa/imprudência.

Posteriormente, o conceito de culpabilidade sofreu uma substancial transformação, a primeira delas foi o processo que a tornou unicamente normativa, afastando seu conteúdo subjetivo – vontade – afeta ao dolo e culpa, que fora transferido para a tipicidade por pertencer a conduta.

Percebeu-se que a culpabilidade não poderia ser meramente psicológica e, portanto, inseriu-se (dentre seus requisitos imputabilidade e potencial consciência da ilicitude), um elemento normativo, um juízo valorativo (reprovabilidade pelo ato praticado) criando assim o requisito da exigibilidade de conduta diversa.

A exigibilidade de conduta diversa, “consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente”, mas, só ocorrerá, “quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma” (CAPEZ, 2007, p. 324).

A exigibilidade do comportamento pressupõe a normalidade das circunstâncias do fato, assim, mesmo que o legislador não tenha previsto como causa exculpante expressa, sempre que o juiz constatar que não era possível o agente determinar-se de modo diverso, deve absolvê-lo.

O juiz ao aplicar o direito deve fazê-lo sob uma perspectiva fenomenológica, ajustando a lei à pessoa julgada e compreendendo seus valores. Não se pode considerar um “padrão” de culpabilidade. Certos fatos levam a pessoa a perder a norma de dever interno, perdendo valores e paradigmas. São as particularidades de cada pessoa que deverão ser analisadas a fim de aferir-se se era exigível conduta diversa.

Desta forma, negar a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa, só pelo fato dela não estar prevista (expressamente) em legislação infraconstitucional é totalmente contrária ao corolário da justiça, da igualdade e substancialmente da culpabilidade.

Isso porque quando o agente pratica uma conduta em situações anormais, em que não se podia exigir-lhe que adotasse um comportamento de acordo com o direito, ausente está um dos pressupostos da culpabilidade, e portando deve-se afastar a sanção penal, quer por que

não se configurou o crime, quer por que não lhe deve ser imputado pena.

Portanto, se não há culpabilidade não pode haver pena, ou mesmo qualquer intervenção estatal com fins exclusivamente preventivos.

Até porque, se a inexigibilidade de conduta diversa é um dos elementos da culpabilidade e, portanto o terceiro elemento do crime, não há como considerá-la apenas nas hipóteses em que estiver positivada e afastada nos demais casos (supralegais).

Não há como o legislador estabelecer (positivar – texto de lei) todas as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, para fundamentar as excludentes de culpabilidade. Quer pela impossibilidade de prevê-las, quer pela dinâmica social, quer pela própria particularidade das normas serem rígidas, ou quer pelo fato de que a possibilidade de “agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não se podendo conceber um ‘padrão’ de culpabilidade”. (GRECO, 2007, p. 416).

E é exatamente em decorrência de essas hipóteses se fazerem presentes no mundo dos fatos que se vem sustentando a aplicabilidade de exclusão da culpabilidade nesses termos.

Assim, considerando a exigibilidade de conduta diversa como requisito da culpabilidade e considerando que o legislador jamais poderá prever todos os acontecimentos do mundo dos fatos, deve-se adotar como excludente de culpabilidade, todas as situações, mesmos que não positivadas, em que não era exigível ao autor outro comportamento.

3.4 Possibilidades de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa como excludentes da culpabilidade

Frente a impossibilidade de auferir todas as causas possíveis de ocorrência da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente da culpabilidade, em decorrência da moderna dinâmica social, busca-se apresentar as possibilidades da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, sem a menor pretensão de torná-las um rol taxativo.

Desta forma tem-se que as principais causas supralegais, são segundo Santos (2002, p.

225), o fato de consciência, a provocação da situação de legítima defesa, a desobediência civil e o conflito de deveres. Ainda, apontam-se como causas supralegais o excesso nas excludente de ilicitude, o consentimento do ofendido para a eliminação da antijuridicidade e a sonegação fiscal.

O **fato de consciência**, ou **objeção de consciência** como é denominado por Greco (2011, p. 409) representa as situações em que o indivíduo se recusa, terminantemente, a obedecer a determinações legais, em decorrência de suas particularidades, sua própria consciência e convicções pessoais.

Quanto a esta exculpante, Bruno Heringer Júnior (*apud* GRECO, 2011, p. 409) esclarece

[...] a particularidade da escusa de consciência, reside na irresistibilidade, para o agente individual, dos imperativos morais que segue, o que pode provocar situações de conflito verdadeiramente existenciais, não lhe deixando margem de ação lícita, senão ao custo de significativo comprometimento de sua personalidade.

Nesse mesmo sentido afirma Santos (2002, p. 226) o fato de consciência constitui a experiência existencial de um sentimento interior de obrigação incondicional, cujo conteúdo não pode ser valorado como certo ou errado pelo Juiz.

O fato de consciência é produto de decisão moral do indivíduo, fundado nas suas próprias convicções, experimentada como um dever interno, assegurado expressamente na Constituição, no art. 5º, VI¹³. Essa norma constitucional garante ao indivíduo a liberdade de formação e de manifestação de crença e de consciência, limitados apenas, por outros direitos fundamentais, mas não pela lei penal (SANTOS, 2002, p. 226).

O clássico exemplo apontado na doutrina é o caso dos membros da religião testemunhas de Jeová que por razões de convicção moral não aceitam a transfusão de sangue,

¹³ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”

neste caso, ocorre o conflito de dois bens tutelados constitucionalmente, sendo de um lado o direito a vida e de outro a liberdade de crença e convicção (GOMES, 2009, p. 450).

Portanto, para que se configure o fato de consciência “é necessário haver conflito entre a liberdade de consciência e de crença e de outro direito protegido pelas normas constitucionais”, em decorrência disso, o indivíduo “vê-se numa situação em que os dois bens são tutelados” e cabe-lhe pelas circunstâncias “optar por um deles”, utilizando-se para tanto do “princípio da razoabilidade” (VICENTIN, 2008, p. 137).

Assim, conforme preleciona Hering Júnior (*apud* GRECO, 2011, p. 410) “a minguada de uma regulamentação legal da objeção de consciência específica ao âmbito penal, é de conhecer-lhe o caráter de causa supra legal de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa”.

Como segunda possibilidade de exculpante supralegal de inexigibilidade de conduta diversa vem-se discutindo a flexibilização dos casos de **provocação da situação de legítima defesa**.

Nos casos em que, embora ocorra a provocação não intencional, mas reprovável, de uma situação de legítima defesa, exclui-se, em princípio, a exculpação (SANTOS, 2002, p. 227).

No entanto, vislumbrou-se na prática a necessidade de flexibilização deste instituto, uma vez que há casos que afastam a exculpante, porque existia a possibilidade do provocador desviar a agressão provocada, enquanto que, em outras situações realmente não há como desviar a agressão provocada, portanto deve-se aceitar a exculpação, pois a renúncia a vida não pode ser exigida de ninguém (ROXIN *apud* SANTOS, 2002, p. 228).

A terceira hipótese de excludente da culpabilidade supralegal, é a **desobediência civil**. Como o próprio nome sugere são os casos em que os indivíduos desobedecem a determinadas ordens, insurgindo-se, por meio de protestos.

São atos demonstrativos públicos, em que os indivíduos se manifestam por meio de passeatas, “bloqueios, ocupações, etc., em defesa do bem comum ou de questões vitais da população, com relação reconhecível com os destinatários do protesto e sem atividades violentas ou resistência ativa contra a ordem vigente, exceto obstruções e pequenos danos limitados no tempo” (GRECO, 2011, p. 410).

Estes protestos fundamentam-se na motivação subjetiva dos indivíduos, representam “atos de manifestação de descontentamento, para a defesa de bens jurídicos coletivos ou comuns”, trata de um meio de garantir outros direitos básicos (GOMES, 2009, p. 450).

Ressalte-se que, a exculpação nestes casos é um corolário de justiça, pois os indivíduos que estão envolvidos no manifesto, também denominado desobediência civil só o fazem porque imbuídos por um sentimento (motivação subjetiva) de existência objetiva de injusto mínimo. Perseguem por meio do manifesto reivindicar a falta de algum direito, que lhe esta sendo negado pelo Estado.

Ora, vive-se em um Estado Democrático de Direito, ao qual caberia efetivar os direitos fundamentais do indivíduo, negar-lhe o direito de protesto, é impedi-lo de manifestar sua indignação, seu descontentamento pela falta de efetivação de direitos pelo Estado. O não reconhecimento da excludente de culpabilidade nestes casos, mostra-se contrário ao próprio direito, acaba por vedar ao cidadão a busca pelos seus direitos, pois caso o faça, corre o risco de sofrer a imposição de sanção penal por parte do Estado.

Tal instituto faz-se necessário, pois é sabido que durante os protestos sempre ocorrem o cerceamento de alguns direitos, e também a ocorrência de alguns danos e lesões a bens jurídicos, no entanto, o Estado não mensura a intensidade do dano que causa, aquele manifestante, autor da desobediência civil, a negação aquele seu direito inerente e fundamental que lhe é negado por quem deveria garanti-lo.

Ademais, os autores da desobediência civil, não são criminosos e, portanto, o objetivo da prevenção atribuído à pena criminal não pode ser cumprido pela intimidação pura e simples, mas de forma diversa, deve-se buscar a solução dos conflitos (SANTOS, 2002, p. 228).

Como última hipótese de excludente de culpabilidade supralegal apontada pelo doutrinador Santos, tem-se o **conflito de deveres**, em que o indivíduo depara-se com uma situação excepcional em que lhe cabe adotar uma conduta que causaria um grande mal, como não é possível evitá-la o indivíduo adota uma outra conduta que causa uma mal menor.

Nessa ocasião ocorre a colisão de deveres, o agente depara-se com uma situação em que há dois bens na eminência de serem agredidos, e o agente acaba escolhendo dentre eles o que causa um mal menor. Tal escolha, embora também cause danos a um determinado bem,

deve constituir uma situação de exculpação, pois qualquer pessoa, naquelas mesmas condições, agiria desta mesma forma, então seria inexigível que o autor adota-se comportamento diverso.

O exemplo clássico deste instituto de inexigibilidade de conduta diversa por conflito de deveres é o caso da eutanásia de doentes mentais durante o regime nazista. Em que se eliminava uma minoria selecionada para salvar a maioria dos doentes mentais, porque a recusa radical de cumprir a ordem de superior determinaria a morte de todos os médicos substitutos fiéis ao regime. Assim, nesta hipótese, o argumento da escolha do mal menor, constitui situação de exculpação supralegal (GRECO, 2011, p. 228).

Outro exemplo, que permite visualizar a importância deste instituto, é no caso de um estranho e o filho do autor estarem em perigo, segundo o direito ideal deve-se proteger as duas vidas, pois estas são detentoras do mesmo valor, no entanto, só há a possibilidade de salvar a vida de um deles, dadas as circunstâncias, o agente certamente irá proteger seu filho, atitude que não pode ser reprovada, uma vez que não lhe era exigível que adotasse outra conduta (BITENCOURT, 2011, p. 364).

Outra situação de conflito de deveres, que permite a aplicação desta exculpação supralegal e mostra-se ainda mais relevante no contexto atual, em razão da sua ampla proporção, são aquelas que ocorrem aos indivíduos mais pobres, marginalizados, que frente as “as condições sociais adversas, caracterizadas pela máxima negação da normalidade da situação de fato pressuposta no juízo de exigibilidade [...] são constrangidos a romper vínculos normativos comunitários para preservar valores concretamente superiores, como a vida, a saúde, a moradia, a alimentação e escolarização dos filhos”. Isso porque, “quando as condições de existência social adversas deixam de ser a exceção para ser a regra constante da vida das massas miserabilizadas, então o crime pode constituir resposta normal de sujeitos em situação social anormal”. Nessas situações, “os critérios normais de valoração do comportamento individual devem mudar, utilizando pautas excepcionais de inexigibilidade para fundamentar hipóteses supraleais de exculpação por conflito de deveres” (GRECO, 2011, p. 228).

A exculpante em questão mostra-se como meio de viabilizar a justiça, na medida em que é natural do ser humano, reagir contra a “violência da estrutura econômica da sociedade, garantida pela lei e pelo poder do Estado, através da única alternativa real de sobrevivência

possível, qual seja, a violência individual” (GRECO, 2011, p. 228).

Portanto, a flexibilização do conceito da inexigibilidade de conduta diversa nas condições reais de vida dos indivíduos aparece como alternativa capaz de contribuir para “democratizar o direito penal, reduzindo a injusta criminalização de sujeitos já penalizados pelas condições de vida social. Neste ponto, direito justo é direito desigual, porque considera desigualmente sujeitos concretamente desiguais” (SANTOS, 2002, p. 230).

[...] se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de conflito de deveres jurídicos, então o conceito de inexigibilidade de comportamento diverso encontra, no flagelo real das condições sociais adversas que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação suprallegal, igualmente definível como escolha do mal menor – até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para a culpabilidade. (SANTOS, 2002, p. 231).

O **estado de necessidade** decorre de uma situação em que há a colisão de interesses (ambos protegidos pelo direito), mas na situação fática não há como salvar os dois bens (solução ideal), o direito admite o sacrifício de um deles em razão do outro.

O exemplo que permite visualizar esta situação é o de dois naufragos que disputam a mesma tábua, que só comporta um deles, um dos indivíduos deverá ser sacrificado em detrimento do outro. Tal conduta é natural do indivíduo, pois “o instinto de sobrevivência e de preservação pessoal é muito mais forte do que qualquer ‘coação psicológica’ que a sanção penal possa representar”, portanto, não há como exigir-lhe uma conduta diversa (BITENCOURT, 2011, p. 364).

São duas as teorias que abordam a existência do estado de necessidade justificante e exculpante. A teoria unitária, adotada pelo Código Penal brasileiro, não diferencia o estado de necessidade em justificante ou exculpante, considera-o sempre estado de justificante, questão que afasta a excludente de ilicitude (GRECO, 2010, p. 322).

Já a teoria diferenciadora prevê duas formas de estado de necessidade, sendo o estado de necessidade jurídico-penal que exclui a culpabilidade (exculpante) e o estado de necessidade jurídico-civil que exclui a ilicitude (justificante). No primeiro deles, “o bem ou interesse sacrificado é de valor igual ou superior ao que se salva” nestes casos, embora o Direito não aprove a conduta do indivíduo, e portanto não exclua sua ilicitude, “no entanto,

ante a inexigibilidade de conduta diversa, exclui a culpabilidade”. Já o estado de necessidade justificante, “configura-se quando o bem ou interesse sacrificado for de menor valor. Nessa hipótese a ação será considerada lícita, justificada, portanto, afastando sua criminalidade” (BITENCOURT, 2011, p. 364).

No mesmo sentido que Greco, Bitencourt (2011, p. 366) afirma que o Código Penal brasileiro adota - desde sua reforma de 1984 - a teoria unitária, prevendo em seu artigo 24 o estado de necessidade, sem diferenciá-lo em justificante ou exculpante, mas tratando-o como excludente da ilicitude, nos casos em que o agente sacrifica um bem de menor valor para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

No entanto, afasta-se a aplicabilidade deste instituto, nos casos em que o bem sacrificado for de maior valor, porquanto o parágrafo 2º do art. 24, prevê apenas a possibilidade de redução da pena de um a dois terços, assim, permanece a ilicitude do fato e a antijuridicidade, nestes casos, abre-se “a possibilidade [...] para o estado de necessidade exculpante” supralegal, pois neste caso, embora o bem lesado seja de igual ou maior valor daquele que se pretende evitar, naquelas circunstâncias opera a inexigibilidades de conduta diversa (BITENCOURT, 2011, p. 366).

Apona-se ainda como causa supralegal o **excesso exculpante**. O Código Penal brasileiro, em seu art. 23, parágrafo único, penaliza o excesso, doloso ou culposo que o agente pratica nos casos da legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

O excesso exculpante, ocorre quando o indivíduo pratica uma conduta amparado legalmente por uma excludente da ilicitude - legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito – mas, “na reação defensiva [...] pratica atos que vão além dos necessários para repelir a agressão”. Esse excesso na conduta, justifica-se, afastando a culpabilidade do agente, pela inexigibilidade de conduta diversa, que afasta a reprovação da conduta. Isso “ocorre em situações de pavor em que não é possível ao agente avaliar com perfeição sua atuação para fazer cessar a agressão. Em virtude dessa perturbação mental [...] afasta-se a culpabilidade” (VICENTIN, 2008, p. 141).

A doutrina e Jurisprudência têm adotado posicionamento (crescente) no sentido de admitir a exculpante da inexigibilidade de conduta diversa nas hipóteses de **sonegação fiscal**, nesse sentido, vem sendo contumaz as decisões (tanto no STJ quanto no TRT 4º Região¹⁴) que reconhecem a inexigibilidade de conduta diversa, como excludente nos crimes de apropriação indébita previdenciária, ressalte-se apenas que nestes casos o ônus da prova permanece sendo do réu.

No crime de sonegação fiscal, o sujeito ativo do delito é a pessoa que deve repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes (firma individual, sócios solidários, gerentes, diretores, administradores, agentes financeiros etc.) A vítima nesses crimes é o Estado, ou seja, o órgão da Previdência Social e também o contribuinte que é lesado. “O crime constitui-se em omissivo puro, ou ato de deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal” – o agente deixa de repassar a Previdência Social os valores descontados do salário dos empregados - previsto

¹⁴ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 2007.71.01.000888-2. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ARTIGO 168-A, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL). DIFICULDADES FINANCEIRAS. PROVA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. Demonstrada por prova documental e testemunhal a ocorrência de dificuldades financeiras insuperáveis, que levaram ao fechamento da empresa, deve ser reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa do réu em relação à omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias no período que antecedeu ao encerramento das atividades empresariais. (TRF4, ACR 2007.71.01.000888-2, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Márcio Antônio Rocha, D.E. 03/04/2012) Encontrada em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4910920&termosPesquisados=inexigibilidade, acessada em: 25 de Abril de 2012. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 5001226-49.2010.404.7115/RS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ARTIGO 168-A, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL). DIFICULDADES FINANCEIRAS. PROVA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. Demonstrada por prova documental e testemunhal a ocorrência de dificuldades financeiras insuperáveis, que levaram ao fechamento da empresa, deve ser reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa do acusado em relação à omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias no curto período que antecedeu ao encerramento das atividades empresariais. (TRF4, ACR 5001226-49.2010.404.7115, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Márcio Antônio Rocha, D.E. 14/03/2012). A inexigibilidade de conduta diversa, especialmente nos crimes omissivos próprios (os quais dependem de análise da existência da possibilidade fática de o acusado agir segundo a conduta imposta pela norma), prescinde de previsão legal, porquanto é causa supralegal de exclusão da culpabilidade e está inserta no princípio geral de responsabilização penal. Pode ser deduzida do princípio constitucional da ampla defesa, presente ao artigo 5º, LV, da CF/88 (TRF4, ACR 2007.71.15.000320-0, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 04/06/2010). Encontrada em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4620647&termosPesquisados=inexigibilidade, acessada em: 25 de Abril de 2012.

no art. 168-A do Código Penal brasileiro¹⁵ (MIRABETE; FABRINE, 2011, p. 1155-1156).

Note-se que “a hipótese de sonegação fiscal verifica-se no caso de um empresário falido que deixa de recolher contribuição sindical ao INSS. O agente fica entre pagar os empregados ou o INSS.” Não há exigibilidade de outra conduta pelo empresário, frente a impossibilidade de saldar todas as dívidas (VICENTIN, 2008, p. 141).

Aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente de culpabilidade também tem aplicação no procedimento do **Tribunal do Júri**.

A Lei n. 11.689 de 09 de junho de 2008, alterou os artigos 482 e 483 do Código de Processo Penal, a elaboração dos quesitos no Tribunal do Júri - antes da Lei 11.689/08 deveria representar uma tese de defesa, sustentada em plenário, podia ser tanto um fato como uma circunstância – a partir da alteração da Lei os quesitos passam a ser “uma indagação objetiva, espelhando uma questão de fato, embora possa conter aspecto jurídico, destinada aos jurados durante a votação [...] a ser respondida de maneira sintética de forma afirmativa ou negativa” (NUCCI, 2008, p. 225).

Assim, a partir da nova lei, o quesito único, que reúne todas as teses de defesa, voltadas a absolvição do réu, passa a ser “o jurado absolve o réu?”. Desta forma Nucci (2008, p. 225) esclarece que, embora o defensor alegue em plenário a inexigibilidade de conduta diversa, como tese da defesa a única pergunta que se impõe aos jurados será se absolvem ou não o réu, independentemente do motivo que tenham acolhido.

¹⁵Apropriação Indébita Previdenciária. Art. 168-A - Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. § 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. § 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou II - o valor da contribuição devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

No entanto, inobstante esta alteração, a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente da culpabilidade continua tendo aplicação no Tribunal do Júri, em decorrência do princípio da ampla defesa, bem como da previsão legislativa quanto a possibilidade de elaboração de perguntas (quesitos) relativos à absolvição do réu e das causas de aumento de pena abordadas pela defesa.

A possibilidade de aplicação deste instituto no Tribunal do Júri verifica-se pela aplicação prática, colhida das jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça¹⁶.

Ressalte-se por fim, que o fundamento “ético-social” que justifica a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como exculpantes supraleais decorre do “sentido humanitário do direito”, que não exige do agente renúncias e condutas heróicas, acomodando o Direito “dentro dos limites das possibilidades humanas, mantendo-o eficaz, sob pena de normatizar paradoxalmente alheio à realidade humana” (BITENCOURT, 2011, p. 364).

¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 778.579**. Tribunal do júri (julgamento). Quesitos (formulação). Nulidade absoluta (caso). Prisão (excesso). Habeas corpus de ofício (concessão). 1. "Se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal" (Cód. de Pr. Penal, art. 484, III, na redação vigente à época do julgamento). 2. A exclusão de quesitos formulados pela defesa pertinentes à hipótese de inexigibilidade de conduta diversa dá ensejo a nulidade absoluta. 3. Recurso especial provido para se anular o julgamento do réu e se determinar a realização de novo júri. 4. Por ocasião do julgamento pelo Júri, tendo a defesa formulado a tese de inexigibilidade de conduta diversa, o quesito correspondente deve ser formulado aos Jurados, mesmo que inexista expressa previsão legal sobre tal tese nos dispositivos do Código Penal. (REsp 778.579/MG, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 03/08/2009) Encontrado em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501403840&dt_publicacao=03/08/2009, acessado em 25 de abril de 2012. BRASIL, Superior Tribuna de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 150.985**. HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. QUESITAÇÃO AOS JURADOS SOBRE A TESE DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CAUSA SUPRALEGAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE INTEGRA O CONCEITO DE CULPABILIDADE . POSSIBILIDADE, EM TESE, DESDE QUE SE APRESENTEM AO JÚRI QUESITOS SOBRES SOBRE FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS, NÃO SOBRE TESES OU MEROS CONCEITOS JURÍDICOS. NULIDADE ABSOLUTA. REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO. 1. Há cerceamento de defesa no indeferimento de quesito correspondente à tese defensiva de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa. 2. Ordem concedida. (HC 150.985/PE, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 29/11/2011) Encontrada em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902043100&dt_publicacao=29/11/2011, acessada em: 25 de abril de 2012.

CONCLUSÃO

Estado e Direito se confundem, na medida em que co-existem, dividindo a finalidade de assegurar à ordem no âmbito social, regulando as relações existentes.

A primeira forma de Estado remonta a passagem do feudalismo para a Idade Moderna, quando ocorre a formação do Estado Absolutista, em que o rei (monarca) passa a concentrar na sua própria pessoa as prerrogativas e poderes do Estado, substituindo o modelo do período medieval, em que o poder era descentralizado.

Neste período, o monarca, por exercer poder ilimitado, prevaricava a uma pequena parcela da população em detrimento da massa social e, é contra esta realidade, que a burguesia - terceira classe excluída da participação do Estado - fomenta as revoluções burguesas da segunda metade do século XVIII, principalmente a Revolução Francesa de 1789.

Na base destes movimentos revolucionários está a pretensão de igualdade jurídica, de exercício da liberdade e fraternidade, ideais do pensador John Locke para quem os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, são inerentes aos seres humanos e por serem anteriores ao Estado, devem por ele ser respeitados.

A burguesia ao tomar o poder do monarca, inaugura o Estado liberal, conservando do modelo absolutista a figura do Estado enquanto uma instituição diferenciada da pessoa que exerce seu governo dando origem a separação de poderes e ao princípio da legalidade, impondo limites e controles sobre o Estado.

Mas, embora o Estado Liberal proteja os direitos individuais, veda qualquer

interferência do Estado na vida privada. O que torna a previsão de igualdade, liberdade e fraternidade conteúdos utópicos, em que só tem direitos assegurados as pessoas pertencentes a uma classe econômica mais favorecida.

Neste contexto, a massa populacional, que se viu a margem do Estado, defensor dos interesses apenas da burguesia, passa a cobrar do Estado uma atuação mais ativa, no sentido de garantir os direitos sociais mínimos, bem como da consecução da igualdade material, em substituição a mera igualdade formal, herança do liberalismo.

Surge o Estado Social, que assimila novos ideais, busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, substitui a postura neutra, adotada no Estado liberal, e passa ser intervencionista, buscando tutelar os interesses da grande massa social.

Em seguida, advém o Estado Democrático de Direito que representa uma ruptura em relação aos modelos anteriores, pois não representa apenas a junção dos direitos de cunho individualista, apregoados no Estado Liberal, e dos direitos sociais, do Estado de Bem-Estar Social, busca efetivar a própria transformação da realidade.

Ao Estado não basta apenas a elaboração de leis (mero positivismo), exige-se uma postura de efetivação destas garantias fundamentais e inerentes dos seres humanos, que já se encontram positivadas (constitucionalismo), conferindo vida a letra da lei e transformando a realidade social.

O Estado Democrático de Direito, consubstanciado na Constituição Federal de 1988, não suplanta as conquistas adquiridas até aqui, pelo contrário, busca efetivar estes direitos e garantias já instituídas.

Não parece exagero afirmar que a Constituição Federal brasileira, comporta todos os direitos e garantias indispensáveis ao desenvolvimento de uma vida digna, direitos estes, conquistados pelos cidadãos no decorrer das transformações por que passou a sociedade.

Assim é que, o ordenamento jurídico brasileiro trás positivado um rol expressivo de direitos e garantias. Assegura os direitos individuais – ditos de primeira geração- são os direitos do homem frente ao Estado, caracterizados pela limitação de Poder Estatal compreendem os direitos civis e políticos, originários das liberdades clássicas (liberdade, propriedade, vida e segurança). Os direitos sociais – denominados de segunda geração – que são os direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos coletivos - de terceira geração- que

impõe ao Estado o dever de proteger a coletividade, são os direitos ao meio ambiente, qualidade de vida, paz, autodeterminação dos povos, defesa do consumidor, da criança, do idoso. E ainda os direitos das minorias – denominados de quarta geração – que envolvem questões novas oriundas da modernidade como à informática, biociência, clonagem, eutanásia, estudo de células tronco, etc.

A constituição prevê estes direitos e garantias, na forma de princípios, que pelo maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e, portanto, se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado de situações.

Neste contexto, ao direito infraconstitucional, compete regular de forma mais específica cada um destes direitos fundamentais, servindo de instrumento de efetivação das garantias constitucionais, portanto, as regras apresentam um relato mais objetivo, em que descrevem uma conduta, e são aplicáveis a um conjunto delimitado de situações.

Dessa constatação, decorre a afirmação de que por trás de toda regra existe um princípio de direito, que fundamenta e justifica a sua aplicação. Sendo que, todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas pelos operadores de direito em consonância com a Carta Magna, interpretando as regras em harmonia como os princípios constitucionais.

Esse engessamento da lei, também ocorre com as regras de direito penal, que descrevem uma conduta de dever ser, tendo sua aplicação limitada a estas circunstâncias, mas, algumas vezes, frente a dinâmica social, não há como o legislador antever todas as situações, e assim, é comum que o aplicador do direito se depare com situações que ainda não se encontram positivadas.

É o que ocorre com o instituto da inexigibilidade de conduta diversa, em que, o legislador previu expressamente, apenas duas hipóteses da sua ocorrência – obediência hierárquica e a coação irresistível. Mas, não há como o legislador prever todas as situações de inexigibilidade de conduta diversa, fazendo-se necessário, que o intérprete analise o caso fático em consonância com os princípios da culpabilidade, da ampla defesa e da presunção de inocência.

A adoção da inexigibilidade de conduta diversa como instituto supralegal, encontra justificativa no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que permite ao aplicador do direito nos casos de lacuna legislativa, socorrer-se nos princípios gerais do direito e na

analogia.

Como se aplica a inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade nas hipóteses do art. 22 do Código Penal, pelo fundamento de que a conduta ocorreu em situações anormais, em que não era exigível conduta diversa, por analogia a este instituto e seus fundamentos, deve-se estender esta exculpante nas demais situações (supralegais) em que não era exigível conduta diversa do agente.

Da mesma forma, pelo princípio da culpabilidade, para que se impute a responsabilidade penal ao indivíduo pela prática de um crime, faz-se necessário que ele seja capaz, tenha potencial consciência da ilicitude do fato, e lhe seja exigível conduta diversa de acordo com o direito. Ausência de qualquer destes três requisitos, afasta a culpabilidade e, portanto, não há a configuração do delito, nem a respectiva imposição de pena.

Portanto, reconhecida a lacuna no sistema jurídico quanto às hipóteses de inexigibilidade, há que admiti-la como causa supralegal excludente da culpabilidade, sob pena de não se poder reconhecer um pleno direito penal da culpa, consubstanciado em um Estado Democrático de Direito, que além de positivizar os direitos, busca efetivá-los, evitando que ocorram injustiças, frente a um estreito positivismo legal.

REFERÊNCIAS

- BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 874 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. 136 p.
- BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 411 p. Ciências criminais.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 754 p. 1.v.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 230 p.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07 maio 2012.f
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 2011.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 601 p. 1.v.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 213 p.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1998. 550 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, Parte Geral, Rio de Janeiro, Forense, 1985.

FRIEDE, Reis: **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. 134 p.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007. 1. v.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. 1. v.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010. 1. v.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011. 1. v.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Código penal; Código de processo penal; Legislação processual penal; Constituição federal**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1308 p.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Código penal; Código de processo penal; Legislação processual penal; Constituição federal**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1308 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense 2002. 342 p.

MERROLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: editora Lumen Júris, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABRINE, Renato N. **Código penal interpretado**. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 686 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 836 p.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 104 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts 1. a 120**, 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- RAÓ, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**, São Paulo: Max Limonad, 1952, 2 v. 559p.
- ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Advogado, 2006. 392 p.
- ROSA, Alexandre Morais da, **O que é garantismo jurídico?** Teoria Geral do Direito. Florianópolis: Habitus, 2003, 112p.
- _____. **Discurso neoliberal e Estado Democrático de Direito**. Ciências Sociais Aplicadas em Revista. UNIOESTE/MCR. v. 8, n. 15, 2º sem 2008, p. 27-40 disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/AMoraisRosa.pdf. Acessado em 21 set. 2011.
- SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renavan, 2002. 322 p.
- SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. 175 p.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 366 p.
- _____. MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 211 p.
- VICENTIN, Gláucio Wandré. **Hermenêutica e prestação jurisdicional o problema da (in)admissibilidade de direitos supralegais no Brasil**. (Dissertação de Mestrado em Direito) 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1

APÊNDICES

APÊNDICE A

Atestado de Autenticidade da Monografia

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, Danice Berté, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. 82658, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções na esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

Assinatura da Estudante

APÊNDICE B

Termo de Solicitação de Banca

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso da estudante Danice Berté, cujo título é A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie.

Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: _____
_____, telefone para contato _____.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

Assinatura do Orientador