

EXIGIBILIDADE DE CONDUTA CONFORME O DIREITO

Irving Nagima

Advogado, formado pela Faculdade de Direito de Curitiba.

CONCEITO, PRINCÍPIOS E NOÇÕES BÁSICAS

A teoria da culpabilidade (1) completa-se com o requisito da exigibilidade da conduta (2) imposta pela ordem jurídica, que vise a preservação de bens e interesses fundamentais do homem e da sociedade. Em outras palavras, trata-se de um pressuposto da culpabilidade em que só devem ser punidos os comportamentos que poderiam ser evitados (3). Assim, quando não se pode determinar a conduta diversa por parte do agente, este é isento de crime, pois, não há reprovabilidade se na situação em que se achava não lhe era exigível comportamento diverso. Pode haver a conduta típica (4) e antijurídica (5), porém a culpabilidade (reprovabilidade) (6) é excluída, inexistindo crime.

A exigibilidade de conduta conforme o direito (ou diversa), pode ser definida, pois, como a possibilidade, adotada pelo autor, de agir nos ditames do ordenamento jurídico, isto vale dizer que poderia ter atuado de maneira diversa da adotada. Tem como principal finalidade afastar a censurabilidade do agente (no caso de inexigibilidade) (7).

Para a análise da exigibilidade dessa conduta nos preceitos legais é necessário, todavia, que sejam sopesadas as circunstâncias do momento do fato típico em tese, ponderando sobre as condições físicas e psíquicas do sujeito ativo. Mister se faz, então, que sejam avaliadas todas as circunstâncias que envolveram o fato para averiguação desse elemento da culpabilidade.

A palavra chave, como se pode notar, é a normalidade (8). Deve-se levar em consideração a determinação normal (9) das circunstâncias psíquicas e físicas do agente e do local dos fatos e que não se pode exigir uma atuação conforme o direito, ou seja, que na normalidade, podia ou não se exigir do sujeito ativo um comportamento diferente daquele que efetivamente realizou.

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Neste sentido, em não sendo possível praticar conduta diversa, pode o agente recair sobre uma excludente de criminalidade ou diminuição de pena, que consiste na inexigibilidade de conduta diversa, que se vale do princípio de que não sendo possível exigir do autor um comportamento diverso (conforme o direito), não se pode puni-lo.

As situações de inexigibilidade de conduta diversa são previstas pela legislação, ou seja, encontram-se autonomia legal perante o Código Penal (10) e supralegais, e, não é reconhecida, principalmente por Zaffaroni e Pierangelli (11), a causa de inculpabilidade. São estas as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa: (a) estado de necessidade exculpante; (b) coação moral irresistível; (c) obediência hierárquica, (d) impossibilidade de dirigir as ações conforme a compreensão da antijuridicidade e (e) outras causas supralegais.

ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE

O estado de necessidade é a situação de perigo atual de bens jurídicos tutelados, que pressupõe um conflito entre os titulares desses interesses, que, para preservar um bem ou direito próprio ou alheio, deteriora ou priva, sem outra alternativa, o direito ou bem de terceiro. Dentre a divisão desse instituto (próprio, de terceiro, agressivo, real, putativo), encontra-se o estado de necessidade exculpante (12) que ocorre quando há o sacrifício de bem de igual ou de maior valor (13).

Para que haja caracterizado essa excludente de culpabilidade, deve-se demonstrar (14) o perigo atual, a ameaça ao direito próprio ou alheio, situação não provocada pelo agente, inexigibilidade do dever legal, inevitabilidade do comportamento lesivo, a inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado e o conhecimento da situação exculpante.

Assim sendo, para que seja o agente excluído da criminalidade e responsabilidade penal, o estado de necessidade exculpante somente deve ser levado

em consideração quando o autor, que dele se utiliza, conhece, de igual modo no estado de necessidade justificante, a causa que elimina a culpabilidade, ou que haja em erro invencível de proibição. Se, no entanto, o sujeito ignorar a situação objetiva da necessidade, é considerado culpável.

Considere-se ainda que os requisitos do estado de necessidade exculpante devem ser analisados junto ao caso concreto, visando e observando sempre à razoabilidade tanto em relação ao excesso, quanto ao dever legal de exigir de certa pessoa que suporte o perigo ou dano.

Por fim, quando o estado de necessidade não for completo terá, conseqüentemente, a culpabilidade diminuída, consoante dispõe o § 2º, do artigo 24 do Código Penal.

Como exemplos clássicos, pode-se citar: (a) a tábua de Carneades, que após ter naufragado o barco, duas pessoas têm apenas uma tábua que só pode sustentar uma delas. A joga B fora da bóia para salvar sua própria vida; (b) caso de Mingnotte em que dois náufragos condenados a morrer de inanição, salvam-se praticando antropofagia de um terceiro.

COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

Preliminarmente, vale ressaltar que os autores ZAFFARONI e PIERANGELLI consideram a coação moral irresistível como parte do estado de necessidade exculpante (15).

Também como preliminar, deve-se frisar que com a coação física irresistível (vis absoluta), ou seja, o emprego de violência física, inexistente a conduta, ou seja, não há sequer a ação, porque não é voluntária e consciente.

Em se tratando de coação moral (vis relativa), esta consiste no emprego de grave ameaça no sujeito ou em terceiros. Dito de outra maneira é a promessa de mal grave e injusto para si ou para terceiros, mantendo a vítima psicologicamente vinculada ao coator (16).

Assim, a coação moral irresistível (17) exclui a culpabilidade, por não ser exigido conduta diversa de quem atua rigorosamente em situação de necessidade. Porém, se a coação era resistível, há o crime e o agente é culpável, havendo, no entanto, em favor do agente, o reconhecimento de atenuante genérica (18).

Observe-se, ainda, que pode ocorrer a hipótese de coação moral irresistível putativa, em que o sujeito coagido, por erro, achava estar sofrendo coação, inexigindo comportamento diverso, como exemplo de um empregado que recebe um bilhete dizendo que se não ajudasse a subtrair objetos da empresa, seu filho iria morrer, porém, o bilhete estava sendo direcionado para outro funcionário.

OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

Somente ocorre a exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, quando a obediência hierárquica se der no cumprimento de determinada ordem legítima do superior, preenchendo estes requisitos: (a) a ordem seja emanada da autoridade competente; (b) relação de subordinação fundada no direito público, ou seja, ser funcionário público (19); (c) tenha o agente atribuições para a prática do ato; (d) não seja a ordem manifestamente ilegal, sob pena de ser responsabilizado; (e) o subordinado deve limitar-se à estrita observância da ordem.

Preenchidos todos os requisitos supracitados, não cometerá o subordinado nenhum crime, pois foi utilizado como mero instrumento do autor da ordem, somente responderá penalmente o superior que lhe deu o mandamento, como caso de autoria mediata. Todavia, poderá também o subordinado responder pelo ato se: (a) o subordinado conhece a ilegalidade da ordem e mesmo assim a faz, sem agir em estado de necessidade justificante ou exculpante, ou por erro (20); (b) o subordinado excede na prática do ato legal, respondendo sozinho pelo ato; (c) quando não preenchidas as demais condições.

Na obediência hierárquica também há a obediência hierárquica putativa (21).

IMPOSSIBILIDADE DE DIRIGIR AS AÇÕES CONFORME A COMPREENSÃO DA ANTIJURIDICIDADE, PROVENIENTES DE CAUSAS PSÍQUICAS

Também conhecida como a segunda hipótese da inimputabilidade, que consiste na incapacidade psíquica quando se torna inexigível a adequação da conduta à compreensão da ilicitude (22). São, portanto, distúrbios, conhecidos como psiconeuroses, de etilogia vivencial e também orgânica, como, por exemplo, as convulsões e fobias. Como exceção ao caso patológico, há o medo, quando há, por estímulo exterior, a incapacidade para compreender a ilicitude.

OUTRAS CAUSAS SUPRALEGAIS

As causas supralegais (23) de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, podem ser classificadas em: (a) provocação da legítima defesa; (b) cláusula de consciência; (c) a desobediência civil; (d) o conflito de deveres.

A provocação da situação de legítima defesa exclui a legitimidade da reação defensiva, porém, essa tendência vem sofrendo revisão através dos tribunais e da doutrina.

Em relação à cláusula da consciência ocorre quando há, por mandamentos morais da personalidade (seja pela religião ou crença) do agente, em que não se pode distinguir o certo ou o errado. Porém, somente haverá a exclusão da censura quando houver a proteção concreta do bem jurídico por uma alternativa neutra, não havendo outra solução alternativa, o que não ocorre no caso de transfusão de sangue por motivos religiosos ou a ação do médico por motivo de necessidade.

No que tange à desobediência civil, está é uma forma de rebeldia (24), no qual o agente pratica um determinado tipo penal com a finalidade de mostrar publicamente a injustiça da lei e induzindo, imediatamente, o legislador a modifica-la. Tem, sobretudo, a finalidade inovadora, ou seja, mudar o ordenamento jurídico.

Por fim, o conflito de deveres e uma forma de interação entre pessoas ou grupos, em que aplica em choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos. Como exemplos, Cirino dos SANTOS enumera: a) para evitar colisão com trem de passageiros, acarretando a morte de muitos deles, o maquinista desvia o trem de carga desgovernado para trilho diferente, causando a morte de alguns trabalhadores; b) o médico substitui a paciente com menores chances de sobrevivência por outra com maiores possibilidades de salvação (25).

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO CRIME CULPOSO, NAS MAJORANTES E NO TRIBUNAL DO JÚRI

Por se tratar de institutos diferentes (a culpa situa-se no fato típico, enquanto a culpabilidade é o quarto elemento do conceito do crime), é plenamente possível não ser censurado por sua conduta, o agente que aja de forma imprudente, negligente ou imperito, desde que preencha os requisitos da inexigibilidade de conduta diversa (26).

Do mesmo modo em relação às causas especiais de aumento de pena e como tese no tribunal do júri é possível, desde que no primeiro se configure um comportamento autônomo e justificado, e no segundo, como quesito para julgamento pelo corpo de jurados, de maneira que se indague os fatos e circunstâncias e não somente sobre o conceito jurídico (27).

RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

Considera-se a responsabilidade penal objetiva quando o agente é considerado culpado, mesmo não tendo a demonstrado do tipo subjetivo (dolo ou culpa), porém, apenas por ter causado o resultado. Assim, frente ao princípio constitucional do estado de inocência e a teoria finalista (28) adotada pelo Código Penal, é inadmissível a responsabilidade penal objetiva, salvo na hipótese de *actio libera in causa* (29).

CONCLUSÃO

A exigibilidade da conduta conforme o direito consiste, pois, na forma determinada do comportamento humano prescrito nos ditames legais, em que não sendo possível tal ação/omissão, no momento de cometimento de fato definido inicialmente como crime, e pressupondo sua ilicitude, isenta o agente da culpabilidade, e, portanto, do cometimento do crime. Parte-se do princípio de que não podendo realizar conduta diversa daquela, não se pode censurá-lo.

Algumas situações adotadas pela doutrina consideram ser inexigíveis condutas diversas no momento do fato delituoso, ou seja, o autor é excluído da reprovabilidade quando não há outra maneira, senão aquela típica: (a) estado de necessidade exculpante; (b) coação moral irresistível; (c) obediência hierárquica, (d) impossibilidade de dirigir as ações conforme a compreensão da antijuridicidade e (e) outras causas supralegais.

NOTAS

1 Quarto elemento do conceito do crime como conduta típica, antijurídica e culpável. A culpabilidade consiste na reprovação ou censura pela formação da vontade, ou seja, o juízo de reprovabilidade que recai sobre o autor do crime, feita pela sociedade. Tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

2 Conceituada como ação ou omissão humana, voluntária e dirigida a uma finalidade, v.g., é a materialização da vontade humana.

3 Para Fernando CAPEZ (**Curso de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 1. p. 308) a exigibilidade de conduta diversa “*consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma*”

4 É o enquadramento que se dá da conduta praticada pelo sujeito ativo em relação a norma descrita em abstrato, i. e., adequação do fato com a norma penal.

5 A antijuridicidade é a contradição entre o comportamento humano e o ordenamento jurídico.

6 A culpabilidade adota a teoria normativa pura, ou seja, a culpa e o dolo migram da culpabilidade, passando a constituir mero juízo de reprovabilidade como já citado anteriormente.

7 Ou seja, tem natureza jurídica de causa de exclusão de culpabilidade.

8 Normalidade segundo Bettiol, citado por René Dotti (**Curso de Direito Penal** – parte geral. Rio de Janeiro: Forense: 2002. p. 349): “(...) *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 á 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*”.

9 Para CAPEZ (**ob cit.** P. 308): “(...) *para que se possa considerar alguém culpado do cometimento de uma infração penal, é necessário que esta tenha sido praticada em condições e circunstâncias normais, pois do contrário, não será possível exigir do sujeito conduta diversa da que, efetivamente, acabou praticando*”.

10 CP, 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.

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

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

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

11 ZAFFARONI, E. R., PIERANGELLI, J. H. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 618.: “(...) *negamo-nos a reconhecer que haja uma causa de inculpabilidade – legal ou supralegal – de inexigibilidade de outra*

conduta, como foi sustentado pela doutrina estrangeira nos primórdios da teoria normativa da culpabilidade”.

12 Segundo ZAFFARONI e PIERANGELLI, (**ob. Cit.** P. 620/621): “(...) o estado de necessidade exculpante é aquele que ocorre quando males entram em colisão, não se evitando um de maior gravidade do que aquele que se causa”. E ainda: “Em todos os casos de necessidade exculpante, o injusto cometido deve ser uma necessidade, isto é, devem ser situações em que não se possa juridicamente exigir do autor a realização de uma conduta menos lesiva”.

13 Note-se que quando há o sacrifício de bem de menor valor, a exclusão ocorre na antijuridicidade, como estado de necessidade.

CP, art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade.

14 Segundo

15 Conforme os autores (**ob. Cit.** P. 620): “(...) se o mal com que é ameaçado é equivalente ao que é forçado a infringir, haverá um estado de necessidade exculpante; ao contrário, se o mal com que é ameaçado é mais grave do que o que é levado a realizar, a coação será um estado de necessidade justificante”.

16 Para Luiz Régis PRADO (Curso de Direito Penal Brasileiro. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. Vol. 1.p 411/412): “Desse modo é possível sustentar que na coação moral, diferentemente da coação física, existe espaço para a vontade, mas esta se mostra de tal modo viciada comprometida, que não se pode exigir do agente um comportamento conforme os ditames do ordenamento jurídico. O coacto, portanto, tem vontade, mas se encontra diante de um dilema: antes dois resultados indesejados, deve optar por um deles, e é exatamente nesse ponto que reside o fundamento da inexigibilidade da conduta que visasse a salvaguardar o bem jurídico que, ao final, resulta lesado”.

17 Segundo Julio Fabbrini MIRABETE (**Manual de Direito Penal.** Parte Geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 207): “Existe na coação moral uma ameaça, e a vontade do coacto não é livre, embora possa decidir pelo que considere para si um mal menor; por isso, trata-se de hipótese em que se exclui não a ação, mas a culpabilidade, por não lhe ser exigível comportamento diverso. É indispensável, porém que a coação seja

irresistível, ou seja, inevitável, insuperável, inelutável, uma força de que o coacto não se pode subtrair, tudo sugerindo a situação a qual ele não se pode opor, recusar-se ou fazer face, mas tão somente sucumbir, ante o decreto do inexorável”.

18 CP, art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III – ter o agente:

C – cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

19 Não pode ser relação em relação entre membros da família, emprego ou religioso.

20 ZAFFARONI e PIERANGELLI (**ob. Cit.** P. 625) diz: *“Além do caso assinalado no art. 22, a obediência hierárquica dá lugar a outras hipóteses, que só constituem eximentes em circunstâncias particulares: a) se o subordinado conhece a ilegalidade da ordem, não obstante, deve cumpri-la, porque, em caso contrário, sofreria um mal maior do que aquele que causa (estado de necessidade justificante); b) deve cumpri-la, porque sofreria um mal análogo ao que causa (deve compor o pelotão de fuzilamento, porque, se não o fizer, também será fuzilado, estado de necessidade exculpante); c) se a ordem é manifestamente ilegal para outros, mas a capacidade do subordinado não lhe permite precaver-se dela, não obstante o esforço que faça, em cuja hipótese haveria erro de proibição inevitável”.*

21 Damásio de JESUS (**Direito Penal.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1. p. 446/447) esclarece: *“(...) pode ocorrer que a ordem seja ilegal, sendo que o subordinado pratica o fato típico por erro de proibição, na crença firme de tratar-se de ordem legal”.*

22 Segundo ZAFFARONI e PIERANGELLI (**ob. Cit.** P. 626): *“Esta segunda hipótese está contemplada na incapacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento”.*

23 Conforme Heleno Cláudio FRAGOSO, (**ob cit.** P. 260): *“As causas de inexigibilidade previstas na lei, no entanto, permitem a aplicação analógica”.*

24 Segundo René Ariel DOTTI (**ob. Cit.** P. 428).

25 Exemplos citados por René Ariel DOTTI (ob. Cit. P. 429) mencionando Cirino dos Santos (A moderna teoria do fato punível, p. 268).

26 Neste sentido é o entendimento de Fernanda Figueira TONETTO (A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3163>>. Acesso em: 09 dez. 2005).

27 JSTJ 18/243.

28 Para a teoria finalista, atualmente adotada, não se pode dissociar a ação da vontade do agente, já que a conduta é precedida de um raciocínio que o leva a realiza-la ou não. O dolo e a culpa fazem parte da conduta, pois a conduta é o comportamento humano, voluntário e consciente, dirigido a determinada finalidade.

29 A teoria da actio libera in causa ocorre quando o agente se coloca, propositadamente, em situação, em tese, de inimputabilidade para cometer um crime, realizando este no estado de inconsciência, como exemplo a embriaguez pré ordenada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 1.

DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal** – parte geral. Rio de Janeiro: Forense: 2002

FRAGOSO, H. C.

GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal**. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2002. Coleção sinopses jurídicas. Vol. 7.

JESUS, D. E. de. **Direito Penal**. Parte Geral. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. vol. 1.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. vol. 1.

TONETTO, Fernanda Figueira. A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3163>>. Acesso em: 09 dez. 2005.

ZAFFARONI, E. R., PIERANGELLI, J.H. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.