

EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL E O JÚRI

Rogério Greco

Promotor de Justiça de Minas Gerais

Coordenador do Curso Praetarium, em Belo Horizonte

Sumário

1. Introdução - 2. A culpabilidade e seus elementos integradores - 3. Conceito de inexigibilidade de conduta diversa. - 4. A inexigibilidade de conduta diversa como causa legal de exclusão da culpabilidade. - 5. A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal e a possibilidade de sua aplicação. - 6. A possibilidade de alegação de causas supralegais perante um juízo monocrático. - 7. A causa supralegal de exclusão da culpabilidade e sua aplicação nos julgamentos levados a efeito pelo tribunal popular. - 8. Formulação do quesito relativo à causa excludente da culpabilidade referente à inexigibilidade de conduta diversa. - 9. Conclusão. - 10. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Muito se tem discutido, nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, quanto à possibilidade de se formularem quesitos relativos à inexigibilidade de conduta diversa.

Debates acirrados giram em torno dessa causa excludente da culpabilidade, especificamente quando a mesma não encontra amparo explícito na legislação penal positiva, sendo, portanto, supralegal.

Assim, nosso objetivo maior é o de tentar chegar, o mais próximo possível, a uma solução para esse empolgante tema, que aos poucos vem sendo discutido por nossos doutrinadores.

2. A culpabilidade e seus elementos integradores

Primeiramente, antes de enfrentarmos a questão aqui proposta, temos que ter em mira o significado da palavra culpabilidade, originária do latim *culbabile*.

Para o nosso vernáculo, de acordo com *Aurélio Buarque de Holanda Ferreira*¹, culpabilidade é o estado ou qualidade de ser culpável, sendo esta, ainda atentos à lição do renomado professor, aquela que se pode lançar culpa, digno de censura, condenável, repreensível.

Na Alemanha, *Welzel*² identifica as distinções entre antijuridicidade e culpabilidade, e dizia:

“La característica culpabilidad añade un nuevo momento a la acción antijurídica, sólo mediante la cual se convierte en delito. La antijuridicidad es, como ya vimos, una relación entre acción y ordenamiento jurídico que expresa la disconformidad de la primera con la segunda: la realización de voluntad no es como lo esperaba objetivamente el ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. El hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este ‘poder en lugar de ello’ del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica. La teoría de la culpabilidad tiene que exponer los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica.”

Nossos modernos penalistas, tais como *Damásio E. de Jesus* e *Julio Fabbrini Mirabete*, encontraram três elementos que dizem respeito diretamente à capacidade de se imputar a alguém a prática de um ato delituoso, fazendo com que, em face desse, seja levado a efeito o *jus puniendi* do Estado, aplicando-se, efetivamente, a pena encontrada nos diplomas penais em vigor. São eles: **a)** a *imputabilidade do agente*; **b)** a *potencial consciência da ilicitude do*

¹ *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira.

² *WELZEL, Hans. Derecho penal alemán*. Chile: Jurídica de Chile, 1976, p. 197.

fato praticado; e c) a inexigibilidade de conduta diversa.

A nossa meta, aqui, destina-se a elucidar o intrigante problema relativo à inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal, ou seja, como causa que não encontre esteira em nossa legislação penal. É o que faremos a seguir.

3. Conceito de inexigibilidade de conduta diversa

Antes de partirmos para a análise da culpabilidade do agente, é preciso que o fato por ele praticado seja típico e antijurídico. São antecedentes lógicos, imprescindíveis ao conceito formal de crime. Caso não seja típico o fato, ou, ainda, tenha agido acobertado por uma excludente da ilicitude, não será necessária a averiguação da presença dos elementos que integram a culpabilidade que, como já dito linhas acima, são a imputabilidade do agente, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de outra conduta.

Tendo, outrossim, praticado o agente um fato típico e antijurídico, passaremos a analisar se, *in casu*, era o mesmo pessoa imputável, nos termos dispostos pela Lei Penal, se tinha conhecimento de que a atitude que praticara era repudiada pelo ordenamento jurídico e, agora, o que mais nos interessa, se na situação em que se encontrava era exigível que se abstinésse ou praticasse outra conduta.

Giuseppe Bettiol,³ com maestria, diseca o conceito e a necessidade da existência da inexigibilidade de conduta diversa como causa dirimente da culpabilidade, dizendo:

“Para que uma ação possa dizer-se culpável, não basta que um sujeito capaz tenha previsto e querido um determinado evento lesivo, mas é necessário que a sua vontade tenha podido determinar-se normalmente rumo à ação: tal determinação normal não pode ser exigida quando as condições de fato em que o indivíduo atuar forem de tal ordem que tornem impossível ou muito difícil a formação de um querer imune de defeitos. Quando se admite, por exemplo, que em virtude da força maior seja impossível a imputação de um fato a um sujeito capaz, mesmo que tenha agido conscientemente, reconhece-se que no embasamento do juízo de culpabilidade encontra-se o princípio de que tal juízo deve ser excluído quando a vontade não puder determinar-se normalmente à ação, o

³ *Direito penal*. São Paulo: RT, v. 2, p. 139-140.

que pode ocorrer tanto por um vício que incida sobre a representação das conseqüências da própria ação quanto sobre a livre determinação da própria ação. Numa concepção normativa, a culpabilidade desaparece todas as vezes em que - dadas as condições do atuar - não se possa 'exigir' do sujeito agente um comportamento diverso daquele efetivamente adotado."

Não era outro o entendimento do ex-catedrático em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Recife, Professor *Anibal Bruno*, que assim prelecionava:

"A não-exigibilidade de conduta diversa supõe que a ocorrência excede a natural capacidade humana de resistência à pressão dos fatos, pois se o Direito não impõe heroísmo, reclama uma vontade anticriminosa firme, até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal."⁴

Dessa forma, atentos às lições dos renomados autores, podemos afirmar que a inexigibilidade de conduta diversa está diretamente ligada aos fatos que rodeiam o agente, influenciando, pois, no seu proceder.

4. A inexigibilidade de conduta diversa como causa legal de exclusão da culpabilidade

A parte geral do nosso Código Penal prevê, em seu art. 22, duas causas que excluem a culpabilidade do agente, por não ser dele exigido conduta diversa daquela que praticara, hipoteticamente.

São elas a *coação moral irresistível* e a *estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico*.

Diz o referido artigo que, nesse caso, somente se pune o autor da coação ou da ordem, isentando-se de pena, pois, o autor da ação delituosa, aquele que, efetivamente, praticara os atos de execução.

Mas uníssona é a interpretação de que a *vis compulsiva* deve ser irresistível, bem como a ordem do superior hierárquico não deve ser manifestamente ilegal. Caso seja resistível a coação, ou esteja visivelmente impregnada de ilegalidade a ordem emanada de superior hierárquico, podemos estar diante não de uma causa excludente da culpabilidade, mas sim de uma cir-

⁴ *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. 2, p. 105.

cunstância atenuante, prevista no art. 65, III, c do estatuto repressivo.

Na parte especial do diploma repressivo, podemos criar, à guisa de exemplo, a escusa absolutória prevista no § 2.º do art. 348, pertinente ao delito de favorecimento pessoal.

Explícita o *caput* do mencionado artigo, que é infligida pena de detenção, variável de um a seis meses, além de multa, aquele que auxilia o agente autor de crime, a que é cominada pena de reclusão, a subtrair-se à ação de autoridade pública. Contudo, o seu parágrafo segundo prevê uma causa excludente da culpabilidade, vale dizer, a inexigibilidade de conduta diversa, salientando que fica isento de pena se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso.

Um exemplo melhor elucidará o problema.

Suponhamos que Getúlio cometa um crime de homicídio e, logo a seguir, empreenda fuga. Sabendo que os policiais iriam procurá-lo em sua residência, vai em busca de auxílio junto a seu irmão mais moço, o qual cuidara, em sua infância, como se seu filho fosse. Ao vê-lo, mesmo sabendo da prática do terrível delito praticado, o irmão de Getúlio, nutrindo por ele grande ternura e admiração, abre as portas de sua residência e permite que ele ali se abrigue, até que se acalme a situação. E aí indagamos: seria crível que, nessa hipótese, o legislador ordinário fosse tão radical a ponto de incriminar o irmão de Getúlio por tê-lo auxiliado a subtrair-se à ação das autoridades que estavam no seu encalço? E podemos ainda perquerir: será que, na situação em que se encontrava, era exigível outra conduta por parte do irmão de Getúlio?

Creemos ter andado bem o legislador em inserir em nosso ordenamento jurídico essa escusa absolutória, pois, mesmo que ela não existisse explicitamente, poderia ser argüida como causa supralegal.

Essas, portanto, algumas das causas já expressamente elencadas em nosso direito penal positivo.

5. A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal e a possibilidade de sua aplicação

Prima facie, vale explicitar o que seja uma causa supralegal, tomando-se o seu conceito jurídico. Causa supralegal seria aquela que, embora não fazendo parte explicitamente de nossos diplomas legais, deva ser aplicada em determinados casos, de modo que situações análogas não sejam tratadas de

maneiras diferentes, pois, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito). O prefixo *supra*, de origem latina, quer dizer posição acima. Dessa forma, causa supralegal seria aquela que não estaria explicitamente inserida em nossos textos de lei, encontrando-se, outrossim, numa posição acima destes, não se podendo, contudo, interpretar a expressão “acima” no sentido de superioridade.

Visto, brevemente, o conceito de causa supralegal, resta indagar se há possibilidade de sua aplicação.

Herzbruch, citado por Damásio,⁵ nos ensina que “as causas de exclusão da culpabilidade contidas nos Códigos não são mais que simples manifestações do princípio geral, segundo o qual a não-exigibilidade de outra conduta exclui a culpabilidade, pelo que não vê inconveniente que o juiz absolva o agente que atuou sem que se lhe pudesse exigir outro comportamento, ainda que sua situação não se encontre prevista em lei”.

Não era outra a lição de *Eugenio Cuello Calón*,⁶ catedrático em Direito Penal na Universidade de Madri, que dizia:

“Como causa de exclusión de la culpabilidad no prevista por la ley (supralegal) se ha reconocido por algunos autores, particularmente en Alemania, la llamada no exigibilidad (Nichtzunutbarkeit). Conforme a esta doctrina una conducta no puede considerarse culpable cuando al agente dadas las circunstancias de sua situación no pueda exigírsele una conducta distinta de la observada. El Tribunal Supremo alemán ha acogido en algunos casos este excluyente de la culpabilidad.”

Nos casos em que for possível a aplicação de uma causa de exclusão da culpabilidade que não esteja expressamente inserida em nossos textos de lei, poderemos nos socorrer dos critérios *objetivo e subjetivo* para aferir se os fatos trazidos à baila estão a merecer a aplicação de uma causa supralegal. Assim, poderemos substituir o agente, no critério objetivo, por um homem médio, de prudência normal, e apurar-se esse homem padrão teria agido de forma diferente, caso em que, sendo afirmativa a resposta, seria exigível outra conduta que não aquela por ele praticada. Pelo critério subjetivo, teríamos que analisar as condições pessoais do agente a fim de sabermos se ele, dentro de

⁵ JESUS. Damásio E. de. *Direito penal*. Parte geral, 1990, v. 1, p. 424.

⁶ CALÓN. Eugenio Cuello. *Derecho penal - Parte general*. Barcelona: Bosch, 1948, p. 467-468.

suas naturais limitações, poderia ter obrado de forma diversa.

Esse, também, o entendimento de *Mezger*, citado por *Nelson Hungria*:

“A doutrina na ‘não-exigibilidade’ (*Nichtzunutbarkeit*) pode ser assim, resumidamente, fixada: se o pressuposto da culpabilidade é a censurabilidade (*Vorwerfbarkeit*) da ação (ou omissão), segue-se que ela exprime a violação de um dever de conduta, sob o ponto de vista social; mas conduta social não pode ser senão aquela que, sendo exigível do indivíduo, não é seguida por este. A censurabilidade deixa de existir quando o indivíduo falta à observância de uma conduta que se lhe apresentava, no caso concreto, impossível (*ultra posse nemo tenetur*) ou particularmente difícil, não exigível do *homo medius*, do comum dos homens.”⁷

6. A possibilidade de alegação de causas supralegais perante um juízo monocrático

Por tudo o que dissemos nos itens anteriores, entendemos ser indiscutível a possibilidade de ser argüida no juízo singular, como tese defensiva, uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Vejamos um exemplo.

A mãe de uma criança de 3 anos de idade, solteira e extremamente pobre, trabalha para sustentar a si e a sua filha. Contudo, próximo à favela onde residem não existe qualquer creche ou local adequado para deixar a impúlbere. Normalmente, sai de casa por volta das 7 horas e retorna à noite e prepara as refeições de sua filha de modo a que não passe fome durante o tempo em que estiver fora. Em que pese sua preocupação alimentar, a criança tem apenas 3 anos de idade, sendo deveras arteira. Numa de suas brincadeiras infantis, encontrando-se sozinha em seu barraco, a criança, valendo-se de um banco de madeira, sobe em cima da precária geladeira, vindo a cair e a falecer em virtude da queda.

Olhando friamente o problema, a mãe, no caso dos autos, nos termos do art. 13, § 2.º, e, do Código Penal, havia assumido a posição de garantidora da não-ocorrência do resultado. Responderia, nos termos da lei penal, pelo resultado morte, a título de culpa.

⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, v. 1, t. 1, p.93.

Todavia, após verificarmos a tipicidade do fato, com todos os seus elementos (conduta dolosa ou culposa, resultado, nexó causal entre a conduta e o resultado e, por fim, a tipicidade), bem como inexistindo qualquer causa que exclua a ilicitude, teremos que observar a questão levando-se em consideração, agora a culpabilidade da agente.

No exemplo por nós proposto, seria razoável que aquela mãe, já em situação miserável, tivesse que abandonar o seu emprego a fim de ficar permanentemente com sua filha, mesmo que essa necessitasse de cuidados pessoais?

Ou, em outros termos, seria exigível que ela se portasse de maneira diferente, ou seria dela exigível outra conduta?

Acreditamos que a resposta negativa se impõe. Analisando o problema à luz do critério subjetivo, imperiosa se faz a aplicação da causa supralegal de exclusão da culpabilidade, vale dizer, a excludente da inexigibilidade de conduta diversa.

Não pode o julgador simplesmente deixar de reconhecer essa causa excludente da culpabilidade, de natureza supralegal. O problema aqui proposto, entretanto, não diz respeito à existência do fato típico, com todos os seus elementos, ou com alguma causa que exclua a ilicitude da conduta. Devemos tratá-lo, outrossim, como causa que afaste a culpabilidade da agente.

E podemos, ainda, a título de raciocínio, trazer à baila mais um exemplo.

Determinado gerente de um supermercado, obedecendo às ordens de seus superiores, sócios do mencionado estabelecimento de comércio, expõe à venda produto cujo preço supera a tabela imposta pelo Governo Federal. Na época em que ocorreram os fatos, havia uma enorme crise de desemprego. O citado gerente era casado e pai de três filhos. Percebia, na ocasião, uma remuneração que permitia ter uma vida regrada, embora digna. Caso desobedecesse às ordens emanadas, seria dispensado de seu emprego. Não vendo outra alternativa, mesmo sabedor de que o preço praticado no produto oferecido ao público era superior ao tabelamento oficial, coloca o mesmo à venda e infringe a norma contida no inciso V, art. 2.º, da Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular.

E, novamente, retomamos a pergunta inicial: seria exigível para aquele gerente, nas condições em que se encontrava, praticar conduta diversa daquela que, efetivamente, levou a efeito?

Era razoável exigir-se que perdesse o emprego, deixando sua família ao desamparo?

Por mais uma vez temos que responder negativamente.

Ressalte-se, por oportuno, que a causa a ser erigida em defesa do agente é de natureza supralegal, pois não encontra amparo explícito nos textos de lei. Por essa razão, deveria o magistrado deixar de aplicá-la? Obviamente que não, uma vez que, se assim agisse, estaria desobedecendo à norma contida no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz:

“Art. 4.º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Portanto, em que pese a pouca resistência existente, a doutrina é quase unânime em afirmar a possibilidade de ser aplicada, nos juizes monocráticos, uma causa supralegal que exclua a culpabilidade do agente.

7. A causa supralegal de exclusão da culpabilidade e a sua aplicação nos julgamentos levados a efeito pelo tribunal popular

Alguns juizes e promotores, ainda renitentes com o moderno Direito Penal, não se cansam de guerrear contra a tese a respeito de serem formulados quesitos relativos às causas supraleonais de exclusão de culpabilidade, fazendo uma interpretação equivocada do inciso III, do art. 484 do Código de Processo Penal, assim redigido:

“Art. 484 - Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

I -

II -

III - 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.”

Podemos observar tal entendimento no julgamento realizado pela 4.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. 76.681-3, onde foi

relator o Desembargador *Dante Busana*, publicada na RT 662/226, cuja ementa segue abaixo transcrita:

“O sistema penal vigente somente admite a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade quando expressamente prevista. Isto porque não há reconhecer lacunas na lei em matéria de dirimentes, a impor a integração ou extensão do respectivo rol com o socorro da analogia *in bonam partem*.”

A formulação de quesitos sobre a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão de culpabilidade deve versar sobre fatos e circunstâncias, com explicitação dos requisitos inerentes à espécie da excludente, devidamente desdobrada em quesitos.”

Data venia, esse não é o melhor entendimento, principalmente se levarmos em conta o princípio da ampla defesa contido no inciso LV, art. 5.º, da Constituição Federal, que, segundo nosso entendimento, caso houvesse dúvidas quanto à revogação parcial do inciso III, do art. 484 da Lei Processual Penal pelo novo estatuto repressivo, teria modificado tal dispositivo menor na parte que restringe a formulação de quesitos somente quando houver uma causa *legal* que exclua o crime ou isente de pena.

Como frisamos linhas acima, não há como colocar à margem de nosso sistema jurídico essa causa supralegal.

O renomado Ministro do Superior Tribunal de Justiça, *Francisco de Assis Toledo*, com seu peculiar brilhantismo, foi o Relator do REsp n. 2.492, julgado em 23/05/90, publicado no *DJU* em 06/08/90, cuja ementa oficial fazemos questão de registrar:

“Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade cuja admissibilidade no Direito Brasileiro já não pode ser negada”.

“Júri - Homicídio - Defesa alternativa baseada na alegação de não exigibilidade de conduta diversa - Possibilidade em tese, desde que se apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico.

Quesitos - Como devem ser formulados - Interpretação do art. 484, III, do CPP à luz da Reforma Penal.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido para extirpar-se do acórdão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o Júri sobre a causa de exclusão da culpabilidade em foco”.

Em seu voto, o culto Ministro explica, com lucidez, como deve ser interpretado o inciso III, do art. 484, da Lei Processual Penal, assim se manifestando:

“A expressão ‘por lei’, situada no Código de Processo Penal de 1941, não pode significar restrição à posterior Reforma Penal de 1984, que, como se viu, adotou o princípio da culpabilidade, sem restrições. Antes, deve a ela ajustar-se, tanto mais que saber se existe crime ou não, se está excluída ou não a culpabilidade, é questão exclusiva de Direito Penal Material, não de Direito Processual.

Leio, pois, presentemente, o inciso III do art. 484 assim: ‘qualquer fato ou circunstância que, em nosso ordenamento jurídico-penal, exclua a culpabilidade ou a ilicitude’.”

Entendemos escorreita a exegese do renomado jurista.

Não podem os juízes monocráticos e coletivos abrir mão da análise dessa causa supralegal de exclusão da culpabilidade, haja vista a mesma já se encontrar inserida em nosso ordenamento jurídico.

Como a nossa discussão, neste tópico, diz respeito à possibilidade de ser argüida a aplicação dessa causa supralegal quando da formulação de quesitos nos julgamentos de competência do Tribunal do Júri, tomemos o seguinte exemplo: Pedro, casado, pai de três filhos, trabalhador rural, se vê constantemente espancado por um sujeito conhecido por “Dão”, vez que este último, a título de proteção, impõe-lhe o pagamento de determinada importância.

O valor exigido por “Dão” não pode ser pago por Pedro, pois, se esse assim o fizer, faltará alimento para sua pobre família.

Inconformado, “Dão” agride diariamente o humilde trabalhador, dele exigindo o indevido pagamento.

No local onde ambos residem não existe posto policial, distando 200 km o mais próximo.

“Dão”, agora, cansado de agredir Pedro, diz a este último que o matará,

caso este não concorde em efetuar o pagamento de sua “proteção”. Indignado, Pedro vai em busca de socorro junto às autoridades competentes. Estas, a seu turno, dizem que não podem resolver o seu problema devida à longa distância, bem como pelo fato de se relacionarem intimamente com “Dão”. Pedro não tem outro lugar onde possa trabalhar e abrigar sua família. Assim, adquire um revólver, vai à procura de “Dão” e o mata, entregando-se, logo a seguir, à autoridade policial.

Como podemos observar, Pedro agiu com *animus occidendi*, pois queria a morte de “Dão”. Não seria, aqui, aplicável a excludente da legítima defesa, uma vez que, naquele momento, não estava sendo agredido. Afastamos, também a legítima defesa no que diz respeito à iminência da agressão. Isso porque, da maneira com que fora proposto o problema, Pedro é que fora no encalço de “Dão”, eliminando a vida deste último.

Enfim, na situação desesperadora em que Pedro se encontrava, amedrontado, sem apoio das autoridades encarregadas de resolver seu problema, pensando na situação miserável em que ficaria sua família caso viesse a falecer, seria dele exigível outra conduta? Deveria ele aguardar que “Dão” criasse a oportunidade adequada para matá-lo, quando, então, poderia agir amparado pela excludente da legítima defesa?

Não seria crível que a defesa desse homem ficasse tolhida de formular quesitos relativos aos fatos que o levaram a praticar tal ato extremo.

Nosso intuito não é o de absolver indiscriminadamente réus perigosos, sequazes por natureza, que tiram vidas alheias friamente, como se estivessem abatendo gado. Não. O que aqui defendemos é a possibilidade de ser formulado e votado um quesito que possua íntima relação com os fatos que nortearam o agente. Isso não podemos impedir.

O receio de causar insegurança no meio social e jurídico levou *Johannes Wessels* a repudiar a causa supralegal referida, somente aceitando-a em situações excepcionais.

Assim se manifestou o autor tedesco:

“Según la opinión dominante, la llamada ‘no exigibilidad de conducta acorde com las normas’ no debe considerarse, sin más, como una causa de exculpación supralegal.

La admisión general de una causa de exculpación como ésta, vaga e indeterminada em cuanto a presupuestos y límites, daría paso,

ampliamente, a la inseguridad jurídica.

Pero el criterio de la 'no exigibilidad' como 'principio regulador' adquiere, en algunos casos determinados, una gran significación, como sucede, sobre todo, en los delitos culposos y omisivos en los que interesa delimitar con precisión el alcance de los deberes de cuidado y acción".⁸

E conclui o eminente penalista alemão, dizendo: “*Conforme la opinión sostenida casi por unanimidad, puede admitirse, en situaciones excepcionales, una causa supralegal de exculpación*”.

Será que a expressão “quer por lei isente de pena ou exclua o crime”, contida no inciso III, do art. 484, da Lei Processual Penal tem a força de resistir à atual Constituição Federal? Ou, em outras palavras, será que essa norma foi recepcionada pela Lei Magna, mesmo tendo esta última expressamente elencado no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos a necessidade da *ampla defesa*?

Entendemos que não.

Vale trazer à colação a lição do mestre *José Afonso da Silva* que, embora de forma sucinta, comentando sobre o direito de ação e de defesa, inserido em nossa Carta Maior, extirpa qualquer dúvida ou insegurança em acatar, com toda magnitude possível, o princípio da ampla defesa, consagrado como direito subjetivo de todo o acusado. Assim se pronunciou o culto autor:

“O art. 5.º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inciso LV do mesmo artigo”.⁹

Se não bastasse, ainda no art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, mais precisamente em seu inciso XXXVIII, disse o legislador constituinte que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) *a plenitude de defesa.*”

Seria um enorme contra-senso permitir que no juízo singular fosse for-

⁸ WESSELS, Johannes, *Derecho penal - Parte general*, Buenos Aires: Depalma, 1980, p.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed., São Paulo: RT, 1991, p. 372.

mulada tese defensiva relativa à excludente da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal e, na instituição democrática do Júri Popular, fosse vetada, por imposição infraconstitucional, a formulação de quesito a ela referente, sobretudo se a norma inferior estiver sido revogada pela Carta Magna, como é o caso que se aponta.

8. Formulação do quesito relativo à causa excludente da culpabilidade referente à inexigibilidade de conduta diversa

Francisco de Assis Toledo, em seu brilhante voto mencionado linhas atrás, nos ensina a maneira pela qual deverá ser formulado o quesito atinente à inexigibilidade de conduta diversa:

“Não se indagam aos jurados, que se têm por leigos, teses ou conceitos jurídicos, mas fatos ou circunstâncias fáticas. Daí a expressão textual do art. 484, III, ‘fato ou circunstância’. Por isso é que na quesitação da legítima defesa não se indaga se o réu ‘reagiu em legítima defesa’, mas se ‘repetiu agressão’, se a ‘agressão era injusta’, ‘atual’ etc. Na quesitação da inimputabilidade, igualmente, não se indaga se o réu era inimputável, mas ‘se ao tempo da ação, em razão de doença mental, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato’. E assim por diante”.¹⁰

Ousamos, aqui, formular o modelo de quesito que poderia ser submetido ao crivo dos jurados em Plenário do Tribunal do Júri:

“Será que nas circunstâncias em que se encontrava o réu (...), *narração dos fatos que o envolviam*, ao tempo da ação ou da omissão, lhe era exigível praticar conduta diversa daquela que, efetivamente, levara a efeito?”

José Henrique Pierangeli,¹¹ cuidando recentemente do tema em discussão, entendeu por bem desdobrar os quesitos de acordo com os fatos que nortearam o agente da prática da infração penal.

Embora achemos mais conveniente a formulação de quesito único, não

¹⁰ Toledo, Francisco de Assis. Artigo na RT 660/363.

¹¹ Pierangeli, José Henrique. Escritos Jurídico-penais. São Paulo: RT. 1992, p. 109.

temos a pretensão, neste trabalho, de padronizar o quesito relativo à inexigibilidade de outra conduta, mas, pelo menos, de reforçar a necessidade de ser o mesmo obrigatoriamente submetido à apreciação do Conselho de Sentença, pois, segundo entendemos, trata-se de *direito subjetivo* do acusado em ver sua situação fática analisada pelo corpo de jurados.

9. CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, entendemos obrigatória a formulação de quesito relativo à inexigibilidade de conduta diversa, quando abordado como tese defensiva, mesmo que a causa excludente da culpabilidade não tenha sido expressamente prevista pelo Direito Penal Positivo, pois, segundo nosso entendimento, trata-se de *direito subjetivo do acusado*, amparado pelo inciso LV. do art. 5.º, da Constituição Federal, que prevê o princípio da ampla defesa, estando, outrossim, parcialmente revogado o inciso III, no art. 484, do Código de Processo Penal, na parte que limita a apreciação dos jurados a *causas legais* de exclusão da culpabilidade ou da antijuridicidade.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: RT, v. 2.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, t. 2.
- CALÓN, Eugenio Cuello. *Derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 1, t. I e II.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal - Parte geral*, 1990, v. 1, p. 424.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, São Paulo: Saraiva, v. 1.
- PIERANGELI, José Henrique. *Estudos jurídico-penais*. São Paulo: RT.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS 660/358.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS 662/226.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo . RT.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Chile: Jurídica de Chile.
- WESSELS, Johannes. *Derecho penal - Parte general*. Buenos Aires: Depalma.

