

Não exigibilidade de outra conduta como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade

JAIR LEONARDO LOPES

SUMÁRIO

1. Culpabilidade: concepção psicológica e concepção normativa.
2. Demonstração de que o nosso Código adotou a concepção normativa da culpabilidade.
3. A “não exigibilidade de outra conduta”, causa supralegal de exclusão da culpabilidade derivada da concepção normativa.
4. Reexame do erro de fato, da coação irresistível e da obediência a ordem de superior hierárquico, à luz da concepção normativa e da “não exigibilidade de outra conduta”.
5. As hipóteses dos arts. 17 e 18 do Código Penal encontram a sua *ratio* na “não exigibilidade de outra conduta” — Aceitação da “não exigibilidade de outra conduta” como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade.
6. A aplicação da causa supralegal pelo Tribunal do Reich.
7. A “não exigibilidade” como princípio de valor universal e não apenas válido para o direito positivo alemão.
8. O problema visto por autores estrangeiros.
9. O pensamento dos nacionais e a aplicabilidade da causa supralegal em nosso direito penal. Opiniões de Souza Neto, Anibal Bruno e Frederico Marques.
10. Nossa opinião.

1 — COMO é sabido, segundo a chamada “concepção psicológica da culpabilidade”, o fato é *culpável* quando o agente é *imputável* (capaz de querer e entender) e quando ocorre nexó psicológico entre a ação e o resultado ou, para usar a linguagem de NELSON HUNGRIA, quando há “simples representação

da importância do ato de vontade como causa, certa ou provável, de um resultado correspondente ao "conteúdo de fato" de um crime".¹

Entretanto é admitido por alguns dos nossos melhores penalistas que o Código adotou a concepção normativa da culpabilidade. Tal concepção acrescenta aos elementos que compõem o conceito tradicional da culpabilidade, isto é, à capacidade de querer e entender e ao nexo psicológico entre a ação e o resultado, mais um elemento que é a exigibilidade de um comportamento diverso no caso concreto.

2 — Para provar que o Código Penal esposou a concepção normativa, argumenta-se que o fato praticado nas circunstâncias dos artigos 17 e 18, do referido Código, seria, segundo a "concepção psicológica", *culpável*, pois o agente, em tais casos, é sempre imputável e tem a representação da importância do seu ato de vontade como causa do resultado, entretanto, nas ditas circunstâncias, embora ocorra a imputabilidade e o nexo psicológico entre ação e resultado, o fato deixa de ser culpável, segundo a "concepção normativa", porque, no erro de fato, na coação irresistível e na obediência a ordem de superior hierárquico, o que falta não é o ato de vontade e a representação de sua importância como causa do resultado, mas a possibilidade da *normal motivação* da vontade e, daí, não merecer *reprovação* a conduta, porque outra não seria *exigível* do homem naquelas circunstâncias.

3 — Este é o núcleo da chamada teoria da "não exigibilidade de outra conduta" como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade. De acordo com tal teoria, o fato deixa de ser culpável quando, dadas as condições de motivação da vontade, não era exigível do agente um comportamento diverso do que teve.

4 — O reexame, à luz destes princípios, de hipóteses de coação irresistível, erro de fato e obediência à ordem de superior hierárquico, demonstra que, no alicerce destas causas excludentes de culpabilidade, está a "não exigibilidade de outra conduta". Senão vejamos.

Temos um exemplo de coação irresistível na história "da moça nova e bonita, sem amparo no mundo e amante de um dos membros de uma quadrilha, que é forçada, sob grave

(1) NELSON HUNGRIA — Comentários ao Código Penal — ed. Rev. Forense, 1942, págs. 41-42, do V volume, nota 22.

ameaça, pelo chefe do bando, a atrair homens e a se deixar seguir por êles, para que o bando os ataque e despoje".² Mas é inegável que o principio subjacente nesta hipótese de coação irresistível é o da "não exigibilidade de outra conduta", porque não há dúvida que a jovem é imputável e conhecia a importância do seu ato, de atrair homens, como causa do resultado: ataque e despojamento pelo bando, porém, não seria *exigível* daquela jovem, desamparada no mundo, a bravura de resistir aos quadrilheiros ameaçadores. Como se vê, o que faz desaparecer a culpabilidade não é a ausência de qualquer dos elementos da concepção psicológica, mas a falta do "juízo de reprovação", que decorre da violação do preceito penal, e que deixa de existir quando, em virtude da pressão dos fatos, torna-se inexigível um comportamento diferente.

Do mesmo modo, no erro de fato. Imagine-se a hipótese de um indivíduo, que regressa tarde da noite à sua casa e que, ao penetrar nos jardins de sua residência, vislumbra um vulto que vai transpondo o portão do pátio dos fundos da moradia. Na convicção de que sua casa está sendo assaltada, o proprietário adverte a pessoa de que não salte o portão, mas, não tendo sido atendido, dispara-lhe a arma. Tratava-se de um criado que, quebrando os seus hábitos, ausentara-se para um encontro amoroso furtivo e procurava ocultar-se do patrão. O criado fôra mortalmente atingido. Ainda neste caso, o que vai prevalecer como fundamento da causa excludente da culpabilidade é a não "exigibilidade de outra conduta", de fato, não seria possível exigir-se do patrão, que advertiu ao empregado e não foi atendido, naquela hora avançada da noite, dentro do jardim mal iluminado, que tivesse outra conduta senão a de fazer o disparo contra o que supôs ser um assaltante de sua residência. Não há dúvida, entretanto, que o agente era imputável e que houve o nexó psicológico entre o ato de disparar a arma e o resultado produzido na vítima, previsto e querido pelo agente; portanto, segundo a concepção psicológica, estariam reunidos os elementos da culpabilidade, no entanto, ninguém "reprovaria" a conduta daquele homem, porque outra não seria exigível d'ele e, daí, a ausência de culpabilidade.

Para concluirmos esta demonstração, examinemos um caso de obediência a ordem de superior hierárquico. Figuremos o exemplo de um motorista que, tendo sido convocado pelo Exército, vai prestar os seus serviços profissionais ao Comandante da Unidade. Certo dia, na porta do Quartel, o Comandante toma

(2) LIDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO — Manual de Direito Penal — vol. I pág. 139 — Belo Horizonte, 1953.

apressadamente o veículo e, alegando necessidade urgente de chegar em certo lugar, determina, enèrgicamente, que o motorista imprima tôda velocidade ao automóvel. Cumprindo a ordem, o motorista d causa à morte de um transeunte, exclusivamente por excesso de velocidade. Em face da urgência alegada e da energia premente da ordem, não seria razoável exigir-se do recruta-motorista que recusasse obediência à ordem.  evidente que, também neste caso, o agente era imputável e houve nexu psicológico entre a ação de imprimir velocidade ao veículo e o resultado, que era previsível. Assim sendo, estavam reunidos todos os elementos da culpabilidade, segundo a concepção psicológica, não obstante, o fato deixa de ser culpável, de acôrdo com a concepção normativa, porque não seria "reprovável" o comportamento do motorista e, naquelas circunstâncias, não seria exigível dêle que deixasse de imprimir ao veículo a velocidade determinada, de modo tão peremptório, pelo seu Comandante.

5 — Como se v, as causas de exclusão da culpabilidade, previstas nos artigos 17 e 18 do Código, encontram a sua *ratio* no princípio da "não exigibilidade de outra conduta". Mas, se êsse princípio  que constitui o fundamento das causas de exclusão da culpabilidade previstas na lei, não há como se falar em dolo ou culpa, quando ocorram hipóteses em que o princípio esteja subjacente, embora os fatos possam não se enquadrar, rigorosamente, dentro dos moldes legais. A vida  muito mais rica do que a casuística dos Códigos e, como observa ANIBAL BRUNO, "nenhuma legislação, por mais compreensivas que sejam as suas disposições ou mais minuciosa a sua casuística, conseguirá abranger tôdas as hipóteses que a vida, na sua complexidade e variabilidade, oferece  decisão da Justiça. Era uma ilusão a idéia que tinha o racionalismo jurídico, da plenitude lógicamente necessária do Direito. Todo sistema de Direito positivo tem lacunas".³

O Direito Penal positivo não poderia fugir a esta regra, pois os Códigos são elaborados pelos homens e estão sujeitos às falhas próprias das contingências humanas. Por isso, êste ramo do Direito não pode dispensar a *analogia*, que  um processo de integração do sistema jurídico, "que visa a cobrir as lacunas, não pela criação de nova lei, mas pela aplicação de lei que regule casos semelhantes ou, melhor, subindo até os princípios que informam esta lei, para fazer derivar dêles a regra aplicável ao caso vertente".⁴

(3) ANIBAL BRUNO — Direito Penal, Vol. I pág. 215, Editora Nacional de Direito — 1956.

(4) ANIBAL BRUNO ob. e vol. citados, pág. 216.

É certo que, em virtude do princípio da *legalidade dos crimes e das penas*, a analogia não se pode aplicar no domínio das normas *incriminadoras*, que são as que definem os fatos puníveis e cominam as penas, mas, no âmbito das normas não incriminadoras, que escapam ao absoluto rigor do “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, “o processo de integração, por analogia, de possíveis lacunas,, tem todo cabimento, desde que não conduza a agravar a situação do delinqüente. É a chamada analogia “*in bonam partem*”.⁵ É conhecida a frase de CARRARA “*per analogia non si puó estendere la pena da caso a caso; per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa*”.

Em verdade, não é jurídico, por amor ao formalismo, deixar-se de aplicar a causa de exclusão, que não está expressa, mas está latente no sistema legal. O Direito é parte integrante da cultura e, ainda quando não esteja escrito que determinada conduta é permitida, o magistrado sente que, em certas circunstâncias, se torna impossível ou extremamente difícil exigir do agente outro comportamento. Em tais casos, a absolvição, conquanto não se enquadre, precisamente, nas excludentes previstas na lei, impõe-se ao espírito do julgador, em face da escala de valores do seu meio social e das normas da cultura em que vive, das quais não pode fugir, sob pena de consumir injustiças.

6 — Na vivência destes problemas, através do conhecimento de casos concretos, é que o Tribunal do Reich aplicou o princípio da “não exigibilidade” como causa de exclusão da culpabilidade. De fato, a Alta Côrte germânica consagrou, em sucessivos acórdãos, o princípio da “não exigibilidade de outra conduta”, inicialmente, apenas como causa de exclusão da culpa *stricto sensu* e, depois, como causa de exclusão do próprio dolo. No domínio da culpa estrito senso, é bem conhecido o famoso caso do *Leinenfanger* ou seja, como diríamos, do cavalo que partia no freio ou que disparava. A espécie é a seguinte: — O dono de uma cocheira determinou ao cocheiro que arreasse um cavalo, que tinha o hábito de partir no freio, e saísse com êle a prestar serviços. O cocheiro, prevendo a possibilidade de um acidente, caso o cavalo disparasse, quis resistir ao mandado; porém, o seu patrão o ameaçou de despedida do emprêgo, se não cumprisse a ordem. Em face da ameaça, o cocheiro resolveu sair com o animal e, quando estava na rua, o cavalo disparou e produziu lesões em um tran-

(5) ANIBAL BRUNO ob. e vol. citados, pág. 219.

seunte. O Tribunal do Reich absolveu êste cocheiro, “negando a culpabilidade, porque ao acusado não podia ser “exigido”, tendo em conta a situação de fato concreta, que perdesse “sua colocação e seu pão”, negando-se a levar a cabo a ação perigosa”.⁶

No que diz respeito à culpa “*stricto sensu*”, a aplicação da “não exigibilidade”, como causa de exclusão da culpabilidade, não apresenta maiores dúvidas, de vez que a noção de “exigibilidade” participa do conteúdo da culpa em sentido estrito. O que se reprova na culpa é que o indivíduo não tenha agido com a cautela “exigível” do comum dos homens, ou que não tenha previsto o que se podia “exigir” dêle que previsse. Onde, porém, a aplicação do princípio provoca maiores controvérsias é no tocante ao dolo.

Partindo da proposição de FREUDENTHAL, segundo a qual “o que é justo e oportuno na culpa não deveria ser injusto no dolo”, parece a MEZGER indubitável que é procedente o traslado do ponto de vista supra exposto da mais leve à mais grave forma da culpabilidade”.⁷ Como hipótese de aplicação da causa excludente ao dolo, cita o mesmo autor o caso do marido contra quem foi oferecida queixa por favorecimento da prostituição, visto ter êle tolerado a conduta desonesta da mulher no domicílio conjugal. Entendeu o Tribunal “que a ameaça de causar escândalo, feita ao marido pela mulher, não só deve ser considerada do ponto de vista do art. 52 do Código”, como, também, entendeu “que a tolerância só dá razão à punibilidade quando do marido “podia exigir-se” uma intervenção”.⁸

Caso dos mais debatidos, em que foi aplicada a não exigibilidade, é o da “*Klapperstorch* perante o juri”. *Klapperstorch*, explica JIMENEZ DE ASUA, “es el nombre con que se designa a la cigüeña que, según el dicho alemán, usado tambien en la Argentina, trae a los niños; lo equivalente a la expresión española de que “los niños vienen de París”. A questão foi a seguinte: “Em um distrito mineiro, a empresa exploradora da mina havia estabelecido que, no dia do parto da esposa do operário, poderia êle ficar em casa, percebendo, não obstante, o salário integral. Os mineiros passaram a exigir da parteira, sob a ameaça de dispensar seus serviços, que, quando o nascimento

(6) EDMUNDO MEZGER — Tratado de Derecho Penal, segunda edición — trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz — Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, vol. II, pag. 207.

(7) EDMUNDO MEZGER ob. e vol. citados, pag. 208.

(8) EDMUNDO MEZGER, ob. e vol. citados, pag. 208.

ocoresse em um domingo, ela declarasse ter ocorrido em um dia útil. Assim, os operários poderiam ficar em casa e ganhar o dia. A parteira, receiosa de ficar sem trabalho e em situação difícil para tratar dos filhos, acabou por atender o exigido pelos mineiros e se fez autora de uma série de inscrições falsas no Registro Civil. A acusada foi absolvida. Argumentou-se que, nas circunstâncias, achando-se a parteira sob o risco de perder o único recurso de que podia dispor para sustentar a si mesma e aos filhos, não era possível exigir dela comportamento diferente".⁹ MEZGER discorda da absolvição.¹⁰ A discordância sobre a aplicabilidade, ou não, de uma causa de exclusão a determinado caso concreto acontece mesmo a respeito das excludentes taxativamente previstas na lei. É que a adequação do fato à norma depende da valorização da conduta e, neste domínio, não raro, divergem os "juízos de valor"; v.g., o que para uns pode caracterizar a "injustiça" da agressão ou a "moderação" na repulsa, em certo caso de legítima defesa, para outros, muitas vezes, não atinge tais proporções. Do mesmo modo, nos juízos sobre a "justificabilidade" do erro de fato pode haver diversa valorização. É certo que há uma escala de valores, aceita em cada época e em cada civilização, e ela constitui o estalão de medir as condutas, mas o "processo subjetivo" de subsunção do fato aos padrões de valor de uma dada cultura é que não pode ser absolutamente controlado pelo imponderável número de fatores que nele pode influir.

Portanto, a polêmica sobre a aplicabilidade da "não exibibilidade de outra conduta" a determinado caso concreto, não retira à excludente supralegal valor científico, mesmo porque, como ensina MEZGER, "o pensamento jurídico-penal é sempre, em última análise, pensamento *individualizador*"¹¹ e, como a vida apresenta uma variedade infinita de casos concretos, a causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade é indispensável para servir a todas as necessidades de se fazer Justiça.

7 — Alguns autores sustentam que a "não exigibilidade de outra conduta" veio suprir falha do direito positivo alemão, mas SOUZA NETO afirma que: "Isso não é exato. E — acrescenta — ainda que procedesse tal acusação, a concepção da "não

(9) EDMUNDO MEZGER, ob. e vol. citados, pág. 209, nota do Tradutor. Conferir, também, Anibal Bruno, ob. cit. vol. II, pag. 487, nota 13.

(10) EDMUNDO MEZGER — ob. e vol. citados, pág. 209-210.

(11) EDMUNDO MEZGER — ob. e vol. citados — pág. 203-204

exigibilidade” não perderia a sua vitalidade e sugestibilidade, porque possui um conteúdo próprio e uma idéia de Justiça que lhe dão fundamento e energia. Já se disse a mesma coisa com o normativismo penal, no afã de desmoralizá-lo. Tudo em vão, porém. O Código Penal alemão, quando se concebeu a teoria da não exigibilidade de outra conduta, apresentava razoáveis — e por que não dizer amplas? — conceituações da legítima defesa, do estado de necessidade, do dolo e da culpa. A maior prova, porém, de que esta teoria não foi criada e desenvolvida, graças à insuficiência conceitual do direito positivo alemão, está em que, em nenhuma das decisões acolhedoras da teoria, se fez referência àquela insuficiência. O Código, aliás, não era insuficiente para resolver casos da vida autêntica senão na medida em que todos o são, em sua época, visto como não há obras completas e perfeitas”.¹²

A nosso ver, mesmo admitindo-se que a teoria tenha nascido para atender a necessidades específicas do direito positivo alemão, êste fato não lhe diminui a validade científica universal, porque o seu princípio estava implícito na coação irresistível, no êrro de fato e na ordem de superior hierárquico, causas de exclusão da culpabilidade, previstas nos Códigos Penais, que vieram encontrar a sua verdadeira explicação na doutrina da “não exigibilidade de outra conduta”.

Segundo JIMENEZ DE ASUA, é ainda a “não exigibilidade de outra conduta” que constitui “a autêntica natureza” da chamada “excusa absolutória”, de que trata o art. 278 do Código Penal Argentino, correspondente ao disposto no § 2º do art. 348 do nosso Código, que define o “favorecimento pessoal”, quando o auxílio é prestado por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso. “Por pouco que se medite no assunto — diz o citado autor — ver-se-á que esta eximente não é uma mera excusa absolutória, um simples perdão legal, no qual os caracteres da antijuricidade tipificada e culpabilidade permaneçam intactos. Trata-se — conclui JIMENEZ DE ASUA — de um dos mais claros casos de “não exigibilidade de outra conduta”, que deve funcionar como excludente da culpabilidade. Como exigir de um parente tão próximo ou de um amigo íntimo que se negue a ocultar e denuncie a seu pai, filho, cônjuge, irmão ou benfeitor?”.¹³

(12) SOUSA NETO — O Motivo e o Dolo — Livraria Freitas Bastos, 1949, pág. 152.

(13) JIMENEZ DE ASUA, *El Criminalista* — tomo II — Tipografica Editora Argentina — Buenos Aires, 1950 — pag. 348-349.

De outro lado, é interessante assinalar que o último número, chegado às nossas mãos, da "Rivista Italiana di Diritto Penale", de dezembro de 57, traz uma nota bibliográfica sobre a obra de RAFFAELE DOLCE — "Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale", 1957, Giuffrè — em cujo trabalho, segundo a mencionada nota, se tenta uma reelaboração "del principio della inesigibilità quale fundamento delle norme sulle "scusanti".¹⁴

Finalmente, à luz da "não exigibilidade de outra conduta", como causa de exclusão da culpabilidade, podem ser explicadas várias absolvições contidas em sentenças, acórdãos e, sobretudo, em decisões do juri. Absolvições estas que não se enquadram, rigorosamente, nos textos legais invocados por ocasião dos julgamentos, mas que, não obstante, ninguém considera injurídicas ou imorais. Daí, a observação do magistrado argentino, GERARDO PEÑA GUZMAN, "o princípio está latente em numerosos pronunciamentos judiciais, embora não seja mencionado, expressamente". Lembra o referido juiz que, em grande número de sentenças, como fundamento da absolvição, é apontada a ausência de "dolo específico", quando tal dolo não faz parte do tipo legal. A verdadeira motivação de tais sentenças encontra-se, sempre, na "não exigibilidade de outra conduta", conquanto o princípio não esteja nelas declarado. Pondera ainda o referido magistrado que é a "não exigibilidade", aplicada à legítima defesa, o que alicerça a absolvição, "quando o agredido tem dois caminhos a seguir: ofender ao agressor ou empreender a fuga". Em tais casos, acrescenta êle: "se ha dicho que no podria "exigirse" la fuga",¹⁵ pelo que é a "não exigibilidade" que exerce a sua influência "en la base valorativa de la solución del caso".

Tudo isso demonstra que a teoria da "não exigibilidade de outra conduta" parece servir não somente às necessidades do direito positivo alemão, mas às necessidades das leis penais em geral e à própria vida.¹⁶

(14) RIVISTA ITALIANA DI DIREITO PENALE — Novembre-Dicembre, 1957. anno X — N. S. Fasc. 6 pag. 919-921.

(15) *Apud.* JIMENEZ DE ASUA, ob. e tomo citados, pág. 351.

(16) Parece-nos que seria aplicável a "inexigibilidade de outra conduta" em muitas das interessantes hipóteses formuladas pelo nosso Prof. Lydio Machado, em seu Manual de Direito Penal. Assim, em favor da mulher "daquele ladrão incorrigível e sagaz, que sustenta a família com o produto de furtos. A esposa não pode desmanchar o lar nem denunciar o marido, chofrando os filhos na miséria. Os filhos são menores e não têm para quem apelar" (ob. cit. tomo II, pag. 41, Problema n. 5). Também na hipótese do § 85, pag. 201, ob. e vol. citados, do "dinheiro caído do ar", em face dos argumentos da pag. 202. A nosso ver, na

Aliás, segundo a opinião do Prof. LYDIO MACHADO, “esta teoria é muito antiga e espalhada: tão antiga e espalhada quanto o bom senso”,¹⁷ sendo que os autores alemães apenas lhe deram “uma expressão nova”.

8 — Contudo, quaisquer que sejam as origens da teoria e as razões de sua elaboração doutrinária, o certo é que ela vai ganhando terreno na dogmática jurídico-penal e aparece exposta nas obras de muitos dos melhores penalistas estrangeiros e nacionais. Na Itália, SCARANO dedicou-lhe uma monografia¹⁸ e BETTIOL a defende em seu “Diritto Penale”.¹⁹ Na Espanha, RODRIGUEZ MUÑOZ, nas suas Notas ao Tratado de MEZGER, entendeu que o Código Penal de seu país não oferece obstáculo à aplicação da não exigibilidade²⁰ e CUELLO CALON discorre sobre o assunto em seu “Derecho Penal”.²¹ JIMENEZ

Questão n. 11, do § 24, pág. 50, da ob. e vol. citados, desde que o indivíduo não pudesse enfrentar pessoalmente o chefe político, em virtude de estar êle permanentemente cercado por seus jagunços, seria cabível a sua absolvição como autor material pela “não exigibilidade de outra conduta”. Na questão do indivíduo chamado Infortunato, que furtou na lavoura de café para vender o produto do furto e adquirir remédios para o filho doente, o próprio Prof. Lydio Machado admite explicitamente a absolvição pela não exigibilidade de outra conduta (Cfr. pag. 146, da ob. e vol. citados). Outro caso de aplicação da não exigibilidade é o figurado por Eb. SCHMIDT e referente à “mãe que deixa o filhinho de três anos, só, em casa, para ir ao trabalho. Assim procedendo age imprudentemente e não prevê que a criança pode subir a uma cadeira, depois a uma mesa e cair, sofrendo graves lesões, o que de fato acontece. Mas, por outro lado, ela não tinha o que escolher, não podendo abandonar o emprêgo nem tendo alguém que ficasse a vigiar a criança. Não era possível exigir dela um comportamento diferente e o juízo de culpabilidade com tôda justiça fica excluído (*Apud* ANIBAL BRUNO, “Direito Penal”, vol. II, pág. 486, nota 10). — SOUSA NETO interpreta determinado acórdão absolutório, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, como autêntico caso de absolvição pela não exigibilidade, embora não haja nêle referência à teoria. Trata-se da absolvição do empregado, acusado de crime contra a economia popular, por ter vendido mercadoria por preço fixado acima da tabela. A fixação do preço foi feita pelo dono do estabelecimento, pelo que, conclui SOUSA NETO: “sendo o empregado um *mandado* no estabelecimento, não se *podia exigir* que êle se rebelasse contra as ordens de seu patrão” (Motivo e o Dolo, pág. 159).

(17) LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO — ob. e vol. citados — 135.

(18) *Apud* GIUSEPPE BETTIOL — *Diritto Penale* — Parte Generale — II edizione aggiornata — G. Priulla Editore, Palermo, 1950, pág. 334-335.

(19) GIUSEPPE BETTIOL — *ob. cit.*, pág. 334.

(20) *Apud* EDMUNDO MEZGER — ob. e vol. citados, pág. 204 — nota do Tradutor.

(21) EUGENIO CUELLO CALON — *Derecho Penal* — Parte General — Tomo I — pág. 513, Bosch, Casa Editorial — Barcelona, 1956.

DE ASUA tem, a respeito do tema, estudo dos mais completos.²² Na Argentina, SOLER chega a admitir a não exigibilidade nos casos de culpa *stricto sensu*. Dá, como exemplo de não exigibilidade de outra conduta, o caso do "motorman" que, por motivos acidentais e bastante justificáveis, é obrigado a continuar trabalhando, sob ameaça de despedida do emprêgo, embora já completamente exausto, e, nesta situação, causa um grave acidente, sendo que se encontrava em estado de imputabilidade.²³ ENRIQUE RAMOS MEJIA tem um ligeiro, mas sugestivo estudo sôbre a matéria, no qual mostra as estreitas relações entre a não exigibilidade de outra conduta e a teoria egológica do direito, exposta por CARLOS COSSIO.²⁴

9 — Entre nós, NELSON HUNGRIA foi o primeiro a mencionar, de modo menos breve, a não exigibilidade de outra conduta. Entende o ilustre mestre "que o Código assimilou explicitamente o critério da "não exigibilidade", mas para reconhecer, segundo a maior ou menor premência das circunstâncias, ora uma *discriminante*, isto é identificando-a como a própria essência do "estado de necessidade" (art. 20, *caput*), ora simples *minorante* (art. 20, § 2º).²⁵ Entretanto, segundo o mesmo autor, "no tocante à identificação da culpa *stricto sensu*, é perfeitamente aceitável o critério da "não exigibilidade" (Nichtzumutbarkeit) como causa de exclusão da culpabilidade: se o pressuposto desta (como *falta moral*) é a *censurabilidade* da ação, segue-se que ela exprime a violação de um dever de conduta do ponto de vista social, mas, conduta social não pode ser senão aquela que sendo exigível de um indivíduo não é seguida por êste. A *censurabilidade* deixa de existir quando o indivíduo falta à observância de uma conduta que se apresentava impraticável no caso concreto (*ultra posse nemo tenetur*) ou particularmente difícil, não exigível do "homo medius", comum dos homens.²⁶ Esta doutrina é a mesma do final do n° 17 da Exposição de Motivos, que acompanha o nosso Código Penal.

(22) JIMENEZ DE ASUA — ob. e vol. citados págs. 324 a 353.

(23) SEBASTIAN SOLER — *Derecho Penal Argentino* — Tomo II — Tipografia Editora Argentina — Buenos Aires, 1951, págs. 157-158 do 2º volume.

(24) ENRIQUE RAMOS MEJIA — *Estudios de Derecho Penal* — Editorial Ideias — Buenos Aires, 1947, págs. 121-127.

(25) NELSON HUNGRIA — ob. cit. vol. I, tomo II, edição Rev. For. 1953, pág. 23.

(26) NELSON HUNGRIA — ob. cit. vol. I, tomo II, ed. Rev. For., 1953, pág. 182-183.

Mas, em 1949, SOUZA NETO ponderava que, nos trabalhos dados a lume até aquela data, nenhum havia concedido destaque à teoria da “não exigibilidade de outra conduta”. Ninguém “se havia preocupado, a fundo, com essa doutrina” que o citado autor reputava “das mais interessantes, no setor da culpabilidade penal”.²⁷ A verdade, porém, é que o próprio SOUZA NETO, em seu excelente trabalho “O Motivo e o Dolo”, dedicou um bom capítulo ao estudo do problema, concluindo por entender que: “A doutrina da “não exigibilidade de outra conduta” deve ser aplicada, assim no âmbito da culpa como no do dolo, porém, com mais cuidado nos casos dolosos. Nosso Código a isso não se opõe”.²⁸

Do mesmo ponto de vista é o Prof. ANIBAL BRUNO, que expôs a doutrina, em 1954, em trabalho divulgado pela Rev. Pernambucana de Direito Penal e Criminologia, e, posteriormente, em 1956, no seu magnífico “Direito Penal”.²⁹

Também o Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES, em seu “Curso de Direito Penal”, no capítulo “Da exclusão da culpabilidade” faz uma notável explanação da matéria, sustentando, como os outros, a aplicabilidade do princípio em nosso direito penal, cujo Código a isto não oferece obstáculo.³⁰

10 — A nosso ver, a aplicação da “não exigibilidade de outra conduta”, como causa de exclusão da culpabilidade, em determinados casos, é pura e simplesmente uma questão de sinceridade do juiz no declarar, expressamente, em sua sentença, a verdadeira causa da obsolvição. E melhor seria que declarasse lealmente tal causa, quando fôsse a não exigibilidade de outra conduta, pois mais conforme ao Direito ficaria a decisão do que invocando-se uma das causas previstas na lei, mas não adequada ao fato concreto.

Conformidade ao Direito não é apenas conformidade à lei. Para JIMENEZ DE ASUA, “o maior merito de EDMUND MEZGER foi o de ter aberto “dois grandes respiradouros no formalismo legal. Sobre a lei — o que não quer dizer *por cima do Direito* — construiu nas causas de justificação um *estado de necessidade supralegal* que, segundo ASUA, melhor se chamaria *causa geral e supralegal de justificação* por conformidade te-

(27) SOUSA NETO — ob. cit. pág. 158.

(28) SOUSA NETO — ob. cit. pág. 162.

(29) ANIBAL BRUNO — ob. cit. vol. II — págs. 479-488, sobretudo 483 em diante.

(30) JOSÉ FREDERICO MARQUES — *Curso de Direito Penal* — vol. II — págs. 226-231 — Edição Saraiva, São Paulo, 1956.

leológica com a norma de cultura, onde se podem alojar casos de evidente ausência do injusto, que não têm rigoroso abrigo nas concretas disposições do Código Penal; e nas causas de inculpabilidade esta outra, *geral e supralegal*, também denominada *não exigibilidade de uma conduta conforme ao Direito*".³¹ Isto pôsto, é lícito concluir que não seria menos jurídica do que outra, que se baseasse em texto expresso, a decisão que absolvesse pela não exigibilidade de outra conduta, em face das circunstâncias particulares do caso e de acôrdo com as normas da cultura de uma dada época.

Segundo pensamos, na técnica do nosso Direito, a absolvição pela não exigibilidade poderia, inclusive, basear-se no inciso III, do art. 386, do Código de Processo Penal, que diz: "O Juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: não constituir o fato infração penal". Para nós, tal disposição tanto se aplica aos casos de ausência de tipicidade como aos de ausência de culpabilidade, pois o fato que não é culpável deixa de constituir infração penal. Aliás, o Prof. BASILEU GARCIA é de opinião que a indagação sôbre o elemento subjetivo "é enquadrada no inciso III, visto que o fato só constituirá infração penal quando resultante do dolo ou culpa".³²

No que diz respeito ao Juri, a questão apresenta-se com mais simplicidade, porque o jurado, que decide apenas "de acôrdo com a sua consciência e os ditames da justiça" (art. 464, do C.P.P.), é menos formalista do que o juiz togado. Para o Tribunal Popular, que deve ser questionado sôbre a questão de fato, nenhuma causa de exclusão condiz mais com a natureza íntima de seu veredicto do que a "não exigibilidade de outra conduta", que só pode ser reconhecida em face das circunstâncias peculiares ao caso concreto. Nem mesmo o quesito a ser formulado constituiria novidade, porque o jurí está habituado a responder, nos casos do "estado de necessidade", a quesito que contém o princípio da "não exigibilidade". De facto, entre a série de quesitos do "estado de necessidade", LEÃO STARLING, por exemplo, propõe o seguinte: "Era razoável exigir-se, nas circunstâncias em que ocorreu o fato, o sacrifício dêsse direito?".³³ FREDERICO MARQUES sugere o mesmo quesito

(31) JIMENEZ DE ASUA — ob. e vol. cit. — pág. 335.

(32) BASILEU GARCIA — Comentários ao Código de Processo Penal — ed. Rev. For., 1945 — vol. III, pág. 521.

(33) LEÃO STARLING — *Teoria e Prática Penal* — ed. Saraiva, 1950 — pág. 295.

to da seguinte maneira: "Era razoável exigir-se o sacrifício desse direito, nas circunstâncias em que se deu o fato?".³⁴ Ora, para o reconhecimento da "não exigibilidade de outra conduta" bastaria inquirir-se o juri nos seguintes termos: "Era exigível do agente, nas circunstâncias em que ocorreu o fato, outra conduta?". A resposta negativa acarretaria a absolvição, por ausência de culpabilidade, pois, se não era exigível, nas circunstâncias, outra conduta, não pode ser "culpável" aquela que teve o agente, como vimos no início deste trabalho.

À primeira vista poderá repugnar a simplicidade da fórmula absolutória, mas um exame detido de muitas das decisões dos jurados revela o raciocínio simplista que prevalece, quando o juri responde "afirmativamente" todos os quesitos da legítima defesa ou do estado de necessidade, embora o fato, a rigor, não possa enquadrar-se em qualquer das excludentes legais invocadas. É que os jurados, em geral, formam a sua convicção pró ou contra o réu, de acordo com a sensibilidade cultural do meio em que vivem, e valem-se da via legal que se lhes apresenta como hábil para o fim a que visam; pouco lhes importa a perfeição ou imperfeição do caminho indicado, desde que, por meio dele, possam fazer justiça. Para o juri o importante é a absolvição em si e nunca a fórmula a ser adotada para absolver.

Afinal, pode ser que o modo de absolver, por nós sugerido acima, não seja o melhor. Aliás, SOUZA NETO, por exemplo, propõe que, "nos casos de culpa, negue-se a imprudência, a imperícia ou a negligência, conforme a hipótese", e que, "nas hipóteses de dolo, pode invocar-se o parágrafo único do art. 15, si se não quiser reconhecer a ausência de dolo, tendo em vista a exata interpretação do art. 15, que não é a que lhe dão os "psicologistas" do Direito Penal".³⁵

Mas, de qualquer modo, o certo é que a "não exigibilidade de outra conduta" veio servir às necessidades do Direito, que não é somente o que está na lei, porque é um conceito cultural, cuja substância são os sentimentos, as crenças, os costumes, a religião, os interesses, a ciência, a técnica, enfim, todos os valores de uma dada época. E o nosso objetivo no presente trabalho foi o de reavivar na memória dos estudiosos do Direito

(34) JOSÉ FREDERICO MARQUES — *O Júri e sua Nova Regulamentação Legal* — ed. Saraiva — São Paulo, 1948, pág. 165.

(35) SOUZA NETO — ob. cit pág. 162.

Penal êsses diversos aspectos da doutrina da exigibilidade que, segundo o Prof. ANIBAL BRUNO, partiu da concepção normativa da culpabilidade "para um destino que ainda não está perfeitamente definido, porque a elaboração continua e é preciso que seja levada adiante, sendo certo que êste é um dos pensamentos mais fecundos que tenham sido lançados no domínio da culpabilidade".³⁶

(36) ANIBAL BRUNO — ob. cit. vol. II, pág. 482.