

A CORRELAÇÃO ENTRE O CRIMINOSO OCASIONAL E A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA*

MARCO ANTONIO R. NAHUM

Advogado. Diretor do Centro de Estudos Sociais Aplicados
da Universidade Braz Cubas. Membro do Conselho
Penitenciário do Estado de São Paulo.

Para que se possa desenvolver o estudo pretendido, há necessidade de se fazer breve recapitulação sobre os dois temas contidos no título. Impõe-se rever algumas noções básicas sobre classificações criminológicas, especialmente no que diz respeito à classificação natural dos criminosos, assim como um breve estudo sobre a teoria do crime, direcionado para o conceito de culpabilidade.

É pacífico entendimento criminológico que a prática de um crime resulta da soma da situação global de um indivíduo, com suas tendências criminais, em contraposição às resistências mentais e emocionais que possui. Vencidas estas resistências por fatores desencadeantes, haverá a prática do delito.

Em verdade, a personalidade do indivíduo é formada por fatores biológicos, psicológicos e sociais (fatores individuais corporais, mentais e gerais sociais). Estes fatores que participam da estruturação da personalidade, ou seja, da sua constituição, são denominados “fatores primários” (de característica estática). De outro lado, quando estes mesmos fatores psicológicos são provocados por fatores externos, desencadeantes, que atuam sobre uma personalidade já formada, fazendo-a agir, dá-se o nome de “fatores secundários” (de característica dinâmica).

Desta forma, segundo a criminologia, o crime decorre da interferência dos “fatores secundários” ou “fatores solicitantes”, sobre os “fatores primários” ou “personalidade” do agente. Note-se que estes fatores determinantes da prática do crime acabam por interferir duas vezes: a primeira na formação da personalidade de indivíduo e a segunda, na solicitação da prática do ato delituoso, num processo de inter-relacionamento psíquico.

Nesta integração intra-psíquica dos “fatores primários” com os “fatores secundários”, têm papel primordial os mecanismos de resistência do indivíduo. Se esses meios contensores forem fortes, ele não praticará o crime. Ao contrário, se os meios contensores forem nulos ou fracos, ele terá grande probabilidade de praticá-lo.

O processo evolutivo do desenvolvimento do caráter da pessoa irá propiciar-lhe os meios contensores. É a introjeção de valores que promove uma formação crítica na personalidade do indivíduo e que está diretamente relacionada com sua capacidade de resistência.

Percebe-se que, em consonância com as modernas teorias do delito, a distinção entre o ato criminoso e o ato socialmente ajustado está na tipificação objetiva do fato, não havendo qualquer diferença no processo subjetivo que os desencadeia.

* Homenagem a Odon Ramos Maranhão.

Evidente que esta afirmativa de natureza jurídica decorre da concordância com as modernas teorias do delito. Tanto a teoria finalista, quanto a social, ou mesmo a jurídico-penal entendem que ação é um comportamento humano dominado ou dominável pela vontade e dirigido para a prática de um crime. Aqui reside a diferença com o fato socialmente ajustado. Naquela ação configuradora de um crime, a vontade é dirigida para um fato típico, nesta, a vontade é dirigida para um fato atípico. Portanto, em ambas as hipóteses, o processo subjetivo que os desencadeia é o mesmo, e é este processo subjetivo, que distingue a ação humana dos acontecimentos puramente causais (a chuva, por exemplo).

Como o conceito de ação humana implica uma congruência entre a vontade e o resultado (exteriorização do caráter do agente), as teorias citadas dividiram a tipicidade em objetiva (fato concreto) e subjetiva (vontade de realizar o fato concreto), fazendo com que a culpa e o dolo integrassem a tipicidade subjetiva, ao invés de comporem a culpabilidade, como pretendem os adeptos da teoria causal da ação. Claro, se o tipo é a definição legal do comportamento proibido, este comportamento deve ser descrito tanto no seu aspecto objetivo, quanto subjetivo.

A ilicitude, ou antijuridicidade continua sendo a relação de antagonismo entre a conduta e todo o ordenamento jurídico.

A culpabilidade, que antes era composta pelo dolo e culpa, passou a se caracterizar por um juízo valorativo, de censura. É a reprovabilidade da conduta ilícita, de quem tem capacidade genérica de entender a ilicitude de seu ato, sendo-lhe exigível comportamento conforme o ordenamento jurídico.

A culpabilidade, como juízo de censura, é composta pelos elementos “imputabilidade”, “consciência potencial da ilicitude” e “poder agir de outro modo”.

“Imputabilidade” é a capacidade de, no plano jurídico, ser responsável pelo fato e sofrer sanção decorrente dessa responsabilidade (arts. 26 a 28 do CP).

“Consciência potencial da ilicitude” consiste na noção básica de se saber, potencialmente, o que é contrário ao ordenamento jurídico. É inescusável o desconhecimento formal da lei (art. 21 do CP).

O “poder agir de outro modo” reside na possibilidade de se exigir do agente que tenha um comportamento de acordo com o que lhe determina o ordenamento jurídico. É a constatação de que, naquelas circunstâncias, o agente poderia e deveria ter agido de outra maneira, de forma a não praticar um fato ilícito.

Note-se que “imputabilidade”, “consciência potencial da ilicitude”, e “poder agir de outro modo”, em virtude de se constituírem componentes de juízo de valor que se faz sobre a conduta do agente, trazem, em seus conceitos, uma íntima relação com fatores pessoais, que envolvem a decisão e perpetração do ato, sejam eles fatores “primários”, “secundários” ou meios contensores, e que desencadeiam a prática do crime. Eles vão desde a exigência de uma normalidade psíquica (“imputabilidade”), passam por um elemento intelectual (“consciência potencial da ilicitude”), para alcançarem a preocupação com os fatores desencadeantes da ação e os meios contensores (“poder agir de outro modo”).

Por isso, torna-se importante, a esta altura, uma rápida análise da classificação natural dos criminosos, no sentido de que se possam identificar as condições da prática de um delito e sua eventual subsunção aos elementos da culpabilidade.

Considerando-se os “fatores primários” como de formação de uma personalidade e os “secundários” como precipitantes da ação, temos: ou a ação é praticada, porque os “fatores secundários” predominam e geram o ato, ou os “fatores

primários”, quase que por si sós, levam o indivíduo à prática do ato já que, neste caso, os “secundários” são de pequena monta. É o que se chama ações de “motivação primária”, ou de “motivação secundária”.

A incidência dos fatores sobre o ato permite que se estabeleçam três grupos naturais de delitos e conseqüentemente de criminosos:

1.) *Delito ocasional*: O criminoso ocasional tem personalidade bem formada e socialmente ajustada, mas os fatores desencadeantes agem com muita força e rompem seu equilíbrio e meios contenedores, fazendo com que pratique o crime.

Os “fatores primários” tiveram nenhuma, ou pouca influência na prática do ato.

2.) *Delito secundário ou sintomático*: O criminoso sintomático tem personalidade com perturbação transitória ou permanente e o ato é atribuído a esse estado mórbido.

A ação é sintomatologia da doença.

Os “fatores desencadeantes” tiveram nenhuma ou pouca influência na prática do ato.

3.) *Delito primário ou essencial*: O criminoso caracterológico tem defeito constitucional ou formativo de caráter. Os fatores desencadeantes tiveram nenhuma, ou pouca influência na prática do ato.

Tem defeito constitucional de caráter a “personalidade psicopática”, pois está prejudicada a capacidade de auto-determinação.

Possui desvio de caráter a “personalidade delinqüente”, já que está comprometida a introjeção de valores ético-morais a partir de carências ambientais.

Nos primeiros, é quase impossível o tratamento, já que a causa é constitucional. Nos segundos, o tratamento é possível, mas problemático, uma vez que a causa reside em seu processo formativo.

Antes de se subsumir as condições da prática de um delito, segundo os grupos naturais especificados, com os elementos

da culpabilidade, cumpre deixar claro que culpabilidade é, acima de tudo, censurabilidade do autor, considerando-se o fato e suas circunstâncias.

Conseqüentemente, deixa-se de lado a já esgotada discussão sobre o “livre arbítrio” e “determinismo”. Também não se pretende configurar o “poder agir de outro modo” como elemento da culpabilidade da personalidade. Buscar-se a culpabilidade, na formação de constituição da personalidade do indivíduo levaria à uma padronização que não é da essência dinâmica do Direito Penal.

Desta forma, entende-se que para se exigir conduta diversa do agente, ou seja, para que haja um juízo de censurabilidade, há que serem analisadas as condições fáticas em relação às condições pessoais de cada um, ou seja, necessitam ser considerados o fato e o autor, como um todo que se completa.

Por isso, ao definirem a situação de inexigibilidade de conduta diversa, dizem os doutrinadores, que ela só existe quando for impossível impor-se o “poder agir de outro modo”, isto é, quando, na situação em que se encontrava o agente, não lhe era exigível comportamento diverso. Note-se que o agente e sua personalidade estão relacionados ao fato e suas circunstâncias, fazendo-se um juízo de valor sobre todos os seus elementos.

A culpabilidade é do fato, mas não se pode desconsiderar o agente, já que a reprovação é pessoal.

Nossos autores citam, basicamente, como casos de inexigibilidade de conduta diversa a “coação moral e irresistível” (art. 22 do CP) certas situações de obediência hierárquica (art. 22, CP *in fine*), além de excesso intensivo de legítima defesa e outros casos que permitam aplicação analógica, ou seja, que permitam a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa por analogia.

As situações que podem ser subsumidas aos tipos penais citados não trazem maiores indagações para o estudo presen-

te, mas isso não acontecerá, certamente, com os casos de inexigibilidade de conduta diversa. Isso não ocorrerá, quando se estiver tratando diretamente do “poder agir de outro modo”, previsto como elemento da culpabilidade.

Aliás, *data venia* dos ilustres doutrinadores que pensam contrariamente, entende-se que a inexigibilidade de conduta diversa é esta vinculada ao “poder agir de outro modo”, ou seja, é a situação que se contrapõe ao “poder agir de outro modo”. As outras constituem situações especiais, que o próprio nome indica: “coação moral irresistível”, “estado de necessidade” etc. Note-se até que algumas constituem excludente de criminalidade, enquanto a “inexigibilidade de conduta diversa” é excludente de culpabilidade.

A situação de “inexigibilidade de conduta diversa”, que se contrapõe ao “poder agir de outro modo”, impõe um rigor maior na análise das circunstâncias que envolvem o fato e o agente, incluindo-se as características de sua personalidade, em virtude da reprovação pessoal. O rigor da análise decorre da excepcionalidade das condições fáticas e pessoais do agente, que justificariam a situação de inexigibilidade de conduta diversa.

Por isso, tem-se que o criminoso ocasional pode estar protegido pela inexigibilidade de conduta diversa, mas isso jamais ocorrerá com os criminosos sintomáticos, ou caracterológicos, se o delito ocorrer por consequência da perturbação ou defeito de caráter. Tanto o crime sintomático, como o crime primário, não permitem a situação de excepcionalidade, necessária para a tese da inexigibilidade de conduta diversa.

Conforme se estudou anteriormente, o “delito secundário ou sintomático” é atribuído a um estado mórbido. Ele é resultado, isto é, sintoma desse estado mórbido e, assim, guarda íntima relação com a perturbação que o agente possui.

Da mesma forma, o “delito primário ou essencial” é atribuído a um defeito constitucional ou formativo do caráter do agente e resulta desse defeito.

Por outro lado, a inexigibilidade de conduta diversa exige um agente normal (comum), diante de circunstâncias ou motivos excepcionais. São estas circunstâncias, ou motivos excepcionais, que desencadeiam o ato, rompendo com os meios contensores, repete-se, de um agente normal (comum). Dir-se-ia que qualquer cidadão normal (comum), naquelas circunstâncias, teria os meios contensores rompidos. Por isso, não se poderia exigir dele outro comportamento. Por isso, isto é, pela excepcionalidade das circunstâncias, esse agente estaria protegido pela tese da “inexigibilidade de conduta diversa”, excluindo-se sua culpabilidade.

No plano jurídico, não se pode exigir comportamento anormal de ninguém.

O delito sintomático ou o delito essencial não é praticado por uma personalidade normal (comum). O primeiro tem perturbação e o crime é seu sintoma. O segundo tem defeito de caráter e a natureza do delito está ligada ao caráter defeituoso. Não se pode dizer que “naquelas circunstâncias qualquer cidadão normal (comum) faria o mesmo”. O cidadão normal (comum) não teria os meios contensores rompidos, já que não seria possuidor de perturbação ou defeito de caráter. Por isso é normal (comum).

É importante insistir-se que, no caso, o delito é sintoma da perturbação, ou consequência do defeito do caráter. É a perturbação ou o defeito de caráter, como fator desencadeante da ação, que torna impossível a tese da inexigibilidade de conduta diversa.

Também não se pretende afirmar, que basta ser psicopata ou ter personalidade delinqüente, para não poder estar protegido pela excludente de culpabilidade.

É óbvio que tanto o agente de “personalidade psicopática”, como aquele de

“personalidade delinqüente”, podem agir protegidos pela inexigibilidade de conduta diversa. Não pode o criminoso sintomático, ou seja, aquele que praticou um delito sintomático, ou o criminoso caracterológico, que praticou um delito essencial.

A inexigibilidade de conduta diversa contrapõe-se ao “poder agir de outro modo” e exige uma personalidade normal (comum), que teve rompido transitoriamente seu equilíbrio, em virtude de poderoso fator desencadeante, divorciado de qualquer anomalia psíquica. O criminoso sintomático e o criminoso caracterológico não têm personalidade normal.

A situação de inexigibilidade de conduta diversa é tão especial, ou excepcional, que o juízo valorativo da culpabilidade, ou seja, o juízo de censura, embora reconhecendo que a conduta foi típica e ilícita, acaba absolvendo o agente. Naquelas circunstâncias, ou seja, diante da força com que o fator desencadeante rompeu o meio contensor, o juízo de censura não lhe poderia exigir um comportamento diverso.

Por isso, alguns doutrinadores entendem que a “motivação normal” é pressuposto do princípio da não exigibilidade de outra conduta.

Considerando-se este pressuposto, e fazendo-se o raciocínio em sentido contrário, se o motivo determinante da prática do crime, ou seja, o motivo que rompeu o equilíbrio e meios contensores

do agente, é anormal, excepcional, não se poderá exigir conduta diferente daquela que tomou.

Como apenas o criminoso ocasional possui os meios contensores fortes, somente ele é passivo de ter esses meios rompidos por uma motivação excepcional. Portanto, em confronto com os criminosos sintomáticos e os criminosos caracterológicos, o juízo de culpabilidade cede apenas para o criminoso ocasional, por força dos fatores excepcionais que determinaram a prática da ação tipificada.

Assim, adotando-se a divisão de grupos naturais de delitos, somente o delito ocasional pode ter seu autor protegido pela tese da inexigibilidade de conduta diversa.

Em sentido oposto e em comparação com os delitos sintomático e essencial, apenas do criminoso ocasional pode ser exigido o comportamento conforme o direito.

Os criminosos sintomáticos, os psicopatas ou aqueles de personalidade delinqüente, que praticarem o crime em razão da perturbação mental ou do defeito caracterológico, podem ver diminuída a exigência de agirem conforme o direito. Suas ações delituosas, eventualmente, podem chegar até ao limite máximo da inimputabilidade (art. 26 CP), o que não ocorrerá, em hipótese alguma, com o criminoso ocasional, que possui normal integração intrapsíquica dos fatores “primários”, “secundários” e meios contensores.