

# INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: UMA ANÁLISE POLÍTICO-DOGMÁTICA PARA MOMENTOS DE CRISE FINANCEIRA

*INEXIGIBILITY OF A DIFFERENT ACTION: A POLITICAL-DOGMATIC ANALYSIS FOR MOMENTS OF FINANCIAL CRISIS*

Marco Aurélio Florêncio Filho<sup>1</sup>

Universidade Mackenzie – SP

## **Resumo**

O presente artigo busca investigar a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade. Para tanto, foi realizada uma abordagem da construção teórica do instituto da inexigibilidade de conduta diversa na Alemanha, para posteriormente analisar a sua aplicação no Brasil. É importante destacar que a inexigibilidade de conduta diversa foi concebida na Alemanha, num período em que aquele País passava por uma grave crise financeira, sendo, portanto, um instituto importante para estudo, diante do momento de crise financeira que vive hoje o Brasil. Ainda, foi realizado um cotejo entre o instituto da inexigibilidade de conduta diversa a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## **Palavras-chaves**

Culpabilidade. Crise Econômica. Inexigibilidade de Conduta Diversa.

## **Abstract**

*The present article investigates the inexigibility of diverse conduct as an exclusionary cause of guilt. In order to do so, an approach was taken to the theoretical construction of the institute of the misconduct of diverse conduct in Germany, to later analyze its application in Brazil. It is important to point out that the unreliability of different conduct was conceived in Germany during a period in which the country was experiencing a serious financial crisis and was therefore an*

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito pela PUC/SP.

*important institute for study in the face of the current financial crisis in Brazil. Also, a comparison was made between the institute of the non-requirement of diverse conduct from the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.*

**Keywords**

*Guilt. Economic crisis. Inexigibility of a different action.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de analisar o instituto jurídico-penal da inexigibilidade de conduta diversa e sua aplicação político-dogmática, principalmente para apreciar a sua pertinência em momentos de crise financeira, como, por exemplo, a que passa o Brasil nos dias de hoje.

Destarte, faz-se necessário compreender a concepção político-dogmática da inexigibilidade de conduta diversa, formulada como causa excludente de culpabilidade por Berthold Freudenthal, num momento em que a Alemanha passava por uma devastadora crise financeira.

Como se sabe o direito penal moderno é estruturado a partir da responsabilidade penal subjetiva afastando qualquer forma de responsabilidade penal objetiva. Essa regra é consequência, inclusive, do Princípio da Culpabilidade.

O momento econômico que o Brasil vive faz com que muitos empresários terminem por realizar crimes econômicos com o objetivo de manter a empresa funcionando, gerando empregos e mantendo o pagamento de fornecedores, em detrimento do pagamento de tributos, por exemplo. Aqui repousa o objetivo de nossa pesquisa: (re)conhecer os limites jurídicos da inexigibilidade de conduta diversa,

como causa excludente de culpabilidade, e sua aplicação no momento de crise econômica que o País vivencia.

Para tanto, iniciamos a discussão a partir do momento em que a inexigibilidade de conduta diversa foi formulada como instituto jurídico-penal na Alemanha. Nesse ponto da pesquisa, foi observado a concepção dogmática do juízo de culpabilidade, a partir da teoria psicológico-normativa, com o escopo de posicionar, de forma mais precisa, o modelo inicialmente proposto por Freundenthal, para o instituto da inexigibilidade de conduta diversa.

Posteriormente, foi analisada a forma que a inexigibilidade de conduta diversa é concebida no Brasil, a partir de causa excludente de culpabilidade legal e supra legal. Posteriormente, foi realizado um cotejo entre o instituto da inexigibilidade de conduta diversa e a pertinência de sua aplicação política à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## 1. Surgimento da inexigibilidade de conduta diversa

O positivismo normativo, como redefinição metodológica, em contraposição às ciências naturais, embasou-se na filosofia neokantista de forte cunho axiológico.<sup>2</sup>

O neokantismo, como segundo retorno a Kant, tendo em vista que o primeiro seria o idealismo alemão concebido pelos pós-kantianos, aparece no início do século XX e se concentra sobre duas escolas: a de Baden e a de Marburg. Na escola de Baden, da qual pertencem Heinrich Rickert e Wilhelm Windelband, há uma maior ênfase à *Crítica da razão prática* (1988), sobre os conceitos de valor e

---

<sup>2</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 51.

dever ser. A escola de Baden, reconhecida pelo seu marcante viés axiológico influenciou os penalistas como Gustav Radbruch. A escola de Marburg, por sua vez, tem como líderes Hermann Cohen e Paul Natorp e se volta a uma investigação gnoseológica, com reflexo na filosofia do direito, especialmente, em Rudolf Stammler, Hans Kelsen, na Alemanha, e Giorgio del Vecchio<sup>3</sup>, que se destaca entre os italianos.

Enquanto o positivismo naturalista buscava descrever puramente o objeto investigado, o neokantismo estabelecia um conceito racional a seu respeito, substituindo a dedução transcendental pela indução reflexiva, o que leva a Escola de Baden a um duplo grau de compreensão a respeito da realidade. Primeiramente se tem os juízos, a constatação do objeto investigado; posteriormente, ocorre a avaliação por meio dos juízos valorativos. A simples observação do objeto investigado não pode relegar a avaliação. Ou seja, a observação neutra pretendida pela positivismo naturalista é complementada pela ideia do positivismo normativo, de valoração.<sup>4</sup>

No neokantismo há uma relação, portanto, valorativa entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido (investigado). O delito, assim, passa a ser analisado não mais como um fenômeno naturalístico, mas cultural.

A culpabilidade, no positivismo normativo, permanece como um vínculo psicológico entre o agente e o resultado que reconhece o dolo e a culpa como elementos subjetivos. Todavia, percebe-se uma forte carga axiológica, concebida como reprovabilidade.

---

<sup>3</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2005, p.23-24.

<sup>4</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 18.

Reinhard Frank é conhecido como o fundador da teoria psicológico normativa da culpabilidade<sup>5</sup>, pois foi o primeiro a reconhecer que um nexos psíquico entre o autor e o resultado era insuficiente para a concepção de culpabilidade. Segundo Hans Welzel,

El primer paso para superar la concepción sociológica de la culpabilidad lo dio Frank (Aufbau des Schuldbegriffs, 1907), cuanto señaló como elemento Independiente de la culpabilidad junto al dolo y la culpa la “motivación normal” y definió la culpabilidad como “reprochabilidad”.<sup>6</sup>

Frank renova a discussão sobre a culpabilidade ao publicar *Über den Aufbau des Schuld Schuld begriffs* (Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade) obra em homenagem à Faculdade de Direito de Giessen, em 1907.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Mesmo sendo reconhecido como o fundador da concepção normativa da culpabilidade, segundo Goldschmidt, Frank só reconheceu o caráter normativo da culpabilidade na 18ª edição do *Über den Aufgabau des Schuld begriffs*. Sendo assim, Goldschmidt afirma que podemos conceber um Frank anterior e outro posterior (GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 88)

<sup>6</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997, p. 167.

<sup>7</sup> O reconhecimento do giro normativo da culpabilidade já foi atribuído a Frank, pelo próprio Goldschmidt, que deu seguimento ao desenvolvimento da concepção psicológico-normativa da culpabilidade, ao trabalhar a *norma de dever*. Consoante Goldschmidt, “La evolución del concepto y sus consecuencias en la obra de Frank han sido descritas tantas veces que aquí puedo ser breve al respecto. En su monografía ‘Über den Aufgabau des Schuld begriffs’, 1907 (Sobre la estructura del concepto de culpabilidad), que abre nuevas vías, Frank califica, por primera vez, la culpabilidad como ‘reprochabilidad’ y considera como presupuesto suyo, además de

Deveu-se a Reinhard Frank duas importantes contribuições à culpabilidade: inicialmente concebê-la como reprovação da vontade defeituosa; posteriormente considerar a imputabilidade não um mero pressuposto da culpabilidade, mas um elemento integrante dela.<sup>8</sup>

Apesar da palavra reprovação não ser a melhor para representar os elementos da culpabilidade, Frank alega desconhecer outra melhor.<sup>9</sup>

Inicialmente o autor entende a estrutura da culpabilidade reconhecendo que a opinião comum é de que a sua essência consiste numa relação psíquica que traz um resultado, ou na possibilidade de uma relação assim.<sup>10</sup>

Para superar essa concepção, Frank elabora uma ideia de culpabilidade mais ampla em relação aos elementos anímicos dolo e culpa e inclui dentre os elementos da culpabilidade as “circunstâncias concomitantes” em edições posteriores denominada “motivação normal”<sup>11</sup> atribuindo-lhes as capacidades de diminuir a

---

la imputabilidad del dolo o de la culpa, el estado de normalidad de las circunstancias bajo las que el autor obra. Si ello falta, como ocurre en los parágrafos 52-54 del C.P., existe una ‘causa de exclusión de la culpabilidad’. (GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p 84)

<sup>8</sup> BRITO, Alexis Augusto Couto de. Culpabilidade. Evolução e Análise Crítica Atual. In: BRITO, Alexis Augusto C. de; VANZOLINI, Maria Patricia. **Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 233-234.

<sup>9</sup> FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p.39.

<sup>10</sup> FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 25.

<sup>11</sup> “En vista de la objeción de que esas circunstancias concomitantes podrían representar, a lo sumo, un ‘elemento de la culpabilidad’ en su ‘reflejo subjetivo’,

responsabilidade do agente diante do fato praticado e de excluir a responsabilidade.

---

Frank, en la 8ª-10ª edición de su Comentario (1911), Nº 11, antes del párrafo 51, reemplaza la denominación de ‘circunstancias normales concomitantes’ por la de ‘motivación normal’. En la 11ª-14ª edición (1914), Nº 11, antes del párrafo 51, abandona la ‘motivación normal’ como elemento positivo de la culpabilidad. Sin embargo, excepcionalmente no existirá culpabilidad, a pesar de existir imputabilidad y motivación incorrecta (dolo o culpa), si concurre una causa de exculpación o de exclusión de la culpabilidad, como sería el estado de necesidad en los párrafos 54 del C.P. y 67, II, de la ley sobre el estado civil. Además, existiría también en el campo de la culpa cierto número de excepciones, que ya se hacen notar en su definición. En relación con la culpa, estas excepciones resultarían del frado de las exigencias puestas a la voluntad; y tal grado dependería de las ‘circunstancias concomitantes’, y determinaría, atendiendo a éstas, el grado de la exigibilidad. Como ejemplo cita el caso del ‘Linefänger’ –caballo que no obedece a la rienda– (S.T.P, 30, 25) (Nº VIII, 2 al párrafo 59). En cambio, en el Nº II antes del párrafo 51, no sólo el concepto, sino también el grado de la culpabilidad se reduciría a la mayor o menor proximidad de la motivación a la motivación correcta. En la 15ª – 17ª edición (1924-26) Nº 11 antes párrafo 51, vuelve a aparecer al lado del dolo y de la culpa, como elemento positivo de la culpabilidad, la ‘libertad’ o el ‘dominio sobre el hecho’, el que, sin embargo, de lege lata, faltaría en relación al dolo sólo en las hipótesis de los párrafo 51, 52 y 54 del C.P. El concepto del ‘dominio sobre el hecho’ viene de Hegler, quien, no obstante, lo concibe como la totalidad de los presupuestos psicológicos de la culpabilidad. A causa de la readmisión de ese elemento positivo de la culpabilidad, Frank declara ahora ‘superfluo o aun peligroso’ el concepto de las ‘causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad’. Esta inclusión de la libertad haría posible la graduación de la culpabilidad, en la cual, sin embargo, también influiría el fin del autor. La más reciente edición, la 18ª (1929), Nº II del párrafo 51, Nº VIII, 5 al párrafo 59, no sólo mantiene en pleno este punto de vista, sino que lo subraya introduciendo el fin en la definición de la culpabilidad, la que se define como ‘reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible.’ (GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 84-86).

Para compreender a ideia das “circunstâncias concomitantes” como um elemento formador da culpabilidade do agente é necessário observar o uso da linguagem na vida cotidiana e investigar os termos que, ao mesmo tempo, tenham algum significado jurídico.<sup>12</sup>

Para exemplificar as circunstâncias concomitantes, Frank discorre sobre o caso de duas pessoas que praticam uma fraude. Um trabalha no caixa de determinado comércio, tem uma mulher enferma e vários filhos pequenos; o outro é portador de valores e tem uma situação econômica bastante satisfatória. Apesar de ambos terem se apropriado ilicitamente do dinheiro alheio, em relação ao dolo não há diferença alguma, pois ambos possuem a intenção para a prática da conduta realizada. Todavia, todos dirão que o caixa do comércio tem culpabilidade menor que o portador de valores, pois as circunstâncias sob as quais se encontrava lhe eram desfavoráveis. O portador de valores, por sua vez, possui culpabilidade mais grave, pois tinha boa situação financeira.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p.28.

<sup>13</sup> FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 28. Frank ainda traz um exemplo para ilustrar as circunstâncias concomitantes: “el interés del Estado en la conservación de la vida de una criatura seguramente no varía por las relaciones personales de aquel que lo mata. Así, cuando el parágrafo 217 se refiere a la madre soltera que le quita la vida a la criatura durante o inmediatamente después del nacimiento, ella es tratada en forma más benigna que el asesino común, lo cual sólo puede tener como fundamento que ella (la mujer soltera) aparezca como menos culpable, a pesar de que el dolus del acto de matar tiene la misma forma que el de cualquier otro autor imaginable. Desde los mismos puntos de vista, se explica, sin duda, la atenuación de la pena prevista en el parágrafo 213 para el homicidio emocional.”

Além disso, Frank não trata a imputabilidade como um mero pressuposto da culpabilidade, mas como um elemento que a integra. Nesse sentido, a culpabilidade é composta por circunstâncias concomitantes, imputabilidade, dolo e culpa.<sup>14</sup>

Interessante ressaltarmos ainda que, para Frank, a relação entre a culpabilidade e os elementos anímicos dolo e culpa não é apenas de gênero e espécie, como a doutrina dominante afirmava, pois nem tudo o que se aplica à culpabilidade se encaixa nos conceitos de dolo e imprudência. A relação entre a culpabilidade e os elementos subjetivos dolo e culpa está muito mais para uma relação entre a árvore e a raiz, do que para a árvore e o álamo.<sup>15</sup>

É certo que Frank não abandonou a concepção psicológica (dolo e culpa) da culpabilidade, mas reconheceu que ela não se define numa análise simplesmente psicológica. Isto porque existem circunstâncias concomitantes que atuam sobre o fato e o agente capazes não só de diminuir, mas também de excluir a culpabilidade.

---

<sup>14</sup> Segundo Frank, “el resultado de las manifestaciones precedentes se deja resumir de la siguiente manera: la doctrina dominante determina el concepto de culpabilidad de una manera que abarca en ella los conceptos de dolo e imprudencia. En contraposición a ello es necesario considerarla de un modo tal que tome en cuenta las circunstancias concomitantes y la imputabilidad.” (FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 36-37)

<sup>15</sup> “En cuanto a la doctrina dominante, al aceptar una relación semejante, lleva a la culpabilidad a la misma relación lógica que existe entre el dolo y la imprudencia, como la que media entre el árbol y el álamo. Según mi concepción, es mejor realizar la comparación de esta relación con la que media entre el árbol y la raiz. Si todo árbol crece por encima de la superficie de la tierra, también lo hace así el álamo, ya que es un árbol. Pero la raíz no necesita crecer sobre la tierra, puesto que ella corresponde al árbol, pero no es un árbol.” (FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 38)

Referidas circunstâncias, chamadas “motivações normais”, seriam um meio para determinar o grau de exigibilidade da conduta.

Coube a Goldschmidt e Freudenthal desenvolverem posteriormente as ideias de Frank. Esse, aliás, é o posicionamento de Goldschmidt ao afirmar em sua obra que “Freudenthal y yo hemos tomado como ponto de partida la obra de Frank.”<sup>16</sup>

James Goldschmidt, para desdobrar sua teoria a respeito da culpabilidade, parte da estrutura concebida por Frank. Segundo Goldschmidt, cada norma jurídica da conduta externa corresponde a uma “norma de dever”, a partir da qual o autor deve orientar a sua conduta interna.<sup>17</sup>

Infringir a “norma de dever” constitui a culpabilidade. Assim, explica Goldschmidt, “ao lado de cada norma de direito que determina a conduta exterior, há uma norma de dever que exige uma correspondente conduta interior.”<sup>18</sup> A “norma de dever”, para o autor, é, portanto, uma norma de luta, aquela que direciona o indivíduo a agir

---

<sup>16</sup>GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p.86.

<sup>17</sup> “A partir da estrutura de Frank, Goldschmidt na sua obra ‘Der Notstand ein Schuldproblem’, escrita em 1913, sobre o estado de necessidade, e no artigo em homenagem a Frank, em 1930, com título ‘Normativer Schuld begriff’, acentua o caráter normativo da culpabilidade, ao considerar que esta supõe o descumprimento de uma norma de dever, que rege conduta interna, independentemente da norma de Direito, que regula a conduta externa e cuja infração determina a antijuridicidade.” (MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 59-60)

<sup>18</sup> <sup>18</sup>GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p.90-91.

pelas representações do valor jurídico e que não aspira a uma “pureza interior” dos sentimentos, mas representa a vontade de agir<sup>19</sup>.

Freudenthal, por sua vez, destaca a exigibilidade penal (*Zumutbarkeit*) formulada como requisito geral da culpabilidade<sup>20</sup>.

É bastante elucidativa a construção de Freudenthal sobre a exigibilidade de outra conduta, pois parte da análise de casos práticos para construir a concepção deste elemento, que entende central da culpabilidade<sup>21</sup>. Informa, inclusive, que o Tribunal Supremo analisa

---

<sup>19</sup> “(...) GOLDSCHMIDT propõe a célebre distinção entre norma de direito (Rechtsnorm), como exigência objetiva de comportamento exterior, e norma de dever (Pflichtnorm), como exigência subjetiva de atitude pessoal conforme a norma de direito – o que permite **reprovar** o autor pela violação da norma de dever, mas admite **exculpar** o autor por inexigibilidade da motivação conforme a norma de dever.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis, Conceito, 2012. p.276).

<sup>20</sup> GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 86.

<sup>21</sup> Interessantes as lições trazidas por Muñoz Conde, sobre a teoria vanguardista desenvolvida por Freudenthal, *vide*: “Por trás desta teoria estava a grave situação econômica e social que as massas trabalhadoras tinham que suportar naquela época. O próprio Freudenthal não esconde que, com a sua teoria, se podia absolver gente como a parteira que inscrevia as crianças nascidas em feriados ou finais de semana como nascidas em dias de trabalho, para que os país, mineiros da bacia do Ruhr, tivessem um dia de folga pago; ou o caixeiro viajante que, perante a avareza da firma que representa, se vê obrigado a ficar com dinheiro para poder fazer face às despesas de viagem que faz por conta dela e para não perder o posto de trabalho; ou o da jovem siciliana que mata o tio que a desonrara para evitar que o marido saiba. Já anteriormente o Reichsgericht (RGSt., 30, 25 ss.) absolvera um cocheiro que, seguindo as ordens do patrão e para não perder o posto de trabalho, atrelara o carro a uma égua com tendência a desgarrar-se, que, efetivamente, atropelou e feriu gravemente um pedestre.” MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito**

em cada caso concreto, individualmente, a exigibilidade de outra conduta<sup>22</sup>.

Freudenthal critica a abstração do direito penal, decorrente de sua cientificidade, que resultou num distanciamento entre o povo e o Direito e ressalta que compete aos juristas ficarem atentos para esse fenômeno a fim de evitá-lo<sup>23</sup>.

Para entendermos a concepção de culpabilidade formulada por Freudenthal, é indispensável compreendermos a normatividade do dolo, inerente aos partidários da teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Freudenthal argumenta ainda que, além do elemento psíquico do dolo, isto é, a previsão e o consentimento relativo à conduta realizada, há um momento ético que define a reprovação da conduta do agente<sup>24</sup>.

Freudenthal destaca ainda que a culpabilidade, para o Tribunal Supremo e a doutrina da época, está assentada em dois critérios principais. O primeiro, de ordem objetiva, diz respeito ao dever de cuidado. Se o agente tiver esse cuidado, não há que se falar em culpabilidade. Todavia, se não houve o cuidado devido, daí é preciso analisar o segundo critério, de ordem subjetiva, e que se manifesta pela evitabilidade subjetiva, isto é, se o autor tinha condições de não realizar o tipo. Só com a reunião desses dois critérios é que estará configurada a reprovação do agente, sem a qual a conduta do

---

**penal de seu tempo:** estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005, p. 20).

<sup>22</sup> FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal.** Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 88.

<sup>23</sup> FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal.** Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.63-64.

<sup>24</sup> FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal.** Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.72-73.

autor não será culpável. Logo, percebemos claramente que reprovação e culpabilidade não se confundem, mas que a reprovação é pressuposto para aferir a culpabilidade.<sup>25</sup>

A percepção da exigibilidade de outra conduta é demonstrada por Freudenthal em diversos julgados que conformam a jurisprudência alemã sobre o assunto.

Um deles é o de um cocheiro que ao selar um cavalo por determinação do seu patrão informa-o que o animal era ressabiado. Não obstante, o proprietário determinou que o empregado o fizesse. Ocorre que o cavalo não seguiu as rédeas e atropelou um ferreiro na rua, fraturando-lhe a perna. Nesse caso, o Tribunal Supremo absolveu o cocheiro diante das circunstâncias concretas, pois havia o fundado temor do empregado perder o emprego e, por conseguinte, o seu sustento.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 77-78.

<sup>26</sup> FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.80-81. Todavía, o caso mais intrigante levantado por Feuerbach e demonstra o caráter eminentemente pessoal da culpabilidade é o seguinte: “Finalmente, un caso dudoso, La siciliana Terranova, de diecinueve años de edad, asesinó a su tío y tía. Éstos la habían hecho venir desde Sicilia a Nueva York hacía siete años. El tío la sedujo, con conocimiento de la tía. El joven italiano Terranova desposó a la muchacha. Ambos vivieron en feliz matrimonio, hasta que la tía reveló a aquél que su mujer había mantenido relaciones sexuales con el tío. Luego de esto, el joven abandonó a su consorte. Ésta, siguiendo la concepción popular siciliana, resolvió tomar venganza en la persona de sus tíos y, de este modo, restaurar su honor. En lo que tuvo éxito – así relató ella, con el rostro radiante, en el juicio oral-; había cogido un cuchillo afilado y mató a puñaladas a su tío y a la tía, que trató de defenderlo. Los miembros del jurado la absolvieron. De no ser por falta de conciencia de la antijuridicidad, la absolución se justifica, según nuestro punto de vista, supuesto que faltara en ella el poder obrar de otro modo

Para não deixar o magistrado sem critérios fixos para aferir a culpabilidade ou inculpabilidade do agente, Freudenthal sugere dois critérios, um de ordem positiva e outro, negativa, para analisar o dolo do agente no caso concreto. Assim, afirma que a concepção positiva de dolo poderia ser a seguinte:

*obra en forma dolosa el que desatiende conscientemente los deberes de cuyo cumplimiento, según las circunstancias, es capaz, y a resultas de lo cual lleva a cabo el supuesto de hecho de una acción punible con conciencia y voluntad o... etcétera.*<sup>27</sup>

Já a concepção negativa para o dolo, segundo o autor, seria: “*no actúa dolosamente aquel a quien, según las circunstancias, no se puede exigir que se abstuviera de la realización del tipo*”.<sup>28</sup>

Decerto, o critério atribuído por Freudenthal está em estreita consonância com as diretrizes de um moderno direito penal da culpabilidade, tendo em vista que é estruturado a partir de uma análise concreta das circunstâncias individuais. Todavia, a crítica isolada que Mezger faz à obra de Freudenthal é o fato da concepção do autor ser extremante voltada aos interesses individuais, em detrimento do

---

pertenciente al dolo, en cuanto éste es una forma de la culpabilidad. En tal caso, no se podía reprochar a la autora, en su rudimentaria ilustración, que no haya opuesto resistencia a la concepción imperante en su pueblo y diera muerte a quienes le robaron el honor y la dicha del matrimonio.” (FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.87-88)

<sup>27</sup> FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.92, itálico no original.

<sup>28</sup> FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 93, itálico no original.

interesse da sociedade. Logo, falta ao conceito de culpabilidade de Freudenthal um equilíbrio entre ambos os interesses<sup>29</sup>.

Ora, em que pese a crítica realizada por Mezger à concepção de culpabilidade formulada por Freudenthal, a concepção individual de culpabilidade formulada por ele está em consonância tanto com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, como também ao da dogmática jurídico penal. Quanto ao modelo de Estado

---

<sup>29</sup>MACHADO, Fábio. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 65. Todavia, percebe-se na obra de Mezger que a culpabilidade, formulada por referido autor, encontra-se em consonância com a teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Segundo Mezger: “La culpabilidad jurídico-penal es, ante todo, una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica (*situación fáctica de la culpabilidad*), en la que se conecta el reproche contra el autor y, consiguientemente, la pena que al autor ha de aplicarse. En tal sentido, la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor; para que alguien pueda ser *castigado*, no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochada. Aquí encontramos, por tanto, un nuevo y especial grupo de presupuestos de hecho de la pena a los que corresponde la misión de establecer las íntimas relaciones de la acción con la *persona* del sujeto.” (MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, p. 3). Em outra obra, informa-nos Mezger que “La concepción normativa de la culpabilidad dice que la ‘culpabilidad’ jurídico-penal no se agota en las relaciones psicológicas concretas constatables, sino que ante todo significa un juicio de valor esencial y como tal comprueba la ‘reprochabilidad’ del hecho cometido”. (MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**. Valencia: Tirant ló Blanch, 2000, p. 51). E, ainda, MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general, libro de estudios. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1955, p. 189-192.

Democrático de Direito temos que o indivíduo é o centro das atenções desse modelo Estatal<sup>30</sup>.

Dogmaticamente também percebemos uma coerência no raciocínio de Freudenthal, já que os juízos tipicidade e antijuridicidade versam sobre o fato, e o juízo de culpabilidade sobre o autor do fato, logo é voltado ao indivíduo. Temos, portanto, a tipicidade e a antijuridicidade direcionadas para os interesses da sociedade<sup>31</sup>, enquanto a culpabilidade volta-se para entender os fatores individuais que levaram o agente a realizar o injusto.

## 2. A inexigibilidade de conduta diversa no Brasil

A inexigibilidade de conduta diversa foi tratada pela primeira vez por Berthold Freudenthal e seu conceito vem sendo desenvolvido a partir de certas circunstâncias anormais, que não são encontradas nem na incapacidade e nem no erro.<sup>32</sup>

Apesar de materialmente conformada a culpabilidade a partir da verificação da capacidade de culpabilidade e da consciência de ilicitude, para que a ordem jurídica estabeleça a reprovação é

---

<sup>30</sup> Leia-se, por exemplo, o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu inciso III: Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)"

<sup>31</sup> Até porque o direito, em tese, jamais criaria uma lei que não fosse para proteger a sociedade.

<sup>32</sup> OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Et. Al. **Direito penal brasileiro**: parte geral, princípios, fundamentais e sistema. São Paulo: RT, 2011, p. 495.

necessário analisar a possibilidade de se agir conforme a norma jurídica.<sup>33</sup>

Decerto, a possibilidade do autor de se comportar conforme a norma jurídica é um elemento relevante para aperfeiçoar a reprovação da conduta visto que está ligada à ideia de liberdade. Isto, porque, só é possível censurarmos a conduta do autor que poderia atuar conforme a norma jurídica e optou, livremente, por fazê-lo contrariando o ordenamento.

No Brasil, a exigibilidade de conduta conforme o direito é prevista como causa de exclusão de culpabilidade legal – a partir da coação moral irresistível e da obediência hierárquica (artigo 22, do Código Penal brasileiro<sup>34</sup>) – ou como causa excludente de culpabilidade supralegal, como, por exemplo, nos crimes contra a ordem tributária.

Destacamos, entretanto, que até pouco tempo, eram apenas reconhecidas, pelo direito penal brasileiro, as causas excludentes de culpabilidade legal previstas no artigo 22 do Código Penal brasileiro. Cláudio Brandão ressalta que somente com os estudos feitos por Francisco de Assis Toledo é que começou a ser admitida a inexigibilidade de conduta conforme o direito fora das hipóteses de obediência hierárquica e de coação moral irresistível.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: RT, 2000, p. 276.

<sup>34</sup> “Artigo 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.”

<sup>35</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 231.

A coação irresistível (primeira parte do artigo 22 do Código Penal brasileiro), é moral (*vis compulsiva*) e não física (*vis absoluta*). Isto porque a coação física afeta o dolo, retira a vontade do agente de realizar a ação prevista no tipo penal. Logo, é uma causa excludente de tipicidade.

A coação irresistível que exclui a culpabilidade é, portanto, a moral. Assim, o autor pratica uma conduta típica e antijurídica, mas não culpável.

Para caracterizar a coação moral irresistível é necessário que seja retirada a liberdade de ação do autor, a partir de uma ameaça ou um perigo que afete bens personalíssimos daquele que está sendo coagido.

Se a coação moral é resistível, não será excluída a culpabilidade penal, apesar dela funcionar como uma circunstância atenuante de pena (artigo 65, inciso III, alínea c, primeira parte, do Código Penal brasileiro)<sup>36</sup>.

A obediência hierárquica (segunda parte do artigo 22, do Código Penal brasileiro) apenas funcionará como uma causa excludente de culpabilidade se estiver relacionada à relação hierarquia/subordinação do direito público. Isto, porque, no direito administrativo, há uma relação de subordinação entre o chefe e seus subordinados. O chefe é investido numa posição de hierarquia em

---

<sup>36</sup> “Artigo 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;”

relação aos seus subordinados pelo poder competente. Assim, a transgressão de uma ordem leva à atuação do poder disciplinar da administração pública que se manifesta por meio da imputação de uma sanção administrativa àqueles que violem o dever de subordinação. A ordem do superior hierárquico deve ser manifestamente ilegal para afastar a culpabilidade do subordinado e, então, verificados também os seguintes requisitos: competência do superior para emanar a ordem; competência do subordinado para cumpri-la; que a ordem tenha previsão legal<sup>37</sup>.

No caso de obediência hierárquica, o autor da ordem será responsabilizado criminalmente, enquanto o subordinado, apesar de ter praticado uma conduta típica e antijurídica, não o será pois agiu sem culpabilidade.

Apesar de Freudenthal ter desenvolvido a inexigibilidade de conduta conforme o direito a partir de uma relação empregatícia – derivada da relação entre o cocheiro e o seu empregador, que selou o cavalo arreado por determinação do empregador e ocasionou lesões corporais em terceiro – o Código Penal brasileiro reconheceu apenas as relações decorrentes do direito administrativo, sem dar atenção à subordinação do direito do trabalho.

Todavia, mesmo não havendo previsão legal para a inexigibilidade de conduta conforme o direito, quando a ordem vier de um empregador ao seu empregado, deve-se reconhecer a exclusão de culpabilidade supralegal decorrente da inexigibilidade de conduta conforme o direito. Segundo Cláudio Brandão,

---

<sup>37</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 233.

Se o empregado obedece a uma ordem que não desejaria cumprir, coagido pela ameaça de perder o emprego, sem obter nenhum proveito próprio com aquela situação não se pode reconhecer que ele optou *livremente* por praticar aquele ato. Como visto, se não existe liberdade para que se faça a opção de se comportar contrário ou conforme o Direito, não pode haver a exigibilidade de conduta diversa.<sup>38</sup>

Temos ainda que a inexigibilidade de conduta conforme o direito pode funcionar como uma causa excludente de culpabilidade supralegal em casos de crimes tributários<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 232.

<sup>39</sup> Os crimes contra a ordem tributária faz parte ao que a doutrina denominou de direito penal econômico. O Direito Penal Econômico parte de um direito penal supra-individual, onde a criminalidade dos negócios empresariais, nos dias atuais, impõe um repensar quanto à funcionalidade do direito penal. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 143). Segundo Roberto Veloso, “O Direito Penal Econômico é uma das áreas de expansão do Direito Penal, indicando que suas normas estão a ocupar espaços antes reservados exclusivamente a outros ramos do ordenamento jurídico. Essa ocupação não implica a revogação da norma civil ou administrativa, pois que há uma superposição de normas, e o Direito Penal descreve como crime as mesmas condutas já descritas como infrações pelos outros ramos. Com efeito, o indivíduo que antes estava passível de punição apenas administrativa ou civilmente pela prática de uma conduta, passa a ter contra si a possibilidade concomitante de aplicação de uma pena criminal privativa de liberdade.” (VELOSO, Roberto Carvalho. **Crimes tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 57). Segundo Renato Silveira “O momento atual do Direito Penal Econômico é sintomático. Críticas diversas são colocadas. Muitos dos pontos de atrito dizem respeito à estruturação deste novo Direito Penal. O ponto de partida da análise informa que está a se tratar, no Direito Penal Econômico, de uma intervenção penal em um campo supra-individual, vale dizer, difuso, onde não

Não questionamos que os tributos tenham um papel fundamental para a prestação dos serviços públicos essenciais, entre eles a educação, a saúde, a segurança, o lazer, a previdência, a assistência, entre outros<sup>40</sup>. Daí afirmamos que o bem jurídico<sup>41</sup> tutelado

---

são encontradas vítimas reconhecíveis, tampouco pode admitir a ocorrência de dano real ao bem jurídico protegido. A construção típica criticada, bem como duvidosa a necessidade de ampliação do tratamento penal nestes casos, tem propiciado diversos questionamentos a esse respeito. Defende-se, entre tantas posições, que deva ser limitada a aplicação penal àquele Direito Penal nuclear, sendo que novos campos devem ser cuidados por outros ramos do Direito. Não obstante, existe uma ponderação irrefutável: a construção do Direito Penal Econômico acaba por se mostrar em tutela de um Direito Penal dos poderosos.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: RT, 2006, p. 22-23).

<sup>40</sup> Não há dúvida acerca da importância dos tributos e sua proteção em nível constitucional. Conforme apregoa Heloísa Estellita Salomão, “quando analisamos as funções do tributo na Constituição, pudemos conferir como o modelo constitucional de Estado de Direito, Democrático e Social se reflete na estruturação do sistema tributário nacional. Um sistema destinado, essencialmente, a servir de instrumento ao alcance das metas de justiça e igualdade sociais.” (SALOMÃO, Heloísa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: RT, 2001, p. 180-181)

<sup>41</sup> Já nos manifestamos no sentido de que “A formulação originária de bem jurídico deveu-se a Birnbaum, evolvido nas ideias iluministas e liberais que rodearam os séculos XVII e XIX. O bem jurídico surge, então, como forma de afastar as punições para condutas que não violassem bens jurídicos, ou seja, valores reconhecidos pelo Estado como dignos de uma proteção mais enérgica. Esses valores, dessa forma, diferenciavam-se dos valores morais, religiosos, políticos.” (FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A tipicidade no direito penal: uma abordagem sobre os seus diversos aspectos e sua importância a nível constitucional. In: SILVA, Ivan Luiz; CARDOZO, Teodomiro Noronha; FÖPPEL, Gamil. **Ciências criminais no século XXI: estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Universitária

pela legislação penal tributária seja a propriedade tributária ou a arrecadação tributária<sup>42</sup>. Isto porque, é por meio deste valor juridicamente protegido que o Estado promove suas ações.

Num cenário de economia globalizada no qual a oscilação do mercado, a alta carga tributária e a ausência de incentivos fiscais são assuntos determinantes na vida empresarial, às vezes, uma destas circunstâncias, ou todas, podem levar a empresa a ingressar numa instabilidade financeira na qual a única solução para a sua sobrevivência será a sonegação fiscal. Segundo Roberto Veloso,

Nessa situação de pouca liquidez, os empresários – industriais, comerciantes e profissionais liberais – não possuem outra opção senão a de deixar de recolher as contribuições e os tributos para pagar aos empregados e as obrigações de empréstimos com instituições financeiras, a fim de garantir a sobrevivência da empresa. Acontece uma situação extraordinária de motivação, a impossibilidade de recolher os tributos em detrimento da

---

UFPE, 2007, p. 389). Sobre o conceito de bem jurídico, leia-se PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: RT, 2003, p. 44-50.

<sup>42</sup> Para Germano Marques da Silva, “Cremos que o bem jurídico-penal tutelado pelos crimes tributários, num sistema abrangente como é o português, que inclui os crimes de natureza fiscal, aduaneira e contra a Segurança Social, não é apenas o património tributário, pois, como já referido, a função tributária não se limita a arrecadar impostos para satisfação das necessidades financeiras do Estado (artigo 103.º da CRP), mas pode prosseguir outras finalidades como a de desincentivar o consumo de determinados produtos (artigo 104.º, n.º 4, da CRP) ou erigir-se num instrumento de política económica [artigo 81.º al. B), da CRP]. Por isso que consideramos o bem jurídico tutelado numa perspectiva funcional, ainda que o património tributário constitua na maioria dos crimes como que a síntese ou a componente mais visível do bem jurídico tutelado. (SILVA, Germano Marques da. **Direito penal tributário**. Lisboa: Universidade Católica, 2009, p. 52)

sobrevivência do negócio, na qual se encontra fortemente diminuída a capacidade de atuar conforme a norma jurídica.<sup>43</sup>

Diante disto o empresário, ao atuar em inexigibilidade de conduta diversa, pratica um fato típico e antijurídico, mas não culpável. Portanto, podemos afirmar que o agente está inadimplente com o fisco, mas não que tenha praticado um crime.

Aliás, no atual momento de crise econômica que o Brasil vivencia os magistrados devem observar com atenção a incidência ou não da culpabilidade no caso concreto, bem como a presença da inexigibilidade de conduta diversa para afastar a responsabilidade penal objetiva de condutas ilícitas realizadas por empresários.

Roberto Veloso oferece alguns critérios objetivos para o magistrado aplicar a inexigibilidade de conduta diversa nos crimes contra a ordem tributária:

1) somente há uma situação de conflito quando está provado que a saúde financeira da empresa é precária ao ponto de encontrar-se em estágio de falência ou pré-falência; 2) que a opção feita tenha sido efetivamente no sentido de preservação da empresa e não para lazer ou aumento de patrimônio dos sócios; 3) que a precariedade dos recursos seja motivada pela situação econômica geral ou por fato estranho à responsabilidade dos sócios e não por gastos perdulários e má administração<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> VELOSO, Roberto Carvalho. **Crimes tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 243.

<sup>44</sup> VELOSO, Roberto Carvalho. **Crimes tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 245.

Apesar da situação financeira ter que ser muito bem demonstrada, não se exige a demonstração da impossibilidade absoluta do pagamento do tributo, pois “impossibilidade de outra conduta é coisa diversa de inexigibilidade de outra conduta. É evidente que o impossível é inexigível, mas pode dar-se o inexigível que não seja impossível.”<sup>45</sup>

Ora, um Estado Democrático de Direito, como o é o Brasil, não pode legitimar a punição de empresários que, por exemplo, deixaram de repassar ao INSS as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, se tal postura tiver servido para manter a empresa funcionando e gerando empregos, e, cumprindo assim, papéis sociais e econômicos insculpidos na Constituição Federal.

A inexigibilidade de conduta diversa, nos crimes contra a ordem tributária, encontra guarida constitucional e pode se verificada no artigo 1º, da Constituição Federal, que trata dos pilares da República Federativa do Brasil, isto é, seus princípios fundamentais.

O artigo 1º da Constituição Federal dispõe que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

---

<sup>45</sup> FULLER, Paulo Henrique Aranda. Dos crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137, de 27-12-1990). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Legislação penal parte especial**. Vol.2. São Paulo: Saraiva, 2010, p.449-572.

Pois bem, da redação do artigo supramencionado percebe-se que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, consoante o disposto no inciso IV. Nesse sentido, o empresário quando mantém sua empresa funcionando, na tentativa de pagar seus funcionários e fornecedores, em detrimento do pagamento dos tributos, pois lhe era inexigível, nas circunstâncias, agir de modo diverso, cumpre o preceito constitucional de valorização do trabalho e da livre iniciativa.

Percebe-se, aliás, que a arrecadação tributária não possui previsão legal no artigo 1º da Constituição Federal, logo não é fundamento do País. Nem poderia, pois a arrecadação tributária não é um fim em si mesma, mas sim um meio para se proporcionar a prestação dos serviços públicos. Destarte, um país que não valorize o trabalho e a livre iniciativa e que prioriza a arrecadação tributária, não pode progredir, pois fica preso às suas próprias amarras e não avança com o desenvolvimento nacional. Numa analogia, seria o cachorro que corre atrás do próprio rabo.

Foi nesse espectro de pensamento que o legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental a valorização do trabalho e da livre iniciativa, em detrimento da arrecadação tributária.

Assim, se o julgador nega a recepção da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes contra a ordem tributária, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, nega a própria República Federativa do Brasil, por não respeitar os seus fundamentos, quais sejam, valorização do trabalho e da livre iniciativa.

Ainda, consta em nossa Carta Magna, em seu artigo 193 que: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Seria o interesse do Estado, então, receber os tributos e desempregar trabalhadores? Pretenderia o Estado violar o dispositivo constitucional da Ordem Social e valer-se do direito penal para receber tributos de empresários que optaram, devido à crise que passaram suas empresas, manter o emprego de seus funcionários em detrimento da arrecadação tributária?

Acredita-se que não. Daí o papel fulcral que tem os julgadores para salvaguardar os direitos constitucionais e rechaçar a insegurança jurídica que porventura possa se configurar.

Ainda, tem-se que o artigo 170, da Constituição Federal trata dos princípios gerais da ordem econômica e financeira, ao afirmar verbis:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VIII – busca do pleno emprego.

Ou seja, consoante os artigos constitucionais supracitados, percebe-se que a Constituição Federal visa, tanto na ordem social, quanto na ordem econômica, a valorizar o trabalho.

Destarte, tem-se que a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes contra a ordem tributária como causa supralegal de exclusão da culpabilidade encontra fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil.

## CONCLUSÃO

O conceito analítico de crime é toda conduta típica, antijurídica e culpável. A tipicidade é um juízo de adequação do fato à norma. A antijuridicidade é um juízo de desvalor que qualifica o fato como contrário ao direito. E a culpabilidade é juízo de reprovação pessoal feito ao autor de um fato típico e antijurídico, porque podendo se comportar conforme o direito optou livremente por se comportar contrário ao direito.

Como pode se perceber, a culpabilidade é o único juízo de valor, dentro da teoria do delito, que trata sobre o autor do fato punível, tendo em vista que a tipicidade e a antijuridicidade versam sobre o fato.

Deveu-se a Frank a concepção inicial da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, posteriormente, desenvolvida por Goldschmidt e Freudenthal. Com FRANK a culpabilidade passou a não mais se esgotar no nexó psíquico entre o autor e o resultado, mas recebe, pela primeira vez, o qualificativo de reprovabilidade.

Coube a Freudenthal, a partir da análise de casos no Tribunal Constitucional Alemão, desenvolver dogmaticamente o instituto da inexigibilidade de conduta diversa, configurada como uma causa excludente de culpabilidade.

No Brasil, tem-se as hipóteses legais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa (obediência hierárquica e coação moral irresistível) e, também, os casos supralegais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, como, por exemplo, sua aplicação nos crimes tributários.

O empresário ao atuar em inexigibilidade de conduta diversa pratica um fato típico e antijurídico, mas não, enfatize-se, culpável. Portanto, pode-se até afirmar que o agente está inadimplente com o fisco, mas não se pode afirmar que praticou um crime, tendo em vista que sua conduta não é culpável.

É ainda importante destacar que a inexigibilidade de conduta diversa, nos crimes contra a ordem tributária, encontra guarida constitucional e está regulada no artigo 1º, da Constituição Federal, que trata dos pilares da República Federativa do Brasil, isto é, seus princípios fundamentais.

Assim, o empresário ao valorizar o trabalho e a livre iniciativa em detrimento da arrecadação tributária, pois lhe era inexigível agir de modo diverso, devido à sua situação falimentar ou pré-falimentar, cumpre preceitos fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2005

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008

BRITO, Alexis Augusto Couto de. Culpabilidade. Evolução e Análise Crítica Atual. In: BRITO, Alexis Augusto C. de; VANZOLINI, Maria Patricia. **Direito penal**: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A tipicidade no direito penal: uma abordagem sobre os seus diversos aspectos e sua importância a nível constitucional. In: SILVA, Ivan Luiz; CARDOZO, Teodomiro Noronha; FÖPPEL, Gamil. **Ciências criminais no século XXI: estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Universitária UFPE, 2007

FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003,

<sup>1</sup> FULLER, Paulo Henrique Aranda. Dos crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137, de 27-12-1990). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Legislação penal parte especial**. Vol.2. São Paulo: Saraiva, 2010

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general, libro de estudios. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1955

MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**. Valencia: Tirant ló Blanch, 2000,

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Et. Al. **Direito penal brasileiro**: parte geral, princípios, fundamentais e sistema. São Paulo: RT, 2011

<sup>1</sup> PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: RT, 2000

SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: RT, 2001

SILVA, Germano Marques da. **Direito penal tributário**. Lisboa: Universidade Católica, 2009

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: RT, 2003

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: RT, 2006

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VELOSO, Roberto Carvalho. **Crimes tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2011

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997