

O FAVORECIMENTO PESSOAL ENTRE FAMILIARES (ART. 348, §2º, CP) COMO CAUSA DE INculpABILIDADE

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (Espanha). Professora Adjunta de Direito Penal na UEM.

Resumo: O artigo 348, §2º, do Código Penal, isenta de pena o sujeito ativo do favorecimento pessoal quanto este for ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do autor do crime. Questiona-se a natureza jurídica desse preceito, majoritariamente havido pela doutrina nacional como uma causa pessoal de exclusão de pena ou excusa absolutória. Estabelecidas as principais notas de distinção entre as condições de punibilidade e as categorias integrantes do conceito analítico de delito, sustenta-se que o favorecimento pessoal entre familiares constitui uma autêntica causa de inculpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Esse entendimento, ademais de situar adequadamente a referida cláusula, lastreada no princípio da inexigibilidade, no âmbito da categoria da culpabilidade - e não da punibilidade -, traz importantes consequências dogmáticas, especialmente no que concerne ao tratamento do erro, já que este, quando incidente sobre os pressupostos objetivos da causa de inculpabilidade em apreço, adquire indiscutível relevância penal, seja vencível ou invencível.

Resumen: El artículo 348, §2º, del Código Penal, exime de la pena al sujeto activo del

delito de encubrimiento cuando el encubridor sea ascendente, descendente, cónyuge o hermano del autor del delito. Se pone en tela de juicio la naturaleza jurídica del precepto, clasificado por la doctrina nacional como una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria. Tras establecer los principales rasgos de distinción entre las condiciones de punibilidad y las categorías del concepto analítico del delito, se sostiene que el encubrimiento personal entre parientes constituye una auténtica causa de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta. Dicha concepción acerca del encubrimiento personal entre parientes no sólo ubica de modo adecuado el mencionado precepto, que se basa en el principio de la no exigibilidad, en el ámbito de la culpabilidad - y no de la punibilidad -, sino que trae importantes consecuencias del punto de vista dogmático, especialmente en lo que concierne al tratamiento del error. El error, invencible o no, sobre los presupuestos fácticos del encubrimiento entre parientes es relevante, aunque no exista una regulación explícita del mismo en el Código Penal brasileño.

Palavras-chave: Favorecimento pessoal entre familiares – Exclusão de culpabilidade – Causas de inexigibilidade de conduta diversa – Erro sobre as causas de inculpabilidade.

Palabras-clave: Encubrimiento entre parientes – Exclusión de la culpabilidad – Causas de inculpabilidad – Error sobre los presupuestos fácticos de las causas de inculpabilidad.

SUMÁRIO: 1 Considerações introdutórias: as condições de punibilidade e as categorias do delito. 2 O favorecimento pessoal entre familiares como escusa absolutória. 3 Escusas absolutórias e causas de inculpabilidade: traços distintivos. 4 O artigo 348, §2º, do Código Penal, como autêntica causa de exclusão de culpabilidade. 5 Conclusões principais.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: AS CONDIÇÕES DE PUNIBILIDADE E AS CATEGORIAS DO DELITO

A fim de proceder à necessária distinção entre as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo e as causas de justificação e de exculpação faz-se necessário, em primeiro lugar, conceituar estes últimos elementos e, em um segundo momento, estabelecer os critérios que permitam identificar as condições de punibilidade.

Pode-se dizer – de um modo muito genérico, apenas com o escopo de distinguir os institutos em apreço – que os tipos das causas de justificação são deduzidos de normas permissivas, que autorizam o sujeito a realizar uma conduta típica. Os tipos das causas de justificação estarão constituídos por todas aquelas circunstâncias que fundamentam a justificação da realização de uma conduta típica. Nas hipóteses de causas de justificação, o ordenamento jurídico valora positivamente a vontade de realização orientada ao resultado valioso, no caso, o resultado valioso alcançado pelo sujeito. Para isso é preciso que se verifiquem não só os elementos objetivos da causa de justificação, mas também que o sujeito os conheça¹. É indispensável, portanto, que o sujeito atue com a vontade de alcançar o estrito fim da causa de justificação – consubstanciado no resultado positivamente valorado -, conhecendo, assim, a situação objetiva de justificação.

¹ Vide, por todos, CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. P.G. 6. ed. Madrid: Tecnos 1998, t. II, p 196 e ss. (*Idem*, *Derecho Penal*, P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores /RT, 2007, p.598).

Quando se realiza uma ação em circunstâncias de justificação, com essa ação se perfaz, ao mesmo tempo, um tipo de injusto e o tipo da causa de justificação. Os tipos de injusto descrevem os elementos que fundamentam o injusto específico de uma determinada figura delitiva, e estão constituídos pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado². Todavia, os tipos das causas de justificação produzem a exclusão ou neutralização do injusto. De fato, a concorrência de uma causa de justificação pressupõe a valoração positiva de um determinado comportamento típico: a ação típica do caso concreto, dadas as circunstâncias em que se realiza, foi instrumento para a produção de um resultado positivo (valor do resultado). O valor da ação e o valor do resultado da causa de justificação neutralizam concretamente o desvalor geral da ação e do resultado da conduta típica. Com a neutralização do desvalor da ação e do desvalor do resultado típicos, as causas de justificação provocam a exclusão do injusto³. Em razão da conformidade da conduta lícita com o ordenamento jurídico, não será possível aplicar-lhes nenhuma sanção, a saber, não poderá ser imposta a ela qualquer consequência jurídica de nenhum setor do ordenamento, e tampouco será admissível invocar a legítima defesa frente a conduta justificada.

Enquanto o juízo de antijuridicidade expressa a relação de contradição entre um fato e o ordenamento jurídico, e seu objeto é o fato objetivo realizado – a ação ou omissão –, isso é, desvalora-se objetivamente um comportamento, independentemente das características individuais e pessoais do sujeito que o realiza, o juízo de culpabilidade, por sua vez, é um juízo individualizador, que leva em consideração as características e peculiaridades individuais e pessoais do sujeito concreto que realiza a conduta típica e antijurídica.

É comum a afirmação de que as condições objetivas de punibilidade e as excusas absolutórias atuam como *elementos restritivos do campo do injusto punível*, embora não se esclareça com precisão o que isso quer dizer. Por vezes surge a dúvida se com isso o que pretende assinalar é que existem certos casos nos quais se deixa de aplicar uma pena por razões alheias aos fins perseguidos pela sanção penal. Com isso se prejudicaria, porém, o fundamento dessas circunstâncias⁴. Portanto, destaca-se que o sentido dessa terminologia parece residir nos próprios fins reservados à pena, isto é, o sentido

² Vide WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p.75.

³ Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006, p.290 e ss., especialmente nota 574.

⁴ Cf. GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p.34.

da restrição imposta pelas condições de punibilidade deveria ser buscado na própria justificação da pena. A restrição deve, em todo caso, mostrar-se “compatível com os fins da pena estatal”⁵.

O certo é que a doutrina reconhece sem maiores dificuldades a existência de certas circunstâncias que não integrariam, em um primeiro momento, o âmbito do injusto culpável. Tais circunstâncias – que de um modo genérico constituem condições de punibilidade, negativas (escusas absolutórias) ou positivas (condições objetivas de punibilidade) – seriam, assim, alheias ao injusto culpável”⁶, de modo que sua presença ou ausência não teriam qualquer repercussão sobre a configuração delitiva.

⁵ SCHMIDHÄUSER, E. Objektive Strafbarkeitsbedingungen. *ZStW*, p.545-564, 1959, p.561. Destaca García Pérez, nesse sentido, que “na realidade, com essa expressão somente se pretende descrever uma situação: mesmo quando, regra geral, o âmbito do injusto culpável e do punível coincidem, há casos nos quais aparecem certas circunstâncias que restringem o injusto culpável punível” (op.cit., p.34).

⁶ O que de verdade caracteriza as genuínas condições objetivas de punibilidade é o fato de serem “alheias ao injusto” (vide MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Edersa, 1989, p.85). Na doutrina espanhola, reconhecem que as condições objetivas de punibilidade são alheias ao injusto culpável, por exemplo, CEREZO MIR, José, op.cit., t.II, p.20 e ss., 96, 128, nota 30, e 132, e t.III, p.275-276 (Idem. *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.377 e ss., 476, 515, nota 30, 521 e 1.155-1.156); MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, p.11, 13 e 132; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Acto, resultado y proporcionalidad Aportación a la Reforma del Código Penal español). In: *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p.501, nota 64; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; ARROYO ZAPATERO; GARCÍA RIVAS; FERRÉ OLIVÉ; SERRANO PIEDECASAS. *Lecciones de Derecho Penal*. P.G. 2 ed. Madrid: La Ley, 1999, p.267. Nesse sentido, na doutrina italiana, vide DELITALA, Giacomo. *Il 'fatto' nella teoria generale del reato*. Padova: Cedam, 1930, p.73 e ss.; BELLINI, Federico. *Le condizioni obiettive di punibilità*. Torino: G. Giappichelli, 1988, p.11 e ss., 17, e 25 e ss.; BRICOLA, Franco. Punibilità (condizioni obiettive di). In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1976. v. XIV, p.590; D'ASCOLA, V. N. Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità”. *RIDPP*, 1993, n. 2, p.665 e 678 e ss. Na doutrina alemã, costuma-se destacar que as condições objetivas de punibilidade são acontecimentos completamente alheios ao injusto, daí ser absolutamente desnecessário que sejam abarcadas pelo dolo ou imputáveis a título de culpa – assim, por exemplo, RADBRUCH, Gustav. Resenha de “Tat und Schuld”, de Hermann Kantorowicz, *SchwZStr*, 1937. t. 51, p.254 e ss.; RITTLER, Teodor. Strafbarkeitsbedingungen. In: *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70 Geburtstag*, Band II, Tübingen: Scientia VerlagAalen, 1969, p.2 e ss.; SCHMIDHÄUSER, E. Objektive Strafbarkeitsbedingungen, p.548 e ss., e 562, entre outros. Na doutrina nacional, consideram que as condições objetivas de punibilidade são elementos alheios ao dolo, por exemplo, HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, t. II, p.28; SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. P.G. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950, p.534; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. P.G. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. I, p.723 (Idem. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. *RT*, 2000, v.776, p.447 e ss.); MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Direito Penal*. P.G. 7. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2, p.714-715 (embora saliente, confundindo as condições objetivas de punibilidade com os elementos objetivos do tipo, que “o dolo ou a negligência podem, mas não precisam necessariamente alcançar a condição” – p.1.222); CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. P.G. Rio de Janeiro:

Segundo Cerezo Mir as condições objetivas de punibilidade – e as condições objetivas de maior punibilidade – não têm relação com o injusto específico de uma conduta delitiva – não pertencem, por conseguinte, ao tipo de injusto – e tampouco com a reprovabilidade pessoal pela ação ou omissão típica e antijurídica. Não obstante, o simples rechaço à inserção dessas circunstâncias no âmbito do injusto culpável, por si só, não permite a realização da necessária distinção que deve ser feita entre as condições de punibilidade e os genuínos elementos constitutivos do delito⁷.

Com efeito, a delimitação entre as condições de punibilidade e os elementos do injusto não está isenta de dificuldades. Questiona-se, inclusive, se de fato é possível afirmar a presença de diferenças materiais entre as condições objetivas de punibilidade e os elementos do tipo de injusto. Schmidhäuser, por exemplo, sustenta que as condições objetivas de punibilidade apresentam uma conexão imediata com o fato ilícito, que se verifica quando “a circunstância em apreço pertence à situação de fato ou deveria ser qualificada como resultado se a culpabilidade se referisse a ela”⁸. Se isso é assim, “do ponto de vista do objeto, não parece haver diferença alguma a respeito dos elementos do tipo de injusto, pois eles também pertencem à hipótese fática e abarcam resultados, como o próprio autor reconhece”⁹. Por conseguinte, se as condições objetivas integram a hipótese fática, o lógico é tratá-las da mesma forma que os elementos do tipo de injusto, também pertencentes à hipótese fática, exceto no tocante à exigência de que sejam abarcadas pelo dolo ou pela culpa¹⁰. Mezger também reconhece que as condições objetivas de punibilidade estão vinculadas ao tipo de injusto como seus anexos¹¹, mas não as inclui entre as circunstâncias de fato propriamente ditas¹². Cumpre, porém, indagar: qual o conteúdo do anexo

Lumen Juris/ICPC, 2006, p.344; SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: RT, 2003, p.122.

⁷ Cf. GARCÍA PÉREZ, Octavio, op.cit., p.34.

⁸ SCHMIDHÄUSER, E., op.cit., p.558.

⁹ GARCÍA PÉREZ, Octavio, op.cit., p.35.

¹⁰ Cf. SCHMIDHÄUSER, E., op.cit., p.553 e ss.

¹¹ Vide MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*.

P.G. Libro de estudio. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: DIN, 1989, p.144.

¹² Referindo-se às condições objetivas de punibilidade, Mezger observa que são “uma espécie de ‘anexos’ do tipo e, por isso, não pertencem às ‘circunstâncias de fato’ propriamente ditas, que devem estar compreendidas pelo dolo de conformidade com o § 59” (MEZGER, Edmund, op.cit., p.241). Em sentido similar, observa Wessels que “as condições objetivas de punibilidade se encontram fora do tipo de injusto; pertencem (como anexos do tipo) aos pressupostos materiais de punibilidade, aos quais não é necessário que se estenda o dolo de tipo” (*Derecho Penal*, PG Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1980, p.49, grifos do autor). Na doutrina nacional, perfilham semelhante ponto de vista, por exemplo, FORTES BARBOSA, Marcelo. Condições objetivas de punibilidade, *Revista Justitia*, 1974, v.85, p.139 (Idem, Condições objetivas de punibilidade. In:

criado por um setor da doutrina para o tipo penal? Um conjunto de elementos alheios ao dolo e, ainda assim, fundamentadores do injusto culpável?

O papel conferido por Stratenwerth às condições objetivas de punibilidade também demonstra a estreita conexão que existe entre elas e o injusto culpável¹³. Inclusive, pode-se concluir – como o fazem Arthur Kaufmann¹⁴ e García Pérez¹⁵ – que o fato de conferir-lhes a função de manifestar uma “perturbação mais séria da ordem juridicamente protegida” ou “uma maior magnitude da infração ao ordenamento jurídico” só vem a corroborar que repercutiriam, segundo o critério proposto por Stratenwerth, sobre a magnitude do injusto¹⁶.

Maurach, por um lado, vislumbra nas causas de supressão da pena uma proximidade com relação às causas de exclusão da culpabilidade, pois embora aquelas “não tenham a virtude de debilitar o juízo de reprovação que afeta o autor no momento do fato, estão caracterizadas por uma louvável conduta posterior do autor, que elimina a necessidade de pena”¹⁷. Por outro lado, as causas materiais

D'URSO, Luiz Flávio Borges (Coord.). *Direito Criminal contemporâneo: estudos em homenagem ao ministro Francisco de Assis Toledo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p.218), e TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.246 e 247.

¹³ Cf. STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*. P.G. I. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, § 7, n.29 e ss., p.137 e ss.

¹⁴ Vide KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. 2 ed. Heidelberg: Carl Winter, 1976, p.250.

¹⁵ Vide GARCÍA PÉREZ, Octavio, op.cit., p.35.

¹⁶ Cf. STRATENWERTH, Günther, op.cit., § 7, p.137 e ss. Na doutrina italiana, vislumbra a existência de uma conexão entre as condições objetivas de punibilidade e a magnitude do injusto, por exemplo, DURIGATO, Laura. Osservazioni sull'art.44 del Codice penale. *L'Indice Penale*, 1980, p.419-420 (Idem. Ancora un interrogativo sulle condizioni obiettive di punibilità. *L'Indice Penale*, 1989, p.734 e ss.), e VENEZIANI, Paolo. *Spunti per una teoria del reato condizionato*. Padova: Cedam, 1992, p.106-109, enquanto DI LORENZO, A. Le condizioni di punibilità nella sistematica del reato. *RIDP*, p.414-476, 1955, p.421, por exemplo, chega a afirmar taxativamente que “antijuridicidade e punibilidade são a mesma coisa”. Na doutrina nacional, também se pronunciava nesse sentido STEVENSON, Oscar. *Da exclusão de crime*. São Paulo: Saraiva, 1941, p.73. Na atualidade, assim se manifesta SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo, op.cit., p.168-169, já que afirma que o comportamento pós-delitivo positivo seria uma forma de compensação do desvalor da ação e do desvalor do resultado. De fato, afirma que “no que concerne às causas de extinção ou de liberação de punibilidade, importa a voluntariedade como atuação positiva na qual o agente, respeitando os limites temporais estabelecidos pela norma, venha por meio deste comportamento atenuar o des-valor da ação e do resultado” (op.cit., p.51, grifou-se). Nos delitos econômicos, segue, “esta ‘retificação’ voluntária atenua apenas o campo do desvalor da ação, deixando intacto o desvalor do resultado, permanecendo razões de prevenção geral à aplicação da pena. Por este raciocínio, pode-se deduzir a relevância desempenhada pela reparação do prejuízo patrimonial causado, compensadora do desvalor do resultado e pressuposto efetivo da causa extintiva da punibilidade” (op.cit., p.53, grifou-se). Em determinados momentos, porém, ressalta expressamente que o comportamento pós-delitivo deixa “intacto o campo do injusto e da culpabilidade” (op.cit., p.93 e 27). Ora, se o comportamento pós-delitivo “atenua” ou “compensa” o desvalor da ação ou do resultado, isso significa que repercute sobre a medida do injusto, o que demonstra a contradição da postura analisada.

¹⁷ MAURACH, R.; ZIPF, H. *Derecho Penal*. P.G. Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible. Trad. Jorge Bofia Gonzalez e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. t. I, § 35, V, p.594.

de exclusão da pena teriam um “certo parentesco” com as causas de justificação, posto que, segundo Maurach, ambas “fazem decair a justificação material da pena”, e, a exemplo destas últimas, “seu efeito é *ad rem* e não só *ad personam*, com a consequência de que também podem ser invocadas pelos partícipes”¹⁸. Na Espanha, Bacigalupo também enfatiza a dificuldade de proceder à distinção entre as causas de justificação e as escusas absolutórias objetivas¹⁹. Todavia, pode-se dizer a esse respeito que a mencionada dificuldade é, em grande parte, produto da aceitação da presença de escusas absolutórias de caráter objetivo. Se negada a existência dessa categoria, chega-se à conclusão de que muitas das hipóteses classificadas pela doutrina como escusas absolutórias objetivas são, na verdade, autênticas causas de justificação.

2 O FAVORECIMENTO PESSOAL ENTRE FAMILIARES COMO ESCUSA ABSOLUTÓRIA

O favorecimento pessoal entre familiares, insculpido no artigo 348, §2º, do Código Penal, é uma circunstância comumente relacionada, pela doutrina dominante, à punibilidade. Segundo o mencionado dispositivo, “se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena”²⁰.

Na Alemanha, o parágrafo 258 VI StGB alberga uma eximente de pena para os responsáveis por condutas de favorecimento pessoal orientadas à subtração de parentes da aplicação da sanção penal. A natureza jurídica dessa eximente também é controvertida, pois enquanto um setor da doutrina argumenta que seria uma causa de exclusão de pena²¹, outro a considera uma genuína causa de exculpação²².

¹⁸ MAURACH, R.; ZIPF, H., op.cit., t.I, § 35, V, p.595.

¹⁹ Vide BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. Madrid: Civitas, 1983, p.79 e ss. (Idem. *Principios de Derecho Penal*. 4 ed. Madrid: Akal, 1997, p.280). Na doutrina espanhola, García-Puente Llamas sustenta a completa identificação das escusas absolutórias com as causas de justificação, com base no princípio geral do interesse preponderante (vide GARCÍA-PUENTE LLAMAS, J. Nuestra concepción de las excusas absolutorias. *ADPCP*, 1981, p.84 e ss.).

²⁰ O artigo 348, *caput*, sanciona o favorecimento pessoal, consistente em “auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão”.

²¹ Vide STREE, W. In: SCHÖNKE, A.; SCHRÖDER, H. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 25. Aufl. München: C. H. Beck, 1997, § 258, Rdn. 39; LENCKNER, In: SCHÖNKE, A.; SCHRÖDER, H., op.cit., §§ 32 e ss., Rdn. 129; SAMSON, E. In: RUDOLPHI; HORN; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t.II, 4ª ed. Neuwied-Kriftel: Alfred Metzner, 1991, § 258, Rdn. 50; WOLTER, J. Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad. In: *Cuestiones actuales de la teoría del delito* Trad. José Manuel Paredes Castañón. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p.9 (que sustenta tratar-se de uma causa de exclusão da punibilidade de caráter pessoal que acarreta uma redução da culpabilidade).

²² Assim, por exemplo, JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, Parte General. Fundamentos y teoría de

Foi Silvela, na Espanha, o primeiro teórico a defender a tese de que a eximente em apreço seria uma escusa absolutória²³. Rodríguez Muñoz, em uma apreciação crítica das hipóteses reunidas sob a denominação de escusas absolutórias por Silvela, concluiu, porém, que a hipótese prevista no anterior artigo 18 do Código Penal espanhol de 1973 era uma autêntica causa de exclusão da culpabilidade e, mais especificamente, um reconhecimento expresso do princípio da inexigibilidade^{24,25}.

A doutrina posterior, embora mantenha em parte o entendimento propugnado por Silvela²⁶ no sentido de que o favorecimento entre familiares

la imputación. 2 ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p.415, 1.020 1.021, nota 192, e 1.070; JESCHECK, Hans-Heinrich ; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. PG Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5 ed. Granada: Comares, 2002, § 42, II, 1, p.506-507, e § 52, II, 2, p.595; STRATENWERTH, Günther, op.cit., PG I, § 10, n. 117, p.322; HIRSCH, H. J. In: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar Großkommentar*. 11 ed. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994, § 32, Rdn. 198; RUDOLPHI, In: RUDOLPHI ; HORN ; SAMSON, op.cit., t.II, § 19, Rdn. 10, entre outros. Defendendo que é uma causa de exclusão da responsabilidade pelo fato, MAURACH ; ZIPF, op.cit., PG, t.I, § 33, II, n. 11, p.555, enquanto Roxin considera que é uma causa de exclusão da responsabilidade (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, PG t. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 22, p.957-958).

²³ Cf. SILVELA, Luis. *El Derecho Penal estudiado en principios en la legislación vigente en España*. T.II. Madrid: Imprenta de M. G. Hernández, 1879, p.250.

²⁴ Cf. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. Notas à tradução do *Tratado de Derecho Penal* de Mezger, t.I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935, p.161.

²⁵ Vislumbram no favorecimento pessoal entre parentes uma causa de inculpaabilidade, entre outros, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. t. VI. Buenos Aires: Losada, 1962, p.1.012 e ss.; SÁINZ CANTERO, J. A. *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal*. Granada: Universidad de Granada, 1964, p.127 e ss. [Idem, *Lecciones de Derecho Penal*, PG, III. 3 ed. Barcelona: Bosch, 1990, p.121-122; Las causas de inculpaabilidad en el Código Penal español (El principio de no exigibilidad). *RGLJ*, 1963, n. 214, p.62 e ss.]; NAVARRETE URIETA, J. M. El encubrimiento entre parientes. *ADPCP*, 1960, p.237; RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español*, PG 18 ed. Madrid: Dykinson, 1995, p.654; CERESO MIR, José, op.cit., t.III, p.45 e 145 (Idem, *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.886 e 1.002); COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal*, PG, 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.702; HIGUERAGUIMERÁ, Juan Felipe. *Las excusas absolutorias*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p.23 e ss.; GARCÍA PÉREZ, Octavio, op.cit., p.107 e ss. Por outro lado, consideram a eximente em questão uma causa de justificação MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. PG. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p.590, nota 16; GARCÍA-PUENTE LLAMAS, J., op.cit., p.85 e ss.; enquanto se manifesta pela existência de uma hipótese de exclusão da responsabilidade pelo fato, por exemplo, BACIGALUPO, Enrique, *Principios...*, p.165.

²⁶ Nesse sentido, por exemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Curso de Derecho Penal*, t. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, p.407; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Encubrimiento y receptación*. Barcelona: Bosch, 1955, p.317 e ss.; DEL ROSAL, Juan. Acerca del encubrimiento. *ADPCP*, 1949, p.524; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción a la P.G del Derecho Penal español*. Madrid: Universidad Complutense, 1979, p.36; QUINTERO OLIVARES, In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Francisco. *Comentarios al nuevo Código Penal*. 3 ed. Ci-zur Menor: Aranzadi, 2004, p.2.199 (Idem, *Manual de Derecho Penal*. Elcano: Aranzadi, 2002, p.450); BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *El parentesco en el Derecho Penal*. Barcelona: Bosch,

configura uma *excusa absolutória*, sustenta que seu fundamento último radica no *princípio de inexigibilidade de outra conduta*²⁷.

Nesse sentido, Bajo Fernández - analisando de forma percuciente o favorecimento entre familiares sob a égide do Código Penal espanhol de 1973 - argumenta, por um lado, que a vinculação da cláusula em exame ao princípio da inexigibilidade não significa sua equiparação às autênticas cláusulas de exclusão da culpabilidade, posto que enquanto esta última categoria se fundamenta em um juízo individualizado – o poder agir de outro modo, ou a capacidade individual de motivação pela norma, conforme a concepção adotada acerca de seu fundamento²⁸ -, a redação objetiva dada pela lei à referida eximente constitui um obstáculo decisivo à realização daquele juízo²⁹.

Desde o seu surgimento, o princípio da inexigibilidade de conduta diversa figura como fundamento material do juízo de reprovação, posto que o sujeito adota resolução de vontade contrária ao comando normativo, quando podia ter agido de outro modo. Notadamente a partir dos estudos de Henkel³⁰, acentua-

1973, p.217; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal*. PE. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1991, p.420 e ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal*, v.II, Madrid: Trotta, 1999, p.236-237, e 239; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, In: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo ; CÓRDOBA RODA, Juan. *Comentarios al Código Penal*, t. I. Barcelona: Ariel, 1972, p.943 e ss.; FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p.56-57 e 186 e ss.; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa. In: ZULGADÍA ESPINAR, J. M. (Dir.); PÉREZ ALONSO, E. J. (Coord.). *Derecho Penal*, PG. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p.869 (Idem, *El error sobre la punibilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.43); MUÑOZCONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*, PG, 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p.408; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *El encubrimiento como delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p.143 e ss.; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. *El delito de encubrimiento*. Barcelona: Atelier, 2001, p.139-140; CADENAS CORTINA, C. El encubrimiento en el nuevo Código Penal. In: *Delitos contra la Administración de Justicia*. CDJ. Madrid: CGPJ, 1997, p.121; PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Madrid: Colex, 1997, p.581; CALDERÓN CEREZO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Código Penal comentado*. Barcelona: Ediciones Deusto, 2004, p.967.

²⁷ Vide *infra*, nota 56.

²⁸ Sobre a matéria, vide, na doutrina nacional, as recentes e profundas análises feitas por PRADO, Luiz Regis, op.cit., PG, v.I, p.424 e ss.; REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*. PG V. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.179 e ss. (Idem, *Teoria do delito*. São Paulo: RT, 1998, p.149 e ss.); MAYRINK DA COSTA, Álvaro, op.cit., p.1.186 e ss.; CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op.cit., p.322; BATISTA, Nilo. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. *Ciências Penais, Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v.1, 2004, p.113 e ss.; BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Ciências Penais, Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v.1, 2004, p. 178 e ss., SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. A culpabilidade comorequisito do crime. *Ciências Penais, Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v.5, 2006, p.231 e ss., entre outros.

²⁹ Cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.212.

³⁰ Vide HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo/Buenos Aires: B de F/Julio Cesar Faira, 2005, p.62 e ss., especialmente p.73, quem acentua que o significado metodológico do conceito de exigibilidade é o

se o caráter geral e supralegal do referido princípio como causa de exclusão da culpabilidade. Modernamente, no entanto, rejeita-se a equiparação das causas de exculpação às causas supralegais de justificação, sobretudo em razão do caráter específico da culpabilidade jurídico-penal. Daí, portanto, rejeitar-se a admissibilidade de causas de inexigibilidade de outra conduta de cunho supralegal³¹.

Acerca da vinculação do favorecimento entre familiares ao princípio da inexigibilidade cumpre destacar, demais disso, que o setor doutrinário contrário à inserção da eximente em apreço entre as causas de exculpação argumenta – fundamentalmente – que o mencionado princípio não seria algo privativo da culpabilidade jurídico penal³². Com lastro na tese desenvolvida por Henkel, concluem que o princípio da não exigibilidade não poderia ter seu âmbito de atuação circunscrito à culpabilidade, visto que também atuaria, por exemplo, na elaboração dos tipos penais³³, na aplicação concreta da lei penal – como critério de interpretação de cláusulas genéricas³⁴ – e, inclusive, na exclusão do injusto, na hipótese de atuação em legítima defesa após a provocação da agressão³⁵. No que diz respeito à culpabilidade, especificamente, o princípio da inexigibilidade fixaria o âmbito e os limites do juízo de reprovação pessoal³⁶.

Em determinadas circunstâncias, portanto, não poderia o autor atuar segundo os comandos normativos, de modo que a exigibilidade de outra conduta – elemento volitivo da culpabilidade – seria afastada. Tais

mesmo, tanto no Direito como dentro do ordenamento jurídico em geral. Corroboram a tese de Henkel, na doutrina espanhola, SÁINZ CANTERO, op.cit., III, p.103-104; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. In: CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, op.cit., t.I, p.944-945; CÓRDOBA RODA, Juan. In: CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, op.cit., t.I, p.246, 267-268, 279 e 306; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás, op.cit., p.689-690; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*, PG, 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p.408; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*, PE, 14 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p.922-923; MIR PUIG, Santiago, op.cit., p.589; FARALDO CABANA, Patricia, op.cit., p.57 e 188 e ss.

³¹ Nesse sentido, vide as considerações expendidas por JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op.cit., § 47, II, p.541 e ss.; ROXIN, Claus, op.cit., n.138 141, p.959-961; CEREZO MIR, José, op.cit., t.II, p.137 e ss. (Idem, *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.994 e ss.); PRADO, Luiz Regis, op.cit., PG, v.I, p.440; MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.140-142.

³² Cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.208.

³³ Para RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, op.cit., PG, p.642, por exemplo, “a exigibilidade de uma conduta distinta é um *princípio regulativo*, informador, das leis penais”, inserindo-se a inexigibilidade em determinados delitos “para circunscrever, como elemento negativo, o tipo de injusto” (RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, op.cit., PG, p.644).

³⁴ Cf. HENKEL, Heinrich, op.cit., p.65 ss.

³⁵ Cf. HENKEL, Heinrich, op.cit., p.78 ss.

³⁶ Cf. HENKEL, Heinrich, op.cit., p.46 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.209-210.

circunstâncias estão consubstanciadas, por uma parte – e à luz do ordenamento jurídico-penal pátrio - nas hipóteses de obediência hierárquica e de coação moral irresistível (art.22, CP).

Para Bajo Fernández, esse primeiro grupo de casos “se caracteriza pela possibilidade de examinar o poder que o autor tem, na situação concreta, de ajustar sua conduta à norma”³⁷. Por outro lado, na hipótese específica do favorecimento pessoal entre parentes (previsto no art.454 do CP espanhol de 1995 e no artigo 348, §2º, do CP brasileiro), aduz, “não é possível tal exame individualizado”.³⁸ Enquanto para a aplicação das hipóteses mencionadas em primeiro lugar são necessários, ademais dos requisitos objetivos estipulados pela lei, também a comprovação do poder agir de outro modo para sua configuração concreta, no favorecimento pessoal entre familiares, porém, é suficiente a aferição do parentesco ou do vínculo matrimonial, não se exigindo a determinação do poder que o autor tinha, na situação concreta em que se encontrava, de atuar conforme a diretriz normativa. Logo, conclui Bajo Fernández, se “as causas de inculpabilidade operam como consequência de um juízo individualizado das possibilidades do autor nas suas anormais circunstâncias, deve-se rechaçar, do ponto de vista puramente dogmático, a inclusão de uma causa de isenção onde não é possível tal juízo individualizador”³⁹. Em síntese: no caráter objetivo do preceito residiria o obstáculo decisivo à sua admissibilidade como causa de exclusão da culpabilidade, mesmo em se reconhecendo – como fazem alguns⁴⁰ – que o referido dispositivo tem como inspiração o princípio da inexigibilidade.

Corroborando essa assertiva, Faraldo Cabana assinala que algumas causas pessoais de exclusão de pena (v.g. arts.424, 470.3, e o próprio art.454, do Código Penal espanhol) também poderiam encontrar seu fundamento no princípio da inexigibilidade, que, conforme já destacado, afetaria todas as categorias integrantes do conceito analítico de delito, atuando como um princípio jurídico regulador de amplo alcance. Ou seja, seria perfeitamente plausível atribuir à cláusula prevista no §2º do artigo 348 do Código Penal a natureza jurídica de causa pessoal de exclusão de pena e, ao mesmo tempo, reconhecer que a isenção em tela se baseia no princípio da inexigibilidade de outra conduta⁴¹.

³⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.211.

³⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.211-212.

³⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.212.

⁴⁰ Cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.213; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, In: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; CÓRDOBA RODA, Juan, op.cit., t.I, p.943 e ss.; FARALDO CABANA, Patricia, op.cit., p.56-57, entre outros.

⁴¹ Cf. FARALDO CABANA, Patricia, op.cit., p.56-57.

Na hipótese em exame, porém, o referido princípio atuarial de modo objetivo, “dentro das rígidas margens de uma presunção *iuris et de iure*, que veda ao juiz qualquer consideração individualizadora”.⁴² De conseguinte, seria possível a aplicação do preceito inclusive nas hipóteses em que não fosse comprovada a existência de um vínculo afetivo entre favorecedor e favorecido, bastando a existência da relação de parentesco ou matrimonial⁴³.

Com base nos argumentos expostos, a maioria da doutrina brasileira⁴⁴ – e um importante setor da doutrina espanhola⁴⁵ – outorga à cláusula em análise a natureza jurídica de uma autêntica *escusa absolutória*, calcada em considerações político-criminais relacionadas à relevância penal que, na maioria dos casos, assume o conteúdo afetivo das relações entre familiares. Ante um conflito de interesses contrapostos – por um lado, a Administração da Justiça; de outro, a conservação de certos vínculos de valor moral e afetivo –, o ordenamento jurídico opta pela renúncia à aplicação da pena. Em resumo: a isenção de pena pelo favorecimento entre familiares reflete a existência de um inequívoco conflito entre a solidariedade para com o poder público e a aquela inspirada pelos vínculos de parentesco e conjugal, de modo que “a obrigatoriedade de uma atua em detrimento da outra”⁴⁶.

3 ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS E CAUSAS DE INculpABILIDADE: TRAÇOS DISTINTIVOS

Nesse passo, faz-se necessário realizar uma delimitação precisa entre as causas pessoais de exclusão de pena – ou *escusas absolutórias* – e as causas

⁴² RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. In: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; CÓRDOBA RODA, Juan, op.cit., t.I, p.944.

⁴³ Nesse sentido, por exemplo, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op.cit., p.144.

⁴⁴ Nesse sentido, por exemplo, MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*, v.4. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.397-398 (“Trata-se de *escusa pessoal absolutória*. Seu fundamento salta aos olhos: a presença de laços afetivos entre os protagonistas do fato. A lei cuidou de não submeter a um dilema cruel as pessoas aí mencionadas”); BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. PE, v.5. São Paulo: Saraiva, 2007, p.339; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, PG v.I. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.678; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.224 e ss.; NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Pena*. P.G. Parte Especial. 3 ed. São Paulo: RT, 2007, p.1.023; BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena*. (Um estudo sobre a repercussão do tema na Teoria do Delito). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.89-90; entre outros. Para COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, porém, trata-se de “causa de atenuação de pena”.

⁴⁵ Vide *supra*, nota 26.

⁴⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.223. Tem-se, portanto, “uma pugna entre duas formas de solidariedade, a devida para com o poder público e a devida para com o parente. Quando entram

que atuam sobre a própria configuração do delito, excluindo a ilicitude e/ou a culpabilidade. E isso porque o entendimento acima exposto assume como premissa a ausência de qualquer obstáculo de ordem dogmática capaz de impedir que o favorecimento pessoal entre familiares possa fundar-se no princípio da inexigibilidade e, ao mesmo tempo, atuar como causa de exclusão de pena, operando sobre a categoria da punibilidade – e não sobre a culpabilidade.

Para refutar a tese de que o favorecimento pessoal entre familiares constitui uma autêntica causa pessoal de isenção de pena é imprescindível, em um primeiro momento, distinguir as condições de punibilidade das causas que excluem as categorias que compõem o conceito de delito⁴⁷. Em um segundo momento, porém, cumpre elucidar as principais diferenças entre as escusas absolutórias e as causas de exclusão de culpabilidade. Por derradeiro, é preciso deslindar o conteúdo do princípio da inexigibilidade e seu concreto papel na teoria jurídica do delito. Tão-somente quando se atribui ao princípio da inexigibilidade papel fundamentador exclusivo das eximentes que atuam sobre a culpabilidade é possível distinguir o favorecimento pessoal entre parentes das causas pessoais de exclusão de pena e conferir-lhe o adequado tratamento.

Calha advertir, todavia, que a distinção entre as escusas absolutórias (ou causas pessoais de exclusão de pena) com respeito à culpabilidade suscita dúvidas. Wessels, por exemplo, afirma que parte das causas pessoais de exclusão da pena (v.g. a relação de parentesco no favorecimento pessoal) se baseia em “uma situação conflituosa similar ao estado de necessidade”⁴⁸ – no caso, o exculpante -, o que refletiria na medida da culpabilidade. Isso poderia significar que, em algumas ocasiões, entre a culpabilidade e as escusas absolutórias não haveria uma diferença qualitativa, e sim meramente quantitativa⁴⁹.

Entre as causas de exclusão da culpabilidade, talvez seja o favorecimento pessoal a que mais semelhança tenha com as com as escusas absolutórias em sentido estrito (ou causas pessoais de exclusão de pena). Se entendido que tal eximente tem a natureza jurídica de uma escusa absolutória – conforme examinado no item anterior - é compreensível que não se possa vislumbrar

em colisão, uma deve ceder ante a outra, e isso ocorre quando o afeto (presumido) que une o favorecedor e o favorecido determina uma motivação na conduta positivamente valorada do ponto de vista ético” (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.220).

⁴⁷ Vide *supra*, item 1.

⁴⁸ WESSELS, J., op.cit., p.143.

⁴⁹ Cf. GARCÍA PÉREZ, Octavio, op.cit., p.36. Kantorowicz, por exemplo, integra as escusas absolutórias na culpabilidade (*Tat und Schuld*, Zürich/Leipzig: Orell Füssli Verlag, 1933, p.255), enquanto Sauer as inclui tanto na culpabilidade como na antijuridicidade (*Derecho Penal*, PG. Trad. Juan Del Rosal e José Cerezo Mir. Barcelona: Bosch, 1956, p.38 e ss., 41 e ss.).

entre certas causas de inculpaabilidade e as escusas absolutórias diferenças qualitativas e se chegue, inclusive, a supor que estas últimas poderiam atuar na medida da culpabilidade⁵⁰.

Mas quando se defende, com razão, que o favorecimento pessoal entre parentes (art.348, § 2º, CP) é uma expressão clara do princípio de inexigibilidade de conduta diversa, já não se constata no âmbito das escusas absolutórias a existência de situações próprias do juízo de culpabilidade. Exceto, porém, quando se sustenta ser possível que o referido princípio também possa atuar como fundamento das causas de exclusão de pena. Nesse caso, há uma clara – e inadmissível – confusão entre o fundamento de determinadas causas de exclusão de culpabilidade – a coação moral irresistível, a obediência hierárquica e o estado de necessidade exculpante – e as razões político-criminais que inspiram a previsão legal de determinadas isenções de pena.

Não convence a tentativa de distinguir entre as causas pessoais de exclusão de pena (escusas absolutórias) e as causas de inexigibilidade de conduta diversa com lastro em um critério fundado na exterioridade e anormalidade de determinada situação pessoal reconhecida pelo ordenamento jurídico. Defende-se, com base nesse critério, que a presença de uma circunstância de caráter pessoal – a saber, própria do sujeito ativo – durante a execução (e até o momento da consumação material do delito) repercute sobre a configuração da punibilidade, enquanto a constatação de uma “situação limite” e totalmente anormal, exterior ao sujeito ativo, mas por ele interiorizada, permite a configuração de uma causa de inexigibilidade de outra conduta, influenciando sobre o juízo de reprovação pessoal pela realização da conduta típica e ilícita⁵¹. Logo, com apoio nesse critério distintivo, a condição de cônjuge ou parente prevista pela cláusula do artigo 348, §2º, encontraria adequada localização sistemática no âmbito da punibilidade, posto que não se revestiria dos requisitos objetivos necessários – anormalidade e excepcionalidade – capazes de afastar a incidência do juízo de censura pessoal.

Entretanto, é forçoso reconhecer que a condição de cônjuge ou parente, ainda que anterior à realização da conduta delitiva, não pode, por si só, determinar a natureza jurídica da cláusula em exame. Com fulcro no critério distintivo exposto, aliás, é possível chegar a conclusões completamente distintas no que concerne à sua natureza jurídica. Enquanto na hipótese descrita no artigo 181 do Código Penal brasileiro tem-se uma causa pessoal de exclusão de pena (ou escusa absolutória em sentido estrito), na situação prevista pelo artigo 348, §2º, do

⁵⁰ Como propunha, por exemplo, WESSELS, J., op.cit., p.143.

⁵¹ Cf. FARALDO CABANA, Patricia, op.cit., p.187-188.

referido diploma penal, a situação é completamente diferente. Neste último caso, a condição de cônjuge ou parente do favorecido impede claramente que o autor da conduta típica e ilícita seja passível de um juízo de censura ou reprovação pessoal por não ter agido de forma diversa, visto que os estreitos vínculos familiares e afetivos que unem favorecedor e favorecido elidem a capacidade daquele de cumprir o comando normativo. E isso ocorre precisamente em razão de uma situação anômala ou excepcional, exterior ao agente, diversamente do que ocorre nas hipóteses abarcadas pela escusa absolutória do artigo 181 do Código Penal. Portanto, se utilizado o critério acima exposto, tem-se que o favorecimento pessoal entre parentes (art. 348, §2º, CP) caracteriza perfeitamente a hipótese de 'interiorização' pelo agente de uma situação anômala, que determina a ausência do dever de agir diversamente. Já nas situações englobadas pelo artigo 181, do Código Penal, ao contrário, a presença de uma circunstância pessoal determinada – a saber, o vínculo de parentesco ou conjugal – entre sujeito ativo e passivo não influi sobre a possibilidade de agir de outro modo, mas tão-somente exclui a punibilidade da conduta típica, ilícita e culpável.

Incluir a eximente do artigo 348, §2º, do CP, entre as escusas absolutórias e fundamentá-la no princípio da inexigibilidade de outra conduta importa introduzir na categoria da punibilidade – alheia ao conceito de delito – considerações que fundamentam uma categoria a exclusão de uma categoria fundamental do conceito de delito (a saber, a culpabilidade), o que sem dúvida alguma acarreta importantes consequências de ordem dogmática e político-criminal.

4 O ARTIGO 348, §2º, DO CÓDIGO PENAL, COMO AUTÊNTICA CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

O estudo que aqui se realiza reconhece e defende que a cláusula prevista no artigo 348, § 2º, do Código Penal brasileiro representa uma autêntica causa de exclusão da culpabilidade fundada no princípio da inexigibilidade de conduta diversa⁵².

⁵² Assim, por exemplo, YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.88; NAHUM, Marco Antonio R. *Inexigibilidade de conduta diversa*. Causa supralegal excludente de culpabilidade. São Paulo: RT, 2001, p.83, e, recentemente, PRADO, Luiz Regis, op.cit., PG, v.I. 7 ed. São Paulo: RT, 2007, p.725, nota 23. Em sentido oposto manifesta-se a maioria da doutrina nacional, que considera o mencionado preceito uma *escusa absolutória* ou *causa pessoal de isenção de pena*. Assim, por exemplo, HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. v.IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.509; MAGALHÃES NORONHA, Edgard, op.cit., v.IV, p.390; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade, 2ª parte, *RT*, 1997, v.739, p.761 (Idem, *Lições de Direito*

Em objeção a essa tese, adverte-se – conforme já salientado – que a inexigibilidade é um princípio informador de todas as categorias do delito. Nessa perspectiva, assinala-se que esse princípio jurídico geral, de caráter regulativo, tem vigência tanto no Direito Penal como em outros ramos do ordenamento jurídico. Concretamente em seara jurídico-penal, o princípio mencionado informaria não só a culpabilidade, mas também operaria como critério delimitador dos tipos e das causas de justificação⁵³. Conseqüentemente, o conteúdo do princípio de inexigibilidade não poderia servir como fundamento da eximente em questão.

Diversamente, acentua com razão Cerezo Mir que esse entendimento desconhece “o papel da exigibilidade na fundamentação de uma culpabilidade relevante para o Direito Penal”.⁵⁴ No favorecimento pessoal entre familiares, concretamente, há uma considerável diminuição da capacidade de atuar de outro modo em virtude da relação de solidariedade e fidelidade que existe entre os membros de uma família. Nesse sentido, aponta-se que a limitação no círculo de parentes aos quais é aplicável a eximente demonstra a presunção (*iuris et de iure*) da existência de um efeito real na maior parte dos casos, o que acarreta sua inserção na esfera dos elementos objetivos da culpabilidade⁵⁵. Portanto, não assiste razão aos que vislumbram no caráter objetivo da hipótese em apreço um obstáculo à sua inserção entre as causas de inculpabilidade.

Com efeito, os que rechaçam a localização sistemática do favorecimento pessoal entre familiares no âmbito das causas de inculpabilidade se baseiam fundamentalmente no fato de que, se assim fosse, em cada caso concreto seria preciso investigar se qualquer outra pessoa ligada ao favorecido pelos laços a que se refere o artigo 348, §2º, teria atuado do mesmo modo ou não. Todavia,

Penal, PG, 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.269); ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.158; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, PG. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.669; MAYRINK DA COSTA, Álvaro, op.cit., p.1.231; BITENCOURT, Cezar Roberto, op.cit., v.5, p.339; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na Parte Especial do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.86; CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op.cit., p.345; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op.cit., p.224 e ss.; SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo, op.cit., p.114; ALMEIDA FERRO, Ana Luiza de. *Escusas absolutórias no Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.45 e ss.; MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais*. *Parte Especial do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2004, p.123, nota 108; GRECO, Rogério. Exigibilidade de conduta diversa como causa suprallegal e o júri. *JUS*, Belo Horizonte, 1995, v.18, p.261; BITTAR, Walter Barbosa, op.cit., p.89-90; MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, v.1. São Paulo: Atlas, 2007, p.400; ROSENTHAL, Sérgio. *A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano*. São Paulo: Dialética, 2005, p.40.

⁵³ Vide HENKEL, Heinrich, op.cit., p.45 e ss., especialmente p.62 e ss.

⁵⁴ CEREZO MIR, José, op.cit., t.III, p.137, nota 2 (Idem, *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.993, nota 2).

⁵⁵ Cf. CEREZO MIR, José, op.cit., t.III, p.45 e 145 (Idem, *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.886 e 1.002). Assim também se manifestava ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. t. I, 2 ed. Madrid: Akal, 1986, p.318 e 482.

essa análise individualizada seria, segundo esse mesmo entendimento, incompatível com o caráter objetivo do preceito, que consagra uma presunção *iuris et de iure* de que entre as pessoas aí referidas e o favorecido existe uma relação de afetividade. Isto posto, como a fixação da culpabilidade pressupõe um exame individualizado, capaz de identificar a exigibilidade ou inexigibilidade da conduta, e o preceito em apreço consiste em uma presunção imutável por prova em contrário, a natureza jurídica deste último seria uma verdadeira escusa absolutória – embora com clara inspiração na idéia de inexigibilidade de conduta diversa⁵⁶.

Não obstante, como já destacado, esse argumento não convence quando se assume a premissa fundamental de que na culpabilidade também existem elementos objetivos⁵⁷. A inserção da eximente do favorecimento de familiares entre as escusas absolutórias tem geralmente como base a identificação de um conflito de interesses no seu âmbito. Esse conflito se daria entre a não obstaculização da Administração da Justiça e a conservação do vínculo de parentesco ou afetividade que une o sujeito favorecido e o favorecedor⁵⁸, e é resolvido pelo legislador, no artigo 348, em benefício daquele último⁵⁹. Entretanto, essa diretriz legal não significa uma aprovação da conduta favorecedora. Se assim fosse, o lógico seria que se resolvesse o conflito em favor da Administração da Justiça, que é o interesse preponderante⁶⁰. Daí que “o conflito por si só não pode justificar essa eximente, pois a ponderação é desfavorável ao interesse que o favorecedor visa a salvaguardar, de modo que sua conduta não é aprovada pelo ordenamento”⁶¹.

O fundamento da eximente não reside, por conseguinte, no próprio conflito de interesses, mas na *repercussão que esse conflito tem no juízo de*

⁵⁶ Cf., por exemplo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, p.398; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso...*, t.I, p.407; CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., op.cit., p.323; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, In: CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, op.cit., t.I, p.944 e ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal*, PG, p.408; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.212; FARALDO CABANA, Patrícia, op.cit., p.57 e 188-189.

⁵⁷ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op.cit., § 42, II, 1, p.506 507. Na doutrina espanhola, vide ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. t. I. 2 ed. Madrid: Akal, 1986, p.318 e 482; CEREZO MIR, J., op.cit., t.III, p.45 e 145 (Idem, *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.886 e 1.002).

⁵⁸ Vide *supra*, item 2.

⁵⁹ Nessa linha se desenvolve a argumentação de Bajo Fernández, que afirma que no fundamento do preceito há “uma pugna entre duas formas de solidariedade, a devida ao poder público e a devida ao parente. Quando colidem, uma deve ceder ante a outra, e isso ocorre quando o afeto (presumido) que une o favorecedor e o favorecido determina uma motivação na conduta positivamente valorada do ponto de vista ético” (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.220).

⁶⁰ Cf. GARCÍA PÉREZ, Octavio, op.cit., p.108.

⁶¹ GARCÍA PÉREZ, Octavio, op.cit., p.108.

reprovação que recai sobre o favorecedor. Por isso se exige que o sujeito se encontre vinculado ao favorecido por alguma das relações de parentesco ou afetividade previstas no §2º do artigo 348. Embora a existência de uma relação de afeto não esteja necessariamente presente em todas as famílias, pode-se dizer – com caráter geral - que entre as pessoas relacionadas no artigo em questão “as pautas sociais de autoproteção familiar”⁶² estão interiorizadas de tal forma que o legislador parte da premissa segundo a qual, nessas hipóteses, não é exigível a obediência ao Direito.

Esse fato pode explicar porque a referida eximente não se aplica ao favorecimento real (art.349, CP). A diferença de tratamento não se justifica pelo distinto conteúdo dos dispositivos – em ambos há uma relação de fidelidade ou solidariedade -, mas sim pelas circunstâncias que levam o sujeito a realizar a conduta de favorecimento. Enquanto na modalidade de favorecimento pessoal o sujeito ativo (favorecido) pode sofrer uma restrição da sua liberdade, no artigo 349 essa ameaça não existe diretamente, o que impede que haja uma afetação da exigibilidade do favorecedor de atuar de outro modo⁶³.

Ademais, é oportuno assinalar que o argumento de que a culpabilidade é um juízo individual – e supostamente incompatível com generalizações ou caracteres objetivos - tampouco logra justificar a inserção da eximente do artigo 348, §2º, entre as escusas absolutórias. Mesmo porque, resume García Pérez, “uma individualização real é impossível”, já que “as generalizações ocorrem também com respeito à imputabilidade e à consciência da antijuridicidade”.⁶⁴ O poder agir de outro modo em uma determinada situação concreta prescinde, para o seu reconhecimento enquanto fundamento da culpabilidade, de uma demonstração/aferição empírica⁶⁵, o que significa que a existência das situações fáticas descritas pelo preceito em apreço – a saber, o vínculo de parentesco ou conjugal entre favorecedor e favorecido – pode sim elidir o juízo de censura ou de reprovação endereçado ao autor da conduta típica e ilícita. Entretanto, se o

⁶² GARCÍA PÉREZ, Octavio, op.cit., p.109.

⁶³ Vide GARCÍA PÉREZ, O., op.cit., p.109.

⁶⁴ GARCÍA PÉREZ, O., op.cit., p.110. Portanto, conclui, “se admitido que na culpabilidade recorre-se a generalizações, o fato de um preceito limitar-se a prever uma situação objetiva idônea para afetar o processo de motivação não constitui obstáculo para sua inclusão nesta categoria” (GARCÍA PÉREZ, Octavio, op.cit., p.110).

⁶⁵ Com lastro na tese de Henkel, assevera Cerezo Mir que “não cabe um juízo global empiricamente comprovável acerca da capacidade de agir de outro modo do delinqüente na situação concreta. Essa comprovação só pode ser feita com respeito a aspectos parciais, embora de grande transcendência para o juízo de culpabilidade” (CEREZO MIR, José. *Culpabilidad y pena*. In: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1982, p.195). Nesse sentido, por exemplo, GRACIA MARTÍN, Luis, op.cit., p.333.

autor desconhece a existência de do citado vínculo – efetivamente constatado –, tal circunstância afastaria a aplicação do artigo 348, §2º, do CP.

Conseqüentemente, a inserção da eximente de favorecimento pessoal entre familiares na esfera das excusas absolutórias em sentido estrito - além de introduzir no âmbito da categoria da punibilidade considerações relativas à culpabilidade - repercute diretamente no tratamento dado ao erro sobre tais elementos, já que o considera irrelevante.

De fato, o desconhecimento da relação de parentesco no momento da realização do auxílio não impede a apreciação da eximente para os que sustentam tratar-se de uma excusa absolutória⁶⁶, mas configura um claro empecilho à exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa quando se adota posicionamento distinto.

O erro sobre as causas de exclusão de culpabilidade não é disciplinado expressamente pelo Código Penal brasileiro. Não obstante, algumas considerações devem ser feitas a respeito, com lastro na doutrina alemã. Nessa trilha, identifica Jescheck três grupos de casos: 1) o *erro sobre a existência* de uma causa de exculpação não reconhecida pelo Direito Penal; 2) o *erro sobre os limites* de uma causa de exculpação; 3) e, por último, o *erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de exculpação reconhecida legalmente*. As duas primeiras hipóteses têm pouca influência sobre a culpabilidade do autor, dado que “só o legislador pode decidir em quais casos não é cabível a formulação de um juízo de censura culpabilístico em atenção a uma redução substancial do conteúdo de injusto e de culpabilidade do fato”⁶⁷. Contudo, o erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de exculpação reconhecida legalmente apresenta inequívoca relevância. Assim como ocorre nas causas de justificação - explica Stratenwerth - “também nas causas de exclusão de culpabilidade fundadas na inexigibilidade pode dar-se o caso de que só concorram os elementos subjetivos, mas não os objetivos: o autor supõe erroneamente que se encontra em uma situação excludente da culpabilidade”⁶⁸. Não se trata de hipótese de erro de tipo, e tampouco de erro de proibição, mas sim de um erro *sui generis*⁶⁹.

Com base na regulação expressa do erro sobre os pressupostos objetivos do estado de necessidade exculpante introduzida pela Reforma Penal alemã

⁶⁶ Assim se pronunciam, entre outros, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op.cit., p.139 e 225; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op.cit., p.144; FARALDO CABANA, Patricia, op.cit., p.90 e ss., e 188 e ss.

⁶⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op.cit., § 48, p.545.

⁶⁸ STRATENWERTH, Günther, op.cit., PG, I, § 10, n.117, p.322.

⁶⁹ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op.cit., § 48, p.545 e ss.

de 1975 (§ 35, II, StGB), o erro *invencível* acerca daqueles pressupostos exclui a culpabilidade porque, subjetivamente, o autor atua sob as mesmas condições que o teriam impulsionado se de fato existisse a situação concreta capaz de elidir o juízo de censura pessoal a ele endereçado. Se o autor erra sobre os pressupostos objetivos do favorecimento pessoal entre parentes (v.g. a condição de ascendente, descendente ou irmão do sujeito ativo do delito), portanto, exclui-se a culpabilidade se o erro for invencível para ele⁷⁰. E isso porque, nesse caso, a vontade dirigida ao auxílio daquele a quem o favorecedor se supõe unido por autênticos vínculos de parentesco, por exemplo, implica em uma menor reprovação de sua atitude interna, que em nada se diferencia daquela exteriorizada se realmente existisse a situação erroneamente suposta⁷¹.

Na doutrina nacional, Munhoz Netto, sob a égide da legislação pretérita, já propugnava com acerto que “omissas as leis quanto a estas espécies de erro de exigibilidade, cumpre à doutrina buscar-lhes adequada e justa solução. E esta parece residir em tratar a putativa coação moral irresistível e a putativa obediência hierárquica, como se reais fossem”, assinalando que “esta equiparação do putativo ao real é inteiramente justificável”, dado que “a inexigibilidade de outra conduta, fundamento da isenção de pena nas situações reais, também existe nas situações putativas”⁷².

Em sendo *vencível* o erro, porém, discutia-se na doutrina e jurisprudência alemãs acerca de qual o melhor e mais adequado tratamento jurídico-penal a ser conferido a essa hipótese.

Antes da Reforma Penal de 1975, parte da doutrina alemã (v.g. Roxin, Bau-mann, Henkel, Schröder, entre outros) defendia a aplicação da pena do delito culposo, em razão da similitude apresentada com o erro de tipo permissivo. Na atualidade, contudo, o § 35 II do StGB prevê, para o caso de erro *vencível* sobre os pressupostos de um estado de necessidade exculpante, a aplicação da pena correspondente ao delito doloso, atenuada em virtude da menor magnitude da culpabilidade do autor (§49 I, StGB). As soluções legais estabelecidas para o erro sobre os pressupostos objetivos do estado de necessidade exculpante são aplicadas também para as demais hipóteses de erro - *vencível* ou *invencível* - sobre os pressupostos objetivos das causas de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa (como é o caso do favorecimento pessoal entre parentes)⁷³.

⁷⁰ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op.cit., § 44, V, p.525, e § 48, II, p.546.

⁷¹ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op.cit., § 44, V, p.525, e § 48, II, p.546.

⁷² MUNHOZ NETTO, Alcides, op.cit., p.139-140.

⁷³ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op.cit., § 48, II, p.547.

No Brasil, a ausência de uma disciplina legal expressa do erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de exclusão da culpabilidade não impede a adoção doutrinária do tratamento outorgado pela legislação penal alemã: o erro sobre os pressupostos objetivos (fáticos) do favorecimento pessoal entre parentes, por exemplo, não impede o reconhecimento da ausência do juízo de censura ou de reprovação pessoal. Logo, exclui-se a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, já que o autor da conduta típica e ilícita - do ponto de vista subjetivo - interioriza um vínculo de afeto, solidariedade e proteção que, de fato, existe para ele - tanto que repercute sobre sua atuação, contrária ao Direito -, mas que, na verdade não configura - objetivamente - a relação de parentesco prevista pelo dispositivo legal. Nessa hipótese, deve-se reconhecer a relevância do erro sobre a causa de exculpação, que, se invencível ou inevitável afasta a culpabilidade (por inexigibilidade de conduta diversa); todavia, a evitabilidade do erro poderia tão-somente permitir a aplicação de uma circunstância atenuante inominada (art.66, Código Penal brasileiro).

Ainda no que concerne aos efeitos práticos da adoção de uma ou outra postura com relação à natureza jurídica do favorecimento pessoal entre parentes - escusa absolutória ou causa de exclusão de culpabilidade -, calha destacar que a conduta dos partícipes será, em todo caso, punível, pois se considerada a eximente em apreço uma escusa absolutória, seu caráter pessoal impedirá sua extensão aos demais co-autores ou partícipes que não possuam o vínculo mencionado pelo preceito. As escusas absolutórias são circunstâncias de natureza pessoal, que se subtraem à regra da acessoriedade da participação. São, no geral, ou circunstâncias pessoais infungíveis, ou elementos que descrevem um comportamento pessoal do sujeito escusado⁷⁴, funcionando, por essa razão, com total independência entre os autores e partícipes de um fato delituoso.

Outrossim, em se perfilhando o entendimento aqui defendido de que se trata de uma causa de exclusão de culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa por parte do autor tampouco será obstáculo à sanção do comportamento dos eventuais co-autores ou partícipes, sobretudo se perfilhada a teoria da acessoriedade mínima. De conseguinte, relação de parentesco ou conjugal - e o vínculo de afeto e solidariedade presumidos pela lei nestes casos - não se comunica ao co-autor ou ao partícipe que não seja ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do autor do crime anterior, posto que a o juízo de censura inerente à culpabilidade - e sua eventual elisão - é de caráter estritamente pessoal.

⁷⁴ Vide CARVALHO, Érika Mendes de. *La categoría de la punibilidad en el Derecho Penal*. Tese de Doutorado. Universidad de Zaragoza, 2004, p.391.

Por fim, é oportuno ressaltar que a enumeração legal taxativa daqueles que têm excluída a culpabilidade em virtude da inexigibilidade de conduta diversa – ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do autor do crime – não obstaculiza que a interpretação extensiva do §2º do artigo 348, a fim de abarcar também a união estável, com a conseqüente ampliação de seus efeitos ao companheiro⁷⁵.

A interpretação extensiva se destina a corrigir uma fórmula legal excessivamente restritiva⁷⁶. Trata-se de uma reintegração do pensamento legislativo, posto que as eventuais omissões dos textos legais nem sempre pressupõem uma exclusão deliberada, mas podem representar um silêncio involuntário, por imprecisão da linguagem. Nesse sentido, a interpretação extensiva funciona como uma verdadeira extensão teleológica da letra da lei, sempre que a razão de ser do texto legislativo postule sua aplicação aos casos não abarcados diretamente pela letra da lei, desde que compreendidos por sua finalidade. A interpretação extensiva não se confunde com o argumento analógico, pois parte sempre da existência de uma norma jurídica: a hipótese concreta, mesmo que não esteja explícita na literalidade da lei, está, porém, no seu espírito. No procedimento analógico, porém, como há uma lacuna ou omissão legal, a hipótese não se encontra compreendida nem na letra, nem na *ratio* do texto legal. Assim, enquanto a analogia integra, descobrindo uma nova norma inspirada na regulamentação de casos análogos, a interpretação extensiva perquire e revela o sentido da norma. Por conseguinte, o efeito do argumento analógico radica na criação de um novo preceito normativo e a conseqüência da interpretação extensiva vem a ser a extensão da norma já existente aos casos não previstos. Em síntese, a interpretação extensiva, ante a insuficiência verbal, amplia o significado das palavras para alcançar a *mens legis*. Por via da interpretação extensiva é perfeitamente possível estender a norma aos casos não previstos expressamente, adequando o teor literal da lei ao seu espírito. Na interpretação extensiva “aplica-se uma lei a um fato que não está claramente compreendido em seu teor literal, mas sim no seu espírito ou vontade”, enquanto na analogia “a lei é aplicada a fatos que não estão compreendidos nem na sua letra, nem na sua vontade, mas são semelhantes aos compreendidos nela”⁷⁷.

⁷⁵ Nesse sentido, vide MAYRINK DA COSTA, Álvaro, op.cit., v. II, p.1.231, nota 31, e BITENCOURT, Cezar Roberto, op.cit., v.5, p.339, quem pontifica que “devem-se estender os efeitos penais ao ‘companheiro’, como tal legalmente reconhecido, sob pena de infringir-se preconceituosamente direito assegurado pela atual Constituição Federal”.

⁷⁶ Sobre a questão, vide, por todos, PRADO, Luiz Regis. Argumento analógico em matéria penal. *RT*, v.734, p.544 (Idem, op.cit., PG, v.I, p.190 e ss.).

⁷⁷ CEPPEZO MIR, José, op.cit., t.1, p.170 (Idem, *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.253).

Sustenta-se, aqui, que inexiste qualquer obstáculo para a inclusão, no âmbito §2º do artigo 348 do Código Penal, das situações de convivência efetiva sem contrato matrimonial. A similitude dessa situação com a relação matrimonial – reconhecida expressamente em outros preceitos do próprio Código (v.g. artigo 129, §§ 9º e 10, CP) – e a identidade de razão entre as hipóteses em apreço autorizariam, portanto, a extensão dos efeitos da eximente às relações não estritamente matrimoniais.

Entretanto, conforme pondera com precisão Regis Prado, a eventual extensão da excludente de culpabilidade ao companheiro “só será admissível quando aquela for legalmente formalizada”, pois esse proceder “patenteia uma verdadeira equípólencia material entre a figura do ‘companheiro’ e a do cônjuge, *stricto sensu*”.⁷⁸

5 CONCLUSÕES PRINCIPAIS

1. Uma vez fixados, de modo genérico, os contornos das causas de justificação e estabelecida a distinção entre as escusas absolutórias e algumas das causas de exclusão da culpabilidade, cabe reconhecer, em primeiro lugar, que as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias pertencem, bem como a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, à figura de delito, isto é, ao conjunto de todas e cada uma das circunstâncias imprescindíveis para a aplicação da pena. O conceito de figura de delito é, portanto, um conceito amplo, que compreende não só os elementos estruturais do delito, mas também os pressupostos da pena alheios à estrutura delitiva. Inserir esses elementos não estruturais na figura de delito não implica, porém, incluí-los no próprio tipo de injusto. O conceito de tipo de injusto não acolhe a totalidade dos pressupostos ou circunstâncias necessários para a aplicação das consequências jurídicas, apresentando-se como um conceito mais restringido. É uma parte da figura de delito, que engloba apenas alguns dos elementos que fundamentam a pena.

2. A categoria do tipo de injusto traça os limites entre o que é penalmente relevante e o que não é. O tipo de injusto faz uma seleção daqueles injustos que em geral merecem ser sancionados com uma sanção penal. Antepõe-se, assim, à antijuridicidade e à culpabilidade, e seu conteúdo se encontra diretamente vinculado à concepção que se tenha acerca daquelas. As condições objetivas

⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. PE. v.4. 4 ed. São Paulo: RT, 2006, p.675-676.

de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo, porém, ficam à margem do injusto específico de uma determinada figura de delito⁷⁹. São hipóteses concretas que, por razões fundamentalmente político-criminais, excluem a punibilidade de uma determinada conduta típica, antijurídica e culpável. As condições de punibilidade - positivas e negativas - não influem na magnitude do injusto e tampouco da culpabilidade. Por conseguinte, tampouco é possível confundi-las com as causas de justificação e de exclusão da culpabilidade.

3. As causas de justificação, conforme destacado, “trazem implícito um preceito permissivo”⁸⁰ que, ao interferir nas normas de caráter geral (mandatos ou proibições) determinam a licitude da conduta. As condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias não afetam a ilicitude da conduta e, portanto, não impedem o exercício da legítima defesa. De fato, enquanto a presença de uma causa de justificação importa a licitude da conduta típica realizada - desde que se atenha aos limites do estritamente necessário para o alcance do fim proposto - a ausência de uma condição objetiva de punibilidade ou a presença de uma escusa absolutória em sentido amplo pressupõe uma renúncia à imposição da sanção penal correspondente, sem que isso acarrete a licitude do comportamento realizado. Daí que cabe alegar legítima defesa ante a conduta de quem se encontra amparado por uma causa de exclusão da punibilidade, posto que a agressão é ilegítima. Ademais, ao contrário das causas de justificação - que excluem a responsabilidade penal e também a responsabilidade civil derivada da realização da conduta ilícita -, as condições de punibilidade deixam intacta a possibilidade de aplicação de sanções extrapenais ao sujeito que tem excluída a punibilidade de sua conduta. Com efeito, se as causas de justificação acarretam a impossibilidade de exigir a responsabilidade civil ou administrativa derivada da realização da conduta típica, as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias, por sua vez, não eximem de responsabilidade extrapenal, de modo que é perfeitamente possível a exigência de outras responsabilidades de natureza civil ou administrativa, por exemplo. Por último, o erro sobre as causas de justificação é sempre relevante, enquanto o erro sobre as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias carece de relevância.

3. As linhas delimitativas entre as causas de exculpação e as causas de exclusão da punibilidade também estão perfeitamente delimitadas e não se pode incorrer, em virtude disso, em nenhuma confusão de estruturas conceituais. Na

⁷⁹ Cf., por todos, CEREZO MIR, José, op.cit., t.II, p.96 (Idem, *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.476).

⁸⁰ CEREZO MIR, José, op.cit., t.II, p.189 (Idem, *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.589).

culpabilidade, tem-se em consideração a liberdade interna da vontade e a direção final dos impulsos conforme o conhecimento que o sujeito tenha acerca do ordenamento jurídico. Trata-se, fundamentalmente, de constatar se o sujeito pôde “antepor ao impulso de realizar a ação contrária ao ordenamento jurídico um impulso de atuar de acordo com as exigências deste último”⁸¹. A culpabilidade – reprovabilidade individual pela realização de uma ação ou omissão típica e antijurídica⁸² – pode ser excluída pela presença de determinadas causas que eliminam seja seu elemento intelectual – a consciência atual ou possível da ilicitude da conduta –, seja seu elemento volitivo – a possibilidade de atuar segundo as exigências do ordenamento jurídico. A falta de conhecimento da antijuridicidade da conduta perfaz o erro de proibição, que, se inevitável, conduz à exclusão da culpabilidade⁸³; por outro lado, a inexigibilidade da obediência ao Direito fundamenta, em geral, a exclusão da culpabilidade quando constitui o fundamento de algumas causas de inculpação expressamente reconhecidas pela lei – como ocorre com o favorecimento pessoal entre familiares (art.348, §2, CP), a obediência hierárquica e a coação moral irresistível (art.22, CP).

4. As escusas absolutórias não afetam a capacidade individual de atuar de outro modo, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico. Não intervêm, portanto, sobre o juízo de reprovação pessoal pela realização de uma conduta típica e antijurídica. Não há nenhuma semelhança qualitativa entre as escusas absolutórias e as causas de inimizabilidade ou de inculpação. Por conseguinte, embora possam compartilhar alguns efeitos similares – tanto as causas de exculpação como as escusas absolutórias não impedem o exercício da legítima defesa frente à conduta do sujeito que atua amparado por elas e tampouco excluem a responsabilidade extrapenal –, o certo é que operam em âmbitos completamente distintos: as causas de inimizabilidade afetam a capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta e de atuar conforme esse conhecimento, e as causas de inculpação se baseiam na falta de conhecimento da antijuridicidade da conduta ou na diminuição, em maior ou menor grau, da capacidade de atuar conforme as exigências do ordenamento jurídico; as escusas absolutórias, porém, atuam sobre a punibilidade e não se relacionam com a reprovabilidade pessoal pela ação ou omissão típica e antijurídica realizada⁸⁴.

⁸¹ GRACIA MARTÍN, Luis, op.cit., p.114.

⁸² Cf., por todos, CEREZO MIR, José, op.cit., t.III, p.15 e ss. (Idem, *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.849 e ss.).

⁸³ Cf. CEREZO MIR, José, op.cit., t.III, p.116 e ss. (Idem, *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.970 e ss.).

⁸⁴ Cf. CEREZO MIR, José, op.cit., t.III, p.276 (Idem, *Derecho Penal*. P.G. Obras Completas I. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007, p.1.156).

5. Quanto se defende a inserção do favorecimento pessoal entre familiares (art.348, §2º, CP) no âmbito das escusas absolutórias, além do equívoco representado pela introdução indevida de considerações próprias da categoria da culpabilidade (v.g. o poder agir de outro modo) no âmbito da punibilidade – o que, por sem dúvida, contribui sobremaneira para incrementar o número de elementos alheios a essa categoria supostamente tratados como pertencentes a ela –, repercute diretamente em matéria de erro. Enquanto o erro sobre as escusas absolutórias é considerado – acertadamente – irrelevante, o erro sobre uma causa de inculpabilidade deve merecer tratamento diferente. O desconhecimento da relação de parentesco no momento da realização do auxílio não impede, conforme examinado, a apreciação da eximente para os que sustentam tratar-se de uma escusa absolutória. Não obstante, configura um claro empecilho à exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa quando se adota posicionamento distinto.

O erro sobre as causas de exclusão de culpabilidade não foi disciplinado pelo Código Penal brasileiro. Com lastro na doutrina e legislação penal alemãs, é possível conferir relevância ao *erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de exculpação reconhecida legalmente*. Se o autor erra sobre os pressupostos objetivos do favorecimento pessoal entre parentes (v.g. a condição de ascendente, descendente ou irmão do sujeito ativo do delito), justifica-se a exclusão da culpabilidade – por inexigibilidade de outra conduta – se o erro for *invencível* para ele, já que, do ponto de vista subjetivo, o autor atua sob as mesmas condições que o teriam impulsionado se de fato existisse a situação concreta capaz de elidir o juízo de censura pessoal a ele endereçado. A vontade dirigida ao auxílio daquele a quem o favorecedor se supõe unido por autênticos vínculos de parentesco, por exemplo, implica em uma menor reprovação de sua atitude interna, que em nada se diferencia daquela exteriorizada se realmente existisse a situação erroneamente suposta. Se *vencível* o erro, o tratamento jurídico-penal mais adequado consiste na aplicação de uma pena atenuada, em razão da concorrência de uma circunstância atenuante inominada (art.66, CP).

6. A inexigibilidade de conduta diversa por parte do autor do favorecimento pessoal, em se tratando de conduta praticada nas circunstâncias objetivas descritas pelo artigo 348, §2º, do CP, não impede que sejam sancionados eventuais co-autores ou partícipes, dado que a relação de parentesco ou conjugal – e o vínculo de afeto e solidariedade presumidos pela lei nestes casos – não se comunica a quem não seja ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do autor do crime anterior, posto que o juízo de censura inerente à culpabilidade é de caráter estritamente pessoal.

7. A enumeração legal taxativa daqueles que têm excluída a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa na hipótese de favorecimento pessoal entre familiares não obstaculiza a interpretação extensiva *in bonam partem* do §2º do artigo 348, a fim de abarcar também a união estável, com a conseqüente ampliação de seus efeitos ao companheiro. A similitude dessa situação com a relação matrimonial – reconhecida expressamente em outros preceitos do próprio Código Penal (v.g. artigo 129, §§ 9º e 10, CP) – e a identidade de razão entre as hipóteses em apreço autorizam a extensão dos efeitos da eximção em apreço às relações não estritamente matrimoniais.