

A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA SUPRALEGAL COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO NATURAL

THE INEXIGIBILITY OF DIVERSE SUPRALEGAL CONDUCT AS MANIFESTATION OF NATURAL LAW

Eduardo Rodrigues Barcellos¹ – <https://orcid.org/0000-0001-6814-6290>

Evandro Fabiani Capano² – <https://orcid.org/0000-0001-6897-706X>

Resumo

O presente texto visa conjugar a causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa com a filosofia de Tomás de Aquino. Parte-se da constatação da correlação existente entre o direito penal e a moral. Limitando-nos ao conceito de crime, para algumas situações restará a necessidade de buscar causas exculpantes fora daquelas previstas em lei, caso da inexigibilidade de conduta diversa. A partir da relação da causa de exclusão da culpabilidade com fontes fora do direito posto, o estudo analisa o conceito de prudência estabelecido por Tomás de Aquino e, principalmente, uma de suas potencialidades, que é a gnome e sua vinculação com a epiqueia, concluindo-se que a justa solução de determinadas condutas típicas que não mereçam reprimenda penal se

¹ Graduado pela Universidade de São Paulo em Direito. Pós-Graduado *latu sensu* em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Mestrando pela PUC/SP em Direito Penal. *E-mail*: advbarcellos@gmail.com

² Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca – Espanha, em programa de dupla titulação, com Defesa Pública de Suficiência Investigatória na Espanha e Defesa Pública de Tese em São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor na Graduação e da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Presidiu a Comissão de Segurança Pública e a Comissão de Direito Militar da Seção Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil. Atualmente é Relator da 23ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Ocupou os cargos públicos de Chefe de Gabinete da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo, Coordenador de Polícia do Gabinete do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo e Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social do Município de São Paulo. *E-mail*: capano@capano.adv.br

encontra na modulação da inexigibilidade de conduta diversa com a ideia tomasiana de epiqueia.

Palavras-chave: Moral; Causa supralegal de conduta diversa; Prudência; Epiqueia.

Abstract

The present work aims to combine the supralegal cause of unenforceability of different conduct with the philosophy of Thomas Aquinas. It is based on the verification of the existing correlation between criminal law and morality. Limiting ourselves to the concept of crime, for some situations there will be a need to seek exculpatory causes outside of those provided for by law, in the event that different conduct is not required. Based on the relation of the cause of exclusion of culpability with sources outside the law, the study analyzes the concept of prudence established by Thomas Aquinas and, mainly, one of his potentialities, which is the *gnome* and its relationship with the *epiceia*, concluding the just solution for certain typical behaviors that do not deserve a criminal reprimand is found in the modulation of the unenforceability of different conduct with the Thomasian idea of *epiqueia*.

Keywords: Moral; Supralegal cause of different conduct; Prudence; Epiqueia.

Sumário: 1 Introdução; 2 Relação Entre o Direito Penal e a Moral; 3 Breve Conceito de Crime; 4 A Relação Conceitual Entre a Causa Supralegal de Inexigibilidade de Conduta Diversa e a Epiqueia; 5 Conclusão; Referências.

Recebido/Received 16.06.2020 – Aprovado/Approved 26.10.2020

1 INTRODUÇÃO

Em olhar atento para o passado, constata-se que o direito penal (direito sancionador que pode impor restrições à liberdade individual) esteve, ao longo da história, ligado à moral, nos tempos em que condutas socialmente graves eram punidas mesmo que não causassem lesão nem ao menos expusessem perigo a um bem jurídico. Com a evolução social, porém, passaram a ser penalmente relevantes apenas as condutas, comissivas ou omissivas, que ocasionassem lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico.

Nessa linha, se crime é, sob uma perspectiva inicialmente criada pelo causalismo, fato típico, antijurídico e culpável, sujeitando-se a sanção, portanto, a conduta que passar por esse filtro legal, o critério de lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico resta insuficiente para afastar do campo da imputabilidade penal conduta que, a despeito de se moldar na definição de crime, não mereça a consequente reprimenda.

A figura da inexigibilidade de conduta diversa supralegal foi, então, criada pela doutrina para reger conduta que: i) está prevista em tipo penal incriminador; ii) não é abarcada por tipos permissivos (não se enquadra nas excludentes de ilicitude nem nas excludentes de culpabilidade); e iii) se apresenta como única ação esperável por qualquer que fosse o agente. Essa situação, não antevista pela lei, mas criada pela doutrina e aceita pela jurisprudência, já era prevista pelos filósofos clássicos, como Aristóteles e,

principalmente, Tomás de Aquino. Assim, realizaremos uma análise do pensamento tomasiano sobre a prudência e iremos associar essa virtude com uma das características da justiça que é a epiqueia.

Considerando que no âmbito penal o Estado pode atuar de maneira a violar o direito de liberdade física do cidadão, o tema se apresenta como importante fundamento para aplicação pelo Poder Judiciário em decisões não punitivas referentes a situações típicas e não previstas em causas permissivas legais, porém não reprováveis, trazendo em seu bojo, então, conceitos já definidos no século XIII por Tomás de Aquino.

2 RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E A MORAL

O direito penal e a moral tiveram sempre uma relação umbilical, sendo as condutas tidas por imorais fonte de punição do agente. Nesse sentido, como bem aponta Aristóteles em “*Ética à Nicômaco*”:

Por exemplo, supondo que alguém investido de autoridade agrida uma pessoa, não é certo que esta revide; e se uma pessoa agride alguém investido de autoridade, o revide deste último não bastará, cabendo também uma punição ao agressor. por outro lado, faz uma grande diferença entre o ato ser realizado voluntário ou involuntariamente. No intercâmbio de favores, a justiça entendida como reciprocidade é o vínculo que mantém a associação – reciprocidade de acordo com a proporção e não com a igualdade a própria integralidade do estado depende da reciprocidade fundada na proporção³.

Já Ana Carolina Carlos de Oliveira salienta que há uma grande dificuldade moderna para se encontrar uma justa medida de punição de atos imorais. A autora aponta que Hart entende que condutas imorais não poderão ser punidas sem que haja claro prejuízo a outros, fazendo uma crítica ao conservadorismo moral tipificado pelos ingleses que punem imoralidades que não causem mal aos outros. Nesse sentido, a doutrinadora transcreve uma passagem de Hart que menciona Stuart Mill: “O único motivo pelo qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada contra sua vontade é para impedir que ele cause mal aos outros”⁴.

O Direito Penal por tempos condenou condutas que não eram socialmente aceitas, ou conflitavam com valores religiosos, mesmo sem nenhum prejuízo a um bem jurídico, a exemplo da antiga contravenção penal de vadiagem, antigamente

³ ARISTÓTELES, *Ética à Nicômaco*, 4ª ed., São Paulo, Edipro, 2014, p. 193.

⁴ OLIVEIRA, Ana Carlina Carlos de, “Moral, imoralidades e bem jurídico no Direito Penal sexual: o delito de ato obsceno”, *Revista Justiça e Sistema Criminal*, vol. 5, n. 9, 2013, p. 204, disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/26>>.

prevista no art. 60 do Dec.-Lei 3.688/1941. Outro exemplo vem da Inglaterra, onde atos libidinosos com pessoas do mesmo sexo eram enquadrados como crime de sodomia. Sobre o tema vale ressaltar o célebre caso de Alan Turing⁵, que recebeu o perdão real somente 59 anos depois da sua morte, em 2013.

Para Roxin, a função do Direito Penal, dentro de um Estado Democrático de Direito, é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Se o tipo penal não protege um bem jurídico concretamente, sua aplicação é afastada, movimento que a doutrina convencionou chamar de funcionalismo teleológico. Essa visão, ao que parece, é a que mais se coaduna com o Estado de Direito, evitando a condenação de meras imoralidades sociais ou religiosas. Como escreve o doutrinador:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma experiência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo a minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla⁶.

Porém, mesmo adotando a concepção de Roxin, não dá para falarmos em Direito Penal sem mencionarmos a moral. Mesmo que dentro do Direito Penal resida o princípio da legalidade, não podemos ignorar situações que, apesar de previstas em lei e causadoras de lesão a um bem jurídico relevante, caso fossem punidas, gerariam injustiças aos olhos da sociedade.

A legislação escrita do poder legiferante estatal não é suficiente para prever todas as situações decorrentes do plano fático. Aliás, sobre o tema escreve Jean-Louis Bergel:

As regras formais impostas pelas autoridades públicas, em conformidade com suas atribuições, são sempre insuficientes porque as autoridades públicas não podem prever deantemão todas as regras necessárias. Cumpre, por conseguinte, apelar para regras não – formais que não são mandamentos expressos dos poderes públicos, mas se apoiam na “autoridade da experiência”, como o costume, ou na “autoridade da razão que é a doutrina”⁷

⁵ Sobre o tema há inclusive uma imagem da sentença original no site: <<https://www.turing.org.uk/sources/sentence.html>>.

⁶ ROXIN, Claus, *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 16-17.

⁷ BERGEL, Jean-Louis, *Teoria Geral do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 90.

Reforçando essa ideia, Eduardo Carlos Bittar expõe que Tomás de Aquino, valendo-se das lições de Aristóteles, já previa que o legislador não tinha condições de prever todas as situações sociais no plano abstrato. Nas palavras do doutrinador:

*São Tomás de Aquino, utilizando-se de profundo senso realista, em muito consequência dos estudos e investigações acerca de Aristóteles, afirma categoricamente que o legislador não pode prever todos os casos que venham a ocorrer futuramente, tendo seu alcance limitado aos casos mais comuns. Se uma situação econômica surgir, por exemplo, deve-se preferir a lei omissa ou defasada para que se procure o Bem Comum. É nesse momento que a necessidade supera a lei, ensejando o nascimento do direito de desobedecer a lei, direito este exercitável por qualquer um, não dependendo da decisão do chefe da comunidade ou do legislador. Aqui há um ingrediente não-presente na teoria peripatética – pois, na **Ethica** a lei é posta para a defesa e segurança da comunidade política (**dikaion nomimón**, ou justo total), cujo desrespeito importaria na quebra do que é para todos – ou seja, a garantia tomasiana da existência de um direito à resistência civil⁸.*

Portanto, como será analisado a seguir, existe uma fórmula criada pela doutrina que permite não incidir a tutela penal, mesmo que a situação em questão seja prevista em norma penal incriminadora e não em normas permissivas (causas excludentes de ilicitude e causas excludentes de culpabilidade legal). Ao fazer essa análise, será estabelecida uma correlação entre esse conceito e a teoria de justiça e prudência em Tomás de Aquino, que nos apresentou essa solução já no século XIII.

3 BREVE CONCEITO DE CRIME

O Direito, como área das ciências humanas, sempre se preocupou em fixar conceitos. Para identificarmos o fato da vida que se enquadra na situação abstratamente definida, processo denominado de subsunção, exige-se a prévia definição de conceitos. Assim, é importante definirmos o crime e identificarmos as hipóteses de atipicidade, as excludentes de ilicitude e as excludentes de culpabilidade.

O conceito analítico de crime, conforme a teoria tripartida do crime, compõe-se de fato típico, antijurídico e culpável. O conceito estratificado ou analítico de crime é elucidado por Eugenio Raúl Zaffaroni como sendo uma sequência analítica de passos sucessivos. Exemplifica que:

Quando queremos averiguar se o que temos diante de nós é uma zebra, antes devemos dispor do conceito geral de zebra, isto é, do conjunto de caracteres que deve ser um ente para ser qualificado de “zebra”. Supondo que este conceito geral é um animal e, só no caso de uma resposta afirmativa, nos

⁸ BITTAR, E. C. B., “Direito e Justiça em São Tomás de Aquino”, *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 93, 1998, p. p. 353-356, disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67407>>.

perguntamos se seu pêlo apresenta listras de cor mais escura. Não fará sentido que nos perguntemos se um pato (que não responde ao conceito de cavalo) ou uma pedra (que não responde ao conceito de animal), tem pêlo com listras de cor mais escura. As perguntas surgiram em uma certa ordem a partir de um conceito “estratificado”, isto é, de um conceito de “zebra” que tem estratos; que corresponde a um caráter genérico (“animal”) e outros estratos que correspondem a caráter específico (“cavalo” e “listrado”)⁹.

Assim o festejado autor diz em relação ao conceito analítico de crime: “(...) são suas características analiticamente obtidas, formando diversos planos, níveis ou estratos conceituais, mas o delito é uma unidade e não uma soma de componentes”.

A ilicitude é o segundo substrato do conceito analítico de crime, e sua exclusão consiste em conduta que, apesar de descrita em um tipo penal incriminador, é permitida pelo ordenamento jurídico. Uma das excludentes de ilicitude que o ordenamento jurídico prevê é o estado de necessidade.

O estado de necessidade é a causa excludente de ilicitude que se manifesta na colisão entre dois interesses jurídicos colocados em perigo, sendo necessário o sacrifício de um para salvar o outro por quem não provocou a situação de perigo nem tem o dever legal de agir. O estado de necessidade exige um perigo imediato a um bem jurídico, e o agente com a sua conduta evita, ou ao menos tenta evitar, a lesão ao bem jurídico que se quer proteger com o sacrifício do outro. Logo, para a configuração do estado de necessidade, exige-se que exista um perigo ou dano imediato que se visa sanar.

Continuando a análise, temos o terceiro substrato do conceito analítico de crime que é a culpabilidade. A **culpabilidade**, no conceito finalista, divide-se em imputabilidade, **exigibilidade de conduta diversa** e potencial consciência da ilicitude. Ora, entre as **excludentes da culpabilidade** existe a vertente da causa supralegal de **inexigibilidade de conduta diversa**. Como o legislador não é capaz de prever todas as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, é de se reconhecer a causa supralegal, já que o comportamento, apesar de típico e antijurídico, não é reprovável. Ademais, diante de circunstâncias anormais, poderá resultar a incapacidade de autodeterminação do indivíduo e, com isso, não haverá um dos pilares da culpabilidade (exigibilidade de conduta diversa).

Na lógica funcionalista, a inexigibilidade de conduta diversa ocupa lugar central na teoria do crime. Como apontam os professores Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini:

Como já se viu, a exigibilidade de conduta diversa ocupa lugar central na teoria normativa pura da culpabilidade, desde o seu nascimento. Por isso, é hoje amplamente admitida a possibilidade de reconhecimento de situações exculpantes, mesmo que não expressamente prevista em lei, sempre se

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 332.

*verifica que era inexigível ao agente motivar-se pela norma e, portanto, comportar-se conforme o direito*¹⁰.

Já que o estado de necessidade e a causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa exigem, portanto, o sacrifício de um bem jurídico em detrimento de outro, qual seria a diferença entre ambos?

Alguns autores, como Rogério Greco, colocam que a diferença reside na importância do bem jurídico tutelado e do bem jurídico sacrificado. Para o mencionado autor, quando o bem jurídico protegido for superior ou de igual valor em relação ao bem jurídico sacrificado, estaríamos diante de uma hipótese de estado de necessidade, logo, excludente de ilicitude. Já se o bem jurídico protegido for de valor inferior ao bem sacrificado, porém na situação fática não era exigível conduta diversa do agente, estaríamos diante de uma causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa¹¹.

Essa não parece ser, porém, a melhor distinção dos institutos. No estado de necessidade há um perigo imediato de perecer o bem jurídico que se pretende proteger se não houver o sacrifício do outro bem jurídico. Já na inexigibilidade de conduta diversa supralegal não há essa imediatidade, o sujeito avalia que, se violar um bem jurídico no momento, no futuro irá violar outro bem jurídico. Logo, na inexigibilidade de conduta diversa há um juízo de prognose, já que o perigo ou dano produzido pelo agente não é imediato.

Para citarmos um exemplo, vejamos a situação do empresário que comete crime de apropriação indébita previdenciária, pois enfrenta dificuldades financeiras. Nesse sentido, já foi decidido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região a possibilidade de reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa supralegal em crimes dessa espécie, conforme ementa:

Penal. Processo Penal. Apropriação Indébita Previdenciária. Art. 168-A, § 1º, Inc. I, do Código Penal. Inexigibilidade de Conduta Diversa. Absolvição. 1. *É pacífico nesta Corte o entendimento de que configura exclusão da culpabilidade, no crime de apropriação indébita previdenciária, a ocorrência de dificuldades financeiras muito graves que impeçam o adimplemento da obrigação para com a Previdência Social.* 2. *Para que as dificuldades financeiras possam configurar inexigibilidade de conduta diversa, é necessário que a defesa demonstre cabalmente a impossibilidade econômica de realizar o repasse da contribuição previdenciária recolhida, no prazo e forma legal ou convencional, bem como o esgotamento de todos os meios necessários para efetivar essa obrigação.* (Tribunal Federal Regional da 4ª Região, Apelação Criminal n. 2005.72.02.005241-1/SC, Rel. Des. Fed. Márcio Antônio Rocha, j. em 21.09.2010)

¹⁰ JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019, p. 472-473.

¹¹ GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, 11 ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Impetus, 2009, p. 321.

A análise da situação demonstra que não dá para afirmarmos que o bem jurídico violado seja de menor valia do que o bem jurídico protegido. Não podemos afirmar, de maneira cartesiana, que o empresário, ao agir dessa maneira, em conflito de deveres, sacrificou o bem jurídico de maior ou menor relevância. Ao que parece, o caso não se enquadra no estado de necessidade, pois não havia no momento da conduta um perigo imediato, o que afasta a hipótese do estado de necessidade.

Porém, é evidente que a conduta do agente não é reprovável, o que foi reconhecido pela própria jurisprudência. Esse juízo de reprovabilidade integra o conceito de culpabilidade. Qualquer um que se encontrasse na situação do agente faria o mesmo, ou ao menos não condenaria quem o fizesse. Nesse caso, o agente reflete e faz um juízo de prognose prevendo as consequências distintas que irão advir da apropriação dos recursos que seriam destinados à previdência social e do não pagamento dos salários de seus funcionários, optando pela ação ou omissão que, moralmente, parece-lhe mais justa.

Percebe-se, portanto, que o ideal é diferenciar o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa sob o prisma da contemporaneidade do perigo. Se o perigo é atual e o agente viola um bem para salvar o outro, a hipótese se enquadra na excludente de ilicitude (exemplo dos dois naufragos em que há somente uma tábua de salvação e um mata o outro para salvar sua vida, se não o fizer no momento o bem jurídico, sua vida, perecerá). Já na hipótese de **excludente de culpabilidade**, quando se pratica a conduta típica, não se protege de imediato o bem jurídico, mas sim se projeta para o futuro a sua proteção.

Superada a discussão, parece que a maior parte da doutrina admite a existência de causas supralais de inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido escreve Nucci:

Pode-se admitir, portanto, que em certas situações extremadas, quando não for possível aplicar outras excludentes de culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa seja utilizada para evitar punição injustificada do agente. Convém mencionar, pela importância que o tema exige, o ensinamento de Assis Toledo: “A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislativos, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralais, dirigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito”¹².

Independentemente da concepção adotada, seja a proporcionalidade do bem jurídico violado e daquele protegido pela conduta ou a imediatidade do perigo, o fundamento da absolvição em razão da causa supralais de inexigibilidade de

¹² NUCCI, Guilherme de Souza, *Curso de Direito Penal – Parte Geral* (Arts. 1º a 120), 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 554-555.

conduta diversa não se encontra no direito posto, mas sim em um direito natural que já era explicado por Tomás de Aquino, tema do qual iremos nos ocupar agora.

4 A RELAÇÃO CONCEITUAL ENTRE A CAUSA SUPRALEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E A EPIQUEIA

A “Suma Teológica”, escrita por Tomás de Aquino entre os anos de 1265 e 1273¹³, representa, de fato, sua principal obra e tem como objetivo conciliar a fé cristã e os ensinamentos da razão, em especial os ensinamentos do Estagirita Aristóteles. Esse método de pensamento que concilia o cristianismo com a filosofia dos gregos antigos se convencionou chamar escolástica¹⁴.

Essa obra é dividida em três partes: a primeira trata de Deus e o trino de Deus como princípio das criaturas; a segunda trata da Ética e subdivide-se em outras duas, sendo que a primeira subparte versa sobre a definição de virtudes e vícios, a graça e o pecado, e a segunda subparte traz as virtudes e os mandamentos de modo concreto; por fim, a terceira parte discorre sobre a cristologia, mariologia e o sacramento.

O tema importante para análise da tese aqui apresentada encontra-se na segunda subdivisão da segunda parte. No presente trabalho é imperioso analisar, das quatro virtudes cardeais de Tomás de Aquino (Prudência, Justiça, Fortaleza e Temperança), apenas as virtudes da Prudência e da Justiça.

A prudência é a mãe das virtudes, sendo ela que guia as demais virtudes, representando a diretriz fundamental do pensamento de Tomás de Aquino. Antes, porém, é importante ressaltar que houve uma mudança semântica no termo prudência, sendo hoje por vezes encarada como algo negativo (conotação de uma pessoa que fica em cima do muro ou que demora para agir). Na visão do filósofo, Prudência é a

¹³ Edições Loyola, 5ª edição, 2001.

¹⁴ A Universidade de Salamanca (1218) foi fundamental para a consolidação do estudo de São Tomás de Aquino, motivo pelo qual a concessão de Capelo é realizada na cerimônia de mesmo nome. Alonso Fernandes de Madrigal, conhecido como “el Tostado” foi um dos primeiros a realizar exegese acadêmica da Suma Tomista. “*Frente a las controversias teológicas y escolásticas, durante el siglo XV se rebusteció una corriente de fundamentación en Las Escrituras como “corpus” de apoyo para la reflexión teológica. Existía una convicción de que en la Escritura no existía error, por estar directamente inspirada por el Espíritu Santo y constituía, por ello, la fuente más segura. De estas ideas participa el Tostado. (...) El Tostado presenta un “talante a la vez tardo-medieval y prehumanista”*”. Nos encontramos com um aristotélico tomista, de mente y expresión formal acomodada a las convenciones y moldes académicos. Bezares, Luis E. Rodrigues – San Pedro. La Univesidad de Salamanca del Medievo al Renacimiento. Salamanca, Universidad Salamanca, 2018, p. 53.

virtude de tomar decisões de maneira sábia – *recta ratio agibilium*, em livre tradução seria a *reta razão de agir*.

Na questão 47, intitulada “*A prudência considerada em si mesma*”, Tomás de Aquino coloca a prudência como a virtude da faculdade (o emprego do termo é no sentido de potencialidade) de conhecer, e não do apetite, ou seja, ela entra no plano da razão, e não no âmbito do conhecimento sensível. A prudência é uma virtude ligada à razão prática, e não à razão especulativa – sem ela a reta razão direcionada ao agir se manifesta no plano fático e não meramente teórico.

A prudência deve conhecer não só os princípios universais da razão, como também os singulares sobre os quais versam as ações. Ela utiliza juízos universais para casos particulares.

Para Tomás de Aquino, assim como para Aristóteles, os vícios e as virtudes são hábitos, sejam eles bons ou maus, sendo o hábito uma qualidade adquirida de uma potência operativa que se dispõe a realizar com facilidade uma operação. Nesse sentido, o homem justo é aquele que habitualmente pratica atos de justiça, o homem misericordioso é o que pratica atos de misericórdia.

A prudência possui o caráter de virtude intelectual e moral. Para a primeira, o indivíduo deve saber agir bem, e para a segunda, deve ter vontade de agir bem. Portanto, a prudência associa a razão com as virtudes morais, sendo meio para atingir um fim, que é agir bem.

Para comandar a ação humana em direção ao bem, a prudência é composta de três atos: Aconselhar – não no sentido de dar conselhos a outrem, mas sim de descobrir ou analisar as possibilidades; Julgar – avaliar o que se descobriu, sendo ato da razão especulativa, e escolher a melhor solução; Agir – trazer essa análise para o plano fático. Dentro desse exercício de aconselhar, julgar e agir, a solicitude integra a prudência, isso porque, ao aconselhar e julgar, deve haver uma diligência ou mesmo uma análise profunda para que o sujeito possa agir rapidamente quando chegar à conclusão.

A prudência se destina não só ao governo de si próprio, mas também ao governo da coletividade, sendo que o objetivo da prudência é atingir o bem comum ao agir. Logo, a prudência destina-se aos governantes e aos súditos.

A prudência pode apresentar três sentidos: i) falsa prudência – aquela cuja finalidade não é boa, por exemplo, ladrões prudentes sabem encontrar os meios certos para roubar; ii) prudência verdadeira, porém imperfeita – é verdadeira pois visa atingir um fim bom, mas sua finalidade não é o bem comum, mas sim o particular, o que a torna imperfeita; iii) prudência verdadeira e perfeita, pois, além de passar pelas três etapas (conselho, juízo e o agir), não visa um fim particular, mas sim o bem comum.

A prudência não está naturalmente em nós, sendo ela uma virtude intelectual, exige aprendizado através do ensino e da experiência. Como coloca Tomás de Aquino, quem age bem por instinto são os seres perfeitos ou celestiais, o ser humano, para agir corretamente, deve ter prudência.

Na questão 48, intitulada “*As partes da prudência*”, o filósofo apresenta o recorte metodológico ao analisar a prudência em três partes: i) parte integral, que versa sobre os fatores que concorrem para a plenitude da potência, a saber, razão, memória, inteligência, docilidade e sagacidade, os quais, na visão de Tomás de

Aquino, integram a Dimensão Cognoscitiva, e providência, circunspecção e prevenção, esses integrantes da Dimensão Comando; ii) parte subjetiva, que são as pessoas ou grupos a que se destina a prudência; iii) parte potencial, que são virtudes anexas à prudência que se referem ao conselho e ao juízo – *euboulía*, *synesis* e *gnome*.

Já na questão 49, intitulada “As partes integrais da prudência”, o autor começa a discorrer sobre a memória. A virtude intelectual é gerada e desenvolvida pela experiência e pelo tempo, sendo que da prudência são necessárias muitas lembranças. A memória utiliza do passado (experiências pretéritas) e ajuda a desenvolver o raciocínio (razão). A memória decorre da técnica, e não só da natureza. O ser humano desenvolve a memória através de associações por semelhanças adequadas para aquilo que se quer recordar. Exemplo: a criança que coloca o dedo na tomada aprenderá que não mais pode fazê-lo, pois se recordará da dor. É necessário organizar e dispor em ordem tudo aquilo que se quer lembrar, havendo uma associação de lembranças por encadeamento, tendo o homem solicitude e afeto para com aquilo que quer recordar. Para que essa se consolide no indivíduo, este precisa fazer reflexões, preservando a memória.

Em seguida, Tomás de Aquino trata da inteligência, vista como sinônimo de capacidade intelectual. Sendo a prudência a reta razão aplicada ao agir, é necessário que todo processo decorra da inteligência. Ao partir do conhecimento universal para o caso particular, o sujeito deve conhecer o primeiro. Portanto, é necessária a inteligência para conhecer a premissa maior (abstrata) e identificar, na prática, a sua incidência (aplicação ao caso concreto).

Na sequência, ainda como partes integrantes da prudência, Tomás de Aquino discorre sobre a docilidade, a sagacidade, a razão, a providência, a circunspecção e a prevenção. A docilidade é a abertura para apreender, abandonando a autossuficiência e a arrogância. Nesse sentido, o filósofo italiano deixa claro que pessoas que se julgam autossuficientes jamais poderão ser prudentes, uma vez que julgam ter todo o conhecimento e não precisam mais aconselhar-se.

A sagacidade, por seu turno, é a disposição de apreender por si mesmo de maneira rápida, sendo hábito pelo qual rapidamente se encontra a solução. Perceba que tanto a docilidade como a sagacidade estão ligadas ao aprendizado, porém a primeira refere-se ao aprendizado com os outros e a segunda, a aprender consigo.

Já a razão é empregada no sentido de raciocinar bem. Para seu desenvolvimento, não basta o intelecto, sendo também necessária uma razão demonstrativa que está em constante mutação. Os seres celestiais não agem por meio da razão, mas sim pela intuição, pois são seres puros e perfeitos. O raciocínio é inerente aos seres imperfeitos, que devem refletir antes de agir de maneira adequada.

A **providência** é a capacidade de antever situações, sendo para Tomás de Aquino a principal parte da prudência. Alerta o filósofo italiano que, apesar de ser a principal característica da prudência, esta não se confunde com aquela. A **providência** prevê situações e antecipa as consequências, permitindo que o ser humano atue com retidão aplicando o conselho, o juízo e o comando. Portanto, a providência é parte da prudência, e não o seu todo.

A circunspecção, por sua vez, é a cautela de observar todas as circunstâncias antes de agir. A circunspecção é necessária para a prudência, para que se avalie o que conduz ao fim em função das circunstâncias.

Por último, temos a prevenção, que, nas palavras de Tomás de Aquino, é acolher o bem evitando o mal. Ao exercer a prudência, o ser humano pode se preparar para as adversidades do acaso e diminuir os danos.

Quanto à questão 50, intitulada “As partes subjetivas da prudência”, o filósofo italiano identifica quatro espécies: i) a prudência de reinar – relacionada a dirigir e mandar, ou seja, incide no ato de governar; ii) a prudência política – ao definir essa forma de prudência, Tomás de Aquino escreve que o homem age pelo livre-arbítrio, escolhendo ao agir, por isso os servos devem agir com retidão, obedecendo às leis e respeitando o governante, como o governante deve dirigir os súditos de maneira reta, buscando o bem comum; iii) a prudência doméstica – a família ocupa lugar no singular (a família é composta por indivíduos) e no coletivo (a família integra a sociedade), assim a prudência deve incidir no agir familiar; iv) prudência militar – existem fatores externos que ameaçam a sociedade, logo, deve haver prudência militar para a proteção do bem comum e das ameaças externas.

A questão de maior interesse para o nosso estudo é a questão 51, “As partes potenciais da prudência”, pois é ela que se relaciona a uma das características da justiça em Tomás de Aquino que é a epiqueia. Porém, convém explicar as partes potenciais da prudência. A primeira delas é a eubolia que é aconselhar bem, ou seja, dar bons conselhos. A eubolia é uma virtude distinta da prudência, haja vista que esta visa agir bem, enquanto aquela visa aconselhar-se bem (deliberando entre dúvidas e argumentos). Essa conclusão é expressa no art. 2 dessa questão quando diz: “*A função da prudência é comandar. Ora, isso não convém à eubolia. Portanto, a eubolia é uma virtude distinta da prudência.*”

A segunda característica é a sunesys, que significa julgar bem ou, em outras palavras, proferir um juízo reto segundo as leis. Essa boa disposição da capacidade cognitiva se dará de dois modos: possuindo concepções verdadeiras e retas (moral) e, segundo, boa disposição da vontade (boa intenção).

A última das potencialidades da prudência é a *gnóme*, que significa julgar superior às regras comuns, seguindo princípios mais elevados que a *synesis*, exigindo maior perspicácia de juízo. Como coloca Tomás de Aquino, a *gnóme* assemelha-se a uma característica da justiça que é a epiqueia.

Para Tomás de Aquino, podemos agir de infinitas maneiras. O legislador escolhe dentre essas possibilidades aquela que teoricamente seria a mais justa e adequada, atingindo o bem comum, porém, em determinados casos, agir conforme a lei atenta contra a equidade da justiça e contra o bem comum. O ser que age com a virtude da *gnóme* segue um espírito de justiça superior e atinge o bem comum, mesmo que sua conduta viole a lei (é o que definimos hoje como equidade).

Essa última potencialidade da prudência está intimamente ligada a uma das virtudes anexas à justiça que é a epiqueia (explicada na questão 120, II – II). Tomás de Aquino, primeiramente, como de costume na sua obra, coloca as objeções à epiqueia, citando Agostinho, que discorda ser a epiqueia uma virtude. Em seguida, Tomás de Aquino explica a epiqueia com uma exemplificação (questão 120, art. 1º, solução):

– Como dissemos, quando tratamos das leis, os atos humanos, que as leis devem regular, são particulares e contingentes e podem variar ao infinito. Por isso, não é possível instituir nenhuma lei que abranja todos os casos; mas, os legisladores

legislam tendo em vista o que sucede mais frequentemente. Contudo, é contra a igualdade da justiça e contra o bem comum, que a lei visa observá-la em certos casos determinados. Assim, a lei determina que os depósitos sejam restituídos, porque tal é justo na maioria dos casos; mas, pode acontecer que seja nocivo, num caso dado. Por exemplo, se um louco, que deu em depósito uma espada, a exija no acesso da loucura; ou se alguém exija o depósito para lutar contra a pátria. Nesses casos e em outros semelhantes é mau observar a lei estabelecida; ao contrário, é bom, pondo de parte as suas palavras, seguir o que pede a ideia da justiça e da utilidade comum. E a isso se ordena a epiqueia, a que nós chamados equidade. Por onde é claro que a epiqueia é uma virtude.

A epiqueia, que se assemelha ao termo equidade, manifesta-se quando a melhor escolha a ser feita para atingir o bem comum é desrespeitar a lei positivada. Como destacado inicialmente no presente trabalho, Tomás de Aquino já colocava a impossibilidade de a lei positivada atingir a todos os casos de maneira justa. Assim, defende o filósofo que, quando a lei se mostrar, no caso concreto, injusta, deverá o julgador ignorá-la. E, como bem coloca Tomás de Aquino, a não obediência à lei escrita pode, no caso concreto, representar justiça (questão 120, art. 2º, solução):

Como dissemos, toda virtude tem três partes: a subjetiva, a integrante e a potencial. A parte subjetiva é à que essencialmente é atribuído o todo, e é menos do que ele. O que pode dar-se de dois modos. Assim, às vezes a vários sujeitos se faz uma atribuição, segundo uma mesma noção, como no caso de animal ser predicado do cavalo e do boi. Outras vezes, a predicação é feita primariamente de um, e secundariamente, de outro, como quando ente o é, da substância e do acidente. Por onde, a epiqueia faz parte da justiça geralmente considerada e é uma certa justiça, como diz o Filósofo. Portanto, é claro que a epiqueia é parte subjetiva da justiça. E a ela se atribui a justiça antes de se atribuir à justiça legal; pois, a justiça: legal é dirigida pela epiqueia. Por onde, a epiqueia é uma como regra superior dos atos humanos.

A leitura do presente capítulo, associada à leitura do restante do conteúdo do presente trabalho, permite concluir que a causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa é uma hipótese de epiqueia na visão tomasiana. Logo, como o filósofo considera a epiqueia como integrante da justiça, essa causa exculpante não prevista em lei também integra o conceito de justiça.

Nada há, desta forma, de novo, na afirmativa de que a norma penal deve ser integrada pela moral, especialmente como causa de excludente de condutas que estão de acordo com a média de comportamento social, em nada diferindo, ontologicamente, a norma penal enquanto *ultima ratio* de proteção social, a conduta moral e a tradição canônica. Confirma-se Maciver and Page em suas magistrais alocações no campo da Sociologia:

Religion and morals are very closely interwoven. If we are to draw a proper distinction between them it must be in terms of the authority and sanction attached to their respective prescriptions rather than in terms of the contents of the codes themselves. (Religião e moral estão intimamente ligadas. Se quisermos fazer uma distinção adequada entre eles, ela deve ser em termos da autoridade e da sanção anexada às suas respectivas prescrições, e em termos do conteúdo dos próprios códigos). Nossa livre tradução¹⁵.

Aliás, a percepção de Justiça Tomista, nascida no medievo acabou por formatar a tradição ocidental da filosofia jurídica, sendo exemplo contemporâneo a visão de John Rawl:

em qualquer caso, é obviamente impossível elaborar uma teoria substantiva da justiça fundamentada apenas em verdade da lógica e em definições. A teoria moral deve estar livre para empregar suposições contingentes e fatos gerais, conforma lhe aprouver. Não há outro meio de analisar nossos juízos ponderados em equilíbrio reflexivo. Esta é a concepção do objeto da teoria moral adotada pela maioria dos autores ingleses até Sidgwick.

“26” Creio que essa perspectiva remonta em seus pontos essenciais ao método de Aristóteles na Ética a Nicômaco. Ver W.F.R. Hardie, Aristotle’s Ethics Theory, Cap. III. Esp. Pp. 37-45¹⁶.

5 CONCLUSÃO

Diante de fontes clássicas como Aristóteles e Tomás de Aquino, é possível encontrar soluções para questões atuais de justiça. O operador do Direito do sistema *civil law* é condicionado a procurar como fonte normativa somente a lei. Porém, como foi analisado, essa questão secular entre o jusnaturalismo e o positivismo já possui solução.

Mesmo não havendo previsão legal de situações que excluam a responsabilidade penal do agente, deve o julgador, baseado em pensamentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais, afastar a tutela penal do caso concreto. Esse aspecto da justiça, denominado por Tomás de Aquino de epiqueia, é um senso transcendental (*gnome*), que ultrapassa a lei positivada, no fim de atingir o senso de justiça.

No exemplo dado por Tomás de Aquino do depositário que se nega a devolver a espada para o seu dono, pois sabe que este realizará um massacre, o depositário atualmente não responderia pelo delito de apropriação indébita, pois no caso, além de agir com prudência e justiça, estaria abarcado pela causa suprallegal de inexistência de conduta diversa.

¹⁵ MACIVER, Robert. M et PAGE, Charles H. *Society. An Introductory Analysis*, London, MacMillan & Co LTD, 1964, p. 168.

¹⁶ RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 61.

Torna-se fascinante perceber que já na Antiguidade clássica e na Idade Média questões tão relevantes nos dias de hoje já eram amplamente discutidas, com soluções tão sábias e, principalmente, justas.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES, *Ética à Nicômaco*, 4ª ed., São Paulo, Edipro, 2014.
- BERGEL, Jean-Louis, *Teoria Geral do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- BEZARES, Luis E. Rodrigues, *San Pedro, La Univesidad de Salamanca del Medievo al Renacimiento*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2018.
- BITTAR, E. C. B., “Direito e Justiça em São Tomás de Aquino”, *Revista da Faculdade de Direito*, v. 93, 1998, pp. 339-359, disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67407>>.
- GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, 11ed., v. 1, Rio de Janeiro, Impetus, 2009.
- JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019.
- MACLIVER, Robert. M et PAGE, Charles H. *Society. An Introductory Analysis*. London, MacMillan & Co LTD, 1964
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Curso de Direito Penal – Parte Geral (Arts. 1º a 120)*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019.
- OLIVEIRA, Ana Carlina Carlos de, “Moral, imoralidades e bem jurídico no Direito Penal sexual: o delito de ato obsceno”, *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 5, n. 9, 2013, pp. 199-222, disponível em:
<<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/26>>
.
- RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2008.
- ROXIN, Claus, *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v. 1, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.