



Eugênio Pacelli
André Callegari



CURSO DE
**DIREITO
PENAL**

Parte Geral



9^a
edição

revista e
atualizada

2026



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



postulados e princípios poderá redundar no afastamento do tipo ao *caso concreto* (atipicidade da conduta) ou na *invalidade* da norma penal (parcial ou integralmente).

No entanto, a nosso aviso, ao menos do ponto de vista da *práxis*, parece-nos mais seguro e prudente afastar a possibilidade de interpretações excludentes da proibição legal – quando *constitucionalmente válida*, repita-se! – tendo em vista e em consideração o caráter *objetivo e genérico* dos comandos legislativos. Ou bem a norma proibitiva é *inválida* e não haverá necessidade de se discutir a relevância de um motivo para afastar a sua aplicação a um caso concreto, ou, de outra sorte, é ela *válida*, impondo-se *abstratamente* a todos.

Mas isso não significa que ela deverá ser aplicada em todos os *casos concretos*. Uma coisa é a validade *abstrata* da norma; outra, o âmbito de sua aplicação ou de sua concretização. Em outras palavras: Não há casuística legal que dê conta da complexidade das relações e interações humanas.

Assim, pensamos que o afastamento da norma penal, quando se puder entender *essencialmente relevante* o motivo justificador do comportamento previsto em um tipo penal, deverá ser feito apenas excepcionalmente, em atenção especial às peculiaridades de cada caso concreto, e, sobretudo, em consideração à posição do agente diante do contexto de sua ação. De modo mais claro: no âmbito da *culpabilidade*, de modo a entender-se inexigível o comportamento, *em face das condições* (pessoais, motivacionais, culturais etc.), que fundamentaram a ação típica e vedada em lei.

Um exemplo: a gravação ambiental de comunicação entre terceiros constitui fato *ilícito*, ainda quando não prevista a sua punição no âmbito do Direito Penal, tal como ocorre com a interceptação telefônica (Lei 9.296/96). No entanto, supondo-se que a razão da gravação tenha sido motivada unicamente a fim de obtenção de prova que demonstre a *existência de direito subjetivo* do agente em face de um dos interlocutores, será perfeitamente possível o afastamento de eventual responsabilidade civil daquele que promoveu a gravação, por *inexigibilidade de conduta diversa*, a ser constatada *naquele caso concreto*. Pensamos, aliás, desde que presentes outras circunstâncias e justificativas, até mesmo a interceptação telefônica realizada *pelas mesmas razões* poderá afastar a punição penal, se comprovado, por exemplo, ser aquele o único meio de prova disponível e a ciência prévia do agente quanto ao conteúdo da conversação que seria realizada.

XVIII CULPABILIDADE

1 Conceito

Aspecto material. A culpabilidade consiste na reprovabilidade do sujeito, pelo injusto praticado, que se fundamenta na exigibilidade de que ele tivesse atuado de outro modo, é dizer, segundo as exigências do ordenamento jurídico, observando o comando da norma penal incriminadora. A culpabilidade requer a “normalidade” do sujeito

(imputabilidade), a acessibilidade da norma a ele (potencial consciência da ilicitude), e a relativa normalidade da situação em que atua (exigibilidade de conduta diversa). Por isso, em primeiro lugar, pressupõe um determinado desenvolvimento ou maturidade, além de determinadas condições de saúde biopsíquicas, que permitam ao sujeito conhecer a licitude ou ilicitude de suas ações ou omissões e agir conforme a esse conhecimento.⁴⁴⁵ Se um sujeito imputável, a quem a norma era acessível, decide se comportar contrariamente ao seu comando, em uma situação na qual seria razoável esperar um comportamento distinto, pode-se valorar negativamente a orientação da formação da vontade do sujeito, e por isso o injusto cometido por ele deve ser reprovado. Assim, culpabilidade é a reprovação da formação de vontade que se concretiza no injusto.⁴⁴⁶

De acordo com a estrutura da teoria do delito, necessário que se reprove somente um fato típico e antijurídico, portanto, a culpabilidade, como juízo de reprovação à conduta, pressupõe a realização de um fato previsto na lei como crime (tipicidade), não justificado pelas circunstâncias concretas da conduta (causas de exclusão da antijuridicidade). Verificando-se que o fato encontra previsão legal como crime e não está autorizado, então cabe avaliar a sua reprovabilidade ao autor ou partícipe, como último requisito para afirmar-lhe a punibilidade.

É claro que a culpabilidade está fundada na possibilidade do homem, de acordo com o seu livre arbítrio, poder optar pelo caminho correto. Por livre arbítrio, entende-se uma atribuição normativa, fundada na autonomia que o direito confere a cada indivíduo, por sua dignidade de pessoa humana. Portanto, independentemente de considerações ontológicas sobre o que determina (ou não) a vontade do sujeito, fala-se em autodeterminação sempre que a formação da vontade, manifestada na ação, não tenha sido comprometida por um transtorno ou deficiência mental do sujeito, pela falta do discernimento (nos casos de erro), ou por constrangimentos externos (como a coação, o medo, ou situações de necessidade exculpante). Por isso, assinala Wessels que o fundamento do princípio da culpabilidade e responsabilidade é constituído pela capacidade do homem, de se decidir livre e corretamente entre o Direito e o injusto. Só quando exista a liberdade de decisão é que terá sentido se impor uma censura de culpabilidade contra o agente.⁴⁴⁷

2 Teorias da culpabilidade

2.1 Concepção psicológica da culpabilidade

O conceito causal-naturalista do delito de Von Liszt e Beling (o chamado “conceito clássico de delito”) supôs uma concepção psicológica de culpabilidade: a

⁴⁴⁵ CEREZO MIR, José. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000. p. 47.

⁴⁴⁶ JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho penal*. Parte general, op. cit., p. 364. No mesmo sentido, WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, op. cit., p. 167; WESSELS, Johannes. *Direito penal*, op. cit., p. 83.

⁴⁴⁷ WESSELS, Johannes, op. cit., p. 83.

culpabilidade como relação psicológica entre o fato e seu autor.⁴⁴⁸ O ambiente positivista do fim do século passado moldou-se numa construção da teoria do delito cindida entre a *parte externa* e a *parte interna* ao agente. Aquela, centralizada na noção de causalidade, definia o fato ilícito, enquanto a parte interna diria respeito exclusivamente à reprovabilidade do fato ao agente, isto é; à culpabilidade.⁴⁴⁹ HANS WELZEL, também se referindo a essa concepção inicial da dogmática moderna do Direito Penal, destaca que todo o campo objetivo-externo do delito foi atribuído à antijuridicidade, enquanto o campo subjetivo-interno à culpabilidade.⁴⁵⁰

A culpabilidade, então, se apresentava como o conjunto de elementos subjetivos do fato. Por outra parte, assim como o injusto, que era definido a partir do conceito de causalidade, como causação de um estado lesivo, a culpabilidade se concebia como uma relação de causalidade psíquica, como o nexo que explica o resultado como produto da mente do sujeito. O dolo e a culpa são vistos como as duas formas possíveis desta conexão psíquica, entre o autor e seu fato.⁴⁵¹ O delito aparece, pois, como o resultado de uma dupla vinculação causal: a relação de *causalidade material*, que dá lugar à antijuridicidade, e a conexão de *causalidade psíquica*, em que consiste a culpabilidade.⁴⁵²

Nesta concepção, o dolo e a culpa não só pertencem à culpabilidade: são as duas classes ou espécies do gênero culpabilidade. Não são formas da culpabilidade, porque são a culpabilidade mesma em uma ou outra de suas possíveis espécies. Assim, o vínculo de vontade que representa o dolo não constitui somente um requisito da culpabilidade, senão que é a culpabilidade específica do delito doloso. É, mais concretamente, a espécie mais perfeita de culpabilidade, porque supõe a relação psíquica completa entre o fato e seu autor. Como pressuposto da culpabilidade exige-se a imputabilidade.⁴⁵³

2.1.1 Críticas

a) *Delitos culposos*. Não há como explicar, em termos psicológicos, a relação do agente com o fato, nos delitos culposos. De imediato, na *culpa inconsciente* se deu o

⁴⁴⁸ Ver STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*. Parte general, I. Traducción de Gladys Romero. Madri: Edersa, 1982. p. 163; JAKOBS, Günther. *Derecho penal*, op. cit., p. 568 e ss; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997. p. 794.

⁴⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, op. cit., p. 531-532. Ver a evolução em ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. op. cit., p. 794 e ss.

⁴⁵⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 150.

⁴⁵¹ WESSELS, Johannes, op. cit., p. 86-87, assinala que a concepção psicológica centra-se na relação mental-subjetiva do autor para com o fato e vê o dolo e a culpa como “formas de culpabilidade”. No mesmo sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. v. 2, p. 313.

⁴⁵² MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 532.

⁴⁵³ Idem, *ibidem*.

primeiro choque problemático com o conceito psicológico de culpabilidade,⁴⁵⁴ pois não existe nenhuma conexão psíquica entre o autor e a lesão,⁴⁵⁵ posto que se caracteriza por falta de representação de sua possibilidade (desconhecimento do perigo). Na culpa consciente, tentava-se explicar seu caráter psicológico, com base na previsão do resultado, imprudentemente desconsiderado. Por extensão, toda a imprudência define-se em função da *previsibilidade*. Trata-se de um conceito relacionado com o psicológico, e daí sua aceitação na concepção psicológica da culpabilidade; mas que em realidade não descreve nenhuma relação psíquica efetiva, senão somente a sua possibilidade, objetivamente considerada.⁴⁵⁶

b) Por outra parte, não bastam nem a previsibilidade nem a previsão da lesão para que a imprudência exista: o único decisivo é que se infrinja o *dever de cuidado*, o qual não obriga a evitar toda conduta previsivelmente lesiva. Assim, o tráfego de veículos é uma fonte previsível de lesões e, entretanto, não se encontra proibido. Em realidade, praticamente toda lesão é teoricamente “previsível” que pode suceder, o que ocorre é que somente temos o dever de prever as lesões com cuja possibilidade normalmente contamos, e em função das quais se estabelecem os deveres de cuidado, idôneos a evitá-las. A imprudência não consiste, pois, em algo psicológico, mas sim em algo *normativo*: na infração da norma de cuidado, dirigida a evitar ou minorar as chances de um resultado ofensivo previsível.⁴⁵⁷

2.2 Concepção psicológico-normativa da culpabilidade

Pretende integrar a totalidade dos componentes psíquicos do fato num conceito material superior, que deve possibilitar uma valoração da face interna do fato, incorporando as condições de reprovabilidade da vontade manifestada na conduta, seja ao nível do dolo, seja no nível da culpa. Frank deu o primeiro passo nessa direção,⁴⁵⁸ observando que a concepção psicológica da culpabilidade, além de outros problemas, não explicava o estado de necessidade exculpante, pois, se a culpabilidade se constitui em dolo e culpa apenas, não há como se entender a exclusão da culpabilidade pelo estado de necessidade, considerando-se que o agente atua nesse caso consciente do que realiza.⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 150-151.

⁴⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997. p. 795.

⁴⁵⁶ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 532. Também nesse sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madri: Editorial Trotta, 1999. v. 2, p. 313.

⁴⁵⁷ Idem, p. 533.

⁴⁵⁸ SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1992. t. II. p. 17; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madri: Editorial Trotta, 1999. v. 2, p. 314.

⁴⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 795.

Em sua definição, a culpabilidade é um *juízo de valor* sobre uma situação psíquica, apoiado na ordem jurídica. “Culpabilidade é reprovabilidade.” Mais tarde, compreendeu a culpabilidade não mais como mera atribuição subjetiva do injusto ao agente, mas como reprovabilidade do agente por este injusto, fundada na sua responsabilidade pela *vontade da ação*. Dessa maneira resultava possível ordenar convincentemente os elementos da culpabilidade: a *capacidade de culpabilidade* constitui pressuposto da culpabilidade, como condição prévia da formação de uma vontade de ação conforme ao Direito. A própria vontade culpável de ação, que se manifesta no *dolo* (conhecer e querer o fato) e na *culpa* (não conhecer, prever ou evitar, o fato reconhecível ou previsível).

Em síntese, segundo FRANK a culpabilidade seria composta por três elementos: a) normalidade mental do sujeito; b) concreta relação psíquica do sujeito e o fato ou, pelo menos, a possibilidade dessa relação (dolo ou culpa); e c) normalidade das circunstâncias nas quais atua o agente. O conceito de reprovabilidade foi então desenvolvido a fim de servir como laço de união entre esses três elementos.⁴⁶⁰ SEBASTIÁN SOLER sintetiza esses elementos em (a) imputabilidade do sujeito, (b) intenção ou imprudência, (c) normalidade das circunstâncias concomitantes e (d) exigibilidade de outro comportamento⁴⁶¹ (elemento desenvolvido por Freudenthal, conforme a seguir referido).

Como corolário da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, a consciência da antijuridicidade foi incluída majoritariamente no dolo (ao lado do conhecer e querer os elementos do tipo, o dolo envolveria a consciência atual da ilicitude), posto que a vontade da ação não aparece como merecedora de censura no caso do erro invencível de proibição. Freudenthal extraiu a última consequência do conceito normativo da culpabilidade, com o reconhecimento da *inexigibilidade* do comportamento adequado à norma como causa geral de exclusão da pena.

As críticas efetuadas conduziram à substituição da concepção psicológica da culpabilidade por sua *concepção normativa*. Graças à contribuição de Frank, Goldschmidt e Freudenthal, formuladas desde o princípio do século, a culpabilidade passa a entender-se como um juízo de valor: como um *juízo de reprovação* pela realização do fato antijurídico, quando era *exigível* atuar conforme o Direito. Também como infração da “norma de determinação” (ou “de dever”), entendida como imperativo pessoal, contraposta a infração da “norma de valoração” (ou “de direito”), que constituiria o injusto. Isso não significa que o dolo e a culpa não sigam compondo a culpabilidade, senão que deixam de ver-se como “a” culpabilidade (como suas espécies), para passar a constituir elementos necessários, mas não suficientes da culpabilidade. Pode estar presente o dolo e faltar a culpabilidade, o que sucede quando existe uma causa de exculpação, porque então o dolo não é reprovável, em atenção

⁴⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 795.

⁴⁶¹ SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1992. t. II. p. 18.

às circunstâncias concomitantes. Por outra parte, pode estar presente a culpabilidade culposa, sem a necessidade de uma efetiva relação psicológica, como ocorre na culpa inconsciente: o decisivo é que a conduta seja reprovável, e na culpa inconsciente ela o é, porque o sujeito atua sem cumprir o dever de observar o perigo.⁴⁶²

Concebida como *reprovabilidade pela vontade* contrária ao direito, a culpabilidade requer, segundo a concepção normativa originária, ou psicológico-normativa:⁴⁶³

1. *A imputabilidade*, como capacidade de culpabilidade, é dizer, como pressuposto de uma vontade reprovável.
2. *O dolo e a culpa*, como expressões dessa vontade. O conhecimento próprio do dolo (referido aos fatos e à sua significação antijurídica), ou sua possibilidade, na imprudência.
3. *Ausência de causas de exculpação*, circunstâncias excepcionais da ação, que excluiriam a reprovabilidade da vontade, por inexigibilidade de uma decisão conforme o Direito.

2.3 Concepção normativa pura da culpabilidade

Como consequência do transladar da finalidade ao centro do injusto, o finalismo de Welzel retirou o dolo, assim como a infração do dever de cuidado, base da imprudência, de sua tradicional sede na culpabilidade.⁴⁶⁴ Todo o fato, concebido como unidade definida também pelo subjetivo, e não somente sua parte objetiva, passa a compor o conteúdo do injusto, neste novo quadro teórico. *A culpabilidade deixa* de corresponder ou abarcar *à dimensão subjetiva do fato*, para ser exclusivamente reprovabilidade do fato. Deste modo consegue-se abandonar por completo o conteúdo psicológico da culpabilidade e converter a dimensão normativa da culpabilidade, divisada ainda no bojo da doutrina causalista, na própria essência de uma concepção “*puramente normativa*” dessa categoria. Como se havia visto, a anterior concepção normativa não rompeu mais que parcialmente com o psicologismo a que parecia opor-se: a “vontade defeituosa” constituía o centro da culpabilidade. Em troca, para o finalismo, a culpabilidade limita-se a reunir aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta antijurídica. Todo o objeto de reprovação se encontra no injusto (conduta típica e antijurídica). Na culpabilidade, ficam somente as condições que permitem fundamentar a reprovabilidade do injusto, ao seu autor.⁴⁶⁵

Na teoria finalista da ação, dolo e culpa deixam de ser elementos ou requisitos da culpabilidade para integrarem o injusto, como seus elementos constitutivos; fazem parte, assim, do tipo, não da culpabilidade. O dolo e a culpa, assim, não fazem parte

⁴⁶² MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 533-534.

⁴⁶³ Idem, p. 534.

⁴⁶⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 796.

⁴⁶⁵ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 535.

da culpabilidade, eles passam a ser “objeto da valoração” da culpabilidade. Eles integram o tipo e, uma vez ausentes, o fato é atípico.⁴⁶⁶

Concretamente, a culpabilidade, segundo a concepção normativa pura, do finalismo, fica constituída estruturada pelos seguintes elementos:⁴⁶⁷

1. *À imputabilidade*, sob esta denominação, incluem-se aqueles requisitos que se referem à maturidade psíquica e à capacidade do sujeito para se motivar pela norma (idade, saúde mental). É evidente que, se não se têm as faculdades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, pela ameaça de pena, não pode haver culpabilidade.
2. *A possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato* ou potencial consciência da ilicitude. O dolo passa ao injusto somente como “dolo natural”, porque não inclui o conhecimento da proibição (que no causalismo pertence ao dolo, como *dolus malus*). O exame deste aspecto fica para a culpabilidade, já não mais como um conteúdo psicológico de conhecimento efetivo, senão como possibilidade, normativamente determinável, de dito conhecimento. Deve-se comprovar se o sujeito podia conhecer a proibição do fato, enquanto condição de poder adequar a conduta à norma. A falta de dita possibilidade não exclui, pois, o dolo, senão que exclui a culpabilidade (erro de proibição invencível).
3. *Exigibilidade de conduta diversa*. Requer-se, para a reprovabilidade, que nas circunstâncias do fato fosse razoável esperar do sujeito (e nesse sentido exigível) que ele tivesse adotado outra conduta, agindo de acordo com o ordenamento jurídico. A conduta será reprovável sempre que, e desde que, as circunstâncias concretas da prática do injusto não forem excepcionais ao ponto de tornar o comportamento conforme a norma excessivamente oneroso ou difícil, ao ponto de não ser razoável esperá-lo das pessoas em geral e cobrá-lo sob ameaça de pena.

3 Elementos da culpabilidade

3.1 Imputabilidade

O primeiro pressuposto de toda reprovação de culpabilidade é que o autor, no momento do fato, seja capaz de obrar responsavelmente, ou seja, compreender que o fato não está autorizado e determinar-se de acordo com esta compreensão, é dizer, abster-se da realização do fato.⁴⁶⁸ Assinala STRATENWERTH que não é possível determinar a capacidade de culpabilidade (capacidade de imputação) de forma positiva, mas captá-la através da ausência de determinados fundamentos que a excluam.

⁴⁶⁶ Ver GOMES, Luiz Flavio. *Erro de tipo e erro de proibição*, op. cit.

⁴⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

⁴⁶⁸ STRATENWERTH, Günther, ob. cit., p. 165. No mesmo sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 391.

Estes fundamentos são, por um lado, a menoridade e, por outro, as modificações anormais da personalidade ou o déficit da mesma.⁴⁶⁹ No Brasil, em hipóteses excepcionais, ainda fundamentam este déficit a embriaguez acidental (ver infra).

3.1.1 Conceito de imputabilidade

O Código Penal (art. 26, *caput*) oferece um conceito negativo de imputabilidade, ou seja, nos dá a definição da inimputabilidade. Assim, a imputabilidade é a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento, ou seja, são as condições de maturidade e sanidade mental que conferem ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A inimputabilidade, como já dissemos, encontra-se conceituada no art. 26, *caput*, do Código Penal, e consiste na ausência de capacidade de o agente entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento. É claro que esta verificação se dá no momento da prática do fato, pois o legislador pátrio adotou um sistema misto para aferição da inimputabilidade (biopsicológico). Como veremos em seguida, não basta tão somente a doença para que se declare o agente inimputável.

3.1.2 Causas de exclusão da imputabilidade

- a) doença mental;
- b) desenvolvimento mental incompleto ou retardado;
- c) menoridade;
- d) embriaguez acidental completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

3.1.3 Critérios ou sistemas de aferição da inimputabilidade

- a) Sistema biológico: segundo este sistema, a pessoa que apresenta uma anomalia psíquica é sempre inimputável, não se indagando se essa anomalia causou qualquer perturbação que retirou do agente a inteligência e a vontade no momento do fato.
- b) Sistema psicológico: sistema em que se verificam apenas as condições psíquicas do autor no momento do fato, afastada qualquer preocupação a respeito da existência ou não de doença mental ou distúrbio patológico.
- c) Sistema biopsicológico: constituído dos dois primeiros sistemas. Só é inimputável o sujeito que, em consequência da anomalia mental, não possui

⁴⁶⁹ Idem, p. 165.

capacidade de compreender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão. Adotado pelo legislador brasileiro, art. 26, *caput*, CP.⁴⁷⁰

Assim, é necessário que se verifique, em primeiro lugar, se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso negativo, não é inimputável. Em caso positivo, averigua-se se era ele capaz de entender o caráter ilícito do fato, será inimputável se não tiver essa capacidade. Tendo capacidade de entendimento, apura-se se o agente era capaz de determinar-se de acordo com essa consciência. Inexistente a capacidade de determinação, o agente é também inimputável.

Exemplo: a doença mental por si só não é causa de inimputabilidade, é preciso que em decorrência dela o sujeito não possua capacidade de entendimento ou de autodeterminação.

3.1.4 Incapacidade de culpabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado

- a) Doença mental. As noções de doença mental não são propriamente da área do Direito Penal, mas da área médica. Portanto, seguiremos a doutrina estrangeira para conceituarmos algumas doenças ou formas de anormalias psíquicas que podem ficar enquadradas nas hipóteses do art. 26, *caput*, do Código Penal. De acordo com isso, nos casos de doença mental, estariam enquadradas as enfermidades psíquicas, que coincidem na psiquiatria com a noção de psicoses, ou seja, aqui estariam incluídas todas as perturbações patológicas da atividade mental.⁴⁷¹ Assim, nesta classificação incluem-se todas as perturbações do âmbito intelectual ou emocional que escapam do marco das vivências compreensíveis e respondem a uma lesão ou enfermidade do cérebro.⁴⁷² Como exemplo, citam-se as psicoses traumáticas (lesões cerebrais); as psicoses tóxicas; as enfermidades orgânicas cerebrais (epilepsia).
- b) Desenvolvimento mental incompleto. Como o próprio nome diz, trata-se de ausência completa de maturidade em face do desenvolvimento do agente que, segundo alguns critérios, ainda não está completo e, diante disso, falta-lhe a capacidade perfeita de entendimento do caráter ilícito do fato. Aqui se enquadram os menores de 18 anos, de acordo com o art. 27 do Código Penal.
- c) Desenvolvimento mental retardado. Nesses casos, também se encontram algumas doenças mentais como a oligofrenia, a imbecilidade a debilidade

⁴⁷⁰ Conforme JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 395, também foi o critério adotado pelo legislador alemão.

⁴⁷¹ WELZEL, Hans, op. cit., p. 184.

⁴⁷² JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 396.

mental, em geral, perturbações mentais de um grau menor, porém, que também retiram a capacidade de entendimento do agente do momento do fato.

3.1.5 Capacidade de culpabilidade diminuída. Semi-imputabilidade

O art. 26, parágrafo único, do Código Penal prevê a possibilidade de diminuição da pena nos casos em que o agente não for totalmente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento. Como se verifica, o legislador manteve os mesmos requisitos da inimputabilidade, isto é, o da verificação da doença ou anomalia psíquica e o que diz respeito ao tempo (ação ou missão), porém, alterou o requisito da capacidade de entendimento que, neste caso, não precisa ser plena.

De acordo com ROXIN, a imputabilidade ou capacidade de culpabilidade diminuída não é uma forma autônoma de “semi-imputabilidade” que se encontra entre a imputabilidade e a inimputabilidade, mas, um caso de imputabilidade, pois o sujeito é (ainda) capaz de compreender o injusto do fato e de atuar conforme esta compreensão.⁴⁷³ Não obstante, a capacidade de controle é um conceito graduável: à pessoa lhe pode custar mais ou menos poder motivar-se pela norma. Em consequência, quando ainda existe capacidade de controle, mas está substancialmente reduzida, por regra geral diminui a culpabilidade.⁴⁷⁴

Nesse sentido é que o legislador brasileiro, ao prever a semi-imputabilidade no art. 26, parágrafo único, do Código Penal, fez menção expressa à diminuição da pena do caso de capacidade de entendimento reduzida, porque considerou que o agente ainda possui parcialmente a capacidade de entender, apenas há uma diminuição nesta capacidade.

Nessas hipóteses, encontraríamos os portadores de paralisia ou esquizofrênicos leves, as manifestações incipientes de demência senil, as formas leves de epilepsia ou de oligofrenia, as lesões cerebrais com escassas repercussões psíquicas, algumas neuroses etc.⁴⁷⁵

3.1.6 Consequências da inimputabilidade e da semi-imputabilidade

- a) Inimputáveis: art. 97, CP – aplica-se a medida de segurança, com internação (indivíduo condenado à pena de reclusão) ou tratamento ambulatorial, se o crime for apenado com pena de detenção.
- b) Semi-imputáveis: art. 98, CP – diminuição da pena ou substituição por internação ou tratamento ambulatorial, necessitando o condenado de especial tratamento curativo.

⁴⁷³ ROXIN, Claus, op. cit., p. 839.

⁴⁷⁴ Idem, ibidem.

⁴⁷⁵ Idem, ibidem.

3.2 Menoridade – os menores de 18 anos são inimputáveis – art. 27, CP

Art. 27, CP – os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nesse caso, o legislador adotou um critério puramente biológico (idade do autor do fato), não se levando em conta o desenvolvimento mental do menor, ou seja, a sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato. Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade que faz com que o menor seja considerado como tendo desenvolvimento mental incompleto em decorrência de um critério de política criminal.

- a) Tempo da maioridade: dia que o sujeito completa seus 18 anos. Se cometer o crime com 17 anos e 11 meses, é inimputável.
- b) Momento para apreciar a imputabilidade: art. 4º, CP – momento da ação ou omissão.
- c) Crimes permanentes: o menor torna-se penalmente imputável se completa 18 anos antes de cessar a permanência, ou seja, enquanto não cessada a consumação que se prolonga no tempo em decorrência da ação do agente (sequestro, rapto etc.).
- d) Prova da menoridade: através da certidão do registro civil (certidão de nascimento).

3.3 Embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior

3.3.1 Conceito

Embriaguez é a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos, cujos efeitos podem progredir de uma ligeira excitação inicial até o estado de paralisia e coma.

Ou seja, mesmo que normalmente se relacione a embriaguez ao consumo de bebidas alcoólicas, as diversas substâncias que produzem efeitos análogos ao álcool no organismo também são incluídas como capazes de provocar um estado de falta de culpabilidade – inclusive, desenvolvem-se doutrinariamente as fases da embriaguez relacionadas ao álcool, mesmo que outras substâncias possuam fases distintas.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 28, inciso II e parágrafos, limitou-se a estabelecer o estado de embriaguez como causa de isenção ou diminuição da pena (respeitados alguns requisitos apontados a seguir). De maneira diferente, a título exemplificativo, o Código Penal espanhol de 1995 (reformado no ano de 2015), juntamente com a disciplina do estado de embriaguez, estabelece como causa de isenção de responsabilidade criminal a síndrome de abstinência. Ou seja, isenta de

responsabilização aquele que pratica o delito tomado pelos efeitos da abstinência, em razão de sua dependência em determinada substância (igualmente se devendo respeitar outros requisitos).⁴⁷⁶ Disposição semelhante pode ser encontrada no artigo 45 da Lei de Drogas brasileira.⁴⁷⁷

3.3.2 Fases da embriaguez

- a) Incompleta: (fase da excitação) quando há afrouxamento dos freios morais, em que o agente tem ainda consciência, mas torna-se loquaz, desinibido, excitado;
- b) Completa: ocorre quando o agente não possui mais qualquer censura ou freio moral, ocorrendo confusão mental ou falta de coordenação motora, não tendo o agente mais consciência e vontade livre (fase da depressão);
- c) Letárgica: caracteriza-se pelo estado de coma, sono profundo.

3.3.3 Divisão da embriaguez

- a) Voluntária: quando o agente ingere substância alcoólica com a intenção de embriagar-se.
- b) Culposa: quando o sujeito não ingere substância alcoólica com a finalidade de embriagar-se, mas em face do excesso imprudente vem a ficar embriagado.

Estas duas formas não excluem a imputabilidade (art. 28, II, CP).

- c) Acidental decorrente de caso fortuito.

Caso fortuito: ocorre quando o sujeito desconhece o efeito inebriante da substância que ingere, ou quando, desconhecendo uma particular condição fisiológica, ingere substância que possui álcool (ou substância análoga), ficando embriagado.

Exemplo: embriaguez causada por acidente, no caso de pessoa que cai em tonel de aguardente; pessoa que, desconhecendo efeito de medicação que está ingerindo para o sistema nervoso, ingere substância alcóolica, provocando momentânea alteração da consciência.

- d) Acidental decorrente de força maior: há força maior na embriaguez provocada por terceiro, sem responsabilidade do agente.

Exemplo: o agente é forçado a ingerir bebida alcóolica.

⁴⁷⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. v. 2, p. 356-357.

⁴⁷⁷ Lei 11.343/2006, artigo 45. É isento de pena o agente que, **em razão da dependência**, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

3.3.4 *Requisitos para que se verifique a inimputabilidade na embriaguez accidental*

- a) embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior, que a causa da embriaguez, pois, se se tratasse de embriaguez voluntária ou culposa, já não estaríamos falando de isenção de pena;
- b) embriaguez completa, pois deve retirar a capacidade de entendimento do agente no momento do fato;
- c) ao tempo da ação ou omissão;
- d) ausência de capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Consequência: (a) embriaguez completa – art. 28, § 1º, CP – exclui a imputabilidade, isentando o agente de pena.

3.3.5 *Requisitos para que se verifique a redução de pena na embriaguez accidental*

- a) embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior;
- b) embriaguez incompleta;
- c) ao tempo da ação ou omissão;
- d) redução da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Consequência: na embriaguez incompleta – art. 28, § 2º, CP – o agente responde pelo crime com atenuação da pena.

3.4 *Actio libera in causa* (ação livre na causa)

3.4.1 *Explicação*

Existem casos em que o sujeito é inimputável no momento em que realiza o resultado típico e poderiam suscitar dúvidas quanto à culpabilidade do sujeito, mas verifica-se que, no momento anterior em que o sujeito ainda era imputável, estabeleceu, dolosa ou culposamente, uma causa do resultado.⁴⁷⁸

Via de regra, a questão da verificação de se o autor é capaz ou incapaz de culpabilidade se refere ao momento do fato (art. 26, CP, “no momento da ação ou omissão”). A teoria da *actio libera in causa* comporta uma exceção não regulada na lei, ou seja, o momento da verificação da responsabilidade (capacidade de entendimento) é

⁴⁷⁸ ROXIN, Claus, op. cit., p. 850.

transferido para um momento anterior. O comportamento responsável (capacidade de entendimento) deve ser verificado sempre no momento anterior, em que o agente era capaz, e não quando o autor põe em marcha a sua ação que desembocará em um resultado típico em que o agente já perdeu a capacidade de culpabilidade (não possui mais capacidade de entendimento).⁴⁷⁹

Assim, no caso mais simples, o autor suscita, quando ainda é capaz de culpabilidade, a comissão posterior do delito e, antes de levá-lo a cabo, coloca-se em estado de embriaguez para tomar coragem, perdendo total ou parcialmente sua capacidade de culpabilidade. Nesse caso, existe a *actio libera in causa* com dolo direto (sendo indiferente se o autor contou com sua posterior incapacidade de culpabilidade se somente poderia contar com ela). Também é possível que o autor atue com dolo eventual, ou, mesmo contando com o risco de sua conduta, espere que ela não cause nenhum resultado típico (culpa consciente). Nestes casos também haverá a incidência da teoria da *actio libera in causa*, porém, na segunda hipótese, o agente responderá a título de culpa, o que não afasta a sua responsabilidade.⁴⁸⁰

Nos casos de embriaguez preordenada, voluntária ou culposa, não há problema da adoção da teoria da ação livre na causa, pois o agente assumiu o risco de embriagado cometer o crime, ou pelo menos lhe era previsível, fazendo-se então responsável.

Portanto, nos casos em que o agente se coloca em estado de embriaguez e comete um delito, não será isento de pena, aferindo-se a sua responsabilidade no momento em que ele era livre para colocar-se naquele estado. Evidentemente que nem todos os casos conduzirão à hipótese de dolo, pois os casos deverão ser avaliados isoladamente e muitos deles serão de crimes culposos.

A embriaguez preordenada é aquela em que o agente bebe para cometer o crime em estado de embriaguez, ocorre uma circunstância agravante (art. 65, II, I, CP).

3.5 Potencial consciência da ilicitude e erro de proibição – art. 21, CP

Há acordo na doutrina atual em requerer para a presença do delito que o sujeito saiba ou possa saber que seu fato se encontra proibido pela lei. Não basta que quem atua tipicamente conheça a situação típica, pois faz falta, ademais, saber ou poder saber que sua atuação se encontra proibida. É preciso, em outras palavras, o conhecimento, ou sua possibilidade, da antijuridicidade do fato. Quando falta tal conhecimento, fala-se de erro de proibição.⁴⁸¹

No erro de proibição, o autor sabe o que faz tipicamente, mas supõe erroneamente que está permitido.⁴⁸² O erro de proibição recai sobre a consciência da ilicitude do fato, visto que o agente faz um juízo equivocado daquilo que lhe é permitido fazer, ou seja, supõe, erroneamente, que sua conduta não é contrária ao direito. O agente

⁴⁷⁹ Nesse sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 403.

⁴⁸⁰ Nesse sentido, STRATENWERTH, Günther, op. cit., p. 175.

⁴⁸¹ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 553.

⁴⁸² JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 412; WESSELS, Johannes, op. cit., p. 100.

não erra sobre os elementos fundamentais de composição da figura delitiva (erro de tipo), mas a respeito da relação intercorrente entre o seu comportamento e a ordem jurídica na sua globalidade. Cuida-se, portanto, da crença positiva do agente de que sua conduta está autorizada, é permitida, é conforme ao ordenamento.⁴⁸³

3.5.1 Erro e desconhecimento da lei

A primeira parte do art. 21, CP, dispõe que o desconhecimento da lei é inescusável. Tal preceito não se confunde com o erro de proibição, visto que neste o sujeito erra sobre a ilicitude do fato. SILVA FRANCO adverte que ninguém poderá sustentar a ilicitude de seu procedimento, sob o pretexto de que desconhece a norma penal que o proíbe. A validade formal da norma é irrecusável em relação a todos os seus destinatários, não sendo admissível que um só deles a ela se furte, invocando o seu desconhecimento. O erro sobre a ilicitude do fato não se cifra, por sua vez, na ignorância da lei. Dizer que as leis, uma vez editadas e publicadas, adquirem validade formal ou vigência, independentemente de serem conhecidas *em concreto*, é uma afirmação correta, mas que nada tem a ver com o problema da consciência da ilicitude, pois – afirma Eduardo CORRÊA – “do que neste se cura não é da ignorância da lei penal, mas de concreta ausência no agente, e no momento da atuação, da *consciência* da ilicitude de *uma certa conduta*”. “Pratico esta conduta concreta que se ajusta a um tipo penal não porque ignoro ou compreendo mal a lei penal (posso até conhecê-la muito bem), mas, porque não me passa pela cabeça que tal conduta seja algo errado, seja algo condenável, seja algo ‘proibido’. É uma valoração leiga que faço sobre o fato e não sobre a lei.”⁴⁸⁴ Portanto, efetuada a diferença, mais uma vez verifica-se que o erro de proibição não se confunde com a ignorância da lei, e que esta não isenta de pena.

3.5.2 Erro de proibição direto e erro de proibição indireto

a) Erro de proibição direto

Segundo JESCHECK, o erro de proibição direto ocorre quando o autor não contempla a norma proibitiva como tal que se refere diretamente ao fato e, por isso, considere permitida a ação. Este erro pode obedecer a que o autor ignore a norma proibitiva, ou que, ainda conhecendo-a, considere-a sem vigência ou que a interprete equivocadamente e por essa razão a considere não aplicável.⁴⁸⁵ O agente atua na plena convicção, embora errada, de que sua ação não está proibida pela ordem jurídica.

Exemplos: JESCHECK cita o exemplo do jovem campesino que mantém relações sexuais consentidas com uma mulher oligofrênica mas de particular sensibilidade, sem saber da ilicitude do fato, por ignorar, no caso, a presunção legal de

⁴⁸³ SILVA FRANCO, Alberto e outros. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 55.

⁴⁸⁴ Op. cit., p. 54.

⁴⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 412.

violência.⁴⁸⁶ O agente que retira do lar uma jovem de 15 (quinze) anos, com o consentimento desta, mas à revelia do seu responsável, por desconhecer a violação do poder familiar.⁴⁸⁷

b) Erro de proibição indireto

Ocorre o erro de proibição indireto quando o autor, com absoluto conhecimento da proibição, acredite, erroneamente, que no caso concreto concorre uma norma justificante, ou porque desconhece os limites jurídicos de uma causa de justificação reconhecida, ou ainda porque reconhece a seu favor uma causa de justificação não acolhida pelo ordenamento jurídico.⁴⁸⁸ No dizer de MUÑOZ CONDE, o autor sabe que o que faz está proibido em geral, mas acredita que no caso concreto ocorre uma causa de justificação que lhe autoriza, que atua dentro dos limites da mesma ou que se verificam seus pressupostos objetivos.⁴⁸⁹ Essas hipóteses de erro de proibição indireto (erro sobre a existência e erro sobre os limites de uma causa de justificação) acontecem nas descriminantes putativas.

Exemplo: o agente que aplica uma injeção letal em seu cônjuge enfermo, crendo que o pedido deste basta para assegurar a licitude do fato.⁴⁹⁰ O agente que vende o relógio que recebeu para conserto depois de escoar-se o prazo em que o proprietário deveria apanhá-lo, supondo que a lei permite a venda para pagamento dos serviços de reparos; vender mercadoria do empregador para pagar salários atrasados.⁴⁹¹

3.5.3 Consequências do erro de proibição. Erro de proibição inevitável e erro de proibição evitável

Erro inevitável. Ocorre quando o agente comete a infração penal *sem* a consciência da ilicitude do fato e, nas circunstâncias em que praticou a conduta, *sem* a possibilidade de ter ou atingir essa consciência.⁴⁹² É o erro que não pode ser atribuído à negligência ou detenção, ou seja, o erro pelo qual o agente não pode ser reprovado,⁴⁹³ ou seja, que, mesmo com a diligência ordinária, o sujeito erraria. Consequência: isenta de pena, não recaindo sobre o agente o juízo de censura penal.

Erro evitável. Ocorre quando o agente comete a infração penal *sem* a consciência da ilicitude do fato mas, nas circunstâncias em que praticou a conduta, *com* a possibilidade de ter ou atingir essa consciência. É possível ao agente ter ou atingir a consciência da ilicitude mediante o “esforço de sua inteligência”, no meio em que vive, ou informando-se sobre o que faz. Considera-se, assim, inescusável o erro de

⁴⁸⁶ Idem, p. 410.

⁴⁸⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 195.

⁴⁸⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 412-413.

⁴⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 401.

⁴⁹⁰ O exemplo é de Enrique Cury Urzúa, citado por Alberto Silva Franco e outros, op. cit., p. 55.

⁴⁹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 195.

⁴⁹² GOMES, Luiz Flávio, ob. cit., p. 107.

⁴⁹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, 10. ed., op. cit., p. 215.