

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE DIREITO

Camila Motta de Oliveira Lima

**O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A EXCLUSÃO DA
RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE**

Rio de Janeiro
2017

Camila Motta de Oliveira Lima

**O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A EXCLUSÃO DA
RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Thiago Bottino do Amaral

Rio de Janeiro
2017

**O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A EXCLUSÃO DA
RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2017.

Banca Examinadora:

Professor Thiago Bottino do Amaral
(Orientador)

Professor (a)

Professor(a)

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo do princípio da culpabilidade abordando conceitos, funções e limitações dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Esse tema está em constante transformação e, por isso, continua atual. A culpabilidade é o pressuposto para a imputação de uma pena, isto é, o poder punitivo estatal se encontra limitado por ela. É considerado um princípio garantia de que sempre serão analisados três critérios para imputar a pena: imputabilidade, consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa. A não configuração de alguns desses elementos exclui a reprovabilidade do agente conforme será demonstrado no decorrer do estudo.

Palavras-chave: Princípio da Culpabilidade. Direito Penal. Funções. Elementos. Exclusão. Responsabilidade Penal.

ABSTRACT

The present work aims at the study of the principle of guilt approaching concepts, functions and limitations within the Brazilian legal system. This theme is constantly changing and also remains current. Guilt is the presupposition for the imputation of a sentence, the punitive power of the state is limited by it. It is considered a guarantee principle that always will be analyzed three criteria to impute the penalty: imputability, awareness of illegality and unenforceability of different conduct. Failure to configure some of these elements excludes agent liability as will be demonstrated in the course of the study.

Keywords: Principle of Guilt. Criminal Law. Functions. Elements. Exclusion. Criminal Responsibility.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. CONCEPÇÃO E CONCEITOS DE CULPABILIDADE.....	1
2.1. CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO	2
2.2. CULPABILIDADE DE FATO E CULPABILIDADE DE AUTOR.....	5
2.2.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL DA TERCEIRA VELOCIDADE	7
2.3. A CO-CULPABILIDADE	8
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE	10
3.1. CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA DE CULPABILIDADE	10
3.2. CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA-NORMATIVA	12
3.3. CONCEPÇÃO NORMATIVA PURA DE CULPABILIDADE.....	14
3.4. A CULPABILIDADE SEGUNDO O FUNCIONALISMO	16
4. FUNÇÕES E ELEMENTOS DA CULPABILIDADE.....	18
4.1. FUNÇÕES DA CULPABILIDADE.....	18
4.2. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE.....	19
4.2.1. IMPUTABILIDADE	20
4.2.2. POTENCIAL CONSCIENCIA DA ILICITUDE.....	21
4.2.3. EXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA	22
5. CAUSAS EXCLUDENTES DA CULPABILIDADE	24
5.1. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE.....	24
5.1.1. DOENÇA MENTAL	24
5.1.2. DESENVOLVIMENTO MENTAL INCONPLETO OU RETARDADO	28
5.1.2.1. MENORIDADE	28
5.1.2.2. ÍNDIO	31
5.1.3. EMBRIAGUEZ	32
5.1.3.1. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA EM SENTIDO ESTRITO, PREORDENADA E CULPOSA	34
5.1.3.2. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA PREORDENADA	35
5.1.3.3. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA CULPOSA	36
5.1.3.4. EMBRIAGUEZ COMPLETA E FORTUITA.....	37

5.1.4. ERRO DE PROIBIÇÃO.....	38
5.1.5. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL.....	40
5.1.6. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA	42
6. CONCLUSÃO.....	44

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal tem como princípios fundamentais a intervenção mínima e a subsidiariedade. Esse ramo do direito visa proteger os bens jurídicos mais importantes e, além disso, estabelecer sanções. Dessa forma, verifica-se que a sua atuação se reserva a situações em que os demais ramos do direito não conseguem apresentar uma resposta razoável, ou seja, é a *ultima ratio*.

O presente trabalho trata do tema culpabilidade na sociedade moderna. Ao longo do estudo irá ser demonstrado como ocorre a configuração da responsabilidade penal do agente, tendo em vista que existem alguns requisitos para a sua aplicação.

Entende-se a culpabilidade como uma das formas de limitação do direito de punir do Estado, que deve agir dentro das previsões legais. Nesse sentido, diante da prática de um delito, o primeiro passo é analisar se está configurada a culpabilidade do sujeito e o segundo, se não pode ser aplicado ao caso algumas das formas de exclusão da culpabilidade.

A legislação brasileira não trata corretamente do tema, uma vez que não traz conceitos e requisitos bem definidos para a sua utilização. Por isso, o papel da doutrina e jurisprudência se torna fundamental para delimitar o seu campo de incidência.

Com efeito, entende-se por culpabilidade o liame valorativo entre a culpa e a pena. Para se chegar a tal conclusão, será necessário analisar os diversos conceitos utilizados ao longo do tempo, aprofundando-se no conceito adotado pela legislação vigente.

O objetivo do estudo é demonstrar em quais momentos a culpabilidade pode ensejar a responsabilização penal e em quais essa não permite que haja uma punição do indivíduo que praticou um ilícito penal.

2. CONCEPÇÃO E CONCEITOS DE CULPABILIDADE

O termo culpa pode ser aplicado de diferentes formas. Em relação ao direito penal, esse possui três acepções distintas: princípio que impede a reponsabilidade penal objetiva, critério dosador de pena e um dos três elementos do conceito analítico de crime.

Dessa forma, o conceito está sempre associado à ideia de responsabilidade e possui o papel de tornar o agente responsável por sua conduta e, também, pelos seus resultados. Contudo, a ideia de culpabilidade possui forte influência da sociedade em que se vive, já que é essa que transmite ao Estado o dever de punir.

Verifica-se que avaliação de quais condutas tipificadas se dá por meio de um juízo de reprovabilidade que será medido justamente pela culpabilidade. Como consequência, será reprovado aquele que não observar as exigências da sociedade.

Em sua primeira acepção, qual seja, princípio penal, determina-se que uma pessoa somente poderá ser punida se agiu com dolo ou culpa. Em um Estado Democrático de Direito não é possível se admitir a responsabilidade penal objetiva, que possibilita a punição sem culpabilidade. A violação a esse princípio implica na utilização do ser humano pelo Estado como um mero instrumento para a consecução de fins sociais.

Como critério dosador de pena, trata-se de um juízo de reprovação social do comportamento criminoso. Esse está disposto no art. 59 do CP ao tratar da culpabilidade como um dos critérios para se estabelecer o *quantum* da pena.

Segundo doutrina majoritária, a culpabilidade é elemento do conceito analítico de crime, ou seja, crime é fato típico, ilícito e culpável. Nesse conceito, deve ser observada também a reprovabilidade social do ilícito penal.

Portanto, a ideia da culpabilidade está relacionada à causa da pena, ao fundamento da pena e à medida em que essa pena poderá ser aplicada. A seguir, será feito um estudo individual de seus conceitos para que se consiga identificar no caso concreto em que momentos esta poderá ser excluída ou até mesmo flexibilizada.

2.1. CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO

Atualmente percebe-se que o direito penal é frequentemente limitado pelos princípios jurídicos. Isso se deu em virtude do desenvolvimento dos direitos fundamentais e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, que não mais permite a punição do agente sem a sua devida individualização.

Nesse sentido, entende-se que os princípios estão no ordenamento jurídico para limitar o poder estatal, atuando como mecanismos de proteção do indivíduo. Esses acabam por inibir a vingança e as penas sem critérios pré-estabelecidos e legitimados.

O princípio da culpabilidade é conhecido como “*nullum crimen sine culpa*”, isto é, a pena só pode ser fundamentada na reprovação da conduta do agente. Esse princípio impede a responsabilidade penal objetiva, isto é, um indivíduo somente pode ser punido se agiu como dolo ou culpa. Além disso, determina que a reprovação não pode ultrapassar a medida da culpabilidade.

O Direito Penal moderno tem influenciado a ideia de culpabilidade de forma a consagrar uma série de garantias limitadoras do poder de punição estatal. Roxin (1981, p. 108) diz que “a pena assegura a fidelidade da população ao Direito conquanto se determine justamente segundo o Princípio de Culpabilidade, isto é, segundo o grau merecido”.

Observa-se que a principal característica desse princípio é atuar como limitador e isso tem servido como base fundamental da estrutura social moderna. Por isso, diz-se que o princípio se confunde com a própria responsabilidade subjetiva, no sentido de que visa coibir a responsabilização do indivíduo unicamente pela produção do resultado, sendo necessária a vontade (dolo ou culpa) do agente no delito.

Não é mais aceita a busca da verdade real a qualquer custo, já que o princípio da culpabilidade traz a garantia de que se não for verificado no caso concreto a capacidade de se motivar de acordo com a norma penal, pois há uma incapacidade qualquer, não será possível a aplicação de uma sanção.

A ideia de culpa deve ser analisada em seu sentido lato senso e estrito senso. O primeiro é a responsabilidade penal do agente, já o segundo é uma das formas de manifestação da vontade penal (dolo ou culpa).

Partindo dessa diferenciação, para que haja a punição pela prática de um crime, é necessário que esteja caracterizada a sua culpa *lato senso*, que se desdobra em dois elementos: dolo e culpa *estrito senso*. Logo, existe culpa *lato senso* em casos em que houve a intenção, o dolo, ou quando se observar a culpa gerada pela falta de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia).

Sob esse prisma, o agente somente estará habilitado para ser culpado por um crime quando verificada a sua intenção em produzir um resultado ou quando faltar com o cuidado que lhe poderia ser exigido. Agindo sem dolo ou sem culpa, a conduta deverá ser considerada atípica.

A luz dos ensinamentos de Munõz Conde (1988, p. 129):

“não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade”.

Deve ser observado que a culpabilidade gera três consequências materiais: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena (Bittencourt, 2012, p. 51).

O princípio da culpabilidade é protegido pela Constituição em dois momentos. Em um primeiro momento, no art. 5º da Constituição Federal em seu inciso I, que trata do princípio da dignidade da pessoa humana. Em segundo momento, pode ser observado no inciso LVII do mesmo artigo, dentro da ideia do princípio da presunção da inocência.

Tais previsões visam evitar um retorno ao modelo inquisitório de processo penal, que enxergava o indivíduo como um mero objeto. Com o Estado Democrático de direito, esse passou a ser tido como um sujeito de direitos. Um desses direitos é a individualização da pena, garantindo que a responsabilidade penal não irá ultrapassar a medida da culpabilidade.

Com isso, o dever de punir do Estado é limitado e a resposta penal deve ser obrigatoriamente proporcional ao fato cometido. Isso garante o compromisso do direito penal com um “mínimo ético”, que protege o autor de possíveis excessos na intervenção repressiva por parte do Estado.

Deve ficar claro que para o direito penal brasileiro a periculosidade não pode ser posta como um fundamento ao limite da pena. O juízo de reprovabilidade não pode se basear em meros fins de políticas criminais ou de prevenção, devendo analisar apenas a culpabilidade do agente. Nesse contexto, não haveria nenhuma razão para entendê-lo como uma garantia constitucional.

2.2. CULPABILIDADE DE FATO E CULPABILIDADE DE AUTOR

Inicialmente, cumpre ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o direito penal do fato para definir a imposição de pena. Para justificar essa escolha, será necessário traçar as diferenças entre a culpabilidade de fato e a culpabilidade de autor.

Em um Estado Democrático de Direito, impõe-se que o Direito Penal estabeleça previamente um juízo de reprovabilidade das ações, sob pena de ensejar em um juízo de exceção. Contudo, isso não é suficiente. A culpabilidade estabelece que deve ser analisado no caso concreto se o sujeito possuía capacidade de autodeterminação.

Por muito tempo deixou-se de lado a análise do livre-arbítrio como requisito da culpabilidade. Entretanto, esse elemento é fundamental para se impor uma sanção ao agente. Bitencourt (2012, p. 378) afirma em seu livro que: "O livre-arbítrio como fundamento da culpabilidade tem sido o grande vilão na construção moderna do conceito de culpabilidade e, por isso mesmo, é o grande responsável pela sua atual crise."

Entretanto, também foi verificado que o livre-arbítrio absoluto é indemonstrável. Isso porque existem diversos fatores que podem influenciar a vontade do agente. Por isso, passou-se a determinar que a responsabilidade penal deve ser exclusivamente subjetiva, ou seja, só podem ser penalmente responsabilizados aqueles que agiram com dolo ou culpa.

Isso significa a reprovabilidade penal deve se limitar ao grau de capacidade de autodeterminação que o agente possui. Se esse consegue distinguir o justo ou do injusto e se é possível lhe exigir um comportamento conforme o direito.

Ao analisar o princípio da culpabilidade, percebe-se que não é possível se julgar um indivíduo unicamente pelo seu caráter ou do modo de ser. Para estabelecer uma sanção, o direito penal deve sempre julgar seus atos. Com efeito, fica claro que o legislador brasileiro fez a escolha pelo direito penal do fato.

Por outro lado, no direito penal do autor, como seu próprio nome diz, deve-se verificar a necessidade da imposição de uma pena em razão das características do agente. A análise recai sobre

a personalidade do agente que praticou o crime, sendo irrelevante análise do delito por ele realizado.

Para culpabilidade de autor, não interessa saber se o agente agiu com dolo ou culpa, mas apenas o que ocorreu antes desse momento. A reprovabilidade recai sobre a análise de elementos meramente subjetivos. Assim, é fixado um conceito de risco permitido, que é aquele que pode ser tolerado. Porém, ultrapassando esse limite, está configurado o crime, pois ensejou em risco proibido (imputação objetiva).

Nesse sentido, percebe-se o porquê de o ordenamento jurídico brasileiro refutar a responsabilidade penal objetiva. Em um Estado Democrático de Direito, é fundamental a adoção da culpabilidade de fato, pois é apenas essa que se limita a punição ao grau de culpabilidade do autor do fato no caso concreto.

De acordo com as sábias palavras de Assis Toledo (1994, p. 235):

“a culpabilidade recai sobre o agente, sobre o comportamento humano que realiza um fato-crime. Coloca-se a tônica no fato do agente, não no agente do fato. Apoiase esta concepção da culpabilidade na constatação empírica, pragmática, de que o agente, sendo dotado de certa capacidade de compreensão e de escolha, é culpável por um fato ilícito, na medida em que concretiza o injusto, podendo, nas circunstâncias, ter agido de outro modo.”

Dentro desta ótica, E. Raul Zaffaroni (1990, p.610) faz uma crítica:

“A personalidade do homem integra-se com caracteres adquiridos com vivência ou condutas anteriores, mas também com caracteres herdados, isto é, com elementos que provêm de uma carga genética recebida. Uma reprovação da personalidade implica uma reprovação de uma carga genética, isto é, uma reprovação de algo que é absolutamente estranho a qualquer conduta do sujeito”.

Dessa forma, percebe-se que a doutrina mais moderna é defensora da aplicação direito penal do fato. Defende-se que o indivíduo não será considerado culpado de forma genérica, mas somente em relação a um fato ilícito específico e na medida de sua culpabilidade.

Portanto, observa-se que o legislador foi muito coerente ao adotar no Código Penal o modelo da culpabilidade do fato, fazendo com que não seja possível punir com base no caráter ou modo de ser do indivíduo. O direito penal serve para julgar fatos e não pessoas, respeitando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL DA TERCEIRA VELOCIDADE

A Teoria do Direito Penal do Inimigo foi criada pelo professor alemão Günther Jakobs baseando-se em ensinamentos de Fichte, Rousseau, Kant e Hobbes. Ele defende que o Direito Penal tem dois lados: o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo.

A primeira modalidade do Direito Penal é destinada àqueles que cometem crimes graves e que devem ser considerados inimigos da sociedade. Esse direito deve ser mais rigoroso, a fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade.

A segunda modalidade, o direito penal do cidadão, deverá ser aplicada aos demais cidadãos, aquele que respeitam o ordenamento jurídico. Esses cidadãos são passíveis de serem ressocializados e não necessitam de um atuar tão rigoroso.

Conceitua-se como inimigo aquele que não consegue ser reintegrado à vida em sociedade e, por isso, não deve mais considerado como cidadão e gozar de garantias. Esse inimigo não satisfaz às garantias mínimas de comportamento de acordo com as exigências do contrato social e somente a sua exclusão da sociedade serve como solução.

Será inimigo aquele que reincidir na prática delituosa ou que ameaça a existência do Estado. Um grande exemplo dado é o terrorista que é visto com uma verdadeira ameaça a vida em sociedade.

A modalidade do direito penal do inimigo é marcada por uma antecipação da proteção penal, a ausência de redução de pena (penas mais altas) e a relativização ou mesmo supressão de determinadas garantias individuais.

O Direito Penal do Inimigo tem estreita relação com o Direito Penal da Terceira Velocidade. Esse foi trazido pelo autor Silva Sanchez, que estabelece a relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais em determinados casos.

A diferença entre eles consiste no fato de o Direito Penal do Inimigo de Jakobs colocar como característica o abandono duradouro do direito, já o de Sanchez diz que esse deve ocorrer por um período de tempo limitado e em casos excepcionais.

Dessa forma, para Sanchez a sua aplicação somente deve ocorrer em casos que a sociedade voluntariamente renunciar a certas garantias, em troca de uma intensificação da segurança promovida por parte do Estado.

É importante destacar que, embora tais discursos pareçam uma solução milagrosa para a insegurança vivida nas sociedades modernas, ambas não têm encontrado defesa na doutrina, já que acabam levando a existência de um Direito Penal do Autor.

A dignidade da pessoa humana impõe que o Direito Penal considere todos os indivíduos como pessoa. O criminoso não deixa de possuir direitos constitucionais e, por isso, a punição estatal deve sempre estar limitada a esse princípio. Portanto, não há como deixar algumas garantias, já que essas são inseparáveis.

2.3. A CO-CULPABILIDADE

A teoria da co-culpabilidade surgiu como uma hipótese de relativização da responsabilidade criminal. Autores como Zaffaroni e Fernando Galvão defendem a utilização de critérios sociais para diminuir ou até mesmo excluir a reprovabilidade de algumas condutas.

Parte-se da premissa que os indivíduos da sociedade não recebem as mesmas oportunidades. Assim, a culpabilidade não se limita apenas aos elementos da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, deve-se levar em conta também o contexto social em que o agente vive.

Com base nisso, haveria uma mea-culpa da sociedade na formação de determinadas pessoas, já que a falta de condições as levariam a cometerem crimes. Isso porque o Estado deve promover condições mínimas de dignidade.

Diante desse quadro, passou-se a questionar a existência de razoabilidade em se exigir do indivíduo uma atuação conforme o direito quando há claramente uma incompetência por parte do Estado em prover condições sociais humanas mínimas em favor de toda a sociedade.

Fernando Galvão (2017, p. 491) diz que:

“O juízo de reprovação somente se verifica diante da constatação da possibilidade de exigir-se do sujeito um comportamento compatível com as expectativas sociais, sendo certo que a intensidade da reprovação está intimamente ligada à intensidade dessa exigibilidade social”

Nesse sentido, deve ocorrer uma menor reprovabilidade daquele sujeito que é hipossuficiente e pratica um injusto penal, pois o Estado não garantiu suas condições mínimas enquanto cidadão. Nem sempre é possível se exigir de um indivíduo que jamais teve garantida a sua dignidade mínima uma conduta conforme o direito.

Entretanto, essa teoria deve ser utilizada com cuidado para que os papéis não sejam invertidos e o criminoso passe a ser considerado como vítima. Continuam a existir condutas tipificadas pelo Direito Penal, ou seja, a prática de determinadas condutas continua a ser reprovável.

Segundo Bittencourt (2012, p. 243), quando for observado esse contexto de hipossuficiência, deve-se utilizar o mesmo raciocínio adotado para a responsabilização penal da pessoa jurídica, visto que é impossível um ente fictício ter vontade, como segue:

“A conduta (ação e omissão) pedra angular da teoria do crime, é produto exclusivo do homem. A capacidade, de culpabilidade, exige a presença da vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.”

Em casos de omissão por parte do Estado em cumprir o seu papel fundamental de garantir a dignidade da pessoa humana, deve ser verificada uma menor reprovabilidade penal, visto que se verificou uma menor possibilidade de autodeterminação.

Em suma, com base na ideia de co-culpabilidade, a reprovação penal deve ser reduzida em determinados crimes, quando verificada a condições indigna de vida do agente. O direito penal democrático deve levar em conta as condições sociais para efetuar a sua reprovação.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

Registra-se que a concepção da culpabilidade nem sempre foi a mesma. Por isso, nesse tópico serão analisadas as principais delas: a concepção psicológica, a concepção psicológica-normativa, a concepção normativa pura e a concepção funcionalista.

Para uma melhor compreensão do conceito de culpabilidade é necessário que se compreenda a sua evolução de forma a verificar o porquê ela é tida pela doutrina majoritária como um dos elementos do conceito analítico de crime.

3.1. CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA DE CULPABILIDADE

A Tese Psicológica da Culpabilidade foi a primeira teoria desenvolvida com a culpabilidade sendo considerada elemento do crime. Essa surgiu na segunda metade do século XIX e foi desenvolvida por Von Liszt e Beling. Baseava-se na estrutura causalista de ação que considerava o movimento corporal voluntário apto a provocar modificação no mundo exterior. Assim, a culpabilidade representava a relação psicológica entre o autor e o fato praticado.

No contexto do sistema causalista, o direito penal buscava reconhecimento como ciência e, por isso, tinha como base a verificação empírica. Configurava-se por uma clara separação entre dois aspectos da estrutura do crime, um externo e outro interno. O primeiro era constituído pela causalidade, presente na tipicidade e na ilicitude. Já o segundo representava a culpabilidade, conjunto de aspectos subjetivos do fato.

Esse sistema utilizava o critério tripartido de crime, o fato deveria ser típico, ilícito e culpável. No entanto, a culpabilidade se limitava apenas a apurar o aspecto subjetivo, pela análise de dolo e culpa.

Nesse sentido, a culpabilidade caracterizava-se pela relação psicológica entre o autor e o resultado produzido. O crime era visto de forma objetiva, sendo caracterizado tão-somente por aquilo que se causa com uma determinada conduta natural.

A relação psicológica existe sob as formas do dolo e da culpa. Esses são considerados não só como espécies da culpabilidade como também a sua totalidade. A culpabilidade seria afastada caso não se verificasse o vínculo psicológico.

A existência de um fato típico e ilícito se limita a uma causalidade física, que deve ser apurada por meio da percepção de um resultado concreto no mundo exterior. O delito aparece como resultado de uma dupla vinculação causal: a relação de causalidade material, que dá origem a antijuridicidade, e a conexão de causalidade psíquica, em que consiste a culpabilidade.

O pressuposto da culpabilidade seria a imputabilidade que seria verificada pela capacidade de o agente possuir o discernimento da natureza dos atos praticados e se havia ou não a possibilidade de coordenar os seus atos de acordo com este entendimento. Assim, a imputabilidade deveria ser afastada nas hipóteses de se verificar a presença de doenças mentais ou de imaturidade do agente.

Sem este pressuposto, estaria excluída a culpabilidade. O inimputável não poderia possuir dolo ou culpa, uma vez que não estaria caracterizada a relação psíquica entre o fato e o autor. O dolo é o elemento de natureza subjetiva, representa o que está dentro da cabeça do autor, sendo a manifestação de vontade de realizar algo que foi previamente previsto e será a culpabilidade específica do delito doloso. Enquanto a culpa, principalmente na sua modalidade sem previsão, não passa de um conceito normativo, delimitado pela lei como violação de um dever de cuidado objetivamente exigido.

Outrossim, em alguns casos esse conceito gera grande incongruência. Não há como se explicar a relação psicológica nos delitos culposos. Em se tratando de culpa inconsciente não existe nenhuma conexão psíquica entre o autor e a lesão, esta se caracteriza por falta pela representação de sua possibilidade, o agente desconhecia o perigo.

Além disso, na culpa consciente também se encontra dificuldade para se afirmar a existência concreta previsão que possa conceder à culpa um caráter psicológico. Nesse caso não se quer a lesão, mas se prevê a possibilidade desta acontecer. Não se caracteriza nenhuma relação psíquica

efetiva, apenas a sua possibilidade. A imprudência não consiste em algo psicológico, mas sim em algo normativo: na infração da norma de cuidado.

Outro problema na aplicação prática pode ser detectado nesta teoria, em situações como no estado de necessidade exculpante, na embriaguez e na coação moral irresistível, em que mesmo que seja verificado o dolo, ou seja, o vínculo psicológico entre o fato e seu autor, deve-se afastar ou diminuir a culpabilidade do agente com base nesse vício de vontade do agente. Nessas hipóteses, não foi definido pela teoria de uma forma clara o que seria culpabilidade, somente se afirmou a ligação psíquica entre o autor e o fato, elencando o dolo e culpa como suas formas de ocorrência, fazendo com que diversas situações concretas não fossem abordadas por esta.

Desse modo, verifica-se que esta postura causalista, extremamente simplista, acerca do que é conduta e resultado, é ótica que não cogita de nenhuma valoração sobre aquilo que é causado no mundo natural. E neste contexto bastante objetivado de crime, a culpabilidade assumia o único aspecto de subjetividade admitido na estrutura. O aspecto objetivo, material, do crime, nesta época, é o fato típico e a ilicitude, e a culpabilidade é o único lado subjetivo da moeda, servindo como o único vínculo psicológico entre o autor e os fatos por si praticados, objetivamente delimitados.

Em síntese, na teoria psicológica da culpabilidade, esta é vista como a parte subjetiva do fato punível, enquanto a tipicidade e a ilicitude formam a parte objetiva, material, do injusto.

3.2. CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA-NORMATIVA

Com a insuficiência da Teoria psicológica da culpabilidade, deu-se origem a partir do século XX a Teoria psicológica-normativa da culpabilidade. Essa foi originária dos estudos de Reinhard Frank e aperfeiçoada por Berthold e James Goldschmidt. Nessa fase passaram a incluir, pela primeira vez, os elementos normativos na análise da culpabilidade.

Os autores criticavam o fato da análise da culpabilidade estar limitada ao dolo e à culpa, e por isso promoveram o que diversos doutrinadores chamam de “giro normativo”. Verificou-se uma modificação estrutura do conceito de delito e culpabilidade, que passaram a conter o elemento da normalidade das circunstâncias. A inserção desse elemento normativo fez com que a culpabilidade

passasse a ser considerada um juízo de valor e não mais como mero vínculo psicológico entre o autor e o fato.

A culpabilidade continua a ser composta pelos elementos do dolo e da culpa, mas a partir dessa concepção deixa de ser uma parte subjetiva do crime, passando a constituir-se de um juízo de censura ou reprovação pessoal com base em elementos psicológicos-normativos.

Por isso, a culpabilidade psicológica-normativa passa a ser o juízo de valor referente a uma vontade “contrária ao dever”, que deve ser observada especificamente para cada autor no caso concreto.

A inovação dessa teoria da culpabilidade consiste em deixar de analisar a imputabilidade e a exigibilidade de condita diversa como pressupostos da culpabilidade, e passar a analisa-los como elementos da culpabilidade.

O elemento da exigibilidade de uma conduta conforme o direito que é uma norma legal e, como consequência, chega-se a conclusão de que uma inexigibilidade de conduta diversa deveria ser causa de exclusão de culpabilidade. Este caso se tratava de uma reprovabilidade pela vontade defeituosa, que não deve ocorrer, vez que essa situação deve impedir a reprovabilidade.

Já o segundo elemento introduzido, qual seja, a imputabilidade, é definida como uma determinada situação mental, que permite ao agente que pratica a ação o exato conhecimento do fato e do seu sentido contrário ao dever e à determinação da vontade e, desse modo, poderá sofrer a imputação legal deste.

Essas definições acabaram por possibilitar a desvinculação da exclusão de culpabilidade de causas expressamente previstas em lei. Por isso, muitos doutrinadores fazem críticas a essa modalidade de causa de exculpação por afetar a segurança jurídica.

Isso representou um grande avanço à dogmática penal, uma vez que ele reconheceu que era necessária a análise de elementos normativos dentro da culpabilidade. No entanto, essa teoria não deixou de estar ligada aos conceitos de dolo e culpa. Estes deixaram de considerados como formas, passando a serem considerados como elementos integrantes da própria culpabilidade.

A culpabilidade nessa concepção passou a ser formada por um misto de elementos subjetivos (psicológicos) e objetivos (normativos). Com essas modificações, passou a ser possível a ocorrência de um fato doloso não culpável. Isso porque com a ideia de dolo normativo, ou seja,

um dolo acrescido da real consciência da ilicitude, o autor no momento em que pratica o fato deverá saber que este constitui um crime, para que assim possa lhe ser atribuído um juízo de culpabilidade e posteriormente imputada uma sanção penal.

Por fim, entendeu-se que essa teoria ainda não era perfeita, que o elemento subjetivo dolo e a culpa não devem ser analisados na culpabilidade e sim fazerem parte do conceito de ação. Essa complexidade não permite que se trabalhe a tentativa.

3.3. CONCEPÇÃO NORMATIVA PURA DE CULPABILIDADE

A teoria normativa pura foi construída por Hans Welzel no livro “Studien zum System des Strafrechts”, foi originada a partir da análise das ideias trazidas pelas teorias psicológica e psicológica-normativa da culpabilidade.

Em seu estudo, Welzel reorganizou o conteúdo dos três elementos do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade). Contudo, não foram alterados os pontos que fundamentam os conceitos e nem acrescentados elementos, por isso diz-se que é uma evolução na teoria do delito como um todo.

No que se refere ao dolo e a culpa, estes foram transportados para dentro da própria estrutura do tipo penal e não se situando mais na culpabilidade. O dolo foi reduzido ao conhecimento e à vontade de realização do tipo objetivo penal, sendo concebido como elemento subjetivo do tipo. A potencial consciência de ilicitude agora é suficiente, não sendo mais necessária a exigência do elemento normativo que melhor se situa na culpabilidade.

Com isso, a culpabilidade deixou de possuir o elemento subjetivo, que era o dolo, em seu conceito. Não existe mais o dolo normativo, passando a ser apenas o dolo natural, meramente psicológico, ou seja, isso significa que não precisa haver preocupação com o conhecimento ou não do caráter ilícito dos fatos praticados. Este dolo é livre de qualquer juízo de reprovabilidade, já que esta matéria será analisada posteriormente no interior da culpabilidade.

Em relação a elemento do crime, a antijuridicidade ou potencial consciência da ilicitude, este será o responsável por analisar se o sujeito podia conhecer a proibição de fato, enquanto condição de poder adequar a sua conduta à norma. Nesse ponto também se percebe uma

diferenciação dos conceitos anteriores, uma vez que não se trata mais de um conteúdo meramente psicológico de conhecimento efetivo. A ausência da possibilidade de conhecimento da norma de proibição, não serve como uma forma de exclusão do dolo, apenas exclui a culpabilidade por se tratar de um erro de proibição invencível.

Outro aspecto importante é o da exigibilidade de conduta diversa que passou a ser exigida em circunstâncias de o agente ter a possibilidade de realizar outra conduta que não a culpável em detrimento do ordenamento jurídico. Assim, a conduta só poderá ser considerada reprovável quando o sujeito puder realizar uma ação diversa que está de acordo com a lei, mas realiza outra que é proibida.

Entretanto, além desse aspecto tratado acima, deve-se observar se o agente possui maturidade psíquica e de se motivar, ou seja, imputabilidade. A idade e doenças mentais, por exemplo, servem como forma de o sujeito não poder ser motivado racionalmente e, por isso, não estando verificada a culpabilidade.

É importante ressaltar que o Brasil adotou o critério biopsicológico para a delimitação da imputabilidade, ou não, de determinado sujeito. Os aspectos físicos, como simplesmente mentais, devem ser considerados na análise feita para que tenha entendimento do fato ocorrido e na capacidade de autodeterminação.

Esses elementos servem para que a censura imposta ao autor de um fato típico e ilícito não enseje em requisitos de caráter meramente psicológicos. Por outro lado, essa teoria não deixou de receber críticas. O tratamento dado a culpabilidade de juízo de reprovação se faz um tanto raso, foi considerado por alguns um radicalismo desnecessário a retirada do elemento psicológico em seu todo. Isso se dá pelo fato de que não haveria como negar que dentro da culpabilidade o dolo possui papel fundamental na delimitação da valoração da vontade interna do agente.

Mesmo com essas críticas, a teoria é a adotada predominantemente pela doutrina brasileira, nomes como Cezar Roberto Bittencourt, Francisco de Assis Toledo, Miguel Reale Júnior, Damásio de Jesus e Júlio Fabbrini Mirabete adotam esses conceitos.

A legislação brasileira adotou de forma implícita a teoria normativa pura da culpabilidade. Percebe-se com base nos seguintes dispositivos: a) Art. 20 do CP que trata do erro de tipo, deixou claro que o dolo é composto da ação típica e não da culpabilidade; b) Art. 29 do CP que disciplina o concurso de pessoas, percebe-se uma clara separação entre a culpabilidade e o dolo; c) Art. 21

do CP ao tratar do erro de proibição, demonstrando que erro inevitável sobre a ilicitude afasta a culpabilidade, assim, a consciência da ilicitude é apenas normativa; d) Art. 59 do CP ao falar da fixação da pena, incluiu a culpabilidade como um dos elementos de aferição, relacionando-se a reprovabilidade e não a intensidade do dolo ou culpa.

3.4. A CULPABILIDADE SEGUNDO O FUNCIONALISMO

A Teoria Funcionalista traz uma nova concepção de culpabilidade. Essa trata da culpabilidade voltada para os fins da pena. Nesse sentido, compreende-se que as estruturas do direito penal devem observar as finalidades da pena.

O funcionalismo busca a aplicação de uma solução justa e adequada para cada caso concreto. Em um Estado social e democrático de direito, a punição penal deve servir com a função de prevenção, mas sem deixar de lado os direitos e garantias individuais.

Observa-se que existem duas correntes sobre o funcionalismo, ambas surgidas na Alemanha, a partir da década de 1970. De um lado, tem-se o funcionalismo moderado, teleológico, valorativo (teleológico-racional) do penalista Claus Roxin e de outro, o funcionalismo radical, estratégico normativo, do penalista Günther Jakobs.

O funcionalismo de Roxin (2002, p. 231) estabelece uma tríplice dimensão ao tipo penal que é objetiva, normativa e subjetiva:

“O tipo penal, depois do advento do funcionalismo, não conta só com duas dimensões (a formal e subjetiva), sim, com três (formal normativa ou material e subjetiva). Tipicidade penal, portanto, passou a significar (depois de Roxin e após todas as contribuições constitucionalistas que reputamos corretas) tipicidade formal + tipicidade material ou normativa (desvalorização da conduta e imputação objetivado resultado) + tipicidade subjetiva (nos crimes dolosos)”.

Com base nessa vertente, a imputação objetiva seria considerada como um elemento normativo. Assim, para a imputação de tipo penal é necessária a existência de um resultado que represente risco a um bem jurídico protegido.

Roxin traz dois conceitos importantes para sua dogmática: o risco permitido e o risco proibido. O primeiro é aquele que é aceito por parte da sociedade, ou seja, são certas ações que, mesmo sendo consideradas perigosas, são permitidas pelo legislador sob condição de serem respeitados os preceitos de segurança.

O segundo é o risco proibido, aquele que não é aceito perante a sociedade, é desaprovado. Esse é tipicamente relevante, uma vez que gera um desvalor da ação. A configuração desse tipo de risco deve ser reprovado pelo ordenamento.

Para a teoria de Roxin, não importa se o sujeito poderia ter agido de outro modo, apenas interessa quais são as exigências do ordenamento jurídico para com o indivíduo que permitem que lhe seja imputado um fato. Ele entende que a interpretação da teoria do delito deve se dar de forma a atender às funções do direito penal em determinada sociedade.

O injusto é que estabelece se o comportamento é adequado ou não ao ordenamento jurídico penal. Assim, a responsabilidade penal estará submetida a um critério de político-criminal. A culpabilidade é um dos elementos que compõem essa responsabilidade e é definida, segundo Roxin (1981, p. 82), como “a realização do injusto, apesar da capacidade de reação normativa e da faculdade de conduzir-se dela derivada”.

Dentro dessa ótica, só deve ser recorrido ao Direito Penal, a proteção de bens jurídicos que sejam considerados essenciais, já que esse é a *ultima ratio*. Todos os outros meios menos gravosos disponíveis devem se mostrar ineficazes.

Porém, a visão funcionalista de Jakobs é diferente. Para essa, a aplicação da pena deve ser considerada como uma medida necessária. Ele entende que a função do Direito Penal é fortalecer o ordenamento jurídico a fim de evitar novas violações a bens jurídicos.

Jakobs coloca como centro do sistema a sociedade e não a dignidade da pessoa humana. Cada indivíduo deve obediência ao seu papel social que se for violado deixará de ser visto como um membro daquela sociedade. Assim, não deverão ser concedidos a esse as garantias do devido processo penal democrático.

Portanto, o direito penal se ocupada da chamada estabilização normativa, ou seja, ele visa reafirmar a vigência de uma norma por meio da imposição de uma sanção. Assim, garante-se hígido o contrato social firmado entre a sociedade e o Estado.

Percebe-se que esses autores possuem alguns pontos em comum, como o fato de ambos entenderem a visão funcional do direito penal, ou seja, esse deve ter sempre uma função. A imposição de uma pena deve servir de meio para evitar a reiteração criminosa.

Contudo, verifica-se também algumas diferenças. Uma delas é que a teoria de Jakobs busca reafirmar a força da norma penal, já a de Roxin se baseia nas finalidades determinadas pela política criminal.

Portanto, partindo-se do modelo funcionalista dos autores, o juízo de reprovação da culpabilidade deve atender sempre aos fins da pena. Com a ausência desse requisito, não se justifica a imposição de uma sanção penal, devendo ser afastada a culpabilidade do agente.

4. FUNÇÕES E ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

4.1. FUNÇÕES DA CULPABILIDADE

A culpabilidade possui papel fundamental dentro do estudo do direito penal. Uma de suas funções é limitar o *jus puniende* estatal, garantindo que nem mesmo os criminosos deixaram de ter a sua dignidade preservada.

A reprovação da conduta criminosa se dá para garantir o convívio em sociedade e a culpabilidade atua de forma a auxiliar a sua punição. O indivíduo que comete um crime deve responder perante a sociedade, mas essa punição deve sempre se limitar ao grau de sua culpabilidade.

Como já mencionado no estudo, a culpabilidade possui diversos significados e cada um deles representa uma de suas funções. A primeira delas é a de garantia do sujeito que é alvo do direito penal somente será punido quando verificado dolo ou culpa.

A segunda é a de que o indivíduo será punido na estrita medida de sua culpabilidade, nem mais, nem menos. Assim, verifica-se que impõe um limite a pena, ou seja, trata-se de um princípio de individualização da pena, previsto no art. 59 do CP, que segue:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
(...)”

Por fim, sua terceira função é a de configurada a culpa, haverá a imposição de pena. Verificada a presença de um fato típico, ilícito e culpável é papel do Estado impor uma sanção.

4.2. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Sendo a culpabilidade um limite à pretensão punitiva do Estado, existem alguns elementos a serem configurados para que esse esteja habilitado a aplicar uma sanção. O indivíduo que for alvo do Direito Penal deve ter capacidade de se motivar de acordo com as normas preexistentes. Não possuindo tal capacidade, a sanção perde o sentido, já que ameaça de uma pena não é capaz de motivar o agente a agir de acordo com as imposições do ordenamento. É, por isso, que os inimputáveis não têm culpabilidade.

Porém, não é apenas aos inimputáveis que aplica a exclusão da culpabilidade. Existem também outras condições psicológicas, pessoais e fáticas que podem fazer com que o agente não possua capacidade de agir de acordo com o direito.

Pode-se, então, entender que a análise da culpabilidade gira em torno desses três elementos, devendo ser identificado cada um deles. O elemento psicológico é a imputabilidade em razão do desenvolvimento intelectual do agente. Já as condições pessoais são as causas em que não há potencial conhecimento da ilicitude. Por fim, as condições fáticas, são aquelas em que a conduta diversa da criminosa não pode ser exigida.

Dessa forma, para ter culpabilidade é necessária a capacidade de sentir-se motivado a violação de uma norma penal. A análise desse instituto que permite a identificação da reprovação pessoal do agente e não do resultado causado.

4.2.1. IMPUTABILIDADE

Welzel chama a imputabilidade de *capacidade de culpabilidade*. Assim, considera-se como imputável aquele que é capaz de ser reprovado, porque possui a capacidade de autodeterminação, ou seja, de entender suas ações e de se direcionar livremente sobre aquela conduta.

Com efeito, a imputabilidade é formada por dois elementos. O primeiro deles, é a capacidade de entender o caráter ilícito da norma. Já o segundo, é a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Sanzo Brodt (1996, p. 45) trata o tema da seguinte forma:

“A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. Bettiol diz que o agente deve poder prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social, deve ter, pois, a percepção do significado ético-social do próprio agir. O segundo, a capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme Bettiol, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal”.

Entretanto, é interessante se fazer uma diferenciação entre capacidade penal e imputabilidade. A capacidade penal é bem mais ampla, já que a imputabilidade somente pode ser verificada no momento em que se pratica a conduta, ou seja, no momento da ação ou da omissão. Por outro lado, a capacidade penal, pode ser analisada a qualquer tempo, antes ou depois da prática do crime.

A imputabilidade, segundo Rogerio Greco (2011, p. 385), “é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico ao agente”. Com base nisso, em princípio, todas as pessoas possuem capacidade penal, porém nem todas poderão ser imputadas. Isso porque, mesmo que sejam capazes, a análise desse elemento recai ao momento da prática conduta criminosa, se a esse tempo o indivíduo estava ou não em estado de inimputabilidade.

Nesse sentido, se no momento da prática do crime o sujeito não pode ser considerado imputável, não haverá culpabilidade. Contudo, se o agente possuía plena capacidade de autodeterminação, será considerado imputável e haverá culpabilidade.

Dentro dessa ótica, se uma pessoa plenamente capaz por motivo qualquer se tornar completamente incapaz e cometer a prática de algum tipo penal, será considerada como inimputável no momento do crime e não poderá ser responsabilizada, pois lhe faltará culpabilidade.

Por outro lado, se, por exemplo, uma doença mental surgir durante a execução da penal, o agente que era capaz no momento da prática do crime, deixará de o ser e, por isso, também não poderá continuar cumprindo a pena. Assim dispõe o artigo 41 do CP:

“Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado”.

Portanto, nos casos em que o indivíduo não reunir os requisitos da imputabilidade, quais sejam a capacidade de entender o caráter ilícito da norma e a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado inimputável. O Código Penal Brasileiro previu hipóteses que conduzem o agente à imputabilidade, são elas: doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

4.2.2. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

A potencial consciência da ilicitude é a capacidade que todas as pessoas possuem de identificar o que é certo e errado, sem ser necessário nenhum conhecimento jurídico prévio. Isso porque esse conhecimento surge a partir das regras de convivência social.

Assim, para que se verifique a reprovabilidade penal é necessário que o agente tenha consciência ou pelo menos seja possível ter consciência de que a conduta praticada é proibida. Não se pode reprová-lo quem realiza um fato típico sem a consciência da ilicitude deste, quando não era possível esta presunção.

Dessa forma, não é necessário que o agente saiba exatamente qual norma penal está violando ao praticar a conduta, mas esse deve, no mínimo, poder entender que o comportamento não é aceito. As regras morais e de costumes servem para indicar esse conhecimento, já que permitem a verificação da danosidade social.

Sobre o tema, o grande mestre Assis Toledo (1994, p. 260) faz uma crítica:

“Como exigir-se, por parte do agente, que se supõe não ser jurista, motivar-se pelo conhecimento da norma, ou pela anti-socialidade, ou pela imoralidade de uma conduta totalmente neutra, ou ainda que encontre na sua consciência profana, com algum esforço, o que nela nunca esteve e não está?”

Neste mesmo sentido, se percebe uma controvérsia que continua atual de que existe um número demasiado de leis imponentes proibições e punições para essas práticas, sendo difícil se exigir o conhecimento todas as normas penais por parte do cidadão comum. Isso demonstra uma banalização do Direito Penal, que é a *ultima ratio*. Não seria possível a solução desses conflitos por outros ramos do direito?

Deixando as discussões de lado, chega-se a conclusão que o direito penal irá reprovar aquele que praticar o fato sabendo que este é ilícito e também quem o pratica sem o saber, quando for possível que se conheça a ilicitude. Um fato será censurado em razão do agente agir em condições de se inteirar da antijuridicidade de sua conduta, quando faltar tal conhecimento, fala-se em erro de proibição que será tratado mais tarde.

4.2.3. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Quando constatada a prática de um delito, deve-se observar se era possível exigir do agente um comportamento diferente, ou seja, uma conduta que estivesse conforme o direito. Dessa forma, para a censura de uma conduta, é necessário mais do que a capacidade de agir conforme o direito e a possibilidade de conhecimento da norma incriminadora.

Nesse sentido, é necessário também verificar se fatores externos não tiveram influência na motivação do agente, já que a punição só poderá ser aplicada quando for possível se exigir um comportamento conforme o direito.

A exigibilidade de conduta diversa determina que uma conduta só pode ser considerada reprovável se do agente pudesse se exigir qualquer outro tipo de atuação. Não se pode reprovar um comportamento se é impossível exigir daquela pessoa atitude diversa. E a própria lei estabelece, hoje, algumas hipóteses em que esta conduta diferente é inexigível, e, portanto, exclui-se a culpabilidade. Vejamos cada um dos constantes do artigo 22 do CP:

“Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

Assim, requer-se uma certa normalidade das condições que motivaram a vontade do autor que Frank (2000, p. 41) nomeou de “normal disposição das circunstâncias concomitantes”. Em caso de uma conduta que esteja fora da normalidade esperada e esta que possa servir para influenciar na vontade do agente, não será mais possível se esperar um comportamento conforme o direito.

Só será exigível um certo comportamento do agente quando nas situações concretas em que atuou era possível que se motivasse normalmente. Muñoz Conde (1988, p. 162) diz que:

“o cumprimento de preceitos normativos é um dever que se pode exigir, em tese, de todos os cidadãos. Os níveis de exigência desse cumprimento variam segundo o comportamento exigido, as circunstâncias em que ele se realize, os interesses em jogo etc. Em princípio, o ordenamento jurídico fixa uns níveis de exigência mínimos, que podem ser cumpridos por qualquer pessoa. Fala-se, nesses casos, de uma exigibilidade objetiva, normal ou geral. Além dessa exigibilidade normal, o ordenamento jurídico não pode impor o cumprimento de suas determinações.”

Segundo Fernando Capez (2010, p.331): “somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma”. Ademais, para se impor ao autor uma pena o comportamento deve ser tido como reprovável.

Dessa forma, é preciso que se possa exigir essa conduta diferente no contexto em que houve a prática dessa conduta. Perde-se a capacidade de exigir um comportamento diverso nos casos em que o agente está sofrendo uma coação moral irresistível ou atua em razão de obediência hierárquica. E, verificadas essas condições que não lhe permitiam agir de outra, o ato não poderá ser censurado, acarretando na falta de culpabilidade e sendo esse isento de pena.

5. CAUSAS EXCLUDENTES DA CULPABILIDADE

5.1. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Entende-se que o Código Penal Brasileiro adotou a Teoria normativa pura da culpabilidade. Essa retirou os elementos psicológicos (dolo e culpa) da culpabilidade e os colocou na conduta. Dessa forma, a culpabilidade passou a possuir outros três elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa da injusta.

Nesse sentido, a culpabilidade passou a ser considerada como a reprovabilidade de sua uma conduta típica e ilícita. Além disso, a aplicação de uma pena passou a estar limitada ao fato de o comportamento praticado ser considerado como culpável para o direito penal.

Nos tópicos abaixo serão analisados os casos em que o ordenamento jurídico admite a exclusão da culpabilidade. Como consequência ao reconhecimento da ausência de reprovabilidade, será verificada a ausência de pena. Destarte, é imprescindível se atentar que a ausência de qualquer um dos elementos da culpabilidade irá excluir a punibilidade.

5.1.1. DOENÇA MENTAL

A primeira causa de exclusão da culpabilidade a ser analisada é a doença mental. Essa se relaciona às alterações nas funções do intelecto e da vontade, seu estudo específico é feito na área médica. São consideradas como doenças mentais psicopatias, neuroses ou até mesmo anomalias dos instintos.

Contudo, não existe um rol específico de doenças que serão entendidas como excludentes da culpabilidade. Deverá ser feita uma perícia médica para verificar se no caso concreto o sujeito possuía a capacidade de autodeterminação.

Nessa hipótese, afasta-se o elemento da imputabilidade da culpabilidade. Além disso, aplica-se o critério biopsicológico ou misto, que leva em conta tanto aspectos biológicos como psíquicos.

Dessa forma, é necessária a junção de dois fatores. O primeiro deles é a existência da doença mental e segundo seria a constatação de que a pessoa ao tempo da ação ou omissão por conta da doença mental, agente era inteiramente incapaz de autodeterminar-se.

André Luís Callegari em seu livro trata como será verificada a inimputabilidade pelo sistema biopsicológico (2014, p. 182):

“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, verifica-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”.

Para essa excludente, existe a necessidade de se verificar se o agente era capaz ou não no momento da prática do fato. Isso ocorre porque algumas doenças mentais não produzem seus efeitos de forma contínua, podendo ter momentos em que o indivíduo é plenamente capaz. Por isso, a identificação das condições psicológicas do agente deve ser sempre determinada por perícia, pois necessita de uma análise extremamente técnica.

O exame deverá ser sempre realizado por um perito médico-legal. Esse é o profissional apto a verificar se está presente ou não uma doença mental apta de afastar a capacidade de autodeterminação do sujeito que praticou a conduta típica.

Esse exame poderá ser feito em qualquer fase processual em que se constatar dúvida quanto ao estado mental do acusado. O juiz irá instaurar o incidente de insanidade mental previsto no art. 149 do CPP:

“Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º - O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º - O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.”

Além disso, é interessante mencionar que, durante a instauração desse incidente, o processo penal será suspenso, somente sendo admitida a realização de diligências que possam ser prejudicadas com o seu adiamento (art. 149, §2º do CP).

Com o exame, irá se verificar se no momento da conduta (ação ou omissão) estava configurada a completa incapacidade de entendimento do caráter ilícito, ou a absoluta impossibilidade de determinar-se contra a realização de tal conduta. Estando presente algum desses requisitos, o sujeito será considerado como inimputável.

É possível que o agente se recuse a realizar o exame pericial? Sim, porque ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Porém, na maioria dos casos os acusados aceitam se submeter a tal exame.

Sendo feito o exame e tendo como resultado a existência de doença mental, deverá ser verificado se essa é apta a tornar o agente completamente incapaz de se autodeterminar no momento da conduta. Se for verificado que restou algum resquício de discernimento e autodeterminação, o agente será imputável, pois a doença não impossibilitou que fosse configurada a sua culpabilidade.

Essa análise deve ser dada com base no caso concreto, já que uma mudança de circunstância poderá ensejar a configuração da inimputabilidade. Assim, no caso de o agente em crise ter consciência da ilicitude de sua conduta e estar impedido de se determinar de forma contrária à realização do injusto, isso o tornará igualmente inimputável. O artigo 26 do CP assim dispõe, especialmente na parte final do *caput*:

“Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

O parágrafo único deste artigo estabelece uma gradação na reprovabilidade da conduta. No caput, a incapacidade tratada é absoluta, e por isso não haverá crime. Já no parágrafo único, há reduzida capacidade de entendimento e de determinação.

No segundo caso, como ainda está presente a capacidade de autodeterminação, mesmo que de forma reduzida, haverá apenas a redução da culpabilidade, diminuição da reprovabilidade, e não configurando a inimputabilidade. Por isso, diz-se que há crime, mas a pena é reduzida.

A dependência química considera também como uma doença mental e, por isso, é tratada pelo direito penal. Os dependentes químicos também não têm afastada a imputabilidade pela mera existência da doença, devendo ser analisada no caso concreto e no momento da prática do delito.

Nesses casos, para se ter a imputabilidade completamente afastada, os dependentes não devem possuir condição mínima de entender a ilicitude de seus atos no momento da conduta. Havendo resquício de capacidade de autodeterminação, será imputável, podendo, a depender do caso, ter a pena reduzida, na forma do parágrafo único do artigo 26 supra.

Ressalte-se que se a dependência for de álcool, deverá ser aplicado ao caso o artigo 26 do Código Penal, já que é considerada como doença comum. Se, contudo, for de entorpecentes ilícitos diversos, há norma especial expressa que deve prevalecer, qual seja, o artigo 45 da Lei 11.343/06. Nessa hipótese, o tratamento é bastante parecido, como segue:

“Art. 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 da 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.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no

caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.”

5.1.2. DESENVOLVIMENTO MENTAL INCONPLETO OU RETARDADO

André Luís Callegari (2014, p. 182) define em seu livro o desenvolvimento mental incompleto da seguinte forma:

“trata-se da ausência completa de maturidade em face ao 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.”

São considerados como tendo o desenvolvimento mental incompleto os menores de 18 anos e os índios que não estão adaptados ao nível de cultura da vida civilizada. Tais hipóteses estão previstas no Código Penal em seu art. 26:

“Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

5.1.2.1. MENORIDADE

O ordenamento jurídico pátrio estabelece que o desenvolvimento mental só será considerado completo quando o agente tiver 18 anos de idade. Dessa forma, entende-se os menores como penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Contudo, o fundamento da inimputabilidade do menor é diferente dos doentes mentais, uma vez que o menor possui uma maior percepção das suas ações. Esse somente não possui capacidade de autodeterminação plena em razão das suas alterações biológicas.

Dessa forma, outra causa que exclui a imputabilidade é a menoridade. O legislador considerou, no artigo 27 do CP, que as pessoas que tenham menos de dezoito anos não têm total discernimento sobre os fatos que podem viciar sua conduta de ilicitude.

“Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

Fica claro, nesse caso, que se adotou um critério unicamente biológico da idade do autor do fato e criou esta presunção legal absoluta, não sendo admitido o seu afastamento por nenhum meio de prova. Em nenhum momento irá se analisar o desenvolvimento mental do menor e nem a sua capacidade de entender o ato praticado como ilícito. Trata-se de um critério de política criminal que não será afastado em nenhuma hipótese.

Entende-se que a menoridade cessa à zero hora do dia em que o agente completa dezoito anos, ou seja, na data exata do aniversário de dezoito anos irá por fim a inimputabilidade penal da pessoa pela menoridade. Dessa maneira, mesmo que cometa o crime com 17 anos e 11 meses, será considerado inimputável.

O art. 4º do Código Penal determina que o momento para se apreciar a imputabilidade é o da ação ou omissão:

“Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.”

Fabbrini Mirabete (2011, p. 203) faz a seguinte observação quanto aos crimes permanentes:

“O momento para apreciar a imputabilidade, conforme a regra geral prevista no art. 4º., é o da ação ou omissão, não sendo imputável o agente se o resultado ocorrer após ter completado 18 anos, quando praticou a conduta antes do 18º.”

Aniversário. Mesmo nessa hipótese, jamais poderá ser responsabilizado penalmente pelo fato. Nos crimes permanentes, porém, embora o agente tenha 17 anos no dia do início da conduta (sequestro, extorsão mediante sequestro etc.), 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”

Como exemplo desse tipo de crime tem-se a extorsão mediante sequestro do art. 158, §3º do CP:

“Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

(...)

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.”

Como prova da menoridade, exige-se um documento hábil que seja dotado de fé pública como a certidão de nascimento. A simples alegação de ser menor de idade não é suficiente para se configurar a excludente de culpabilidade.

Entretanto, quanto ao tema tratado surge uma dúvida: O Código Civil de 1916 estabelecia que a plena capacidade se dava apenas aos vinte e um anos, e somente após a edição do Código Civil de 2002, a plena capacidade civil passou a ocorrer aos dezoito anos – lei ordinária alterou lei ordinária anterior. A mesma dinâmica poderia ser realizada no Código Penal? Poderia uma nova lei ordinária alterar a menoridade penal, diminuindo-a, por exemplo, para dezesseis anos?

Esta alteração não seria possível por meio de lei ordinária a matéria penal é também tratada pela Constituição Federal no seu artigo 228:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

Quanto a alteração do critério etário observa-se a existência de duas correntes doutrinárias. A primeira delas sustenta que para haja a alteração da menoridade penal deve-se utilizar de uma emenda constitucional, já que seria papel poder do constituinte derivado esta mudança e a norma não estaria configurada como cláusula pétrea. Sendo esta a corrente majoritária da doutrina.

Por outro lado, segunda corrente entende que a menoridade consignada na Carta Magna se trata de um direito fundamental do indivíduo. Isso porque tais direitos poderiam estar presentes em diversos dispositivos da Constituição e não apenas no artigo 5º. Dessa forma, seria, sim, uma cláusula pétrea, na forma do artigo 60, § 4º, IV, da CRFB. Dessa forma, sua alteração somente seria possível por meio da promulgação de uma nova Constituição pelas mãos do poder constituinte originário.

5.1.2.2. ÍNDIO

Ao tratar do índio, o legislador adotou um critério em virtude do seu desenvolvimento mental incompleto. Entendeu-se que esse poderia influenciar a sua capacidade de autodeterminação, devendo, por isso, ser analisado no caso concreto o seu grau de integração à civilização.

Em casos que o índio está completamente inadaptado a sociedade, caberá isenção ou redução de pena. No entanto, muito tem se discutido sobre a equiparação do índio ao indivíduo comum para fins penais.

Hélio Gomes (1989, p. 10) traz a seguinte opinião quanto ao tema:

“em nenhuma hipótese um silvícola deve ser, criminalmente, equiparado a um indivíduo normal, qualquer que seja o grau de adaptação ao meio. Eles merecem tratamento especial, uma medida de segurança que se adapte à sua situação especialíssima.”

Nesse sentido, deve ser levado em conta que os índios possuem valores próprios em virtude de seus usos e costumes. Por isso, a equiparação não é a melhor solução para a problemática. Em matéria penal, deve ser sempre levado em conta as peculiaridades do caso concreto.

Estando atento as suas peculiaridades, pode ser admitido que um índio seja isento de pena em virtude de um erro de proibição invencível que não poderia ser aplicado a um cidadão comum. Isso porque não é possível se exigir da mesma forma o conhecimento das normas penais.

É com base nesse entendimento que no caso de condenação de índio por algum tipo de infração penal, o Estatuto do índio (Lei 6.001/73) prevê em seus arts. 56 e 57 que a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz deverá analisar o seu grau de integração:

“Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.”

Além disso, se Estatuto prevê que as penas privativas de liberdade deverão ser cumpridas, sempre que possível, em um tipo de regime especial que estabeleça a semiliberdade. No entanto, a jurisprudência não tem concedido esse regime especial quando constata a integração do índio à sociedade.

5.1.3. EMBRIAGUEZ

Trata-se da terceira hipótese de exclusão da culpabilidade. Segundo o conceito de André Luís Callegari (2014, p. 185):

“embriaguez é a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool, cujos efeitos podem progredir de uma ligeira excitação inicial até o estado de paralisia e coma.”

A conduta de embriagar-se não é considerada como crime. Contudo, trata-se de uma conduta relevante ao Direito Penal na medida que pode estar ligada à prática de diversas condutas previstas como crime.

Além disso, existem diversas formas de embriaguez e cada uma irá receber um tratamento pelo Código Penal. Para a excludente da culpabilidade relacionada a embriaguez não interessa o crime cometido, mas sim as razões que fizeram o indivíduo a se embriagar.

Como já visto, a embriaguez patológica deve ser tratada como doença mental e sofrer a aplicação do artigo 26 do CP:

“Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Quanto à embriaguez voluntária ou culposa, o artigo 28, II, do CP dispõe que:

“Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

(...)

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

O Código Penal ao disciplinar esse tipo de embriaguez, dispõe que essa pode decorrer tanto do consumo de álcool, quanto de outras substâncias que causem efeitos semelhantes. Segundo Fernando Capez (2010, p.311), as drogas psicotrópicas que provocam alterações psíquicas também poderiam ser aplicadas ao caso.

Assim, partindo-se da premissa que existem diversas espécies de embriaguez, devem ser estudados separadamente os seus gêneros, que são a embriaguez voluntária e a involuntária. A embriaguez voluntária se subdivide em voluntária em sentido estrito, preordenada e culposa, já a involuntária, se subdivide em completa e incompleta.

5.1.3.1. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA EM SENTIDO ESTRITO, PREORDENADA E CULPOSA

Na situação de embriaguez voluntária em sentido estrito, preordenada e culposa, o sujeito de forma deliberada se dedica a se entorpecer. Essa é a única finalidade de sua conduta, ou seja, o agente deseja ficar alcoolizado e, para isso, ingere álcool ou qualquer outra substância psicotrópica.

O Código Penal dispõe que, neste caso, não será afastada a culpabilidade. Em caso de cometimento de um crime, o agente responderá normalmente por seu ato, conforme o artigo abaixo:

“Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

(...)

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Entretanto, observa-se uma aparente contradição que se baseia no fato de o agente ser inimputável no momento da conduta (ação ou omissão) e não se beneficiar pela excludente de culpabilidade.

Neste caso, adota-se a teoria da *actio libera in causa*. Essa é aplicada a casos em que alguém, no estado de não imputabilidade (completa embriaguez), causa um resultado punível, tendo se colocado em estado de inimputabilidade de maneira voluntária. Nesse caso, entende-se que o agente deveria ter previsto que o resultado poderia ocorrer.

O Código Penal brasileiro expressamente optou pela adoção desta teoria no art. 28 e, com isso, não é possível a exclusão da culpabilidade quando se verificar a embriaguez culposa, voluntária e preordenada. Nesses casos, a capacidade de autodeterminação do sujeito imputável é equiparada à de um sujeito que não se encontra sob o efeito do álcool.

Com base nisso, se a pessoa se colocou na condição de completa embriaguez, foi por sua própria vontade, estará configurada a embriaguez voluntária *stricto sensu* e, em virtude da Teoria da *actio libera in causa*, esta não dará ensejo a excludente de culpabilidade, sendo imputada uma pena a conduta praticada.

5.1.3.2. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA PREORDENADA

A embriaguez voluntária preordenada é outra hipótese em que não irá configurar uma causa excludente de culpabilidade. Essa ocorre quando o agente ingere substância alcoólica com a intenção de se embriagar.

Entretanto, diferentemente da embriaguez tratada no tópico anterior, o agente deseja perder a consciência e, assim, conseguir praticar algum delito. Dessa forma, o agente bebe para conseguir praticar uma conduta tida como crime.

A embriaguez preordenada além de não servir como uma forma de excluir o crime, ser como causa de aumento de pena, pois é considerada como hipótese de circunstância agravante genérica, prevista no artigo 61, II, “I”, do CP:

“Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II - ter o agente cometido o crime:

(...)

l) em estado de embriaguez preordenada.”

5.1.3.3. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA CULPOSA

O terceiro tipo de embriaguez é a voluntária culposa, essa consiste em um estado de embriaguez causado por um erro de cálculo do agente. Esse deseja se embriagar, mas de forma alguma deseja atingir a inconsciência. Contudo, ocorreu de não ter resistência suficiente ao álcool e atingiu um nível de inconsciência.

Neste caso, diferentemente da hipótese anterior, o agente não tinha a intenção de ficar completamente alcoolizado, porém, por algum motivo qualquer acaba ficando. Contudo, essa embriaguez continua sendo voluntária e, por isso, deve sofrer a aplicação da teoria da *actio libera in causa* e o agente responder criminalmente.

É importante ressaltar que teoria da *actio libera in causa* deve ser aplicada de forma excepcional, sob pena de tornar a responsabilidade penal objetiva como regra, o que não é aceito no ordenamento jurídico brasileiro.

Com base na teoria da *actio libera in causa*, a imputabilidade deve ser antecipada para o momento em que o agente inicia a ingestão da bebida alcóolica. Analisando se naquele momento ele desejava o resultado danoso em dolo direto ou eventual. Presente o dolo, é claro que o agente deve responder.

Por outro lado, se não estiver presente o dolo, direto ou eventual, a análise volta-se para a previsibilidade do resultado. Deve-se perguntar se seria previsível o resultado quando o agente iniciou ingestão da bebida. Se fosse previsível, mas não previsto (culpa inconsciente), ou se previsto, absolutamente não desejado pelo agente confiante na incorrência (culpa consciente), será imputado pela morte, a título de culpa.

Porém, em alguns casos, o resultado pode ser completamente imprevisível. Suponha situação em que o agente, bebendo em casa, tendo por certo que o final de sua noite seria imediatamente entrar no seu quarto e dormir, após estar completamente alcoolizado, é instado a levar um vizinho que passa mal ao hospital, sendo o único que pode fazê-lo (e mesmo se outro pudesse, não tem como julgar, dada a letargia). Esta possibilidade, de tomar o volante alcoolizado, jamais poderia ter passado pela sua mente quando do início da ingestão do álcool. Por isso, se atropelar e matar alguém a caminho do hospital, a verificação de sua conduta na causa, pela *actio libera in causa*, fará ver que, naquele momento, não havia dolo ou culpa, e que por isso não pode haver tipicidade em sua conduta – o fato é atípico.

5.1.3.4. EMBRIAGUEZ COMPLETA E FORTUITA

A embriaguez completa e fortuita é o único tipo de embriaguez capaz de excluir a culpabilidade e imputabilidade penal. Com isso, o agente deve ser, no momento da conduta (ação ou omissão), inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de conseguir se determinar de acordo com esse entendimento.

Nos termos do art. 28, §1º do Código Penal, será isento de pena quando se verificar essa total incapacidade e apenas terá a pena diminuída em caso de se verificar apenas uma redução de sua capacidade:

“Art. 28, § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

A embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior é também chamada pela doutrina de embriaguez acidental. O termo fortuito significa algo que não foi planejado e, por isso, está

configurado em casos que o agente ignora a natureza tóxica ou não tem condições de prever que a substância pode provocar a sua embriaguez.

Por outro lado, a força maior se relaciona a ideia de algo que não é possível resistir, ou seja, independe do controle ou vontade do sujeito. Tais conceitos possuem ligeiras diferenças, mas a consequência é a mesma, a isenção de pena.

Portando, estará isento de pena quando ocorrer a embriaguez acidental completa, não sendo imposto nem mesmo uma medida de segurança, já que o art. 97, caput, do CP a determina apenas em casos de inimputabilidade:

“Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.”

5.1.4. ERRO DE PROIBIÇÃO

A excludente do erro de proibição possui reflexo na potencial consciência da ilicitude. Nessa hipótese, o agente desconhece a proibição que incide sobre a norma e, por isso, entende essa como justa.

O ordenamento jurídico impõe que basta a potencial consciência da ilicitude da norma, para que possa ser imposta a culpabilidade do agente. Caso esse tenha um falso entendimento da situação que se encontra, estará configurado o erro de proibição.

Roxin (2000, p.861) trouxe uma importante definição:

“concorre un error de prohibicion cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situacion o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuacion no esta permitida, su critério rector es que el error de prohibicion solo afecta la valoracion jurídica global; el error sobre circunsntancias particulares, se base em razones facticas o jurídicas, es sempre un error de tipo.”

O erro de proibição se divide em duas espécies: direto ou indireto. O primeiro ocorre quando o erro do agente não recai sobre o tipo penal, mas na verdade sobre a conduta que é

considerada como típica. Já no segundo caso, o erro recai sobre a existência de uma causa de exclusão da culpabilidade, a chamada discriminante putativa.

Nessas hipóteses, o agente não possui consciência da ilicitude da conduta. Contudo, não será em todas as hipóteses que esse erro será capaz de excluir a culpabilidade, conforme estabelece o artigo 21 do CP:

“Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”

Em um primeiro momento, a redação do art. 21 do Código Penal parece ser contraditória, já que estabelece que o desconhecimento da lei é inescusável. Porém, esse artigo deve ser analisado com muito cuidado para que se perceba que o legislador quis dizer que não ocorrerá a exclusão da culpabilidade exclusivamente em virtude do desconhecimento da lei.

Muitos enxergam essa contradição no dispositivo porque não diferenciam o erro de proibição do desconhecimento da lei, entendem que são a mesma coisa. No entanto, ao dizer que o desconhecimento da lei é inescusável, deseja-se dizer que não possuir conhecimento da lei não ser como desculpa.

Assim, para a exclusão da culpabilidade, será necessário mais do que isso. Deverá haver um desconhecimento de uma conduta específica da lei, que se presume conhecida e válida. Portanto, deve estar configurado o erro de proibição.

O erro de proibição e desconhecimento da lei são distintos. O primeiro tem influência sobre potencial conhecimento da ilicitude e o segundo é considerado pelo art. 21 do CP como inescusável.

Dessa forma, percebe-se que o Código Penal determina que o sujeito se esforce para atuar conforme o direito, não sendo admitido a exclusão da culpabilidade em qualquer espécie de erro. Para essa exclusão, deverá ser observado no caso concreto se esse era evitável ou não.

Os erros de proibição podem ser classificados como vencíveis ou invencíveis. O erro invencível ocorre quando não é possível se exigir do agente o conhecimento da ilicitude da conduta e, por isso, não haverá crime.

Observa-se que o Código Penal no art. 21 utiliza o termo “isenção de pena”, o que passa a ideia de há crime, mas não haverá a imputação de pena. A doutrina entende que, nesse caso, por não estar configurada a culpabilidade, o que ocorre é que não haverá crime.

Por outro lado, o erro vencível ocorre quando é possível no caso concreto se exigir do sujeito o conhecimento da ilicitude da conduta. O sujeito poderia ter se informado sobre a ilicitude da conduta.

Em virtude disso, não será possível a exclusão da culpabilidade, pois estará presente o potencial conhecimento da ilicitude. O erro vencível somente permite que o agente tenha sua pena reduzida de um sexto a um terço.

5.1.5. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

A excludente da coação moral irresistível está prevista no art. 22 do CP:

“Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

A coação é considerada como irresistível quando impõe ao indivíduo, chamado de coato, a vontade do coator. O agente não possui vontade própria ao executar a conduta, ele apenas se submete a vontade do coator. Nesse caso, não é possível se exigir do indivíduo um agir diferente e sua conduta não pode ser reprovada.

Para a configuração dessa hipótese é necessária a verificação de um desses dois requisitos: utilização de violência ou utilização de ameaça. Não sendo observado um deles, considera-se a coação resistível, ou seja, havia a possibilidade de se exigir do sujeito um agir diverso.

Nesse sentido, o indivíduo deve ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que é previsto no ordenamento como crime. A conduta será considerada como voluntária e consciente, mas essa vontade não foi livremente formada, estando viciada pela coação.

Cirino dos Santos (2005, p.252) diz que o emprego da força “representa força física capaz de influenciar o psiquismo da vítima, como de surras, espancamentos, torturas, etc.” Dessa forma,, para esse autor a ameaça e o emprego de força devem exercer influência sobre a vontade do coagido, razão pela qual não é possível se admitir a exclusão da culpabilidade em casos de influencias religiosas.

Como mencionado, nem toda coação moral é capaz de afastar a culpabilidade. Precisa ser verificado no caso concreto a irresistibilidade da coação, ou seja, é necessário que o agente esteja psicologicamente coagido a praticar aquele injusto penal. Nesse caso, adota-se como padrão que se puder ser exigido do homem mediano um agir de outra forma, haverá reprovabilidade. Assim, o coato irá responder em concurso com o coator.

A doutrina majoritária, com defensores como Nucci e Mirabete, entende que há mais um requisito para essa excludente de culpabilidade, qual seja, a verificação de três pessoas. Devem estar presentes no caso concreto três figuras: o coator, o coagido e a vítima. Nucci em seu Código Penal Comentado (200, p. 134) diz que “a grave e injusta ameaça exercida pelo coator contra a pessoa do coagido seria tão intensa e difícil de suportar que ele se voltaria contra o próprio coator, matando-o, por exemplo.”

Além desse requisito, Bittencourt (2012, p. 399) estabelece que:

“Somente o mal efetivamente grave e iminente tem condão de caracterizar a coação irresistível prevista pelo art. 22 do CP. A iminência aqui mencionada não se refere à imediatidade tradicional, puramente cronológica, mas significa iminente à recusa, isto é, se o coagido recusar-se, o coator tem condições de cumprir a ameaça em seguida, seja por si mesmo, seja por interposta pessoa.”

Para esse autor é necessário para o reconhecimento da coação irresistível é indispensável que o perigo seja imediato ou durável. Não estando esse configurado, haverá a reprovabilidade do agente, já que seria possível se exigir uma conduta conforme o direito.

Considerando-se no caso concreto que a coação é resistível, o agente irá responder em concurso com o coator, ou seja, a sua reprovabilidade não será afastada. Entretanto, esse poderá se beneficiar da hipótese de atenuação de pena presente no artigo 65 , III, “c”, do CP:

“Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

III - ter o agente:

(...)

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

(...)”

Portando, somente no caso de estar verificado no caso concreto a irresistibilidade da coação moral é que o agente não responderá pela prática do crime.

5.1.6. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

A obediência hierárquica é tratada no mesmo artigo 22 do CP. Esse dispõe que se o sujeito agir em obediência a uma norma não manifestamente ilegal, somente será penalmente responsabilizado aquele que proferiu a ordem.

Inicialmente, devem ser feitas algumas observações quanto à incidência dessa norma. A doutrina majoritária entende que somente pode ser aplicada em casos que exista uma relação pública de subordinação. Nesses tipos de relações fica clara a configuração de um superior hierárquico e um subordinado.

Contudo, é possível se verificar no caso concreto esse tipo de relação no âmbito privado. Nessas hipóteses, a culpabilidade deverá ser afastada com base na excludente da inexigibilidade de conduta diversa já mencionada.

Quanto à ordem emanada pelo superior, essa deve ser manifestamente ilegal, ou seja, deve ser uma ordem que não parece ilegal, tem aparência de legal. Dessa forma, o legislador impõe ao subordinado fazer uma análise de legalidade sempre que for acatar uma ordem.

Nesse sentido, o subordinado como regra não deverá questionar a validade das ordens que recebe de seu superior, mas se a ordem dada for manifestamente ilegal lhe é exigido que não a cumpra, pois se o fizer, irá responder em concurso com o superior.

O subordinado apenas poderá se beneficiar da atenuante do art. 65, III, do CP, que segue:

“Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

II - ter o agente:

(...)

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;”

Com base nisso, a excludente de culpabilidade será aplicada somente nos casos que a ordem não puder ser considerada manifestamente ilegal. Essa análise se dá pelo padrão do homem médio, ou seja, se puder ser percebido pelo indivíduo padrão a ilegalidade. Não sendo possível a esse identificar a ilegalidade, somente o superior hierárquico irá responder pelo crime.

Entretanto, deve ser feita uma ressalva aos casos em que o agente subordinado se tratar de um policial militar. Nessa situação, o descumprimento de ordem emanada por um superior pode configurar crime de insubordinação previsto no art. 163 do CPM:

“Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução:

Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.”

Com efeito, não cabe ao agente militar discutir a legalidade das ordens, já que esse somente poderá se recusar a realizar quando se tratar de ato criminoso. Assim, a ordem deve ser mais do que manifestamente ilegal.

Além disso, no caso de o agente militar não ter a possibilidade de se recusar a realizar essa ordem criminosa, essa poderá se valer da excludente de culpabilidade da coação irresistível também já mencionada.

6. CONCLUSÃO

Como tratado ao longo do estudo, o termo culpa possui três acepções em direito penal: princípio que impede a responsabilidade penal objetiva, critério dosador de pena e um dos três elementos do conceito analítico de crime.

O Princípio da Culpabilidade estabelece a responsabilidade penal subjetiva no sentido em que dispõe que ninguém será penalizado sem que tenha atuado com dolo ou culpa. Como já foi afirmado, o princípio possui algumas consequências práticas.

A primeira é a de que não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado, a segunda se refere a escolha pela responsabilidade pelo fato e não pelo autor e a última é a de que a culpabilidade é a medida da pena.

O conceito de tal instituto sofreu diversas transformações do tempo, não sendo possível escolher uma única função para a culpabilidade. No entanto, ficou claro que para a doutrina majoritária que a culpabilidade é elemento integrante da estrutura do crime. Dessa forma, crime é o fato típico, ilícito e culpável.

Sem dúvida o estudo da culpabilidade continuará evoluindo ao longo do tempo. Porém, no momento atual não mais se admite entender a culpabilidade composta por elementos meramente psicológicos conforme feito pela Teoria Psicológica. Como também, não é mais possível se admitir a Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade, pois essa ainda possui resquícios de subjetividade.

Por isso, entende-se que a Teoria Normativa Pura da culpabilidade é a mais adequada. Essa excluiu definitivamente os elementos subjetivos do dolo e culpa do conceito de culpabilidade. Tais elementos foram transferidos para a tipicidade, e a culpabilidade passou a ser formada pela

unicamente pela imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa.

Com base nisso, faltando alguns desses elementos, não será possível existir a culpabilidade e conseqüente reprovabilidade. É indispensável para a responsabilização penal a configuração da capacidade de compreender a ilicitude da conduta. Dessa forma, não pode ser reprovado aquele que não tinha condições de conhecer a ilicitude desta ou no caso de não ser possível se exigir atitudes conforme o direito.

Além disso, a culpabilidade se caracteriza por três elementos: psíquico, o pessoal, e o fático. O primeiro se relaciona a imputabilidade que se dá em razão do desenvolvimento mental do indivíduo. Já o segundo, as condições pessoais são as causas em que não permitem que exista o potencial conhecimento da ilicitude da norma. E, por fim, o terceiro se refere àquelas em que não é possível se exigir uma conduta do agente diferente a ilícita praticada.

Assim, como visto, a conduta que o indivíduo deve se pautar pela norma é a de normalidade, pois, nesse caso, o agente pode motivar sua conduta de acordo com a reprovabilidade social. Dessa forma, a culpabilidade analisa a capacidade de o indivíduo se sentir motivado ao cumprimento da norma penal. Sendo uma das funções principais desse instituto a individualização do tratamento dado pelo Direito Penal ao indivíduo.

Portanto, a Culpabilidade possui um vínculo com a aplicação da pena e disso decorre a afirmação de que: sem culpabilidade não haverá pena. Além disso, com base na teoria tripartida, o crime pode existir sem a culpabilidade, mas esta é indispensável para a pena.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, vol. 1: parte geral**. Ed.17º (Edição Digital). São Paulo: Saraiva. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral Vol. 1**. Ed.13ª. São Paulo: Saraiva. 2010.

FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**. Ed. 1º. Paraná: Juruá. 2006.

FAVORRETTO, Affonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais**. Ed 1ª. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low. Montivideo: Fairs, 2000.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. Ed. 8ª. Belo Horizonte: D'Plácido. 2017.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Ed. 26ª. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1989.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Ed. 5º. Rio de Janeiro: Impetus. 2005.

JAKOBS. Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thonas. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Ed. 5ª. Granada: Comares. 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas. 2011.

MUNOZ, Conde. **Teoria Geral do Delito**, trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor. 1988.

NUCCI, Guilherme. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. Ed. 3ª. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. Ed. 2ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

RODRIGUES, Cristiano. **Teoria da Culpabilidade e Teorias do Erro**. Ed. 3ª. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução e notas de Diego Manuel Luzón Pena e outros. Madri: Civitas. 2000.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus. 1981

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Ed. 1ª. Rio de Janeiro: Saraiva. 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Ed. 4ª. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

BRODT, Luiz Augusto Sanzo. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. Ed. 1ª. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Ed. 2ª. São Paulo: Saraiva. 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis Toledo. **Princípios Básicos de Direito Penal**. Ed. 5°. São Paulo: Saraiva. 1994.