



RETA FINAL

DEFENSORIA PÚBLICA

DO ESTADO DO PERNAMBUCO

Direito Penal

Culpabilidade



Grupo Educacional RDP


**CURSO
RDP**



DIREITO PENAL

1. CULPABILIDADE

Olá, pessoal. Tudo bem? Nessa apostila abordaremos o substrato da culpabilidade. Vale lembrar que para teoria tripartida o crime é formado por fato típico, ilícito e culpável (sendo a culpabilidade o último deles).

ATENÇÃO: O professor Cleber Masson (2020, p. 164). lembra que Basileu Garcia sustentava ser o crime composto por **quatro elementos: fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade**. No entanto, **essa posição quadripartida é claramente minoritária e deve ser afastada, pois a punibilidade não é elemento do crime, mas consequência da sua prática**. E o professor justifica: *“Não é porque se operou a prescrição (extinção de punibilidade) de determinado crime, por exemplo, que ele desapareceu do mundo fático. Portanto, o crime existe independentemente da punibilidade. Outros autores adotam uma posição tripartida, pela qual seriam elementos do crime: fato típico, ilicitude e culpabilidade. Perfilham desse entendimento, entre outros, Néelson Hungria, Aníbal Bruno, E. Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado”*. **Essa é a posição majoritária.**

Dando continuidade ao início do nosso estudo, saibam que podemos falar de culpabilidade em pelo menos três sentidos/acepções: **a)** culpabilidade como elemento do crime; **b)** culpabilidade como circunstância judicial do art. 59; **c)** culpabilidade como forma de impedir a responsabilidade penal objetiva.

1.1 Culpabilidade como elemento do crime	1.2 Culpabilidade como circunstância judicial	1.3 Culpabilidade como impedidora da responsabilidade penal objetiva
<p>Elemento do crime (constituído por imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa, e potencial consciência da ilicitude do fato).</p> <p>O crime, portanto, é todo fato típico, antijurídico e culpável (teoria finalista)</p>	<p>Está prevista no art. 59 como circunstância judicial a ser analisada pelo magistrado, e consiste na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.</p> <p>Há críticas a essa circunstância judicial (assim como todas) pois atua sobre a pessoa do condenado, e não sobre o fato.</p>	<p>Um dos axiomas do Garantismo de Ferrajoli é justamente o fato de que não há conduta sem culpa (<i>nulla actio sine culpa</i>). Assim, veda-se a responsabilidade objetiva¹, devendo ser demonstrado no caso concreto que o agente era dotado de culpa <i>lato sensu</i> (dolo ou culpa em sentido estrito).</p> <p>ATENÇÃO - Fórmula da <i>Versare in re Ilícita</i>: O agente responde por todas as consequências de seus atos, incluídas aqueles decorrentes de caso fortuito ou força maior. Essa fórmula não é mais admitida, porque não se pode admitir que alguém responda por fato absolutamente imprevisível, em</p>

¹ Em que pese certa corrente doutrinária entender que na responsabilidade penal da pessoa jurídica há possibilidade de ela ser objetiva.



		respeito ao princípio da culpabilidade (responsabilidade penal subjetiva).
--	--	--

Segundo Cleber Masson (2020, p. 383), ainda há a divisão em culpabilidade formal e material.

CULPABILIDADE FORMAL	<p>Culpabilidade formal é a definida em abstrato, ou seja, o juízo de reprovabilidade realizado em relação ao provável autor de um fato típico e ilícito, se presentes os elementos da culpabilidade, no momento em que o legislador incrimina uma conduta. Serve, pois, para o legislador cominar os limites (mínimo e máximo) da pena atribuída a determinada infração penal.</p> <p>Tem relação com a proporcionalidade, de maneira que é a culpabilidade formal que impede que em crimes mais graves seja imposta pena ínfima e em crimes menos graves seja imposta pena muito alta. Neste último caso, por exemplo, lembrem dos precedentes do STJ que entendem que a pena imposta em abstrato ao crime do art. 273, CP² (10 a 15 anos de reclusão e multa) é desproporcional, devendo ser aplicada a pena do crime do art. 33 da Lei de Drogas.</p>
MATERIAL	Já a culpabilidade material é estabelecida em concreto, dirigida a um agente culpável que cometeu um fato típico e ilícito. Destina-se, portanto, ao magistrado, colaborando com a aplicação concreta da pena.

1.4 Elementos da culpabilidade no Código Penal

Vejamos agora os elementos que integram a culpabilidade.

- Imputabilidade;
- Potencial consciência da ilicitude do fato;
- Exigibilidade de conduta diversa.

Dessa forma, temos as seguintes excludentes dos elementos da culpabilidade:



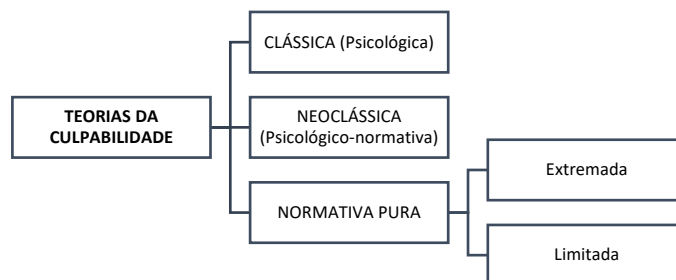
Quadro extraído da obra de Cleber Masson, 2014.

² Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.



1.5 Evolução do conceito de culpabilidade

Como o Código Penal não apresentou o conceito de culpabilidade, tal tarefa foi incumbida à doutrina, que, à medida que o tempo e os estudos iam avançando, iam sendo surgidas novas teorias ou aperfeiçoando as já existentes. As três listadas abaixo são as que você precisa saber.



Veremos, de maneira objetiva, cada uma delas.

1.6 Teoria psicológica da culpabilidade (clássica)

Também chamada de teoria causalista, apregoa que a culpabilidade é uma relação causal psíquica do autor com o fato criminoso. Idealizada por Franz von Liszt e Ernst von Beling, para a teoria psicológica, culpabilidade é tão somente um **vínculo psicológico entre o agente e o crime por ele praticado**. Esse vínculo é subjetivo e psicológico. Logo, enquanto o nexu de causalidade é um vínculo físico entre o agente e o resultado criminoso (relação física de causa e efeito), na culpabilidade, há um vínculo subjetivo e psicológico entre o agente e o crime.

Para que houvesse culpabilidade, seria preciso que existissem dois requisitos: a) imputabilidade e b) dolo ou culpa.

Segundo a teoria psicológica, são elementos do crime:

Fato Típico	Ilicitude	Culpabilidade
<ul style="list-style-type: none"> • Conduta • Resultado naturalístico • Relação de causalidade • Tipicidade 		<ul style="list-style-type: none"> • Imputabilidade • Dolo (normativo) ou Culpa

CUIDADO: se ligue no movimento, pois o dolo e a culpa estão na culpabilidade (*com o finalismo, como sabemos, dolo e culpa migram para o fato típico, especificamente na conduta*).

POR QUE O NOME “PSICOLÓGICA”? É que os adeptos da teoria psicológica da culpabilidade entendiam que a culpabilidade era **o mero vínculo psicológico entre o autor do crime e o fato, por meio de dolo ou culpa**.

CRÍTICAS: O professor Cleber Masson alerta para as principais críticas à teoria psicológica da culpabilidade:



“Dentre as principais críticas a ela endereçadas podem ser destacadas a impossibilidade em resolver as situações de inexigibilidade de conduta diversa, notadamente a coação moral irresistível e a obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal. Nesses casos o sujeito age com dolo, mas o crime não pode ser a ele imputado, pois somente é punido o autor da coação ou da ordem (CP, art. 22). Também não consegue explicar a culpa inconsciente (sem previsão), pois aqui não existe nenhum vínculo psicológico entre o autor e o fato por ele praticado, que sequer foi previsto. Essa teoria não é atualmente aceita, pois a culpabilidade não pode ser um mero e frágil vínculo psicológico.”

1.7 Teoria psicológico-normativa

Essa teoria surge em 1907, com a proposta de Reinhart Frank, que relaciona a culpabilidade com a exigibilidade de conduta diversa.

Dispõe tal teoria que a culpabilidade não é mero vínculo psicológico entre o autor do crime e o fato, mas também há um vínculo normativo, chamado de exigibilidade de conduta diversa.

ATENÇÃO: a culpabilidade é, para esta teoria, constituída de três elementos: a) imputabilidade; b) dolo e culpa (elementos psicológicos) e c) exigibilidade de conduta diversa.

Portanto, o dolo e a culpa foram mantidos dentro da culpabilidade, mas aqui viraram os elementos psicológicos da culpabilidade (alguns autores entendem que o dolo e a culpa estavam junto com a potencial consciência da ilicitude).

Fato Típico	Illicitude	Culpabilidade
<ul style="list-style-type: none"> • Conduta • Resultado naturalístico • Relação de causalidade • Tipicidade 		<ul style="list-style-type: none"> • Imputabilidade • Dolo (normativo) ou Culpa • Exigibilidade de conduta diversa

Sobre o tema explica Cleber Masson (2020, p. 379):

A culpabilidade deixa de ser um fenômeno puramente natural, de cunho psicológico, pois a ela se atribui um novo elemento, estritamente normativo, inicialmente chamado de normalidade das circunstâncias concomitantes, e, posteriormente, de motivação normal, atualmente definido como exigibilidade de conduta diversa. O conceito de culpabilidade assume um perfil complexo, constituído por elementos naturalísticos (vínculo psicológico, representado pelo dolo ou pela culpa) e normativos (normalidade das circunstâncias concomitantes ou motivação normal). Sua estrutura passa a ser composta por três elementos; imputabilidade, dolo ou culpa e exigibilidade de conduta diversa.



POR QUE O NOME É “PSICOLÓGICO-NORMATIVA?”: Porque agora a culpabilidade passa a ter um elemento normativo. Agora há um novo elemento integrante da culpabilidade, e de caráter normativo (que é a reprovabilidade ou censurabilidade). O fato poderia ser típico e antijurídico, mas se a conduta fosse inexigível diante de um caso concreto, o fato não seria crime por inexigibilidade de conduta diversa.

Masson ainda sustenta que “o dolo permanece normativo: aloja em seu bojo a consciência da ilicitude, isto é, o conhecimento acerca do caráter ilícito do fato. Essa teoria representou, à época, um grande avanço frente à teoria psicológica. Soçobrou com a superveniência da teoria finalista, que a fulminou por duas razões principais; (1) manutenção do dolo e da culpa como elementos da culpabilidade; e (2) tratamento do dolo normativo, possuindo em seu interior a consciência atual da ilicitude.”

1.8 Teoria normativa pura da culpabilidade

A doutrina sustenta que essa teoria surge pelos idos de 1930, com o **finalismo penal de Hans Welzd**, sendo dele inseparável, porque a adoção **da teoria normativa pura da culpabilidade somente é possível em um sistema finalista**. (MASSON, 2020).

POR QUE “NORMATIVA PURA”? Porque agora os elementos da culpabilidade são: a) imputabilidade; b) exigibilidade de conduta diversa; e c) potencial consciência da ilicitude do fato. Isto é, os elementos psicológicos (dolo e culpa) que existiam nas **teorias psicológica e psicológico-normativa da culpabilidade**, foram transferidos pelo finalismo penal para o fato típico, alojando-se no interior da conduta (Teoria normativa pura da culpabilidade).

Fato Típico	Ilícitude	Culpabilidade
<ul style="list-style-type: none"> • Conduta (dolosa ou culposa) • Resultado naturalístico • Relação de causalidade • Tipicidade 		<ul style="list-style-type: none"> • Imputabilidade • Potencial consciência da ilicitude • Exigibilidade de conduta diversa

A culpabilidade agora deixa de ter elementos psicológicos (dolo e culpa). É a partir do finalismo que o dolo e a culpa deixam de integrar a culpabilidade e passam a integrar o fato típico.

DOLO E CULPA: lembro a vocês, mais uma vez, que dolo e culpa passam a ser elementos do fato típico (dentro da conduta). O elemento psicológico – dolo e culpa – foi transferido para a conduta, porque Welzel defendia que não existe conduta desprovida de finalidade. Ora, a finalidade do crime não pode estar dentro da culpabilidade, e, por consequência, o dolo e a culpa devem ser deslocados para a conduta.

Por fim, saibam que a **teoria normativa pura da culpabilidade** se subdivide em outras duas:

- (a) **limitada**.
- (b) **extremada**, extrema ou estrita; e



Porém, não se preocupe, pois como lembra a doutrina, “em ambas as vertentes, a estrutura da culpabilidade é idêntica, ou -seja, seus elementos são a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.” (MASSON, 2020).

Sendo assim, o que muda, então? Vejamos:

1.9 Teoria limitada da culpabilidade	1.10 Teoria extremada da culpabilidade
<p>Diverge da teoria extremada apenas no tocante à natureza jurídica das discriminantes putativas sobre a situação fática. Para esta teoria, trata-se de erro de tipo.</p> <p>Quanto ao erro sobre a existência ou limites de uma discriminante, entende ser erro de proibição.</p> <p>É a adotada pelo Código Penal.</p>	<p>Para esta teoria, não se diferencia a discriminante putativa em relação ao erro sobre a situação fática, ou o erro quanto à existência ou limites de uma discriminante: todas são consideradas erro de proibição.</p> <p>Mesmo que vocês não entendam direito sobre essas teorias lembrem-se de uma coisa: a teoria extremada não faz distinção entre discriminante putativa em relação ao erro sobre a situação FÁTICA, ou o erro quanto à existência ou limites de uma discriminante.</p>

Veremos com mais ênfase abaixo.

1.11 Teoria limitada

Essa é a teoria adotada pelo Código Penal, ainda que existam algumas divergências. Cleber Masson, como vimos, lembra que na **TEORIA LIMITADA**, a culpabilidade é composta pelos mesmos elementos que integram a teoria normativa pura: (1) imputabilidade, (2) potencial consciência da ilicitude e (3) exigibilidade de conduta diversa.

(...) Cuida-se, portanto, de uma variante da teoria normativa pura. Porém, a distinção entre tais teorias repousa unicamente no tratamento dispensado às discriminantes putativas. Nas discriminantes putativas, o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação fática ou jurídica que, se existisse, tornaria sua ação legítima. De acordo com a teoria normativa pura, as discriminantes putativas sempre caracterizam erro de proibição. Por sua vez, para a teoria limitada, as discriminantes putativas são divididas em dois blocos: (1) de fato, tratadas como erro de tipo (CP, art. 20, § 1.º); (2) de direito, disciplinadas como erro de proibição (CP, art. 21).

Assim, em que pese exista discussão doutrinária acerca do assunto, **é possível afirmar que o Código Penal em vigor acolheu a teoria limitada**. É o que se extrai do tratamento do erro (arts. 20 e 21), bem como do art. 17 da Exposição de Motivos do Código Penal (o que dá força à corrente que entende que adotamos a teoria limitada, pois há previsão legal nesse sentido):



Art. 17. É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sene culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislativo brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos artigos 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do artigo 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada "teoria limitada da culpabilidade" (Culpabilidade e a Problemática do Erro Jurídico Penal, de Francisco de Assis Toledo, in Rev. Trib. 517/251).

Para a teoria extremada da culpabilidade, não se diferencia a discriminante putativa em relação ao erro sobre a situação fática, ou o erro quanto à existência ou limites de uma discriminante: **todas são consideradas erro de proibição. Ou seja, a Teoria Extremada é assim chamada de "extremada" (sinônimo para "exagerada") exatamente porque considera as 3 espécies de erro nas discriminantes putativas apenas como erro de proibição.**

Por outro lado, a **Teoria Limitada** diverge da teoria extremada apenas no tocante à natureza jurídica das **discriminantes putativas** sobre o erro quanto aos **pressupostos fáticos**. Para esta teoria, trata-se de **erro de tipo**.

Vejamos a tabela abaixo:

Discriminante putativa	Adotando-se a teoria limitada da culpabilidade	Adotando-se a teoria extremada
Erro relativo aos <u>pressupostos de fato</u> de uma causa de exclusão da ilicitude	Erro de tipo	Erro de proibição (teoria unitária do erro)
Erro relativo à <u>existência</u> de uma causa de exclusão da ilicitude	Erro de proibição	Erro de proibição
Erro relativo aos <u>limites</u> de uma causa de exclusão da ilicitude	Erro de proibição	Erro de proibição

Em resumo do resumo, podemos explicar as Teorias e suas consequências da seguinte maneira:

I – **Teoria Extremada**: para essa teoria, toda e qualquer espécie de erro incidente em discriminante putativa será um **erro de proibição**. Portanto, se o agente incide em erro invencível, ele é isento de pena. De outro turno, se ele incide em erro vencível, responde pelo crime com redução de pena.

II – **Teoria Limitada**: para essa teoria, deve-se diferenciar duas hipóteses:



a) O erro incide sobre uma situação fática: aqui, temos um erro de tipo permissivo. Com efeito, a norma incriminadora forma um tipo incriminador; ao passo que uma norma permissiva forma um tipo permissivo. Pois bem, nesse caso, o agente erra sobre o fato, porquanto imagina uma situação fática que na verdade não está ocorrendo.

b) O erro incide sobre os limites ou a existência da discriminante: aqui, temos um erro de proibição indireto, que já vimos acima. Logo, se o erro for invencível, o agente é isento de pena; e se o erro for vencível, o agente responde pelo crime com redução da pena.

A teoria limitada, como vimos, foi a teoria adotada pelo Direito Penal brasileiro.

CAIU NA DPE-PA-2022-CESPE-CEBRASPE: “A compreensão do erro das discriminantes putativas — com previsão em dispositivo do Código Penal — sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação como erro de tipo decorre da teoria

- A) psicológica da culpabilidade.
- B) causal-naturalista.
- C) psicológico-normativa.
- D) extremada da culpabilidade.
- E) limitada da culpabilidade”.³

1.12 Teoria funcional da culpabilidade

Gente, anotem rapidinho que existe mais uma teoria sobre a culpabilidade. Essa teoria é capitaneada por **Günther Jakobs**, e segundo Cleber Masson⁴,

(...) sustenta um conceito funcional de culpabilidade. Trata-se de proposta consistente em substituir a culpabilidade fundada em um juízo de reprovabilidade por necessidades reais ou supostas de prevenção. Pretende-se que, em vez de questionar se o autor do fato podia atuar de outro modo, pergunte-se: em face das finalidades da pena, é necessário ou não torná-lo responsável pela violação do ordenamento jurídico? Essa teoria, portanto, retira o elevado valor atribuído ao livre arbítrio do ser humano, e busca vincular o conceito de culpabilidade ao fim de prevenção geral da pena, e também à política criminal do Estado.

No entanto, vocês conseguem perceber o absurdo dessa teoria? Não? Pois vamos exemplificar com os dizeres da doutrina:⁵

³ GABARITO: E.

⁴ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1.** 8.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

⁵ PRADO, Rodrigo Murad do. **O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/657547435/o-funcionalismo-sistemico-de-gunther-jakobs?ref=feed>. Acesso em: 30/12/2024.



(...) Caso haja um furto, não importa o valor do bem subtraído. Importa é que houve uma violação da norma, frustrando a legítima expectativa que o titular do bem tinha de que ninguém subtrairia tal coisa. Assim, o Direito Penal deve incidir para garantir a vigência da norma para todos os outros membros da sociedade pois, caso contrário (se o autor do furto não for punido) ninguém mais respeitará o patrimônio alheio. Vejam que o que se protege aqui é a NORMA.

Dessa forma, é extremamente perigoso imaginar um Direito Penal cuja função seja manter a própria integridade do sistema jurídico como um todo, haja a vista a possibilidade real de ocorrer todo tipo de arbitrariedade.

2. IMPUTABILIDADE

A imputabilidade é a capacidade mental de compreender o caráter ilícito de fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O CP não define quem é o imputável, e sim o **inimputável**. Assim, por exclusão, o imputável é o maior de 18 anos e o mentalmente são, porque eles têm discernimento mental para entender o que estão fazendo. Portanto, apenas eles têm a capacidade de responder penalmente pelo fato criminoso praticado.

Em outras palavras, a imputabilidade significa que só se pode atribuir a responsabilidade penal a alguém, se esse alguém tiver discernimento mínimo para entender que está fazendo algo de errado, e esse alguém é apenas o maior de 18 anos e o mentalmente são.

2.1 Sistemas ou critérios para aferição da imputabilidade

SISTEMA BIOLÓGICO	SISTEMA BIOPSIOLÓGICO
Há apenas um requisito, que é a idade (requisito etário).	É um sistema misto, em que há possibilidade de inimputabilidade pela menoridade (requisito biológico-etário) ou pelo caráter psicológico (quando o crime é praticado por pessoa mentalmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato).
É chamado também de sistema etiológico.	
Foi adotado pela Constituição com relação à menoridade, isso porque os menores de 18 anos são inimputáveis	É o critério adotado pelo Código Penal, já que mistura o sistema biológico com o psicológico.

2.2 Causas de exclusão de imputabilidade

Masson (2014⁶) lembra que no nosso ordenamento jurídico haverá exclusão da imputabilidade penal nas seguintes hipóteses:

⁶ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.



- **doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado** (CP, art. 26);
- **embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior** (CP, art. 28, § 1º);
- **dependência ou intoxicação involuntária decorrente do consumo de drogas ilícitas** (Lei nº 11.343/2006, art. 45, *caput*);
- **menoridade** (CP, art. 27, e CF, art. 228).

Neste caso, as três primeiras fundam-se no sistema (ou critério) **biopsicológico**. A última, no **biológico**.

SE LIGA NA JURIS: O art. 149 do CPP, ao exigir que o acusado seja este submetido a exame médico-legal, não contempla hipótese de prova legal ou tarifada.

A despeito disso, a partir de uma interpretação sistemática das normais processuais penais que regem a matéria, deve-se concluir que o reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu (art. 26, *caput* e parágrafo único do CP) depende da prévia instauração de incidente de insanidade mental e do respectivo exame médico-legal nele previsto.

Vale ressaltar, por fim, que o magistrado poderá discordar das conclusões do laudo, desde que o faça por meio de decisão devidamente fundamentada.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.802.845-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/06/2020 (Info 675).⁷

Obs.: Procedimento - O menor de 18 anos (critério biológico) será apreendido, levado à Polícia especializada, onde se lavra o auto de infração por ato infracional. Depois, o adolescente deve ser apresentado incontinentemente ao Ministério Público, que pode representar o adolescente ou oferecer remissão. Ao final, o adolescente será responsabilizado, caso em que lhe será aplicada uma medida socioeducativa ou será “absolvido” ou não responsabilizado.

Por sua vez, à pessoa com doença mental (critério biopsicológico) pode ser aplicada medida de segurança. Para isso, ela deve ser processada e só ao final desse processo, ser-lhe-á imputada uma medida de segurança. Durante o processo, ela deve ser submetida ao exame de insanidade mental para aferir se era inimputável e se tal inimputabilidade gerou a incapacidade de entender a ilicitude do fato. Ao final, o juízo pode absolver impropriamente a pessoa com doença mental, aplicando-lhe medida de segurança, ou pode ainda absolver propriamente, nos termos do art. 386 do CPP.

⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu depende da prévia instauração de incidente de insanidade mental e do respectivo exame médico-legal nele previsto.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5905aa3361a00b7d9356fa6cf222396d>>. Acesso em: 30/12/2024.



2.3 Actio libera in causa

A teoria da *actio libera in causa* é aquela em que o agente, de maneira consciente, vem a ficar em estado de inimputabilidade propositalmente. É o caso de quem embriaga-se e depois comete um crime, quando já estava em estado de embriaguez total.

Neste caso, segundo a teoria, é impossível alegar inconsciência do fato e uma possível inimputabilidade, pois o momento para verificação da consciência será o anterior (quando este decidiu se colocar em tal situação). É por isso que a embriaguez, para excluir a imputabilidade, **precisa ser completa e involuntária**, decorrente de caso **fortuito ou força maior**, e não da própria conduta do agente.

CRÍTICAS: Contudo, existem críticas em relação a essa teoria (e reside aí a importância para nossas provas), pois há uma certa responsabilidade penal objetiva nesses casos. Entendam; o dolo e a culpa são aferidos **NO MOMENTO DA CONDUTA**, não em momento anterior. O que a teoria em comento faz é justamente subverter essa regra, trazendo a análise do dolo/culpa para momento anterior à conduta.

Portanto, se no momento em que é praticada a conduta típica, não se analisa o elemento subjetivo do agente, o que se está fazendo é impor responsabilidade penal objetiva a ele.

Diante dessas críticas, parte da doutrina tenta mitigar a *actio libera in causa*; assim, para haver responsabilidade penal em casos de embriaguez total que não seja por fortuito, deve-se verificar se, enquanto ainda estava lúcido, o agente já tinha a intenção criminosa. Caso a resposta seja positiva, é possível responsabilizá-lo. Caso contrário, não será possível, para evitar a responsabilidade objetiva.

EMBRIGUEZ INVOLUNTÁRIA: um exemplo costumeiramente dado pela doutrina, e talvez o mais estranho da vida, é o caso de uma pessoa que cai em um tonel de vinho, embriaga-se e comete um crime posteriormente. Neste caso a embriaguez, em sendo total, será involuntária, o que excluiria a culpabilidade.

3. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE DO FATO

Como vimos, a *potencial* consciência da ilicitude do fato é um dos elementos da culpabilidade. Em outras palavras, para que o agente tenha “culpabilidade”, deve ficar demonstrado que o sujeito tinha consciência do caráter ilícito do fato.

TEORIA CAUSALISTA: é importante dizer que a consciência sobre a ilicitude da conduta para a teoria causalista fazia parte do dolo (que como vimos, fazia parte da culpabilidade, indo para o fato típico apenas com o Finalismo – teoria pura da culpabilidade).

DESCONHECIMENTO DA LEI # DESCONHECIMENTO SOBRE A ILICITUDE: não se pode confundir o desconhecimento da lei com o desconhecimento sobre a ilicitude do fato. O desconhecimento da lei é inescusável e significa, em palavras simples, a carência da compreensão do texto legal. Isto é, todo mundo sabe que roubar é crime, por exemplo. No entanto, não se exige que se conheça a lei (artigos, incisos,



qualificadoras etc.). No desconhecimento sobre a ilicitude, o agente não tem a mínima consciência de que o fato praticado é proibido.

POTENCIAL OU REAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE?

Atenção aqui neste ponto. Vimos que a culpabilidade é constituída por 3 elementos: **a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; e c) exigibilidade de conduta diversa.**

No entanto, como o juiz saberá se o réu tinha ou não consciência do fato criminoso, já que o conhecimento da lei é inescusável?

Foi por isso que **Mezger** desenvolveu a **teoria da valoração paralela na esfera do profano**. Isso quer dizer, em outras palavras, que o agente não deverá saber e conhecer o crime, pois se assim o fosse, apenas juristas e operadores do direito praticariam crimes. Portanto, a **“valoração paralela na esfera do profano”** nada mais é do que a utilização, pelo magistrado, de elementos não jurídicos, a fim de avaliar-se, no momento da conduta, o agente tinha condições (potencial) para ter consciência da ilicitude de sua conduta. Simples assim!

CAIU NA DPE-MT-2022-FCC: “A culpabilidade como juízo de reprovação exige que se tenha a possibilidade de saber que a ação praticada é proibida.”⁸

4. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

É o último elemento da culpabilidade. Para que alguém possa ser responsabilizado por um crime, é preciso que se possa exigir dessa pessoa uma conduta diferente.

CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: coação moral irresistível e obediência hierárquica.

CAIU NA DPE-RO-2023-CESPE/CEBRASPE: “Considera-se causa excludente da culpabilidade

- A) inexigibilidade de conduta diversa.
- B) estado de necessidade.
- C) consentimento do ofendido.
- D) estrito cumprimento do dever legal.
- E) exercício regular de direito.”⁹

COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL: chamada de *“vis relativa”*. Se o fato é cometido sob coação **moral** irresistível, só é punível o autor da coação. Atenção, pois se a questão falar em coação **FÍSICA** irresistível (*vis absoluta*) o fato será atípico por exclusão da própria conduta (elemento do fato típico, e não da culpabilidade). A coação moral irresistível é uma causa de exclusão da culpabilidade, em que o agente se depara com uma **escolha “impossível”**. Ex.: mate aquela pessoa ou eu mato o seu filho. De se notar que a coação moral precisa ser

⁸ CERTO.

⁹ GABARITO: A.



irresistível; se ela for resistível, ela não exclui o crime, mas pode atenuar a pena (art. 65, III, c, CP). Ex.: mate aquela pessoa ou eu destruo seu carro. Ademais, a irresistibilidade da coação deve ser analisada de acordo com a situação concreta. Nesse caso, o coagido não responde por nada, ao passo que o coator responde pelo crime, como autor mediato do crime.

OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA: segundo o Código Penal (art. 22): Se o fato é cometido sob estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, **só é punível o autor da ordem. A doutrina afirma que a relação de hierarquia deve ser uma RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO e a ordem do superior deve ser ilícita, não podendo ser manifestamente ilegal (porque nesse caso o agente que executou a ordem também é responsabilizado).** Vejam que aqui também temos uma hipótese de autoria mediata, porque o subordinado é o instrumento do superior hierárquico. Por isso, o superior responde sempre pela prática do crime. Por sua vez, o subordinado responde também? Depende da **natureza da ordem**. Se a ordem não for manifestamente ilegal, só o autor da ordem, o superior hierárquico, será punido. De outro turno, se a ordem era manifestamente ilegal, o subordinado também responde pelo crime, juntamente com o superior, em coautoria.

CAIU NA DPE-MG-2023-FUNDEP: “Cometer o fato sob coação moral irresistível ou em estrita obediência à ordem de superior hierárquico não manifestamente ilegal são hipóteses previstas no Código Penal de excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta conforme o direito”.¹⁰

CAUSAS SUPRALEGAIS: a doutrina admite causas supralegais de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Os professores André Estefam e Rios (2018), lembram que o caso da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos é causa de inexigibilidade de conduta diversa. Essa tese supralegal não é pacífica na doutrina e na jurisprudência, mas em um caso específico, ela é bem aceita pela jurisprudência: **dificuldades financeiras da empresa e descumprimento de ordem tributária (AP 516/DF, STF)**. É o caso da empresa que está quase falindo, e o empresário, ao invés de pagar o tributo, usa o dinheiro para pagar os salários dos funcionários, por exemplo. Portanto, as dificuldades financeiras cabalmente comprovadas podem ser admitidas como causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

DESOBEDIÊNCIA CIVIL: Luciana Augusto Barreto e Paloma Leite Diniz Fariase, em trabalho acadêmico intitulado “Desobediência civil enquanto causa supralegal de exclusão de culpabilidade”¹¹ apontam que “a desobediência civil, modalidade específica de exercício do direito de resistência, embora careça de uma previsão normativa expressa, perfaz-se em instrumento idôneo à participação popular na res pública, na medida em que objetiva a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania. Ante a falibilidade estatal em atender aos escopos sociais legítimos, relegando, outrossim, imensa parcela da população à marginalidade do processo político-decisório, exurgem reivindicações que visam à concreção de medidas satisfatórias destes mesmos anseios. **Nesse diapasão, faz-se mister seja reconhecida a legitimidade desta ação social, entendendo-a como direito de petição que afasta a caracterização do delito, por meio da ausência de um de seus predicados, qual seja a culpabilidade. Defende-se a configuração de uma hipótese de causa**

¹⁰ CERTO.

¹¹ Disponível em: revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/download/57-71/1839. Acesso em: 13/08/2021.



supralegal de exclusão daquele elemento normativo, pautada, preliminarmente, na inexigibilidade de conduta diversa”.

CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA: A cláusula de consciência é a causa supralegal de exclusão de culpabilidade que dispõe que está isento de pena quem, por motivo de consciência ou crença, praticar algum fato previsto como crime, desde que não viole direitos fundamentais individuais. A doutrina enquadra a cláusula de consciência como uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa. Exemplo disso é a não realização da transfusão de sangue por pessoa, que, por motivo religioso, não permita que tal procedimento seja realizado, mesmo que para salvar a vida de alguém.

CAIU NA DPE-MG-2023-FUNDEP: “A exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de comportamento conforme o direito é admitida por significativa parcela da doutrina e jurisprudência, mesmo em hipóteses não previstas na legislação”.¹²

Obs.: Zaffaroni defende que todos os elementos da culpabilidade poderiam se resumir a um único elemento: a exigibilidade de conduta diversa. Ora, se o agente não tem imputabilidade - menor de 18 anos ou deficiente mental -, ele não sabe o que está fazendo, logo, não se pode exigir dele uma conduta diversa. Da mesma forma, se o agente não tem potencial consciência da ilicitude, não é possível exigir dele uma conduta diversa. Apesar de genial, o entendimento de Zaffaroni não foi adotado.

CAIU NA DPE-AM-2013-FCC: “No que se refere aos elementos do crime, é correto afirmar que a exigibilidade de conduta diversa é pressuposto da culpabilidade”.¹³

CAIU NA DPE-PR-2012-FCC: “Tomando por base duas normas penais não incriminadoras, verifica-se que na primeira o legislador afastou a punição do autor do fato delituoso que agira em determinada circunstância, utilizando a seguinte redação: É isento de pena quem (...); já na segunda afastou a punição do fato tipificado praticado em determinadas circunstâncias, valendo-se da seguinte redação: Não se pune o fato quando (...). Nestes casos, trata-se respectivamente das seguintes excludentes: culpabilidade e ilicitude”.¹⁴

5. COCULPABILIDADE

Segundo Cleber Masson (2014, p. 543/544¹⁵), todo ser humano atua em sociedade em circunstâncias determinadas, e com limites de comportamento também determinados. Como há desigualdades sociais, a personalidade do agente é moldada em consonância com as oportunidades oferecidas a cada indivíduo para orientar-se ou não em sintonia com o ordenamento jurídico. Entra em cena a chamada coculpabilidade, assim definida por Zaffaroni e Pierangeli:

¹² CERTO.

¹³ CERTO.

¹⁴ CERTO.

¹⁵ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. . 8.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.*



(...) Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento de reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “cocolpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.

Lembra Masson que para esses autores¹⁶, essa carga de valores sociais negativos deve ser considerada, em prol do réu, uma atenuante inominada, na forma prevista no art. 66 do Código Penal. Com efeito, a teoria da cocolpabilidade aponta a parcela de responsabilidade social do Estado pela não inserção social e, portanto, devendo também suportar o ônus do comportamento desviante do padrão normativo por parte dos atores sociais sem cidadania plena que possuem uma menor autodeterminação diante das concausas socioeconômicas da criminalidade urbana e rural. O art. 66 do Código Penal brasileiro dá ao juiz uma ferramenta para atenuar a resposta penal à desigualdade social de oportunidades (“a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”).

CAIU NA DPE-SP-2019-FCC: “De acordo com a teoria da cocolpabilidade, na forma como foi proposta por Eugenio Raúl Zaffaroni, o agente que não teve acesso às mesmas oportunidades e direitos conferidos a outros indivíduos da sociedade possui limitado âmbito de autodeterminação, o que enseja a redução do seu grau de culpabilidade”.¹⁷

Ainda sobre o tema, Rogério Greco (2017, 139)¹⁸ estabelece que partindo do pressuposto de que, em algumas infrações penais, o agente, excluído socialmente, poderia ter sido premido à prática de crimes, a teoria da cocolpabilidade propõe, basicamente, duas alternativas, a saber:

- a) nas situações extremas, conduziria à absolvição, a exemplo do que ocorre quando um casal de mendigos tem relação sexual embaixo de um viaduto, fato que, em uma situação de normalidade, possibilitaria a sua condenação pela prática do delito tipificado no art. 233 do Código Penal;
- b) poderá ser aplicada a circunstância atenuante genérica prevista pelo art. 66 do Código Penal.

Cristiano Rodrigues (citado por Greco¹⁹),

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ CERTO.

¹⁸ GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

¹⁹ *Ibidem*.



(...) defende a possibilidade de ser arguida a **inexigibilidade de conduta diversa** como causa supralegal a fim de possibilitar a absolvição do agente, levando-se em consideração a teoria da coculpabilidade, dizendo que: “somente através da ampliação do conceito de exigibilidade de conduta diversa em face da normalidade das circunstâncias concretas, e de uma aceitação mais ampla da inexigibilidade como causa de exculpação (mesmo sem expressa previsão legal), tornar-se-á possível instrumentalizar, materializar e aplicar a Teoria da Coculpabilidade em nosso ordenamento jurídico, passo fundamental na direção de um Direito Penal garantista, humano e mais isonômico.”²⁰

Obs.: A coculpabilidade na jurisprudência do STJ – não se admite a coculpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade, mas é admitida, com ressalvas, como causa de atenuação da pena. O STJ entende que **sua aplicação não é obrigatória**, dependendo da análise das circunstâncias do caso concreto, **para que o juízo verifique se a circunstância é realmente relevante no particular, em respeito ao princípio da individualização da pena (REsp 1394233/RN).**

CAIU NA DPE-RJ-2023-FGV: “Gustavo e Juliana, cidadãos em situação de rua, dormindo todas as noites nas calçadas e debaixo de marquises, em determinada data, acabam mantendo relações sexuais no período noturno, mesmo cientes do risco de serem flagrados por algum transeunte. O ato sexual acaba sendo percebido por Flávia, que passava pelo local e que, imediatamente, aciona a guarda municipal. Gustavo e Juliana então são conduzidos para a Delegacia de Polícia onde é lavrado o termo circunstanciado classificando o fato no Art. 233 do Código Penal (“Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”). Gustavo e Juliana acabam sendo liberados pela autoridade policial, após firmarem compromisso de comparecer ao juízo, nos moldes do Art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995. Designada audiência preliminar, não foi possível a proposta de transação penal, posto que Gustavo e Juliana já tinham aceitado, há menos de três anos, o mesmo direito (Art. 72 e 76, §2º, inciso II, da Lei nº 9.099/1995). Em data subsequente foi realizada audiência de instrução e julgamento (Art. 79 da Lei nº 9.099/1995), quando, após apresentação de defesa preliminar pelo defensor público, houve a oitiva das testemunhas de acusação e posterior interrogatório de Gustavo e Juliana. Em ato contínuo, o Ministério Público, em sua derradeira fala, pede a condenação de ambos.

Aberta oportunidade de manifestação para a defesa técnica, diante de uma visão garantista do direito penal, deverá o defensor público, como tese principal, sustentar:

- A) erro de proibição indireto inescusável como causa excludente da culpabilidade e, portanto, Gustavo e Juliana deverão ser absolvidos nos moldes do Art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal;
- B) delito putativo por erro de proibição que afasta a tipicidade e, portanto, Gustavo e Juliana deverão ser absolvidos nos moldes do Art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal;
- C) a corresponsabilidade do Estado como causa supralegal excludente da culpabilidade e, portanto, Gustavo e Juliana deverão ser absolvidos nos moldes do Art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal;
- D) o erro de tipo essencial invencível (Art. 20, *caput*, do Código Penal) como causa excludente da tipicidade e, portanto, Gustavo e Juliana deverão ser absolvidos nos moldes do Art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal;

²⁰ *Ibidem*.



E) o erro de proibição direto invencível como causa excludente da culpabilidade e, portanto, Gustavo e Juliana deverão ser absolvidos nos moldes do Art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal”.²¹

CAIU NA DPE-SC-2021-FCC: “A ideia de coculpabilidade pode ser exemplificada na legislação brasileira pela

A) diminuição de pena no delito de tráfico de drogas àquele que colaborar voluntariamente na identificação dos demais coautores ou partícipes.

B) lei da reforma psiquiátrica, ao representar uma mudança de entendimento sobre a periculosidade das pessoas com transtorno mental.

C) diminuição de pena se, no concurso de pessoas, a participação do agente for de menor importância.

D) responsabilização compartilhada entre os autores do delito no concurso de agentes, cada qual na medida de sua culpabilidade.

E) circunstância atenuante de pena de baixo grau de instrução ou escolaridade do agente nos crimes ambientais.”.²²

5.1 Aprofundamento – Culpabilidade por vulnerabilidade - Zaffaroni

Zaffaroni entendia que com a coculpabilidade o Estado tinha parcela de culpa na prática de determinados delitos, ante a ausência na efetivação dos direitos fundamentais e sociais básicos para o desenvolvimento enquanto cidadão (educação, saúde, lazer, etc.). No entanto, o autor passou a entender que essa ideia de corresponsabilidade gerava uma **criminalização da pobreza indireta**, razão pela qual sua ideia inicial foi remodelada, criando-se uma teoria chamada **de teoria da culpabilidade por vulnerabilidade**. Aqui, contudo, a constatação da seletividade do direito penal é feita de forma empírica.

A tese da co-culpabilidade partia de falsos pressupostos, pois ela permanecia vinculada à ideia de que a criminalização é efeito da pobreza; e subestimava a seletividade criminalizante, o que pressuporia aceitar o funcionamento igualitário e até natural do sistema penal, fato este que fez com que Zaffaroni propusesse a ideia de vulnerabilidade, pautada na ideia de seletividade do sistema penal, como afirma Carvalho (2004, p. 85). Feita esta consideração, *prima facie*, é sabido que o direito penal é seletivo. A sua “hipótese de incidência”, na maioria das vezes, reduz-se àqueles de classes sociais desfavorecidas. Desta forma, podemos dizer que a sociedade é estratificada, ante ao grande contraste social existente. Assim, os delinquentes apresentam-se na figura dos desvalidos, o que gera um estereótipo e proporciona a criação de uma imagem pública negativa pelo fato de os crimes serem apenas cometidos pelos que estão à margem da sociedade, o que torna o sistema ineficaz em relação, por exemplo, aos crimes do colarinho branco, gerando uma epidemia, que alcança tão somente aqueles que são vulneráveis ao poder punitivo (ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR, 2002, p. 9-10).²³

²¹ GABARITO: C.

²² GABARITO: E.

²³ Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/culpabilidade-por-vulnerabilidade-uma-reanalise-do-artigo-59-do-codigo-penal-a-luz-da-teoria-da-vulnerabilidade-de-zaffaroni/>. Acesso em: 30/12/2024.



5.2 Culpabilidade às avessas

Cleber Masson (2014, p. 545²⁴) lembra da existência da culpabilidade às avessas. Para o autor:

(...) cuida-se da face inversa da culpabilidade: se os pobres, excluídos e marginalizados merecem um tratamento penal mais brando, porque o caminho da ilicitude lhes era mais atrativo, os ricos e poderosos não têm razão nenhuma para o cometimento de crimes. São movidos pela vaidade, por desvios de caráter e pela ambição desmedida, justificando a imposição da pena de modo severo. Contudo, é importante destacar que, se de um lado a culpabilidade é admitida como atenuante genérica inominada, com fundamento no art. 66 do Código Penal, a culpabilidade às avessas não pode ser compreendida como agravante genérica, por duas razões: (a) falta de previsão legal; e (b) em se tratando de matéria prejudicial ao acusado, não há espaço para a analogia *in malam partem*. Destarte, a punição mais rígida deverá ser alicerçada unicamente na pena-base, levando em conta as circunstâncias judiciais desfavoráveis (conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime), com fulcro no art. 59, *caput*, do Código Penal.²⁵

De se notar que, se de um lado a culpabilidade poderia, ao menos em tese, ser admitida como **atenuante genérica inominada, com fundamento no art. 66 do Código Penal**, a culpabilidade às avessas **não pode ser compreendida como agravante genérica, por duas razões: (a) falta de previsão legal; e (b) proibição da analogia *in malam partem*.**

Destarte, a punição mais rígida deverá ser alicerçada unicamente na **pena-base**, levando em conta as circunstâncias judiciais desfavoráveis (conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime), com fulcro no art. 59, *caput*, do Código Penal. Nesse sentido, **o STJ já aceitou esse fundamento para valorar negativamente a circunstância da personalidade do agente – personalidade criminosa (STJ, HC 443.678/PE).**

²⁴ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1.** 8.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

²⁵ Novamente, ressaltamos as críticas defensoriais ferrenhas em desfavor das circunstâncias judiciais, por aduzirem a um verdadeiro Direito Penal do Autor.