

CULPABILIDADE

DIREITO PENAL

Cléber Masson + Rogério Sanches + Rogério Greco

- **ASPECTOS GERAIS**

- Culpabilidade é o **JUÍZO DE REPROVABILIDADE OU CENSURA QUE INCIDE SOBRE A FORMAÇÃO E A EXTERIORIZAÇÃO DA VONTADE DO RESPONSÁVEL POR UM FATO TÍPICO E ILÍCITO.**

- A culpabilidade integra o crime?

TEORIA BIPARTITE	TEORIA TRIPARTITE
<p>- Não integra o crime. Crime = fato típico e ilícito. O crime será ligado ao agente se este for culpável. A culpabilidade é PRESSUPOSTO DE APLICAÇÃO DA PENA.</p> <p>- Alguns entendem que o CP adotou a Teoria Bipartite. Justificativa: diante de uma causa de exclusão do fato típico, o legislador diz que não há crime; diante de uma causa de exclusão da ilicitude, o legislador diz que não há crime. Com isso, demonstra claramente que, para ele, o fato típico e a ilicitude são indispensáveis para a existência do crime. Já diante de causa de exclusão da culpabilidade, ele diz que o agente é ISENTO DE PENA. Logo, a culpabilidade não está ligada ao crime, mas, sim, apenas à pena.</p> <p>Para a Teoria Bipartite, se o fato não for culpável, há crime sem reprovação.</p>	<p>- A culpabilidade é o terceiro substrato do crime, ao lado do fato típico e da ilicitude. É um juízo de reprovação extraído da análise de como o sujeito ativo se posicionou diante do episódio com o qual se envolveu.</p> <p>- Alguns entendem que o CP adotou a Teoria Tripartite. No erro de tipo, há causa que exclui dolo e culpa, e o legislador fala em isenção de pena. Não há muita coerência nesse sentido.</p> <p>A Teoria Tripartite não admite crime sem censura, fenômeno admitido pela Teoria Bipartite.</p> <p>A Teoria Tripartite é majoritária. No entanto, em concursos no Estado de São Paulo, a Bipartite por vezes ainda é adotada.</p>

SISTEMA CAUSAL	SISTEMA FINALISTA
<p>O crime é sempre TRIPARTIDO.</p> <p>Se dolo e culpa se alojam no interior da culpabilidade, sem esta, teremos responsabilidade objetiva (vedada).</p>	<p>O crime pode ser BIPARTIDO ou TRIPARTIDO.</p> <p>Dolo e culpa encontram-se na conduta, de modo que a culpabilidade pode ou não ser elemento do crime.</p>

- A análise da presença ou não da culpabilidade leva em conta o **perfil subjetivo do agente**, e não a figura do homem médio, reservado ao fato típico e à ilicitude.

- **TEORIAS DA CULPABILIDADE**

1) **TEORIA PSICOLÓGICA → base causalista.**

- A culpabilidade, que tem como **pressuposto fundamental a imputabilidade**, é definida como o vínculo psicológico entre o sujeito e o fato típico e ilícito por ele cometido. Esse vínculo pode ser representado tanto pelo dolo como pela culpa (**DOLO E CULPA COMO ESPÉCIES DA CULPABILIDADE**). **Dolo e culpa são elementos psicológicos, por isso a teoria é psicológica.**

- **O DOLO É NORMATIVO** (guarda em seu interior a **CONSCIÊNCIA ATUAL DA ILICITUDE**).

- Crítica: **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. Ex.: um carteiro, assolado pela custosa enfermidade de sua esposa, apropria-se de valores alheios. Outro: o caixa de um banco se apropria de igual numerário, com o objetivo de agradar suas amantes. Ambos são imputáveis e agem dolosamente, de modo que a eles deveriam ser impostas penas iguais, o que é rechaçado pelos postulados de equidade e justiça.

- Também não consegue explicar a culpa inconsciente, pois aqui também não existe nenhum vínculo psicológico entre o autor e o fato por ele praticado, que sequer foi previsto.

2) TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA → base neokantista.

- **Culpabilidade = imputabilidade + dolo ou culpa (ELEMENTOS) + exigibilidade de conduta diversa***.

***Novo elemento (normativo) somado ao vínculo psicológico (dolo ou culpa).**

- A imputabilidade deixa de ser pressuposto a passa a ser **elemento**.

- O dolo permanece normativo (agora o elemento normativo é a consciência **atual** da ilicitude).

3) TEORIA NORMATIVA PURA OU EXTREMA → base finalista.

- **CULPABILIDADE = IMPUTABILIDADE + POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE + EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA** (elementos ordenados hierarquicamente, de modo que o 2º pressupõe o 1º, e o 3º os 2 anteriores).

- **DOLO E CULPA ESTÃO NA CONDUTA (FATO TÍPICO). Por isso é normativa pura: não tem mais elementos psicológicos.**

- **O dolo passa a ser natural, isto é, sem a consciência da ilicitude, que permanece na culpabilidade e passa a ser potencial.**

- TEORIA LIMITADA → é uma variante da teoria normativa pura. A única diferença é o **tratamento dispensado às descriminantes putativas**.

a) Pura ou extrema → as descriminantes putativas sempre são **erro de proibição**.

b) Limitada → dois blocos: as de fato (**erro de tipo**) e de direito (**erro de proibição**).

- Para a teoria limitada, a legítima defesa putativa é modalidade de erro de tipo (excludente de **tipicidade**). Para a teoria extremada, as **descriminantes putativas sempre excluem a culpabilidade**.

O CESPE adota a teoria extremada!

- O CP adotou a teoria limitada (exposição de motivos).



TEORIA PSICOLÓGICA	TEORIA PSICOLÓGICA NORMATIVA	TEORIA NORMATIVA PURA
IMPUTABILIDADE (pressuposto) + DOLO OU CULPA (espécies)	IMPUTABILIDADE (elemento) + DOLO OU CULPA (no dolo: CONSCIÊNCIA ATUAL DA ILICITUDE) + EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA	IMPUTABILIDADE + CONSCIÊNCIA POTENCIAL DA ILICITUDE (dolo e culpa foram para o fato típico) + EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

PSICOLÓGICA	DOLO E CULPA (psicológicos)
PSICOLÓGICA NORMATIVA	DOLO (CONSCIÊNCIA ATUAL DA ILICITUDE - normativo) E CULPA + EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA (normativo)
NORMATIVA PURA	CONSCIÊNCIA POTENCIAL DA ILICITUDE

- No Direito Penal do fato, o juízo de culpabilidade recai sobre o autor para analisar se ele deve ou não suportar uma pena em razão do **fato cometido, e não pela condição de ser quem ele é**. Contudo, ao mesmo tempo, **A CULPABILIDADE É DO AUTOR, pois todos os seus elementos referem-se a ele (o autor deve ser imputável; o autor deve ter potencial consciência da ilicitude; do autor, deve ser exigível conduta diversa)**. Isso não significa dizer que o Direito Penal deixe de ser do fato.
- Duas teorias tentam justificar o juízo de censura: **livre arbítrio** (escola clássica) e **determinismo** (escola positivista).
- **Culpabilidade formal** → é a definida **em abstrato**, ou seja, o juízo de reprovabilidade realizado pelo legislador ao cominar os limites da pena atribuída a determinada infração penal. Destina-se ao legislador.
- **Culpabilidade material** → é estabelecida **em concreto**, dirigida a um agente culpável que cometeu um fato típico e ilícito. Destina-se ao juiz.
- **Dirimentes** são as causas de exclusão da culpabilidade. Não confundir com discriminantes (exclusão da ilicitude).
- Atenção às **ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS (IMUNIDADE PENAL ABSOLUTA OU CAUSAS DE ISENÇÃO DE PENA)**: causas **LEGAIS** que fazem com que a um fato típico e antijurídico, não obstante a culpabilidade do sujeito, não se associe pena alguma por razões de utilidade pública. **EXCLUEM A PUNIBILIDADE, NÃO A CULPABILIDADE**. Frise-se: o caráter criminoso subsiste, só não há consequência jurídica (punibilidade).
- **Conceito funcional de culpabilidade** (Günther Jakobs) → o conceito deve estar vinculado ao fim de prevenção geral da pena e à política criminal do Estado. **Em face das finalidades da pena, é necessário ou não torná-lo responsável pela violação do ordenamento jurídico?**
- **Tipo total de culpabilidade** (Günther Jakobs) → a culpabilidade pressupõe o injusto (fato típico e ilícito) e seu autor só é responsável pelo déficit de motivação jurídica se ao tempo do fato era **imputável (tipo positivo de culpabilidade)**. Por sua vez, **o tipo negativo de culpabilidade refere-se à inexigibilidade do comportamento**. Assim, ao fato típico e ilícito praticado apenas será atribuída a culpabilidade ao agente quando não tiver atuado com ânimo exculpante ou então em um contexto exculpante.

- **COCULPABILIDADE**

- 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. A sociedade não dá a todos as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação. Costuma-se dizer que há “coculpabilidade”, com a qual **a própria sociedade deve arcar**. Deve ser considerada, em prol do réu, uma **atenuante inominada** (art. 66 - a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei).
- Fala-se também em **coculpabilidade às avessas**: se os excluídos merecem um tratamento penal mais brando, aos mais ricos deve ser imposto um tratamento mais severo. Contudo, **não pode ser compreendida como agravante genérica por falta de previsão legal e o impedimento à analogia in malam partem**. A punição mais rígida deve ser alicerçada unicamente na pena-base, levando em conta as circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59).

IMPUTABILIDADE

DIREITO PENAL

Cléber Masson + Rogério Sanches + Rogério Greco

- **ASPECTOS GERAIS**

- **O CP NÃO DEFINE IMPUTABILIDADE, só enumera suas hipóteses. Imputabilidade é a capacidade mental, inerente ao ser humano, de, ao tempo da AÇÃO ou da OMISSÃO, ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO E DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESSE ENTENDIMENTO.** Dois elementos:

Intelectivo	Volitivo
Integridade biopsíquica, consistente na perfeita saúde mental que permite ao indivíduo o entendimento do caráter ilícito do fato.	Domínio da vontade: o agente controla e comanda seus impulsos relativos à compreensão do caráter ilícito do fato, determinando-se de acordo com esse entendimento.

- **Em geral, a capacidade civil corresponde à imputabilidade penal, mas nem sempre isso ocorre.** Ex.: o menor de 18 anos casado é capaz para os atos da vida civil, mas continua sendo inimputável na esfera penal.

- Atenção: **A IMPUTABILIDADE DEVE SER ANALISADA AO TEMPO DA AÇÃO OU OMISSÃO.** Qualquer alteração posterior nela não interfere. **O CP adotou a teoria da ATIVIDADE no que diz respeito à fixação da imputabilidade do agente** (art. 4º). Assim, se o agente era menor de 18 anos no tempo da conduta e no tempo de resultado já era maior, aplica-se o ECA (tempo da ação ou omissão).

- Existem 3 sistemas de aferição da inimputabilidade:

Critério BIOLÓGICO	Critério PSICOLÓGICO	Critério BIOPSIOLÓGICO
Basta um problema mental. É irrelevante que o sujeito, no caso concreto, tenha se mostrado lúcido ao tempo da ação ou omissão. O louco é inimputável, independentemente de saber ou não o que está fazendo. O laudo pericial é muito valioso. O CP ADOTOU COMO REGRA PARA OS MENORES DE 18 ANOS.	Leva em conta apenas a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente no momento da conduta. Não importa seu desenvolvimento mental. Não precisa ser louco para ser inimputável.	Leva em conta tanto o desenvolvimento mental do agente quanto sua capacidade de entendimento e autodeterminação no momento da conduta. NÃO BASTA SER LOUCO PARA SER INIMPUTÁVEL. REGRA 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.

- **CAUSAS OU DIRIMENTES DE INIMPUTABILIDADE**

EXCLUSÃO DA
IMPUTABILIDADE

DOENÇA MENTAL
DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO
MENORIDADE
EMBRIAGUEZ ACIDENTAL COMPLETA

1) DOENÇA MENTAL → qualquer alteração mental ou psíquica que suprima do ser humano a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. “Doença mental” deve ser interpretado de forma ampla. Pode ser permanente ou transitória. Deve, contudo, existir ao tempo da prática da conduta para afastar a imputabilidade.

- O CP adotou o **CRITÉRIO BIOPSIOLÓGICO**. Assim, **OS DOENTES MENTAIS, DURANTE OS INTERVALOS DE LUCIDEZ, SÃO PENALMENTE IMPUTÁVEIS** (≠ civil).

IP → denúncia → processo → absolvição imprópria (absolvição + medida de segurança)

2) DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO → o desenvolvimento mental incompleto abrange os **menores de 18 anos** (regra inócua, em razão do art. 27) e os **silvícolas**.

- **Os silvícolas nem sempre serão inimputáveis, depende do grau de assimilação dos valores sociais, a ser revelado por exame pericial.**

- Desenvolvimento mental retardado é o que não se compatibiliza com a fase da vida em que se encontra o indivíduo, resultante de alguma condição que lhe seja peculiar. A expressão compreende as **oligofrenias** (idiotice, imbecilidade e debilidade mental).

- **O surdo-mudo não é automaticamente inimputável.** Ao contrário, pois **completados 18 anos, todos se presumem imputáveis.** Compete à perícia indicar o grau de prejuízo a ele causado por essa falha biológica.

- **Salvo no tocante aos menores de 18 anos (critério biológico), o direito penal acolheu o sistema biopsicológico para verificação da inimputabilidade: o juiz afere a parte psicológica, reservando-se à perícia o exame biológico.**

- **A PERÍCIA É MEIO LEGAL DE PROVA DA INIMPUTABILIDADE, IMPRESCINDÍVEL, QUE SEQUER PODE SER SUBSTITUÍDO PELA INSPEÇÃO JUDICIAL, POIS O JUIZ NÃO POSSUI CONHECIMENTOS MÉDICOS PARA IDENTIFICAR DEFICIÊNCIAS NA SAÚDE PSÍQUICA DO RÉU. A PERÍCIA É FUNDAMENTAL PARA A AFERIÇÃO DA INIMPUTABILIDADE.**

- O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte (art. 182). **Se o juiz discordar do laudo, ordenará a realização de nova perícia.** O que não pode é atuar como se médico fosse, pois a ele a lei impõe a valoração da parte psicológica, assegurando a biológica às pessoas com formação técnica específica.

- **A EXISTÊNCIA DE LAUDO ESPECÍFICO DE SANIDADE MENTAL SOBREPÕE-SE À INTERDIÇÃO (entendimento do STF).** No direito privado, a interdição ignora a existência do chamado “intervalo de lucidez”. Já o direito penal, não: como o crime ocorre no momento da ação (CP, art. 4), existindo laudo que afirma estar o réu capacitado naquele momento, essa conclusão não pode ser infirmada por outro laudo que, genericamente, diz que o réu é “incapaz”, mas que não entra no mérito sobre existir ou não possibilidade de lucidez no momento do crime.

3) MENORIDADE → em relação aos menores de 18 anos, adotou-se o **SISTEMA BIOLÓGICO**.

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

- Há **PRESUNÇÃO ABSOLUTA** de inimputabilidade, que não admite prova em contrário. Política criminal.

- A CF/88 (como o CP, após a reforma de 84) fala em menor de 18 anos. A CADH, em seu artigo 5º, §5º, fala em menor simplesmente, respeitando a política criminal de cada país.
- **O menor de 18 anos civilmente emancipado continua inimputável.**
- Atenção: o menor de 18 anos de idade é isento de pena por inimputabilidade, mas **é capaz de agir com dolo, ou seja, é capaz de praticar uma ação típica.**
- O CPM (art. 50) faz uma ressalva quanto aos maiores de 16, mas essa ressalva não foi recepcionada pela CF/88.
- Menor de 18 anos não pode ser julgado perante o Tribunal Penal Internacional (art. 26 do Estatuto de Roma).
- Súmula 74 do STJ: **para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.**

4) EMBRIAGUEZ ACIDENTAL COMPLETA → embriaguez é a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos, podendo progredir de uma ligeira excitação inicial até o estado de paralisia e coma. A embriaguez admite **qualquer meio probatório.**

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.

EMBRIAGUEZ ACIDENTAL OU FORTUITA	Pode ser decorrente de: - <u>Caso fortuito</u> (o agente desconhece o caráter inebriante da substância) - <u>Força maior</u> (o agente é forçado a ingerir a substância).	Pode ser: - <u>Completa</u> (o agente perde completamente a capacidade de entendimento e autodeterminação);	Acidental COMPLETA → ISENÇÃO DE PENA (art. 28, §1º). Acidental INCOMPLETA → DIMINUI A PENA DE 1 A 2/3 (art. 28, §2º).
EMBRIAGUEZ NÃO ACIDENTAL	Pode ser: - <u>Voluntária</u> (se o agente quer se embriagar) ou - <u>Culposa</u> (se o agente se embriaga por negligência).	- <u>Incompleta</u> (o agente tem diminuída sua capacidade de entendimento e autodeterminação).	Completa ou incompleta, NÃO ISENTA OU REDUZ A PENA (art. 28, II).
EMBRIAGUEZ PATOLÓGICA	DEVE SER TRATADA COMO DOENÇA MENTAL.		COMPLETA → ISENÇÃO DE PENA (art. 26 – inimputabilidade por doença mental). INCOMPLETA → DIMINUI A PENA DE 1 A 2/3 (art. 26, parágrafo único – semi-imputabilidade).
EMBRIAGUEZ PREORDENADA	O agente se embriaga para cometer o crime.		AGRAVANTE GENÉRICA (art. 61, II, I, CP).

- **A embriaguez accidental, mesmo quando completa, nem sempre exclui a imputabilidade.** A adoção do critério **biopsicológico** para a embriaguez exige, além dela, a **falta de capacidade de entendimento e autodeterminação**. Deve-se observar se, mesmo completamente embriagado, o autor era totalmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Se houver uma capacidade ao menos média, haverá apenas a redução da pena de 1/3 a 2/3.

- Atenção: se o agente se embriagou com intuito de cometer crime na condução de veículo automotor (**embriaguez preordenada**), configura-se o dolo eventual e o crime será o do **art. 121 do CP. Nos demais casos de embriaguez não accidental, o crime é do art. 302 do CTB.**

- Sobre a Lei de Drogas:

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.

- **TEORIA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA** → o que permite a punição do agente completamente embriagado quando a embriaguez é **voluntária, culposa ou preordenada**? Aplica-se a Teoria da *Actio Libera in Causa*, que não analisa a imputabilidade no momento em que se está completamente bêbado, mas no momento em que se deu causa à embriaguez, pela ingestão da substância.

CONSIDERA-SE MARCO DA IMPUTABILIDADE PENAL O PERÍODO ANTERIOR À EMBRIAGUEZ, em que o agente espontaneamente decidiu consumir bebida alcoólica ou de efeitos análogos, ato antecedente que foi livre na vontade, transferindo-se para esse momento a constatação da vontade e da imputabilidade. “A causa da causa também é a causa do que foi causado”. A teoria foi aceita na exposição de motivos do CP.

- Essa teoria foi desenvolvida para a embriaguez **preordenada**, e, para ela, se encaixa perfeitamente. O dolo estava presente quando arquitetou o crime, e por esse elemento subjetivo deve ser punido. Na embriaguez preordenada, o fundamento da punição é a **CAUSALIDADE MEDIATA. O agente atua como mandante, na fase anterior, da imputabilidade, e faz executar o mandato criminoso, por si mesmo, como instrumento, em estado de inimputabilidade.**

- Posteriormente, a aplicabilidade da teoria da *actio libera in causa* **estendeu-se à embriaguez voluntária e à embriaguez culposa**, bem como aos **demais estados de inconsciência**. Se a sua ação foi livre na causa (no ato de ingerir bebida alcoólica), poderá o agente ser responsabilizado criminalmente pelo resultado.

- Surge a crítica no sentido de que o CP teria consagrado a responsabilidade objetiva, pois, **por motivo de política criminal, acolheu do direito italiano uma ficção para construir a figura do crime praticado em situação de embriaguez não fortuita.**

- **A teoria não se aplica à embriaguez accidental ou fortuita, porque o indivíduo não tinha a opção de ingerir ou não o álcool ou substância de efeitos análogos.**

ATO ANTECEDENTE LIVRE NA VONTADE	ATO TRANSITÓRIO REVESTIDO DE INCONSCIÊNCIA
Momento da ingestão da substância.	Momento do atropelamento.
Análise da imputabilidade e da vontade.	X
Se o sujeito era imputável e quis o resultado atropelamento...	... responde por homicídio com dolo direto .
Se o sujeito era imputável e assumiu o risco de produzir o resultado...	... responde por homicídio com dolo eventual .
Se o sujeito era imputável e previu o resultado, acreditando poder evitá-lo...	... responde por homicídio com culpa consciente .
Se o sujeito era imputável , mas não previu resultado previsível responde por homicídio com culpa inconsciente .
Se o sujeito era imputável , mas o resultado era imprevisível o fato é considerado atípico , evitando-se a responsabilidade penal objetiva.

- Atenção: a teoria deve ser analisada em conjunto com a **voluntariedade** do agente, evitando-se, desse modo, a responsabilidade penal objetiva. Ex.: sujeito que, completamente bêbado, atropela e mata mendigo que dormia embaixo de seu carro ao dar partida no veículo não pode ser responsabilizado.

- **IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA, RESTRITA OU SEMI-IMPUTABILIDADE**

- O art. 26, parágrafo único, do CP não traz hipótese de inimputabilidade, e, sim, de imputabilidade com responsabilidade penal diminuída: **SEMI-IMPUTABILIDADE**, em razão de “perturbação de saúde mental” ou por “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. É **causa obrigatória de redução de pena**.

Art. 26, 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.

IP → denúncia → processo → **condenação** (com pena diminuída ou substituição de pena por medida de segurança)

- Na **INIMPUTABILIDADE**, o agente é absolvido em face da ausência de culpabilidade (**ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA**). Na **SEMI-IMPUTABILIDADE**, subsiste a culpabilidade. O réu deve ser **CONDENADO**, mas, por se tratar de pessoa com menor grau de censurabilidade, a pena há de ser **obrigatoriamente reduzida de 1 a 2/3**.

- O semi-imputável, por outro lado, pode necessitar de **especial tratamento curativo**, por ser dotado de periculosidade. Nesse caso, **se o exame pericial assim recomendar, e concordando o juiz, a pena pode ser substituída por medida de segurança**.

- Não é permitida a cumulação de pena e medida de segurança (ou um, ou outro).

- Não é cabível a imposição de medida de segurança aos plenamente imputáveis.

- A semi-imputabilidade é compatível com circunstâncias agravantes/majorantes ou qualificadoras subjetivas? Pode, por exemplo, o semi-imputável responder por homicídio qualificado por motivo fútil (qualificadora subjetiva)?

a) **COMO A SEMI-IMPUTABILIDADE NÃO EXCLUI O DOLO, É COMPATÍVEL COM CIRCUNSTÂNCIAS OU QUALIFICADORAS SUBJETIVAS** (majoritária).

b) A semi-imputabilidade é **incompatível com as circunstâncias ou qualificadoras ligadas ao motivo ou estado anímico do agente**. Coerente seria, portanto, que a semi-imputabilidade fosse considerada incompatível, também, com o privilégio (corrente para DPU!).

- A Lei de Drogas também prevê a semi-imputabilidade como causa especial de diminuição de pena (também reduz de 1 a 2/3).

- **EMOÇÃO E PAIXÃO**

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

EMOÇÃO	PAIXÃO
Estado súbito e passageiro.	Sentimento crônico e duradouro.
Dependendo do grau, pode servir como atenuante ou causa de diminuição de pena.	Dependendo do grau, pode ser considerada doentia, levando à isenção de pena (art. 26).

- A emoção e a paixão, como visto, **não excluem a imputabilidade**. Porém, o CP, implicitamente, permite **2 exceções** a essa regra:

1) **Coação moral irresistível**, em face da inexigibilidade de conduta diversa.

2) **Estado patológico**, no qual se constituem autênticas formas de doença mental.

- A emoção e a paixão podem ser sociais (amor) ou antissociais (ódio), funcionando como circunstância judicial na aplicação da pena-base. Fala-se, ainda, em emoções astênicas (resultantes daquele que sofre de debilidade orgânica) e estênicas (decorrentes da pessoa que é vigorosa, forte e ativa, provocando situações de cólera, irritação, destempero).

- Se o crime foi cometido sob a influência de **violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima**, a pena será atenuada (art. 65, III, c) → **atenuante genérica**.

- Se o homicídio ou a lesão corporal são cometidos sob o domínio de violenta emoção, e logo em seguida a injusta provocação da vítima, tem-se uma figura privilegiada.

POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

DIREITO PENAL

Cléber Masson + Rogério Sanches + Rogério Greco

- **ASPECTOS GERAIS**

- No sistema clássico ou causal, a (atual) consciência da ilicitude era integrante do dolo (dolo normativo), que ficava na culpabilidade. No sistema finalista, o dolo foi transferido para a conduta, passando a compor a estrutura do fato típico (dolo natural). **No finalismo, a consciência da ilicitude passa a ser potencial.**

TEORIA PSICOLÓGICA NORMATIVA (CAUSALISTA)	TEORIA NORMATIVA PURA
Culpabilidade: - Imputabilidade; - Exigibilidade de conduta diversa; - Culpa e dolo (consciência atual da ilicitude)	Culpabilidade: - Imputabilidade; - Exigibilidade de conduta diversa. - Potencial consciência da ilicitude;

- Potencial consciência da ilicitude é a **POSSIBILIDADE DE O AGENTE CONHECER O CARÁTER ILÍCITO DE SUA CONDOTA**. Exige-se que o autor tenha conhecimento, ou, no mínimo, a potencialidade de entender o aspecto criminoso do seu comportamento, isto é, os aspectos relativos ao tipo penal e à ilicitude. Critérios para determinação do objeto da consciência da ilicitude:

FORMAL	MATERIAL	INTERMEDIÁRIO
É necessário o conhecimento do agente sobre a violação de alguma norma penal .	É necessário o conhecimento da antissocialidade, da injustiça e imoralidade de uma conduta (concepção material do injusto).	BASTA O ESFORÇO NORMAL DA INTELIGÊNCIA DO AGENTE PARA AFERIÇÃO DA POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE.

- A **potencial consciência da ilicitude é afastada pelo ERRO DE PROIBIÇÃO ESCUSÁVEL**. O erro de proibição inescusável só diminui a pena, não excluindo a culpabilidade.

- **ERRO DE PROIBIÇÃO**

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.

- “O desconhecimento da lei é inescusável”. **Impõe-se a presunção legal absoluta acerca do conhecimento da lei. Mas a ciência da existência da lei é diferente do conhecimento do seu conteúdo**. E é justamente nesse ponto (conhecimento do conteúdo da lei), que entra em cena o erro de proibição. **Há duas situações diversas: desconhecimento da lei (inaceitável) e desconhecimento do caráter ilícito do fato, capaz de afastar a culpabilidade, isentando o agente de pena.**

- Embora o desconhecimento da lei seja inescusável, o elevado número de complexas normas que compõem o sistema jurídico permite a sua eficácia em duas hipóteses no campo penal:

a) **ATENUANTE GENÉRICA, SEJA ESCUSÁVEL OU INESCUSÁVEL O DESCONHECIMENTO DA LEI** (art. 65, II);

b) **AUTORIZA O PERDÃO JUDICIAL NAS CONTRAVENÇÕES PENAIS, DESDE QUE ESCUSÁVEL.**

- Diante da redação do art. 21 do CP, é possível desconhecer a lei, conhecendo (ou sendo possível conhecer-se) a ilicitude do comportamento? Situações possíveis:

O agente desconhece a lei e a ilicitude do seu comportamento. Ex.: fabricar açúcar em casa, sem autorização (crime previsto no Decreto-Lei 16/66)	O agente conhece a lei, mas ignora a ilicitude do seu comportamento. Ex.: pensar que achado não é roubado (crime de apropriação de coisa achada, previsto no art. 169, II, do CP)	O agente desconhece a lei, mas tem consciência da ilicitude. Ex.: queimar a bandeira nacional (atentado a símbolo nacional).
--	--	--

Desconhecimento da lei + erro de proibição	Conhecimento da lei + erro de proibição	Desconhecimento da lei sem erro de proibição
--	---	--

- **ERRO DE PROIBIÇÃO É A FALSA PERCEPÇÃO DO AGENTE ACERCA DO CARÁTER ILÍCITO DO FATO TÍPICO POR ELE PRATICADO, DE ACORDO COM UM JUÍZO POSSÍVEL DE SER ALCANÇADO MEDIANTE UM PROCEDIMENTO DE SIMPLES ESFORÇO DE SUA CONSCIÊNCIA (“JUÍZO PROFANO”).**

- O erro de proibição funciona com causa de exclusão da **culpabilidade** quando escusável (ausência da potencial consciência da ilicitude), ou como causa de **diminuição de pena**, quando inescusável.

ESCUSÁVEL → EXCLUI A CULPABILIDADE (“isenta de pena”, embora subsistam o dolo e a culpa)
INESCUSÁVEL → responde pelo CRIME DOLOSO, com REDUÇÃO DE PENA de 1/6 a 1/3.

- O critério para decidir se o erro de proibição é escusável ou inescusável é o **perfil subjetivo do agente**, e não a figura do homem médio (corrente de Masson).

- Francisco de Assis Toledo elaborou critérios precisos para a identificação do erro de proibição inescusável:

ERRO DE PROIBIÇÃO INESCUSÁVEL, VENCÍVEL OU EVITÁVEL
1) O agente atua com uma “consciência profana” acerca do caráter ilícito do fato.
2) O agente atua sem a mencionada “consciência profana”, quando lhe era fácil de atingi-la, nas circunstâncias em que se encontrava, isto é, com o próprio esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio.
3) O agente atua sem a “consciência profana” sobre o caráter ilícito do fato, por ter, na dúvida, deixado propositadamente de informar-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida.
4) O agente atua sem essa consciência por não ter procurado informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas.

- O erro de proibição pode ser direto, indireto ou mandamental.

DIRETO	INDIRETO	MANDAMENTAL
O agente desconhece o CONTEÚDO de uma lei penal proibitiva , ou, se o conhece, interpreta-o de forma equivocada.	DESCRIMINANTE PUTATIVA POR ERRO DE PROIBIÇÃO. O agente conhece o caráter ilícito do fato, mas, no caso concreto, equivoca-se quanto à EXISTÊNCIA ou aos LIMITES de uma CAUSA DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE.	Incide sobre o mandamento contido nos crimes omissivos, próprios ou impróprios. O agente, envolvido em uma situação de perigo a determinado bem jurídico, erroneamente ACREDITA ESTAR AUTORIZADO A LIVRAR-SE DO DEVER DE AGIR PARA IMPEDIR O RESULTADO.
Ex.: o pescador que, em águas jurisdicionais brasileiras, molesta um cetáceo (como a baleia) intencionalmente, não sabe que comete o crime tipificado pelo art. 1º da Lei 7.643/87.	Ex.: A encontra sua esposa em flagrante adultério. Mata a mulher, acreditando estar autorizado a assim agir pela “legítima defesa da honra”.	Ex.: o pai de família, válido para o trabalho, mas em situação de pobreza, abandona o filho de pouca idade à sua própria sorte, matando-o, por acreditar que não tem a obrigação de por ele zelar.

ERRO DE PROIBIÇÃO	CRIME PUTATIVO POR ERRO DE PROIBIÇÃO
O sujeito age acreditando na licitude do seu comportamento, quando na verdade pratica uma	O agente acha que viola uma lei penal , mas sua atuação é penalmente irrelevante . Ex.: o pai mantém

infração penal, por não compreender o caráter ilícito do fato.	relações sexuais consentidas com a filha maior de 18 anos e plenamente capaz, acreditando cometer o crime de incesto, fato atípico no direito penal.
--	--

ERRO DE TIPO	ERRO DE PROIBIÇÃO
O sujeito desconhece a SITUAÇÃO FÁTICA que o cerca, não constatando em sua conduta a presença das elementares de um tipo penal.	O sujeito conhece perfeitamente a situação fática em que se encontra, mas desconhece a ILICITUDE do seu comportamento.
<u>Escusável</u> → exclui o DOLO e a CULPA . <u>Inescusável</u> → exclui o DOLO , mas subsiste a culpa, se o crime for punido na forma culposa.	<u>Escusável</u> → exclui a CULPABILIDADE . <u>Inescusável</u> → CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (1/6 a 1/3) .

- Às vezes, o preceito primário de um tipo penal inclui na descrição da conduta criminosa **elementos normativos de índole jurídica**, ou mesmo palavras ou expressões atinentes à ilicitude. Ex.: nos crimes de violação de correspondência (“indevidamente”). **Em tais hipóteses, o erro sobre a ilicitude do fato caracteriza ERRO DE TIPO, com todos os seus efeitos, e não erro de proibição, porque a ilicitude funciona como elemento do tipo penal.**

- Segundo Zaffaroni, “nos delitos omissivos deve-se distinguir o erro que recai sobre a situação objetiva da que se deriva a posição de garantidor (pai, cônjuge, médico de plantão etc), cujo desconhecimento dará lugar a um erro de tipo, do desconhecimento do dever de cuidado derivado dessa posição, cujo desconhecimento deve dar lugar ao erro de proibição”. Rogério Greco exemplifica: o banhista que deixa de prestar socorro a uma criança que estava se afogando numa lagoa porque acreditava que, pelo fato de não saber nadar adequadamente, correria risco pessoal, quando, na verdade, a profundidade da lagoa permitia o socorro por causa de sua estatura, incorre em erro de tipo; já aquele que, podendo prestar o socorro à vítima que se afogava, não o faz porque, em virtude da ausência de qualquer vínculo pessoal com ela, acreditava não estar obrigado a isto, incorre em erro de proibição.

EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

DIREITO PENAL

Cléber Masson + Rogério Sanches + Rogério Greco

- **ASPECTOS GERAIS**

- Não é suficiente que o sujeito seja imputável e tenha cometido o fato com possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito para que surja a culpabilidade. Além dos dois primeiros elementos, exige-se que, nas circunstâncias de fato, **tivesse ele a possibilidade de realizar outra conduta de acordo com o ordenamento jurídico. A exigibilidade de conduta diversa é mais ampla e abrange as outras duas dirimentes.**

- Reinhard Frank inseriu a exigibilidade de conduta diversa na culpabilidade, ao desenvolver a “teoria da normalidade das circunstâncias concomitantes”, criando a **teoria psicológico-normativa da culpabilidade.**

- No CP, o tratamento normativo da culpabilidade restou manifesto nos institutos da **coação moral irresistível** e da **obediência hierárquica**, causas legais de exclusão da culpabilidade motivadas pela inexigibilidade de conduta diversa.

- O CP não é único a prever hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa. Ex.: a Lei de Organização Criminosa positivou a inexigibilidade de comportamento diverso (parágrafo único do art. 13: “não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”).

- **CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE**

- Modernamente, tem sido sustentada a possibilidade de formulação de causas excludentes da culpabilidade não previstas em lei. Essas causas supralegais se fundamentam em dois pontos:

a) A exigibilidade de conduta diversa constitui-se em **PRINCÍPIO GERAL DA CULPABILIDADE**, que dela não pode se desvencilhar. Em verdade, **NÃO SE ADMITE A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE COMPORTAMENTOS INEVITÁVEIS**;

b) A aceitação se coaduna com a regra *nullum crimen sine culpa*, acolhida pelo art. 19 do CP.

- A inexigibilidade de outra conduta é a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em **princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a exigência de normas expressas e respeito**.

- São cabíveis nos **CRIMES CULPOSOS E DOLOSOS**, apesar de serem mais frequentes nos culposos. Ex.: a mãe viúva deixa o filho sozinho em casa para trabalhar. Ainda que a criança se fira gravemente, não deverá a mãe ser responsabilizada pela lesão corporal culposa, em face da **inexigibilidade de conduta diversa**.

- Exemplos de causas supralegais de exclusão de exigibilidade de conduta diversa:

a) Legítima defesa antecipada (diante da ameaça de criminoso de alta periculosidade);

b) Cláusula de consciência → é isento de pena aquele que, por motivo de consciência ou crença, pratica um injusto penal, desde que não ofenda direitos fundamentais. Ex.: pessoa que se recusa a depor em sala com crucifixo não responde por falso testemunho, ainda que tenha calado a verdade; não responde por desacato, ainda que se tenha retirado do júízo sem permissão.

c) Desobediência civil → trata-se de fato que objetiva, em última instância, mudar o ordenamento, sendo, no final das contas, mais inovador que destruidor. Ex.: **invasões do MST não configuram invasão de domicílio; o MST não configura formação de quadrilha ou bando. O que não se pode é agir com violência**. Requisitos: **proteção a direitos fundamentais e dano causado não relevante**.

- **COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL**

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível [...], só é punível o autor da coação [...].

- Na coação moral, o coator, para alcançar o resultado ilícito desejado, ameaça o coagido, e este, por medo, realiza a conduta criminosa. **Essa intimidação recai sobre a sua VONTADE, viciando-a, de modo a retirar a exigência legal de agir de maneira diferente**.

- Coação física irresistível ≠ coação moral irresistível.

COAÇÃO { **FÍSICA** (*vis absoluta*) → exclui a tipicidade (ausência de vontade)
IRRESISTÍVEL { **MORAL** (*vis compulsiva*) → exclui a culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa)

- REQUISITOS

1) Ameaça do coator → **promessa de mal grave e iminente, o qual o coagido não é obrigado a suportar.**

- Essa ameaça deve ser direcionada à pessoa do coagido ou a indivíduos com ele intimamente relacionados. **Se for dirigida a pessoa estranha, pode até ser excluída a culpabilidade, em face de causa supralegal fundada na inexigibilidade de conduta diversa.**

- A ameaça precisa ser séria e ligada a ofensa certa. Deve ser **passível de realização.**

2) Inevitabilidade do perigo na posição em que se encontra o coagido → se o perigo puder por outro meio ser evitado, seja pela atuação do próprio coagido, seja pela força policial, não há falar na inexigibilidade.

3) Ameaça irresistível → levando em conta as **condições pessoais do coagido.**

- **SÓ RESPONDE O COATOR, EM CASO DE AUTORIA MEDIATA, pois o coator valeu-se de uma pessoa sem culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa) para realizar uma infração penal.**

- O coator responde pelo **crime de tortura** (art. 1º, I, b, da Lei 9.455/97) + **crime praticado pelo coagido, em concurso material.**

- O temor reverencial não elide a culpabilidade.

- **NA AMEAÇA RESISTÍVEL, HÁ CONCURSO DE PESSOAS: A PENA DO COATOR SERÁ AGRAVADA E A DO COAGIDO SERÁ ATENUADA.**

4) Presença de ao menos 3 pessoas → **COATOR + COAGIDO + VÍTIMA.**

- Admite-se, contudo, a configuração da dirimente com apenas 2 pessoas envolvidas: coator e coagido. Nesse caso, o coator funcionaria também como vítima. Ex.: em razão de tão grave e irresistível ameaça para praticar crime no futuro, o coagido, premido pelo medo e sem outra forma de agir, mata o próprio coator. Essa situação não se confunde com a legítima defesa. De fato, estaria afastada a excludente da ilicitude em face da inexistência de agressão atual ou iminente.

- **OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA**

Art. 22 - Se o fato é cometido [...] em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor [...] da ordem.

- REQUISITOS

1) Ordem não manifestamente ilegal → **A ORDEM DEVE SER DE APARENTE LEGALIDADE.** Devem ser observadas as circunstâncias do fato e as condições de inteligência e cultura do subordinado.

- **Há uma fusão do erro de proibição com a inexigibilidade de conduta diversa.**

- **SE A ORDEM FOR MANIFESTAMENTE ILEGAL, MANDANTE E EXECUTOR RESPONDEM PELA INFRAÇÃO PENAL (CONCURSO DE AGENTES).**

2) Ordem de superior hierárquico → manifestação de vontade do **titular de uma função pública** a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta positiva ou negativa.

- A dirimente só existe nas relações de **SUBORDINAÇÃO PÚBLICA**. **Não se abrangem as relações de subordinação eclesiástica, privada, doméstica ou familiar.**

3) Cumprimento estrito de ordem → **o executor não pode ultrapassar, por conta própria, os limites da ordem que lhe foi endereçada, sob pena de afastamento da excludente.**

- Só é punível o autor da ordem. Possíveis situações que podem ocorrer:

ORDEM MANIFESTAMENTE ILEGAL	ORDEM LEGAL	ORDEM NÃO MANIFESTAMENTE ILEGAL
O superior e o subordinado serão penalmente responsabilizados (CONCURSO DE AGENTES).	O superior e o subordinado agem em ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL .	SUPERIOR → AUTOR MEDIATO. SUBORDINADO → ISENTO DE PENA.

- Rogério Greco cita o art. 128, II, do CP como outra hipótese de exclusão da culpabilidade: **o aborto sentimental no caso de gravidez resultante de estupro**. Muitos doutrinadores entendem que o caso é de exclusão da ilicitude. Greco entende que é caso de inexigibilidade de conduta diversa.