

## A CULPABILIDADE NO NOVO CÓDIGO PENAL

ISAAC BARREIRO RIBEIRO

Professor Público do Distrito Federal.

SUMÁRIO: 1. Culpabilidade e Responsabilidade. 2. Evolução do Conceito de Culpabilidade. 3. Elementos de Culpabilidade. 4. Causas de Exclusão da Culpabilidade. 5. Culpabilidade e Pena. 6. Bibliografia.

### INTRODUÇÃO

O propósito do tema acima enunciado é estudar a culpabilidade na Lei nº 7.209, de 11 de junho de 1984 (publicada no D.O. de 13-7-84), modificadora da Parte Geral do Código Penal.

Ao tempo em que era concluída a elaboração deste trabalho, ainda não havia sido sancionada pelo Senhor Presidente da República a Nova Parte Geral do Código Penal, de modo que tivemos de rever todo o trabalho que havia sido montado sobre o Projeto de Reforma Penal ou Projeto de Lei nº 1.656/83.

Quando se fizer referência ao Código Penal, tratar-se-á do Código de 1940; quando for referido o Novo Código Penal, tratar-se-á da Lei nº 7.209/84 acima referida.

Não há necessidade de fazer referência à importância do tema a ser abordado em um direito penal da culpabilidade, onde a pena passa a ser aplicada e medida segundo o grau de culpa do agente, pois quanto mais rico o conceito da culpabilidade, tanto menos se torna necessária a aplicação da pena criminal.

### 1º CAPÍTULO: CULPABILIDADE E RESPONSABILIDADE

Embora expressem aspectos distintos da mesma realidade, não se confundem os conceitos de culpabilidade e responsabilidade.

Quem é culpado é responsável e, conforme a teoria majoritária, sendo a imputabilidade um pressuposto da culpabilidade, sempre que o agente for imputável, será plenamente responsável, em certa medida, e sendo responsável

1º Trabalho de conclusão do Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do Centro de Ensino Unificado de Brasília.

pode ser chamado a prestar contas pelo fato a que deu causa, sofrendo as conseqüências jurídicas-penais previstas na lei.

Faz-se necessário, portanto, estabelecer os conceitos de responsabilidade, imputabilidade, imputação e culpabilidade, bem como ao final sistematizar um quadro uniforme das causas de exclusão da culpabilidade.

### RESPONSABILIDADE

Responsabilidade é a conseqüência jurídica da prática de uma infração. É o dever que tem o agente de prestar contas de seu ato, é a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime. (1)

A imputabilidade distingue-se, portanto, da responsabilidade. (2) Enquanto a imputabilidade é capacidade de culpabilidade, a responsabilidade constitui um princípio conforme o qual sempre que o agente for imputável, será de certo modo responsável penalmente e, se for responsável, deverá prestar contas pelo fato-crime a que deu causa, sofrendo as conseqüências da aplicação da pena criminal. (3)

Os dois campos da imputabilidade e da responsabilidade têm cultivadores diferentes: a da imputabilidade cabe às indagações médico-criminológicas; a da responsabilidade penal só pode ser devassado pela visão superior do magistrado, aferrido e administrador da Justiça.

Ao médico cabe fazer diagnóstico e prognóstico mental e, portanto, a ele interessa falar em imputabilidade. O juiz, por sua vez, avalia a responsabilidade.

### RESPONSABILIDADE — HISTÓRICO DAS DOCTRINAS E ESCOLAS PENAIS

O tema da responsabilidade divide as duas principais escolas penais da segunda metade do século XIX. Enquanto para os clássicos a responsabilidade

(1) Carmochozo, *Curso de Direito Penal*, pág. 430/431.

(2) Nelson Hungria não distingue responsabilidade de imputabilidade. "A distinção é bizantina e inútil. Responsabilidade e imputabilidade representam conceitos que de tal modo se entrelaçam que são equivalentes, podendo, com idêntico sentido, ser consideradas *in abstracto* ou *in concreto*, *a priori* ou *a posteriori*". Na terminologia jurídica, ambos os vocabulismos podem ser indiferentemente empregados, para exprimir tanto a capacidade penal *in genere* quanto a obrigação de responder penalmente pelo fato concreto, pois uma e outra são aspectos da mesma noção" ("Comentários ao Código Penal", v. 1, t. 2, págs. 330/331).

(3) Francisco de Assis Toledo, ao fazer a distinção entre culpabilidade e responsabilidade dá a seguinte atenção para a "Exatidão da responsabilidade, pessoal pelo fato-crime, que antecede a aplicação da pena criminal e que não se confunde com a anterior — e também necessário — "acertamento da jurista" que "é feito no âmbito do juízo de culpabilidade, mediante a constatação de que o agente, no momento da ação ou omissão, embora dotado de capacidade, comportou-se como se compreendeu, realizando no fato penal típico, quando dele seria exigível, nas circunstâncias, conduta diversa" ("Princípios Básicos de Direito Penal", pág. 127).

basa-se no livre arbítrio como um dogma indiscutível (responsabilidade moral), para os positivistas decorre da existência do homem em sociedade (responsabilidade social ou legal).

A Escola Positiva, dando maior importância ao delinqüente que ao delito, desvendou na pessoa do notável psiquiatra e antropólogo criminal Lombroso a figura do criminoso nato que, por estigmas de degenerência e taras hereditárias, nasce para o crime, contrariando a Escola Clássica de Carrara, que não admitiu jamais que um homem pudesse nascer votado para o crime.

Secundando Lombroso, apareceu na Escola Positiva a figura do sociólogo e antropólogo criminal Ferri, emprestando importância não somente aos fatores biológicos, mas também aos físicos ou cosmo-telúricos e aos sociais na gênese do crime, ao contrário da Escola Clássica, que afirmava que o que produz o fenômeno do crime é a vontade do agente e não os fatores integrados à individualidade do delinqüente e os resultantes das condições mesológicas.

Dentre os fatores cosmo-telúricos que fazem parte do ambiente físico que rodeia o homem, a sociologia criminal apontou as estações, a temperatura, as condições atmosféricas, o clima, a topografia do solo, a produção agrícola. Dentre os fatores sociais, os que decorrem da vida em sociedade, tais como a constituição da família, a religião, a densidade da população, a educação, o alcoolismo, a organização política e econômica, o sistema legislativo.

A Escola Clássica, no campo filosófico, é partidária de que o homem é livre para conduzir suas ações e, ao praticar o delito, decidiu-se pelo mal, podendo fazê-lo para o bem, isto é, tem livre arbítrio e, por ser livre, deve ser punido porque tem liberdade moral. A Escola Positiva, ao contrário, diz que o homem não é livre na sua conduta, mas é impulsionado pelo determinismo. É conduzido. Não age.

Em resumo, para os clássicos, o livre arbítrio, essência da responsabilidade moral, é a base da responsabilidade penal. O homem deve ser punido, declarando-o portanto penalmente responsável porque dispõe de livre arbítrio, liberdade para agir. A Escola Positiva, ao contrário, assentou o conceito de responsabilidade social. Para se punir alguém, é preciso que se lhe possa imputar o crime. É preciso que haja imputabilidade. Na Escola Clássica, a imputabilidade é moral, advém do livre arbítrio. Na Escola Positiva, o homem é responsável porque vive em sociedade.

Apesar dos exageros devidos ao empenho com que defendiu suas idéias, exorbitando em conclusões que ainda era prematura retirar, Lombroso teve o mérito de levar à verdade humana, dentro da qual o homem deve ser devidamente apreciado e, como pessoa, cuidadosamente examinado e sopesado nas influências que poderá ter sofrido de mero ambiente e da sua própria constituição.

O famoso cientista italiano relacionou seus estudos de psiquiatria e antropologia com os da ciência criminal e julgou descobri-la dentro da própria natureza humana a causa dos delinqüentes.

Ele desejou logo obter meios de diagnóstico criminológico baseado em dados puramente somáticos.

Chegou a necropsiar delinqüentes, assim como pacientes falecidos de peste (delicência de nupant), então desconhecida em sua etiologia.

Numa dessas necropsias, levada a cabo no cadáver de um famoso bandido calabres, Vilela, ao exame do crânio verificou, o grande mestre de Turim, a existência da fossa occipital média — uma abertura na parte posterior do crânio — com desenvolvimento fora do comum, análogo ao que existe no crânio de certos animais inferiores e em certas raças antigas. Foi a antevisão do atavismo como fator criminal. A herança atávica explicaria, a seu ver, a etiologia, a causa dos delitos.

Segundo Lombroso, certos homens, por efeito de uma regressão atávica, nascem criminosos, deixando-se dominar por um entusiasmo quase obsessivo pelos estudos que pretendiam ligar a gênese criminal a um fator puramente morfológico.

O criminoso muito seria caracterizado por uma cabeça *sui generis*, com pronunciada assimetria craniana, fronte baixa e fígida, orelhas em forma de asa, zígonias, lóbulos occipitais e arcadas superciliares salientes, maxilares proeminentes (prognatismo), face longa e larga, apesar do crânio pequeno, cabelos abundantes, mas barba escassa, rosto pálido.

Além das anormalidades anatômicas, apresentaria as fisiológicas e psíquicas. Importantes são a insensibilidade física e psíquica com profundo embotamento da sensibilidade à dor (analgesia) e do senso moral, o manicismo (uso preferencial da mão esquerda) na a ambidextria (uso indiferente das mãos), disvulnerabilidade (resistência aos traumatismos e recuperação rápida), distúrbios dos sentidos e mau funcionamento dos reflexos vasomotores, entre outras características fisiológicas.

Notar-se-ia também os seguintes caracteres psíquicos: atrofia do senso moral, impulsividade, vaidade, imprevidência, egoísmo, ciúme, desejo de destruição etc.

Perseguindo nas suas investigações, Lombroso, ao estudar um atentado praticado por Masdea no quartel, pois era à época médico militar, notou que o agente era afetado de epilepsia, configurando, assim, ao lado da teoria atávica, um novo componente da atividade criminal, já agora funcional e mental, e não apenas morfológico, que explicaria o fenômeno do delito: a epilepsia.



TIPOS LOMBROSIANOS (do Atlas de Lombroso, *apud* [Hilário Veiga de Carvalho] (\*))

(\*) Cursinho de Criminologia, et., pág. 7.



CRÂNIO DE VILLA



MISDEA

(do Atlas de Lombroso — apud Hilario Veiga de  
Carvalho) (\*)

(\*) Compêndio de Criminologia, cit., pág. 72

A causa da degeneração seria, portanto, a epilepsia, que ataca os centros nervosos e perturba o desenvolvimento do organismo.

Finalmente, uma terceira explicação para o crime acrescentou o mestre italiano: a loucura moral, sob a influência dos estudos de Maudsley, na Inglaterra.

A base da teoria lombrosiana — atavismo, loucura, criminal e epilepsia — do ponto de vista da responsabilidade, como vimos, levaria a substituir o livre arbítrio da Escola Clássica pelo determinismo da Escola Positiva.

Tivesse Lombroso naqueles tempos a possibilidade de estudar os fatores XYY (2) ou da moderna diencefalose criminógena (3) e teria o famoso palpiteiro de Turim, na caracterização de estigmas criminogênicos, fixado mais ainda no crime a caracteres biológicos específicos.

Ferri, seguidor da escola lombrosiana, seguiu uma orientação diferenciada de um determinismo exclusivamente biológico, e, sentindo a fragilidade da doutrina antropológica ortodoxa, definiu o problema da gênese criminal como uma origem dupla — biológica e social —, sendo que Ferri considerou os fatores sociais como de importância capital na gênese do delito.

---

(2) "No relatório dos Drs. Mendlewick, Wilmotte, Flament e Stoquart, há várias conclusões sobre a relação existente entre o cariótipo XYY e a deinquência, recomendando-se que se evite estabelecer relação direta imediata entre patologia cromossômica e responsabilidade penal. Para muitos a anomalia XYY constitui um prolongamento da teoria de Lombroso, que teria sido uma visão profética no indivíduo humano esta é a chave de certas formas de criminalidade. Todavia, a descoberta da aberração XYY facilita a possibilidade de periculosidade predelitual.

"Os entusiastas não sustentam a tese da fatalidade biológica, que leva, irremediavelmente, o indivíduo ao crime. Pode haver uma predisposição, que facilitaria a passagem ao ato, como nos casos de certos suicidas, ou abaixamento do nível de resistência, que desencadearia a reação anti-social.

"A agressividade e o comportamento anti-social dos doentes com a anomalia XYY manifestam-se após os 15 anos, quando a constituição cromossômica é determinada desde o nascimento. Supõe-se uma associação entre a aberração XYY e o comportamento anti-social por intermédio de uma disfunção neuroendócrina revelada na puberdade. Diante de um delinqüente com a aberração cromossômica, deve empregar-se como diante de outra forma clínica de infantilismo atípico ou de desequilíbrio psicopático." (Jason Soares Albergaria "Noções de criminologia", Ob. cit., págs. 42/43)

(3) Alterações anatomo-funcionais da região diencefalo-hipofisária como causa determinante do crime

Pende, estudando a correlação dos hormônios com a psiquiatria e a criminalidade, observou que uma endócrinopatia (doença endócrina) não será causa determinante do crime sem o concurso dos fatores cerebrais (alterações anatomo-funcionais da região diencefalo-hipofisária: a diencefalose criminógena).

Hurwitz, respondendo à indagação a respeito da conexão entre criminalidade e função endócrina, afirma que não foi possível ainda uma hipótese endócrina útil.

O Prof. Jason Albergaria, respondendo à indagação "as alterações glandulares influem na conduta criminoso?", resulta que "somentente pode-se considerar determinado caso particular de transtorno endócrino, com efeitos psíquicos em relação ao delito". ("Noções de criminologia", ob. cit., pág. 32).

Ferri deu expansão ao trinômio causal do delito — fatores antropológicos, físicos e sociais — e classificou os criminosos em cinco categorias:

a) O criminoso nato de Lombroso, com os seus estigmas de degeneração indicativos de forte inclinação ao delito, no qual Ferri vislumbrava como traço característico a atrofia do senso moral.

b) O criminoso louco, também de Lombroso, cuja existência os clássicos não concebiam, pois o louco não pode ser delinqüente, visto não ter responsabilidade moral, mas perfeitamente consentâneo na Escola Positiva, para a qual a responsabilidade é social. A espécie, aliás, abrangia também os fronteiriços ou semiloucos ou indivíduos situados entre a sanidade e a enfermidade psíquica.

c) O criminoso habitual é sobretudo produto do meio: influencia nele mais os fatores exógenos do que os endógenos. Faz do crime como que uma profissão. Vive para o delito. Sai da prisão para voltar a delinqüir, reincidindo no crime, passando de pequenos delitos para os mais graves. Em regra, inicia sua vida criminosa com cedo e por pequenos delitos e a própria punição que recebe concorre para piorar-lhe o caráter, corrompendo-se ainda mais ao contato de outros delinqüentes.

d) O criminoso passional é sobretudo honesto, mas de sensibilidade exagerada, a qual leva-o a cometer o crime. De temperamento sanguíneo ou nervoso, às vezes epileptoide ou desequilibrado. Seu crime geralmente ocorre na juventude. Proceede sem premeditação nem dissimulação, de maneira repentina. Confessa o delito e se arrepende, e por isso quase sempre se suicida ou tenta suicídio ao fazê-lo.

Ferri preconizava um tratamento penal mitigado para os delinqüentes com paixões sociais, pois, ao seu ver, o criminoso de motivo social merece contemplação do juiz. Terá sido levado ao crime por circunstâncias demasiado poderosas.

e) O criminoso ocasional é fraco de espírito, débil de temperamento e sem firmeza de caráter. Delinqüe porque surgiu a ocasião propícia. Facilmente se conduz ao crime impelido pela ocasião criada pela miséria, espírito de imitação, certas condições que convencem da segurança da ação e da impunidade etc.

Depois das correntes extremas dos clássicos e dos positivistas, surgiram os ecléticos, sustentando, como queria a Escola Positiva, a necessidade das investigações de ordem antropológica e sociológica, de que é inseparável o método experimental positivo. Dissentindo, porém, dos positivistas, repeliram a concepção de um criminoso nato e consideraram o crime politicamente. Aprofundando o estudo do Direito Penal, não dispensando o método dedutivo dos clássicos.

Na Itália, com Alimena, Carnevale e Impalkomeni, aparece a terceira escola, ou Escola do Positivismo Crítico. Na França aparece uma escola com Garraud, Gabriel, Tarde e outros. Aparece também a Escola da Política Criminal, com Von Liszt, Van Hamel, Adolpho Prius e Carlos Stooss.

Contemporaneamente, a tendência de maior acentuada autoridade é a Escola Técnico-Jurídica com Rocco, Manzini, Massari, Vannini e muitos outros penalistas. É a corrente dominante hoje na Itália. Ela separa Direito Penal das chamadas ciências penais e acha que é preciso criar um Direito Penal autônomo. Suprime toda análise metafísica. A imputabilidade independe da questão do livre arbítrio, consistindo na capacidade de entender e querer.

O tecnicismo jurídico patrocinou a teoria psicológica da culpabilidade, que começou a definir com a obra de Frank, ao lançar as bases da "teoria normativa da culpabilidade", como vimos ao estudar o conceito de culpabilidade.

A Escola Penal Unitária de Longhi e Sabatini, estabelecendo conciliação entre o tecnicismo jurídico e as novas conquistas da Escola Positiva.

A escola de Defesa Social, que seria antes um movimento denominado "Nova Defesa Social", surgiu em Gênova em 1945, encabeçada por Gramatica e seguida por Marc Ancel, na França. Vislumbra uma política criminal que se engaja pela mudança do próprio comportamento do delinquente, que teria possibilidade de recuperação e ressocialização, e portanto beneficiaria a pessoa humana, libertando-a do risco e das tentações de cair ou recair na delinquência, assegurando a sua melhor adaptação ao meio em que deve viver.

O movimento propõe a exigência de aprofundamento no exame da personalidade do criminoso, não aceitando o determinismo materialista e acreditando que a pessoa é capaz de, ela própria, redimir-se da mácula do crime. (\*)

Marc Ancel esquematiza suas idéias sobre a Defesa Social. (\*\*)

a) A defesa social pressupõe uma concepção geral do Direito Penal que vem não a castigar uma falta de sancionar com um castigo a violação consciente de uma regra legal, mas a proteger a sociedade contra os atos criminosos.

b) A defesa social pretende realizar a proteção de maneira natural através de um conjunto de medidas geralmente extrapenais, no sentido estrito do termo, destinadas a neutralizar o delinquente seja por eliminação ou segregação, pela aplicação de métodos curativos ou educativos.

(\*) Siciliani, Cf. Leasseur Cf. Droit Pénal Général. Dalloz, 1971, Paris, pág. 83.

(\*\*) Ancel, Marc. La défense sociale nouvelle. Paris, 1954.

e) Procura também promover uma política criminal que favoreça a prevenção individual em relação à prevenção coletiva.

d) A ação de ressocialização não pode desenvolver-se senão através de uma humanização cada vez maior do novo Direito Penal, que buscará utilizar todos os recursos do indivíduo, dar-lhe confiança em si mesmo, dar-lhe o sentido dos valores humanos, esforçando-se por assegurar e respeitar os direitos inerentes de sua condição de homem.

e) Esta humanização do direito e do processo penal não será apenas o efeito de um movimento humanitário ou sentimental, mas será apoiado o mais solidamente possível no conhecimento científico do ato criminal e da personalidade do delinqüente.”

Resumindo, são os seguintes os pontos principais da defesa social (com evidentes peculiaridades, segundo os diversos autores):<sup>(1)</sup>

1. Não uma pena para cada delito, mas uma medida para cada pessoa.

2. Direito do delinqüente ser “socializado”.

3. Predomínio da prevenção especial

4. Tratamento totalmente desprovido de sentido repressivo.

5. É antes de tudo considerado um movimento de Política Criminal.

6. Para alguns autores, imposição do chamado “direito penal do autor” (Täterprinzip)

7. Substituição da pena por um sistema de medidas de prevenção especial impostas de acordo com a personalidade do delinqüente.

8. O ato antissocial considerado como simples sintoma de periculosidade social

9. Humanização do Direito Penal.

10. Bases científicas.”

E o triplo objetivo da Defesa Social é: <sup>(2)</sup>

“1. A pena não tem caráter unicamente expiatório, mas interessa-se também pela proteção da sociedade.

“2. A pena, além de ser exemplar e retributiva, tem o objetivo de melhorar e até reduzir o delinqüente.

(1) Manzanares, L. Rodríguez *Criminología*. E. Porrua, México, 1979, pág. 250

(2) Manzanares, L. Rodríguez *Criminología*. E. Porrua, México, 1979, pág. 250.

3. A justiça penal deve ter sempre presente a pessoa humana, além das simples exigências da técnica processual, com o objetivo de que o tratamento penal seja sempre humano.<sup>11</sup>

### CRIMINOGENESE

A moderna criminologia admite que o crime tenha uma dupla fonte de influências condicionadoras, constituídas pelo fator endógeno, que compreende as forças que provêm do próprio indivíduo ( <sup>1</sup> ) e o exógeno, que compreende as forças que emanam do ambiente físico ou social em que o criminoso vive, atuando sobre a capacidade delitiva. ( <sup>2</sup> )

Como vimos, Ferri admissa a conjunção de três tipos de forças criminógenas: individuais, físicas e sociais, contrariando um princípio absolutamente seguro, antes do advento do positivismo penal, qual fosse o da existência única e exclusiva do livre arbítrio como essência, origem e razão da conduta humana.

(<sup>1</sup>) Estudando o crime sob as perspectivas da gênese etimológica, da histopatologia criminal e da psicologia criminal, isto é, considerando seus aspectos bio-ógenos, o Prof. Jusari Soares Albergaria diz: "Embora a histocriminologia atravessa uma fase negativa, no dizer de H. F. Ellenberger, talvez continue a existir e o criminoso é estudado em sua face interna - a disposição, a constituição genética, e em sua face externa - a estrutura corporal, o biótipo, o fenótipo."

"A disposição ou constituição distingue-se em disposição germinal ou disposição herdada, isto é, que mata ou predisposição e disposição adquirida ou personalidade. A disposição herdada consiste na união dos dois plásmas germinais ou progenitores, recebida pelo novo indivíduo partindo o curso da vida. Seu conteúdo é definitivo. Os influsos da evolução alteram não modificam a disposição germinal. A disposição germinal transmite ao novo indivíduo a massa hereditária total derivada de seus antepassados paternos e maternos."

"Realmente a disposição herdada ou germinal é a que o indivíduo recebe de seus progenitores desde a concepção para toda a curso da vida. Na disposição ou carga hereditária está a base endógena da personalidade corporal ou anímica. A disposição inata ou congênita é a disposição herdada, mas as alterações ocorridas durante a vida intra-uterina. No cláustro materno, a carga hereditária sofre influência ou lesões germiais virais ou sifilíticas, tuberculosas etc. A disposição herdada, sob os influsos do primeiro mundo circundante, o interior materno, transformou-se em disposição inata ou predisposição. A disposição inata é parcialmente, disposição adquirida. A disposição adquirida ou personalidade (a terceira espécie de disposição), em determinado momento de sua curva vital em certo em situações influsos e efeitos, que modificaram a disposição herdada e a disposição inata. A disposição adquirida resultou da disposição germinal e do mundo circundante ou ambiente. Disposição é a possibilidade de desenvolvimento; personalidade é o desenvolvido. A personalidade não espera ou realiza toda a disposição." (Noções de criminologia. Ob. cit., págs. 35/37.)

(<sup>2</sup>) Estudando a disposição e o mundo circundante, o Prof. Jusari diz: "Existe uma contínua interação entre disposição e mundo circundante. Os fatores do mundo circundante influenciam sobre os fatores constitucionais e também os fatores do mundo circundante dependem dos fatores constitucionais. A escolha do mundo circundante e sua configuração dependem da personalidade. De Graef, entre as espécies de meios: o involuntário (a família), o imposto (a prisão), o escolhido (a escolha do matrimônio, a profissão etc.). Se traçamos conosco o mapa de nosso mundo circundante, também nele deixamos impresso algo de nossa personalidade. Todavia, nem sem-

Não foi preciso admitir-se que na gênese do crime possam influir causas provenientes do meio em que se desenvolveu o delinqüente e causas próprias ao mesmo delinqüente, defluente da sua própria maneira de ser. (14)

Não se admite hoje qualquer pretensão de predomínio na explicação da origem dos crimes quanto à primazia dos fatores sociais como queria a escola francesa, notadamente defensora da sociologia criminal, ou à prevalência dos fatores individuais, como procurava a Escola de Antropologia Criminal dos italianos.

Hoje predomina o ecletismo no campo da Criminologia, que admite que a personalidade humana indiscutivelmente se caracteriza pela possibilidade de usar o arbítrio, sendo que sobre ele podem influir fatores criminogênicos que influenciam essa personalidade a cometer ato anti-social, cabendo maior ou menor parcela de influência aos fatores mesológicos ou biológicos sobre o condicionamento do arbítrio humano.

## 2º CAPÍTULO: EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

Durante longo período histórico, a responsabilidade penal era considerada objetivamente. Era a concepção que dispensava o elemento subjetivo como essencial à infração penal, só interessava o fato danoso externo. Considerava-se o fato objetivamente, sem atentar para o elemento moral. Bastava o nexo de causalidade material entre o fato causado e o agente, isto é, o vínculo que se estabelece entre a ação ou omissão e o resultado da infração penal, do ponto de vista físico. O direito penal era, então, um puro direito penal do resultado. A responsabilidade era objetiva. Bastava o *versari in re illicita*, isto é, a responsabilidade penal prescindia do elemento subjetivo, bastando a simples produção do resultado típico (quem se envolva em coisa ilícita era responsável também pelo resultado fortuito). Era a responsabilidade sem culpa, concepção medieval que está afastada do nosso moderno Direito Penal da culpa.

A seguir, passou-se à responsabilidade baseada na culpa, *nulum crimen sine culpa*, que apresenta duas fases da evolução do conceito de culpabilidade.

---

pre-se distinguiu a interação entre estes dois fatores, a disposição e o mundo circundante. No tocante à causação ou determinação do crime, uma teoria admitia que a disposição hereditária fosse causa do crime independentemente do mundo circundante. *Les crimes des moars sont causés par les moars*. A teoria sustentada por Lombroso, Freud e Adler. Ou, ao contrário, a causa exclusiva é o mundo circundante. A teoria de Lacastagne, com inspiração de Marx. As teorias relativas distinguem a disposição do mundo circundante, ou a sua "equivalência". (Noções de criminologia. Ob. cit., pág. 37)

(14) No estudo da genealogia do delinqüente, o Prof. Jasser diz: "Hoje é superada a teoria da disposição hereditária da delinquência, mas considera-se a herança biológica de tendências criminosas, com a agressividade ou a violência" (Noções de criminologia. Ob. cit., pág. 38.)

A primeira fase é a da **concepção psicológica da culpabilidade**, em que se começa a construir a noção de culpabilidade, com a introdução, na idéia de crime, ao lado da inevitabilidade do fato, de alguns elementos anímicos ou psíquicos — a previsibilidade e a voluntariedade — como condição de aplicação da pena.

Esta “primeira formulação técnica da culpabilidade”, no dizer de Heleno Fragoso (11), colocava em realce o nexo psicológico de causalidade entre o agente e o resultado, isto é, o vínculo que se estabelece entre a ação ou omissão e o resultado, do ponto de vista moral (12).

O dolo e a culpa seriam as duas espécies de culpabilidade e a imputabilidade, entendida como capacidade de ser culpável, seria um pressuposto da culpa jurídico-penal.

É uma concepção naturalística, psicológica da culpabilidade, que é insuficiente para reunir o dolo caracterizado pelo querer (elemento volitivo) e pela previsão (elemento intelectual), e a culpa que se caracteriza pelo não querer. É impossível estabelecer um nexo de causalidade psicológica entre o agente e o fato, no caso da chamada culpa inconsciente. Portanto, dolo e culpa não podem ser espécies de um denominador comum, a culpabilidade, pois a culpa é exclusivamente normativa, baseada no juízo que o magistrado faz a respeito da possibilidade de antevista do resultado, não sendo, portanto, possível que um conceito normativo (culpa) e um conceito psíquico (dolo) sejam espécies de um denominador comum (13).

A **teoria psicológico-normativa da culpabilidade**, fundada por Frank, procurou encontrar o elemento que fosse comum ao dolo e à culpa *stricto sensu*. A culpabilidade é então um juízo valorativo sobre a situação fática da culpabilidade. A culpabilidade deixa de ser uma situação puramente naturalística, psicológica e adquire fisionomia de um juízo de reprovação ou de censura ao autor do fato.

No caso de estado de necessidade como excludente de culpabilidade (art. 25 do CP de 1969), como por exemplo o da tábua de salvação, o agente que mata em estado de necessidade, age dolosamente, mas sua conduta não é culpável, uma vez que diante da inexigibilidade de outro comportamento, não se torna reprovável. Quando é inexigível outra conduta, embora tenha o sujeito ativo agido com dolo ou culpa, o fato não é reprovável, isto é, não se torna culpável.

(11) Lições de Direito Penal (Parte geral), Bushatsky, 1976, pág. 211.

(12) Antolisei diz que “a culpabilidade consiste em um nexo psíquico entre o agente e o fato exterior” (Manual de Direito Penal, Ob. cit., pág. 240).

(13) O Prof. Francisco de Assis Toledo refere que: “se indagarmos seis penalistas que adotam a teoria psicológica o que é a culpabilidade, a resposta será: (1º) a culpabilidade é a ligação psicológica entre o agente e seu fato, 2º) a culpabilidade, por isso mesmo, só pode estar no psiquismo do agente”. (Princípios básicos, Ob. cit., págs. 36/37).

A culpabilidade não é, assim, um vínculo psicológico entre o autor e seu fato, ou entre o agente e o resultado, mas um juízo de valoração a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo).

Dolo e culpa, ao invés de espécies de culpabilidade, são elementos da mesma. A culpabilidade é, portanto, psicológico-normativa, contendo o dolo como elemento psicológico e a exigibilidade de outra conduta e a culpa como elementos normativos.

De acordo com a teoria psicológico-normativa, são elementos da culpabilidade: (1<sup>o</sup>)

a) imputabilidade (pressuposto)

b) elemento psicológico-normativo: dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência, imperícia)

c) exigibilidade de conduta diversa (de um comportamento conforme o direito) possibilidade nas circunstâncias

d) um juízo de censura ao autor do fato por não ter exercido esta possibilidade (2<sup>o</sup>)

Se o agente de um crime, ao praticar a ação punível, estava dotado de certa dose de autodeterminação (momento volitivo) e de compreensão (momento intelectual) — imputabilidade — que o tornava apto a frear, reprimir ou desviar sua vontade ou o impulso que o impelia para o fim ilícito (possibilidade de outra conduta), e que, apesar disso, consciente e voluntariamente (dolo), ou com negligência, imprudência ou imperícia (culpa *stricto sensu*), desrespeitou o fato punível, pode ser feita a censura de culpabilidade a este agente (2<sup>o</sup>).

Portanto, o dolo continua, nesta teoria normativa, como na psicológica, situado na estrutura do delito, isto é, na culpabilidade. Para a teoria normativa, o dolo é normativo, volta a ser o *dolus malus* dos romanos, isto é, um dolo constituído do elemento animico-intencional e mais a valoração, a intenção má, perversa. Não é, portanto, um mero dolo psicológico ou natural.

Dentro dessa teoria normativa, o dolo que faz parte da culpabilidade, compõe-se de:

a) um elemento intencional, volitivo, isto é, a voluntariedade

(1<sup>o</sup>) Sintetizado por Francisco de A. Toledo, in *Principios básicos*, pag. 28.

(2<sup>o</sup>) O Prof. Francisco de A. Toledo refere que "se indagarmos aos seguidores desta corrente o que é a culpabilidade, a resposta será: 1<sup>o</sup>) é um juízo de valor sobre uma situação fática de ordinário psicológico; 2<sup>o</sup>) os seus elementos psicológicos (dolo ou culpa) estão no agente do crime, mas o seu elemento normativo está no juiz, não no criminoso" (*Principios básicos*, Ob. cit., pag. 28/29).

(3<sup>o</sup>) Mezger considera como bases do juízo de culpabilidade: a imputabilidade, o dolo ou a culpa, e a ausência de causas de exclusão da culpabilidade ou exigibilidade de conduta adequada à norma (Ob. cit., pag. 262/266).

b) um elemento intelectual, a previsão do fato

c) um elemento normativo, a consciência da ilicitude.

Este último, a consciência da ilicitude, é o elemento normativo, que faz com que o dolo não se esgote no conhecimento e vontade de praticar um fato típico (dolo natural). O agente procede voluntariamente, com previsão do resultado e persegue um fim que sabe ilícito.

É nesta concepção normativa da culpabilidade que se inserem as teorias do dolo (teoria estrita e teoria limitada do dolo), que vamos expor ao tratar da localização do erro na estrutura do delito. Estas teorias inserem a consciência da ilicitude (consciência do injusto) no dolo, como um de seus elementos constitutivos. A ação dolosa pressupõe a (atual) consciência do injusto.

A segunda fase da evolução do conceito de culpabilidade caracteriza-se pelo "giro revolucionário" de Welzel com a doutrina finalista da ação, que, em princípio, concorda com todos os elementos da teoria normativa, mas os distribui melhor na estrutura do crime.

A ação humana com seu elemento característico, fundamental, da intencionalidade, isto é, o seu finalismo, vem a constituir o núcleo do novo sistema<sup>(21)</sup>. O tipo passa a ser a sede do dolo e este o elemento intencional, finalístico da ação. O dolo, faz parte da ação humana e não do juízo de culpabilidade. Com isto Welzel extraiu o dolo e a culpa *stricto sensu* da culpabilidade e incluiu-os no conceito de ação, localizando-os, portanto, no tipo legal de crime.<sup>(22)</sup>

Não ficou nisso. Retirou Welzel do dolo a consciência da ilicitude e a exigência da atualidade desta, isto é, a ação dolosa pressupõe a consciência (potencial) da ilicitude. Esta consciência da ilicitude ficou situada no interior da culpabilidade, que retém o momento normativo da reprobabilidade da resolução da vontade, isto é, a culpabilidade se reduz, essencialmente, a um juízo de censura que se faz ao autor do fato.

(21) Welzel afirma que "a ação humana é o exercício da atividade finalista. É, portanto, um acontecimento finalista e não somente causal. A finalidade ou atividade finalista da ação baseia-se em que o homem, consciente dos efeitos causais do acontecimento, pode prever as consequências de sua conduta, propondo, dessa forma, objetivos de distinta índole. Conhecendo a teoria da causa e efeito, tem condições de dirigir sua atividade no sentido de produzir determinados efeitos. A causalidade, pelo contrário, não se encontra ordenada dessa maneira. Ela é cega, enquanto a finalidade é evidente" *La teoría de la acción finalista*. Ob. cit., pág. 219.

(22) Welzel, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Ob. cit., pág. 34.

Embora a estrutura do crime culposos seja inteiramente diversa da do crime doloso, o conceito de ação, no entanto, coincide, num e noutro caso. Nos crimes culposos também há ação dirigida finalisticamente a um resultado, embora esta ação dirija-se a fim penalmente irrelevante (Fragoso, pág. 228).

Welzel limitou-se, portanto, a arrumar a casa, apanhando os resultados das teorias psicológica e normativa da culpabilidade e dando uma nova distribuição sistemática aos elementos estruturais do crime, possibilitando, assim, uma superação de vários impasses.

Encarregado, como Promotor Público, pelo Senhor Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal, para promover sindicância em caso de cesariana de emergência com laqueadura tubária, realizada em parturiente indígena por médicos do 1º Hospital de Base de Brasília, fui buscar na teoria finalista apoio para concluir pelo arquivamento em virtude dos médicos que operaram-na, exerceram uma ação finalista de cura e não uma ação finalista de lesão corporal (17).

O que fez a laparotomia realizada pelos médicos deixar de ser uma lesão corporal foi não somente a intenção de cura(18) que lhes dirigiu a ação, pois esta é exteriormente igual à do agente que abre o ventre utilizando um instrumento perfurocortante com o *animus laedendi*, ou do homicida que faz a mesma ação com o *animus necandi*.

Em resumo, é o seguinte o quadro sistemático do dolo e da culpabilidade na teoria normativa pura: (19)

#### Dolo do tipo

- a) Intencionalidade — finalidade da ação (elemento volitivo)
- b) previsão do resultado (elemento intelectual).

#### Culpabilidade:

(17) "EMENTA. 1) CESARIANA de emergência (gravidos trigemelar), concomitante com LAQUEADURA TUBÁRIA REVERSÍVEL, tendo em vista o alto risco de vida da paciente para futuras gestações ante as alterações crônicas do útero, incisão corporal para retirada do 1º feto, formando um "T" invertido com a incisão transversa segmentar, e a presença de varizes pélvicas abundantes. RESPONSABILIDADE PENAL DOS MÉDICOS, por pretendida mutilação e afronta aos padrões culturais da parturiente indígena, e seu marido, os quais teriam consentido sem assistência do órgão tutor.

2) Sindicância, que concluiu pelo ARQUIVAMENTO à mingua de ação finalista de lesão corporal na paciente, mas ação finalista de cura, e à falta de conduta dolosa de desrespeito aos padrões de sua cultura" (Jorge Ferreira Leão. Mutilação de parturiente. Rev. Douc. Jur. TJDF, Brasília, DF, Ser., 1982, pág. 73/44)

(18) Welzel afirma que a enfermeira que, sem pensar em nada, aplica uma dose de morfina demasiado forte, de efeito mortal, realiza uma ação finalista de cura, mas não uma ação finalista de homicídio. O sujeito que, na penumbra, atira num homem, supondo tratar-se de um tronco de árvore, realiza um ato finalista de execução, mas não uma conduta finalista de homicídio. Nos dois casos, "a consequência ulterior não querida (morte) originou-se de modo organicamente causal pela ação finalista" (El nuevo sistema del derecho penal. DH. cit., pág. 28).

(19) Sintetizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo durante o Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEBIB — 1983, e, in Principios Básicos. Gh. cit., n.º. 11

- a) imputabilidade (pressuposto)
- b) consciência potencial da ilicitude
- c) possibilidade e exigibilidade, nas circunstâncias de um agir-de-outro-modo
- d) juízo de censura ao autor por não ter exercido, quando podia, esse poder-agir-de-outro-modo. (12)

Tendo como pano de fundo a teoria normativa pura da culpabilidade, apareceram na Alemanha as "teorias da culpabilidade", no interior das quais distinguem-se a "teoria estrita da culpabilidade" e a "teoria limitada da culpabilidade" (preferida pela jurisprudência alemã).

Para esta "teoria da culpabilidade", que vamos expor ao tratar da localização do erro na estrutura do delito, o dolo está no tipo, ao passo que a consciência da ilicitude está na culpabilidade. Deste modo, a falta de consciência da ilicitude não atinge o dolo, precisamente porque este está no tipo. Daí decorre que, se o dolo está no tipo, não se confunde com a culpabilidade nem pode estar nela.

Foi dentro da "teoria da culpabilidade" que, na Alemanha, seja na jurisprudência, seja na legislação, o tema do "erro de proibição" no direito penal pôde atingir seu desenvolvimento mais adequado, tornando possível distinguir

- a) erro de tipo: um erro excludente do dolo do tipo;
- b) erro de proibição: um erro excludente da censurabilidade, isto é, da culpabilidade.

Enquanto a teoria estrita da culpabilidade seguida por Welzel, Maurach e outros considera todo erro sobre a ilicitude como erro de proibição, a teoria limitada da culpabilidade distingue o erro de proibição direto do indireto. Verifica-se este último quando o erro incide sobre uma causa de justificação, diversificando o tratamento do erro que recai sobre uma causa de justificação.

a) o que incide sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação classifica-se como erro de tipo, excludente do dolo do fato, mas admite a punição por fato culposo, se previsto em lei;

b) o que versa sobre a própria existência ou os limites da causa de justificação classifica-se como erro de proibição indireto, sobre a ilicitude do fato — o autor age com dolo do fato, completando-se a realização do

(12) A culpa assim como o dolo estão situados no tipo legal de crime (Welzel. *La teoría de la acción finalista*. (9). ed., pág. 20 e 11).

O conceito de culpabilidade é o mesmo no crime culposo. Aqui também se exige a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do injusto e a exigibilidade, nas circunstâncias de um agir-de-outro-modo.

injusto típico, faltando a "consciência da ilicitude", que, se for inevitável, estará excluída a censurabilidade, e, portanto, a culpabilidade, se não for inevitável, poderá atenuar a pena.

Para a "teoria da culpabilidade", o erro, como se vê, está situado:

- a) como causa de exclusão do dolo, anulando o elemento intelectual deste;
- b) como causa de exclusão da culpabilidade, anulando a censurabilidade da resolução de vontade do agente;
- c) como fator de atenuação da pena.

### **LOCALIZAÇÃO DO ERRO NA ESTRUTURA DO CRIME**

Quatro teorias avultam, buscando explicar a localização sistemática do erro na estrutura do crime, agrupando-se os doutrinadores em duas correntes, denominadas na Alemanha.

- a) teoria do dolo
- b) teoria da culpabilidade.

Conforme a teoria do dolo, o erro, seja de que natureza for, exclui sempre o dolo, procurando, assim, dar ao problema do erro uma solução unitária.

Consoante a teoria da culpabilidade, há que distinguir.

- erro de tipo (excludente do dolo)
- erro de proibição (excludente da culpabilidade).

### **TEORIAS DO DOLO**

Ao expor o conceito de culpabilidade, vimos que é na concepção normativa da culpabilidade que se inserem as teorias do dolo.

- a) teoria estrita do dolo
- b) teoria limitada do dolo.

A teoria limitada do dolo pouco diverge da teoria extremada, a não ser na substituição do conhecimento atual da ilicitude pelo conhecimento potencial e na exigência da consciência da ilicitude material, não puramente formal.

#### **a) Teoria extremada ou estrita do dolo**

Esta teoria situa o dolo na culpabilidade e a consciência da ilicitude no dolo.

O conceito de dolo desta teoria retrocede ao *dolus malus* dos romanos. É um dolo normativo, isto é, refere-se à vontade, previsão e consciência da ilicitude (conhecimento de que se realiza uma conduta proibida). Esta consciência da ilicitude é o elemento normativo do dolo. É uma consciência atual da ilicitude, isto é, no momento mesmo do agir do agente. Se faltar ao

agente este "conhecimento atual da ilicitude", embora tenha querido e previsto o que fez, o fato não terá sido doloso, pois o seu causador agiu como que cegamente, não teve oportunidade de escolher entre o lícito e o ilícito. Segundo Mezger, em sua primeira fase, há no agente uma "cegueira jurídica", uma "inimizade ao direito".

Para aplicar o dolo normativo ao criminoso por tendência ou ao criminoso habitual, que não tem a exata "consciência atual da ilicitude", pois pelos seus hábitos e as falsas noções adquiridas segundo as regras do crime, jamais soube da ilicitude", Mezger elaborou uma "culpabilidade pela conduta de vida" que seria, na área penal, uma "culpabilidade do caráter" do campo filosófico.

Para esta teoria estrita do dolo, o erro jurídico penal, seja de tipo, seja de proibição exclui sempre o dolo, pois anula o elemento intelectual (previsão do resultado) ou o elemento normativo (consciência do injusto). Como, dentro desta concepção, os dois elementos são integrantes do dolo, basta a ausência de um deles para excluir o dolo, permitindo, todavia, a punição por fato culposo, se previsto em lei e se o erro era evitável.

Se o erro é inevitável, exclui o dolo (anula o elemento intelectual). Se o erro é evitável, admite-se a condenação pelo fato culposo, se previsto em lei.

O erro de proibição equipara-se ao erro de tipo quanto aos seus efeitos e o erro de fato da teoria tradicional equipara-se ao erro de direito.

#### **b) Teoria limitada do dolo**

A teoria anterior está abandonada devido às muitas críticas que recebeu e a teoria limitada do dolo, que quis ser um aperfeiçoamento, apresenta, como vimos, pouca divergência.

Mezger, em sua última fase, aderiu a esta concepção limitada do dolo e, pretendendo superar as falhas da teoria estrita do dolo, criou, como dissimos antes, a "culpabilidade pela condução de vida", para possibilitar a condenação do agente não por aquilo que ele faz mas por aquilo que ele é, contrariando o princípio do *nulum crimen sine culpa*, substituindo o direito penal do fato por um direito penal do autor de sérias e imprevisíveis consequências.

Voltando ao caso do criminoso habitual ou por tendência, que constitui um perigoso delinquentemente, é discutível que se possa aplicar-lhe o dolo normativo, e, portanto, a teoria normativa e a do dolo revelaram-se insuficientes, exatamente no criminoso mais necessitado da pena criminal.

Como vimos, a teoria limitada do dolo não diverge da teoria estrita a não ser em alguns pontos. Ela substitui o conhecimento atual da ilicitude pelo conhecimento potencial. Assim, age dolosamente não só quem comete o crime querendo, e sabendo que atua no terreno do ilícito, mas também aquele que, mesmo sem esse conhecimento, tem possibilidade de saber que o seu agir é algo proibido ou socialmente danoso.

Esta teoria exige a consciência da ilicitude material e não puramente formal. Entende-se por antijuridicidade material a conduta humana que fere um interesse social protegido pela norma, enquanto a antijuridicidade formal é o comportamento humano que viola a lei; em outras palavras, corresponde à tipicidade. Anibal Bruno diz que aquela antijuridicidade que se define como contrariedade a uma norma de Direito é a formal, e que a material exprime o caráter anti-social do fato punível. (17)

### TEORIAS DA CULPABILIDADE

Na Alemanha, as teorias do dolo foram superadas com a segunda lei de reforma, que introduziu nos §§ 16 e 17 do Código Penal Alemão o erro de tipo e o de proibição. (18)

Também o novo Código Português de 10-9-82 acolheu, nos artigos 16 e 17, o "erro sobre as circunstâncias do fato" e o "erro sobre a ilicitude".

A Nova Parte Geral do Código Penal regulamentou, nos artigos 20 e 21, o erro de tipo e de proibição, sob a denominação de "erro sobre elementos do tipo" e "erro sobre a ilicitude do fato" *in verbis*:

#### "Erro sobre elementos do tipo

Art. 20 O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mais permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

#### Descriminantes putativas

§ 1º. É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo."

#### "Erro sobre a ilicitude do fato

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.

(17) Direito Penal, ed. 1969, vol. 1, tomo I, pág. 342.

(18) Código Penal Alemão, José Bushatsky, editor, 1974, pag. 259/260

Art. 16 "Erro sobre circunstâncias de fato

o 1º Quem, ao executar crime, desconhece uma circunstância que integra a tipicidade legal, não age dolosamente. A punibilidade por culpa permanece intacta".

Art. 17 "Erro de proibição:

Na execução do ato, faltando ao agente a compreensão de cometer um ilícito, então age ele sem culpa se não pôde evitar o erro. Se pôde evitar o erro, então a pena pode ser atenuada de acordo com o art. 49, § 1º (critérios específicos fundamentos legais da atenuação)".

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.”

Como vimos anteriormente, ao expormos a evolução do conceito de culpabilidade, são duas as teorias da culpabilidade:

- teoria estrita ou extremada da culpabilidade
- teoria limitada da culpabilidade.

#### 1) Teoria estrita da culpabilidade

Esta teoria seguida por Welzel, Maurach, Armin Kaufmann e outros de uma redistribuição sistemática aos elementos estruturais do crime, e como vimos, apareceu na Alemanha com a teoria finalista da ação.

Ela separa do dolo a consciência da ilicitude, sendo o dolo-do-fato (vontade intencionalmente dirigida mais previsão do resultado) transferido da culpabilidade para o injusto, passando, então, necessariamente, a fazer parte do tipo legal. A consciência da ilicitude passa, então, a fazer parte da culpabilidade. Adota-se, porém, a potencial consciência da ilicitude ( age dolosamente não só quem comete o crime querendo e sabendo que atua no terreno do ilícito, mas também aquele que, mesmo sem esse conhecimento, tinha possibilidade de saber que o seu agir era algo proibido ou socialmente danoso).

O dolo do tipo não se confunde mais com o dolo normativo, isto é, o *dolus malus*, que, como vimos ao tratar da teoria do dolo, contém vontade, previsão e conhecimento de que realiza uma conduta ilícita (consciência da ilicitude).

Aqui na teoria extremada da culpabilidade o dolo do tipo contém apenas dois elementos: previsão e vontade. O elemento consciência da ilicitude deixa, pois, de integrar o dolo para fazer parte do juízo de censura de culpabilidade.

É o seguinte o quadro do dolo e da culpabilidade nesta teoria, como vimos na teoria normativa pura: (2)

#### Dolo do tipo

Vontade (intencionalidade - finalidade da ação) - elemento volitivo

Consciência (previsão do resultado) - elemento intelectual.

#### Culpabilidade.

Imputabilidade (pressuposto)

Consciência potencial da ilicitude

Possibilidade e exigibilidade, nas circunstâncias, de um agir-de outro-

modo

(2) Smetizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEUB — 1983 e in Princípios Básicos de Direito Penal Ob. cit., pág. 33

Juízo de censura ao autor por não ter exercido esse poder-agir-de-outro-modo quando podia.

Aqui nesta teoria o erro não é mais sempre excludente do dolo como na teoria do dolo, pois tudo depende do efeito que poderá produzir:

a) Erro de tipo, isto é, erro sobre elemento do tipo. Se nas circunstâncias anula o elemento intelectual do dolo, excluírá, certamente, este elemento.

b) Erro de proibição, isto é, erro sobre ilicitude do fato. Se anula apenas a consciência potencial da ilicitude, deixará intacto o dolo do tipo, mas excluírá a culpabilidade, pois a consciência da ilicitude faz parte dela.

Temos então, as seguintes consequências que estabelecem a distinção entre as teorias em estudo: (10)

a) Quanto ao erro, poderá ser de tipo ou de proibição. Se for erro de tipo, exclui o dolo sem afetar a culpabilidade. Se for erro de proibição, exclui a culpabilidade, se inevitável, deixando intacto o dolo com todos os seus elementos, mas anulando a possibilidade de aperfeiçoamento do crime. No erro de tipo, excludente do dolo, permanecendo intacta a culpabilidade, o agente pode ser condenado por crime culposo — por negligência, imperícia ou imprudência — se previsto em lei. Só não pode ser condenado obrigatoriamente por crime doloso. O erro de tipo, se comprovado, exclui o dolo, quer seja evitável ou inevitável, pois só se pode pensar em um erro de tipo evitável que não se evitou na hipótese de culpa, *stricto sensu*, que, de qualquer modo faz cair a figura dolosa, podendo também estar-se diante de um simulacro de erro, que é irrelevante para o Direito Penal. No erro de proibição inevitável, que exclui a culpabilidade — o erro de proibição evitável não exclui a culpabilidade, pois é passível de censura não há condenação possível, seja por dolo, seja por culpa, *stricto sensu*, pois não há crime sem culpabilidade. Excluída a culpabilidade, a absolvição se impõe, seja o fato doloso ou culposo, pois em ambos se exige a culpabilidade.

b) Quando o erro recaí sobre uma causa de justificação, esta teoria extremada da culpabilidade diz que tudo o erro que recaí sobre uma causa de justificação é erro de proibição, tornando impossível a condenação por fato culposo ou por excesso culposo, já que o erro de proibição inevitável exclui a culpabilidade. O erro de proibição evitável não impede a condenação por fato doloso, mas inviabiliza a condenação por fato culposo, por não ser pensável um fato simultaneamente doloso e culposo.

c) Na legítima defesa putativa, não é possível excluir a condenação por homicídio culposo, ao pálio desta teoria extremada da culpabilidade. O erro de

(10) Sintetizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do C.F.P.B. — 1983 e vi. Teoria do dolo e teorias da culpabilidade. Ob. cit., pág. 273.

proibição não exclui o dolo, mas pode, em certas circunstâncias, remover a culpabilidade. Se inevitável, excluirá a culpabilidade, e a sentença é absolutória. Se evitável, faz permanecer a responsabilidade do autor por fato doloso, permitindo a atenuação da pena. Em resumo, a consequência do erro de proibição inevitável é a absolvição. A consequência do erro de proibição evitável, mas que não se evitou, é a condenação atenuada por dolo. Se o crime é culposo, temos na legítima defesa putativa o seguinte: "Se o agente não evita, como pode e deveria, a prática do crime por negligência, imprudência ou imperícia, nesta hipótese o crime só pode ser culposo, jamais doloso, jamais dolo atenuado, por não ser pensável um fato único "culposo-doloso", que o Prof. Francisco de Assis Toledo chamava de "uma teratologia jurídica".<sup>(11)</sup> Se doloso, e o agente não evita como pode e deveria a prática do crime por dolo, o crime é um todo doloso, mas será discutível que devesse merecer, em tais circunstâncias, especial atenuação da pena.

O erro que no Código Penal vigente recai sobre uma causa de justificação está expressamente regulamentado no art. 17, cujo § 1º opta pela punição do fato culposo como "crime culposo" e não pela atenuação da pena de um dolo inexistente.

Conforme afirma o Prof. Francisco de Assis Toledo, é uma impossibilidade jurídica total, dentro do Código Penal, tratar a legítima defesa putativa culposa como crime doloso e puni-la como tal, de modo extremamente mais severo, "quando o erro deriva de culpa" (art. 17, § 1º).<sup>(12)</sup>

Alcides Munhoz Neto toma posição concluindo que nas discriminantes putativas o erro é sempre de proibição, pois trata-se de erro por não representação da ilicitude.<sup>(13)</sup>

Ainda consoante o mesmo autor, nas discriminantes putativas a ausência de dolo por não representação da tipicidade não pode ser afirmada. Este autor afirma que quem lesa corporalmente outrem, porque se supõe injustamente agredido por ele, tem representação da tipicidade de seu proceder, isto é, sabe que ofende a integridade corporal ou a saúde de outrem, supondo, porém, que sua atitude é lícita, pois a tem como amparada por uma causa legal de exclusão da ilicitude (legítima defesa). A eficácia do erro de fato nas discriminantes putativas só pode ser atribuída à ignorância da ilicitude.<sup>(14)</sup>

O mesmo autor afirma que como o conhecimento da ilicitude não integra o dolo, mas pertence à culpabilidade, segue-se que quem age na crença errônea de ver legítimo seu comportamento procede dolosamente, e que a circunstância de ser o erro vencível punido como crime culposo reflete apenas o critério de tratar

(11) Princípios básicos do direito penal. Cit. pág. 79.

(12) Teorias do dolo e teorias da culpabilidade. Ob. cit., pág. 274.

(13) A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. Cit., pág. 116.

(14) A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. Cit., pág. 112.

um comportamento doloso como de culposo fora, em decorrência da diminuição pessoal, não significando, com efeito, que, em tal hipótese, a falta de consciência da ilicitude exclua o dolo, deixando, se evitável, subsistente a culpa em sentido estrito.<sup>(1)</sup>

O Prof. Francisco de Assis Toledo retruca, dizendo que um crime doloso punido como se culposo fora seria um ente híbrido com poder de mutação, uma teratogenia, um monstro mitológico.<sup>(2)</sup>

A divergência entre os dois mestres é plenamente justificada, pois, como veremos ao estudo das discriminantes putativas, trata-se simplesmente de distinguir as teorias diferentes que ambos adotam, pois, enquanto o Prof. Munhoz adota a "teoria estrita ou extremada da culpabilidade", que foi superada na própria Alemanha, onde teve origem com Welzel e outros, o Prof. Toledo adota a "teoria limitada da culpabilidade", que é a predominante da jurisprudência alemã e que será estudada a seguir.

## 2) Teoria limitada da culpabilidade

Os fundamentos desta teoria limitada são os mesmos vistos na teoria extremada da culpabilidade, até o ponto em que tem início o tratamento dos efeitos jurídico-penais do erro de proibição (Maurach).

A solução para o problema do erro é dualista como na teoria estrita, isto é, distingue o erro de tipo do de proibição, pois ambas colmeiam o dolo no tipo e a consciência da ilicitude na culpabilidade.

No erro de tipo, a ignorância ou falso conhecimento por parte do agente é sobre circunstâncias fáticas ou normativas pertencentes ao tipo legal. O autor age sem dolo do fato, por desconhecer ou conhecer falsamente uma circunstância do tipo legal, seja de caráter fático (descritivo), seja de caráter normativo. O autor não unifica o conhecimento de todas as circunstâncias objetivas, descritivas ou normativas do tipo. Anula portanto o elemento intelectual do dolo, sendo um erro excludente do dolo, mas que permite a condenação por fato culposo, se previsto em lei.

Se, por exemplo, "A" desferiu um tiro no que supõe ser uma caça e acerta em "B", cometeu um erro de fato.<sup>(3)</sup> Percebeu um animal e não um ser humano. Feriu, portanto, erroneamente um ser humano, quando pretendia matar um animal, isto é, cometeu um erro sobre um elemento fático, descritivo do tipo.

Outro exemplo de erro de tipo: se "A" retira da mesa de "B" um chapéu, pensando que é seu, retirou coisa própria e não "coisa alheia", subtraiu

(1) A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. Rio. Forense, 1978, pág. 116.

(2) Principios básicos de Direito Penal. Cit., pág. 79.

(3) Exemplo retirado de Jeschek. Tratado de Direito Penal, Cit., pág. 912.

erroneamente coisa alheia móvel, por desconhecer o caráter alheio da coisa (elemento normativo).

No erro de proibição, a ignorância ou falso conhecimento por parte do agente recai sobre a ilicitude do fato. Trata-se de erro sobre a mesma. O autor age com pleno dolo do fato, isto é, há o dolo do tipo mas falta a consciência da ilicitude. Pensa erroneamente que o que pratica não é algo proibido. Se o erro de proibição é inevitável, exclui a culpabilidade, e se é evitável, permite a atenuação da pena do dolo.

Também até aqui a teoria extremada não apresenta divergências com a teoria limitada da culpabilidade, pois ambas apresentam o erro de tipo como causa de exclusão do dolo, admitindo, nesta hipótese, o crime culposos, e ambas apresentam o erro de proibição inevitável como causa de exclusão da culpabilidade, sem possibilidade de punição, neste caso, por crime culposos.

A divergência começa quando o erro recai sobre uma causa de justificação, isto é, as denominadas discriminantes putativas.

Para a teoria estrita da culpabilidade, como vimos, todo erro que recaia sobre uma causa de justificação é erro de proibição, pois trata-se de erro por não representação da ilicitude, e todo erro sobre a consciência da ilicitude é erro de proibição, o que torna evidentemente impossível a condenação por fato ou por excesso culposos, já que o erro de proibição inevitável exclui a culpabilidade, tornando-se inviável a condenação, quer por dolo quer por culpa. Quanto ao erro de proibição evitável, não impede a condenação por fato doloso, mas inviabiliza a condenação por fato culposos, por não ser pensável um fato simultaneamente doloso e culposos.

O exemplo a seguir poderá explicar melhor: "A", supondo-se ameaçado de morte por seu desafeto "B", que faz um gesto semelhante ao de sacar uma arma, age mais rapidamente e mata o suposto agressor. Depois, verifica-se que "B" estava desarmado e apenas tirava do bolso um lenço.

Para a teoria estrita da culpabilidade, "A", mesmo comprovado o erro, deverá ser condenado ou absolvido por homicídio, conforme a evitabilidade ou inevitabilidade do erro. Não há qualquer possibilidade de condenação de "A" por homicídio culposos. É uma teoria dura, severa, rígida, rigorosa.

Para a teoria limitada da culpabilidade, poderá ocorrer:

a) condenação de "A" por homicídio doloso, se propositadamente, se incorrer em verdadeiro erro (simulacro de erro), valeu-se da situação ensejada por "B" para liquidar o desafeto,

b) condenação de "A" por homicídio culposos, se incorreu em erro evitável, não se comportando com a prudência que, nas circunstâncias, lhe era razoavelmente exigível;

e) absolvição de "A", se ficar demonstrado que o seu erro era inevitável diante da dramatização de "B" ao fazer o gesto de sacar uma arma inexistente.

O erro que no Código Penal de 1940 recai sobre uma causa de justificação está expressamente regulado no art. 17, § 1º, que opta pela punição do fato culposo como "crime culposo". A única solução ajustável ao Direito brasileiro, no art. 17, § 1º, é a teoria limitada da culpabilidade, que oferece maiores opções, e não a teoria extremada, que, na hipótese de homicídio culposo comprovado, como no exemplo acima, coloca a Justiça Criminal diante do dilema de ter que, frente a um fato culposo, submeter o réu a uma severa condenação ou a uma injustificada absolvição por crime doloso.<sup>(18)</sup>

A Nova Parte Geral do Código Penal, inspirada na teoria limitada da culpabilidade, acolheu a orientação de que o erro sobre elementos constitutivos do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a condenação por fato culposo se previsto em lei, e que se aplica a disposição supra quando o agente, por erro plenamente justificado, comete o crime supondo "situação de fato" que, se existisse, tornaria a ação legítima (art. 20 e parágrafo único).

Esta orientação do Novo Código Penal encontra apoio entre os seguidores da "teoria dos elementos negativos do tipo".<sup>(19)</sup> Também Jescheck, no item que trata do erro sobre causas de justificação, adere à teoria limitada da culpabilidade.<sup>(20)</sup>

No Código Penal de 1940, o preceito do art. 17, 2ª parte, ("quem por erro plenamente justificado pelas circunstâncias supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima"), trata das determinantes putativas. E, junta-

(18) Sintetizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEUB — 1981 e in Teorias do dolo e teorias da culpabilidade. Ob. cit., pág. 275.

(19) Para a teoria dos elementos negativos do tipo, "o tipo há de abarcar não só as circunstâncias típicas do delicto, sendo também todas aquelas que afetam à antijuridicidade. Os pressupostos das causas de justificação entendem-se assim como elementos negativos do tipo. Loc. cit., p. 275, portanto, no tipo porque somente quando faltam é possível um juízo definitivo sobre a antijuridicidade do fato. Elementos de tipo e pressupostos das causas de justificação se unem, por esta via, em um tipo total, e se situam sistematicamente em um mesmo nível" (Jescheck, Tratado de Derecho Penal, cit. 1º vol., pág. 338).

(20) "A doutrina majoritária e um setor da Jurisprudência seguem uma via intermediária que conduz a um resultado idêntico ao proposto pela teoria dos elementos negativos do tipo, mas com fundamentação diversa (teoria limitada da culpabilidade). O erro evitável sobre os pressupostos de uma causa de justificação não se considera erro de tipo, aplicando-se, porém, ao mesmo o § 16 do Código Alemão, que trata de erro de tipo, por reputar-se decisiva a analogia de estrutura e respeito do próprio erro de tipo.

"A teoria correta é, pelo contrário, a que, com aceitação crescente, entende que o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação reconhecida unicamente pode subsumir-se no § 16 do mesmo Código Alemão, que trata do erro de tipo, quando à sua consequência jurídica, de modo que o autor, ainda que tenha realizado um delicto doloso, só pode ser condenado por imprudência" (Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Cit. pág. 635).

mente com o § 1º (“não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”), aplica-se ao erro *sui generis*, sobre o tipo de permissão que Jeschek chama de “erro de tipo permissivo” (41) excludente do dolo, que permite a punição a título de culpa *stricto sensu* e não ao erro de permissão excludente da censura de culpabilidade, denominada por Jeschek: “erro de proibição indireta” (42).

Como veremos ao tratar das discriminantes putativas, em que o erro recai sobre uma causa de justificação, estas discriminantes irrealis não se limitam às hipóteses de exclusão do dolo previstas no art. 17, 2ª parte, acima citado, mas podem constituir causas supralegais de exclusão da censura de culpabilidade, conforme a escusabilidade ou não dessa forma básica de erro.

Assim, temos que o erro sobre uma causa de justificação pode recair sobre

a) os pressupostos fáticos dessa mesma causa de justificação, conforme vimos no art. 17, 2ª parte, quando diz: “supõe situação de fato”;

b) os limites ou a própria existência da causa de justificação (“supõe estar autorizado”).

Em conclusão temos que as denominadas “discriminantes putativas” encontram melhor tratamento dentro da “teoria limitada da culpabilidade”, va-

---

(41) “Um erro *sui generis*, em que o autor cre erroneamente que convertem aquelas circunstancias que, de darse, justificariam o fato (erro sobre o tipo de permissão)”.  
É o erro sobre circunstancias que, de converrer, darian lugar a uma causa de justificação reconhecida (erro de tipo permissivo). Trata-se de um erro *sui generis* situado entre o erro de tipo e o erro de proibição indireto. A analogia com o erro de tipo radica em sua estrutura: também o erro de tipo pertu sobre refere-se aos elementos (numerativos e descritivos) de uma proposição jurídica.

A semelhança com o erro de proibição indireto reside em sua consequência: o conhecimento do tipo não resulta afetado e a função de chamada de atenção pode, assim, desempenhar-se plenamente. O erro determina somente que o autor creu que a norma proibitiva retratada excepcionalmente ante uma proposição permissiva” (Tratado de Derecho Penal. Ob. cit., pág. 633 e 634).

(42) “O erro sobre causas de justificação”.

Também constitui erro de proibição a suposição errônea de uma causa de justificação, se o autor errou sobre a existência ou os limites da proposição permissiva (erro de permissão). Em tal caso, o autor não desconhece o predicado de desvalor que implica o tipo, senão que errou sobre a intervenção de uma proposição permissiva, mas em ambos os casos concorre o dolo típico e o erro se refere a juízo sobre o estar proibido do fato. Chamamos a este segundo erro de proibição indireto, porque o autor não cre aqui que o fato seja lícito sem mais. Senão que desconhece a antijuridicidade no caso concreto mediante o rodeio que supõe erroneamente uma proposição permissiva.

Distinguem-se dois casos de erro de proibição indireto:

a) o autor supõe erroneamente a existência de uma causa de justificação não admitida pela ordem jurídica (erro sobre a existência);

b) o autor desconhece os limites jurídicos de uma causa de justificação admitida (erro sobre os limites)” (Tratado de Derecho Penal. Ob. cit., pág. 632 e 633).

riando o resultado de excluir o dolo mas permitindo a punição do fato como crime culpável, se previsto em lei, ou excluindo a culpabilidade (43) conforme configurarem, em concreto, o erro semelhante ao de tipo ou o erro de proibição, submetendo-se aos requisitos já apresentados para a escusabilidade ou não de cada uma dessas formas básicas do erro.

### DISTINÇÃO ENTRE ERRO DE DIREITO E DE PROIBIÇÃO

Autores brasileiros, desavisadamente, não fazem distinção entre erro de direito, como dispõe o Código Penal, e erro de proibição, de que trata a teoria normativa da culpabilidade. Também, alguns autores pátrios procuram acidentalmente estabelecer a correspondência entre erro de fato e erro de tipo.

A Lei nº 7.209 de 11-7-84 modificadora da Parte Geral do Código Penal abandona as expressões "erro de direito" e "erro de fato" do Código Penal de 1940 e acolhe as duas formas básicas de erro, construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (art. 20) e erro sobre a ilicitude do fato (art. 21).

Não se trata porém de simples substituição da rubrica "erro de fato" por "erro sobre elementos do tipo", e "erro de direito" pela expressão "erro sobre a ilicitude do fato", pois é um equívoco equiparar o "erro de proibição" ao "erro de direito" e o "erro de tipo" ao "erro de fato", como se o erro de fato passasse a denominar-se erro de tipo, e o erro de direito passasse a ser chamado erro de proibição.

Em face das novas concepções introduzidas no código alemão, que no § 16 define o erro sobre circunstâncias de fato, e, no § 17, o erro de proibição, e no código português, coincidentemente nos arts. 16 e 17, o retorno à terminologia do Código de 1940, relativamente ao tema do "erro" (erro de fato = erro de direito), seria um despropósito, num Projeto que se propõe a adotar em todo curso o princípio do *nullem crimen sine culpa*, e que diz ter abolido todos os resquícios da responsabilidade sem culpa.

Como veremos a seguir, o erro de tipo abrange situações que eram classificadas ora como erro de fato, ora como erro de direito, e o erro de proibição abarca uma série de situações que antes eram classificadas como erro de direito, e inclui situações novas.

Outro equívoco é a confusão que certos autores brasileiros fazem entre erro de proibição e ignorância da lei.

(43) Esta é a noção da Exposição de Motivos do Ministro Ibrahim Abi-Attef, que, em seu nº 19, assim se pronuncia: "repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominações das "determinantes punitivas". Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos factuais de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como o Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (art. 17, § 1º)". (O texto do projeto de reforma do Código Penal nº 1.636/83 Parte Geral, Mensagem nº 241/81 está publicada na coletânea de Reforma Penal — Departamento de Imprensa Nacional — Ministério da Justiça).

A expressão "o desconhecimento da lei é inescusável", introduzida no art. 21 do Novo Código Penal, corresponde à pura "ignorância da lei" no art. 16 do Código Penal de 1940, e portanto é inescusável, não isentando de pena.

É certo que a doutrina do erro acolhida pelo Novo Código Penal distingue a pura "ignorância da lei" de "erro sobre a ilicitude do fato". Lei é a norma escrita editada pelos órgãos competentes do Estado, enquanto ilicitude do fato é a correlação de contrariedade entre este fato e a totalidade do ordenamento jurídico.

O erro sobre a ilicitude do fato inevitável é escusável. Portanto, o que é escusável, na doutrina do erro, não é a ignorância da lei, mas a eventual e inevitável ignorância sobre o estar proibido.

No parágrafo único do art. 21, o Novo Código Penal definiu a inevitabilidade do erro em função da "consciência potencial da ilicitude". O erro é considerado evitável se o agente atuou ou se omitiu sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Quanto às descriminantes putativas, o Novo Código Penal admite a forma culposa, em sintonia com a denominada "teoria limitada da culpabilidade", que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de um causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Não há, portanto, isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo, repletando a figura culposa do art. 17, § 1º do Código de 1940.

### **DISTINÇÃO ENTRE ERRO DE FATO E ERRO DE TIPO (\*)**

Não há correspondência entre erro de tipo e erro de fato da teoria tradicional, pois nesta teoria, se o erro é sobre direito extrapenal, é erro de fato, mas se é sobre direito penal, é erro de direito, e portanto um erro sobre elemento normativo, seja um conceito jurídico, seja um conceito antijurídico ou franca referência ao injusto (vide diferença entre erro de tipo e erro de proibição), nem sempre é erro de fato. (\*\*)

O erro de tipo abrange o erro sobre qualquer elemento constitutivo do tipo, pouco importando que sejam elementos fáticos ou jurídico-normativos.

144) Basileu Garcia afirma, sem rodeios, que a assertiva de que o erro de direito (antiga denominação) não excusa prende-se ao erro de direito penal. Assim, se o agente ignorar que a apropriação indébita é crime, isto é irrelevante.

Considera ainda o referido mestre que o erro sobre o direito extra-penal, isto é, a norma integrada por outras normas das áreas das penas, tais como civil, comercial, administrativa etc., constitui erro de fato (antiga denominação). Se o agente, em virtude de erro ou entendimento de uma relação jurídica, conserva como sua a coisa alheia, incide em erro de direito extrapenal, equivalente ao erro de fato, e não poderá ser condenado por apropriação indébita (Instituições de Direito Penal, Cit. pág. 276).

(\*) O erro de tipo está deslocado, pois não constitui causa de exclusão de culpabilidade mas sim excludente da tipicidade da conduta em face da inexistência do dolo.

O erro de tipo abrange, portanto, situações que antes eram classificadas ora como erro de fato, ora como erro de direito.

A velha e superada dicotomia romana, erro de fato erro de direito, que só tinha por objeto o fato ou a lei, extraía efeitos jurídicos opostos, isto é, a escusabilidade do erro de fato e a inescusabilidade do erro de direito, quando o certo é dizer que na nova distinção entre tipo e ilicitude, conectada com a correspondente entre erro de tipo e de proibição, ambas podem ou não ser escusáveis, como veremos ao estudar o erro de tipo e o de proibição.

### DISTINÇÃO ENTRE ERRO DE TIPO E DE PROIBIÇÃO

O erro de tipo tem por objeto elementos ou circunstâncias integrantes do tipo (fáticos ou jurídico-normativos), enquanto o erro de proibição recai sobre a ilicitude do fato.

A distinção tradicional entre erro de fato e erro de direito é impraticável, pois a dicotomia romana tem por objeto o fato ou a lei.

No lugar da falsa e superada oposição romana entre o fático e o jurídico, coloca-se o decisivo contraste na antítese tipo legal-ilicitude.

O que importa, pois, é distinguir entre os casos de erro de tipo e de proibição, que não coincide com a dicotomia tradicional erro de fato-erro de direito.

#### *a) Erro de tipo ou "erro sobre elementa do tipo"*

Abrange o erro sobre qualquer elemento ou circunstância constitutivos do tipo legal, seja de fato ou de direito, recaindo, portanto, sobre os elementos integrantes fáticos ou jurídico-normativos.

---

Parte da doutrina entende, portanto, que o erro de direito extra penal não constitui erro de direito (talvez denominação), e sim tem efeitos semelhantes ao erro de fato (talvez denominação), que exclui a tipicidade. Em contraposição, há o erro de direito penal, aquele que recai sobre uma norma específica do mesmo, que não exclui a tipicidade.

Quanto à distinção entre erro de direito penal e erro de direito extrapenal, afirma Welzel que o erro sobre uma circunstância de fato do tipo complementar é um erro de tipo, o erro sobre a norma complementar (a disposição punitiva) é um erro de proibição. Mas é, se o erro recai sobre o fato constitutivo de matéria extrapenal, trata-se de erro de tipo (art. 17, caput, 1ª parte), excluente do direito, em consequência, da tipicidade de fato, se a má interpretação versar sobre a norma extrapenal, houver erro de direito, irrelevante para o nosso CP.

A exposição de motivos não faz diferença entre as duas formas de erro de direito penal e extra penal, posto que, quando uma norma penal tem um nódulo e integrada por outras normas, distintas das penais, como lei civil, comercial, administrativa (complementos), estas disposições não podem ser consideradas extrapenais, uma vez que com as normas penais formam uma unidade, integram um todo. Assim, imprecisas de cunho penal, o erro sobre estas normas constitui erro de direito, sem efeito de exclusão de culpabilidade, pois o erro a seu respeito é um irrelevante *error juris in materia*.

Foi Alexander Graf zu Dohna (41) quem, pela primeira vez, em 1923, anotou na descrição dos tipos legais, a par de fatos objetivos, elementos normativos.

Assim, portanto, qualquer erro sobre elemento constitutivo do tipo, seja descritivo (elementos objetivos: "matar alguém", "ofender a integridade corporal de alguém", "subtrair coisa"), seja normativo (conceito jurídico: noção de "documento", qualidade de "funcionário", de "função pública", "casamento" no civil, extrajudicial: "mulher honesta", "dignidade", "decoro", "saúde", "moléstia"); juízo de valoração: "meio insidioso ou cruel; ou franca referência ao injusto: "indevidamente", "sem justa causa", "sem as formalidades legais"), é considerado erro de tipo.

Erro de tipo essencial é o que versa sobre elemento constitutivo do tipo, de tal forma que o crime não se verifica, se não for o erro.

No crime de furto do art. 155, CP, dois elementos constitutivos do tipo são a "coisa" e a circunstância de ser "alheia". O elemento "ser coisa" é meramente descritivo, é objetivo, não fazendo referência à ibcitude ou à culpabilidade. O elemento "ser alheia" envolve o conceito de propriedade ("coisa alheia", móvel), constituindo um elemento normativo. Quem se apodera de coisa alheia móvel, pensando ser um chapéu que lhe pertença, comete erro de tipo essencial, pois erra sobre o caráter alheio da coisa, que constitui erro sobre elemento do tipo, sem o qual o crime deixa de existir. O agente não cometeria, portanto, subtração alguma, se o objeto realmente lhe pertencesse. O erro, nessa hipótese, sendo essencial, é sempre excusável, pois só há a forma dolosa de furto, não sendo prevista em lei a forma culposa.

Erro de tipo accidental, ao contrário, é o que incide sobre circunstâncias acessórias ou aspecto secundário ao tipo, de modo que o crime se verificará, mesmo sem o erro e com erro modificar-se-á apenas na sua concreta manifestação. Vale dizer que sem as circunstâncias estranhas ao tipo o crime não deixa de existir.

Se o agente detona sua arma de fogo contra alguém, na certeza de se tratar de um perigoso inimigo e mata outra pessoa, está procedendo com erro accidental, que não altera substancialmente o fato, não lhe elimina a criminalidade. O fato de ser o inimigo ou outra pessoa diz respeito a circunstância secundária da infração, pouco importando sua natureza, pertence, integra-se à figura deliturosa do homicídio.

Se alguém subtrai objeto de Antônio, supondo ser de Bráulio, está procedendo com erro accidental, posto que se refere a aspecto secundário da infração. O mesmo se diga de alguém que furta farinha, imaginando ser açúcar.

---

(41) *La extracción de la teoría del delito*. Buenos Aires, A. Perrot, 1958.

No Código Penal de 1940, o erro de tipo essencial está regulado no art. 17, **ab initio**, e seu § 1º, com a denominação de erro de fato.

Diz o Código de 1940 que é isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui (art. 17, 1ª parte). O agente supõe, de modo plenamente escusável, a inexistência de circunstância de fato que o constitui, isto é, ignora a existência da circunstância de fato que integra o tipo.

O § 1º do art. 17 do Código de 1940 disciplina o erro culposo, isto é, o erro evitável ou vencível que não se evitou devido à atitude culposa do agente. Nessa hipótese, de qualquer forma, exclui-se o dolo, exurgindo a culpa, se prevista em lei. A Lei nº 7.209/84 modificadora da Parte Geral do Código adotou esta orientação, que se aplica igualmente ao Código vigente.

### **b) Erro de proibição ou "erro sobre a ilicitude do fato"**

É o erro sobre o estar proibido. O agente supõe que está autorizado a praticar o fato.

Como vimos na distinção do erro de direito, o de proibição abarca uma série de situações, que antes eram classificadas como erro de direito, e inclui situações novas.

O erro de proibição pode ser escusável (inevitável, invencível) quando se tratar de autêntica ignorância da ilicitude do fato, e inescusável (evitável, vencível), quando realmente constituir uma espécie de *ignorantia legis*.

O erro de proibição só é escusável quando é inevitável, isto é, quando a falta de consciência da ilicitude for inevitável. (14)

Como exemplos de erro de proibição escusável temos:

1. Erro de proibição direto, quando o agente, por erro inevitável, realiza uma conduta proibida ou por desconhecer os valores que fundamentam, no terreno conceitual e normativo, a norma vigente, ou por não compreender seu verdadeiro âmbito de incidência.

2. Erro de proibição indireto, quando o agente erra sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação, supondo que está autorizado por uma

146) O Prof. Francisco de Assis Toledo traça o seguinte quadro contendo os critérios de exatidão de e, portanto, para a inescusabilidade ou inatenuabilidade do erro de proibição: "1º) exclui-se o erro de proibição relevante quando o agente atua com uma "consciência profana" (o injusto: 2º) é e a não excluído quando o agente: a) atua sem essa consciência, apesar de lhe ter sido fácil, nas circunstâncias (sem o próprio esforço de inteligência e com os conhecimentos usuais da vida comunitária de seu próprio meio), atingir tal consciência profana; b) atuar sem essa consciência ignorando *affirmata* do direito canônico; por ter, na dúvida, de todo proposto *infirmitate* de informar-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; c) atuar sem essa consciência ignorando *materialis* do direito canônico) por não ter procurado informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas" (O erro... Ob. Cit., pág. 97).

infringiu permissiva a praticar o fato que sabe em princípio proibido, como veremos no estudo das discriminantes putativas.

3. Erro de proibição, quando o agente tem o dever jurídico de impedir o resultado e omite a ação que lhe é determinada, porque, encontrando-se na posição de garante, supõe por erro escusável (inevitável) não estar obrigado a agir para obstar o resultado.

A espécie de erro de proibição direto recai sobre a norma proibitiva.

Norma proibitiva é a que impõe um dever de omissão, de abstenção de certos atos, como por exemplo: não matar, não causar lesão corporal, não furtar.

Se a ação proibida a título de furto é subtrair, isto é, um fazer "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel", o preceito, que é a ação oposta a subtrair, é não subtrair, isto é, um não fazer.

O erro de proibição direto não é *ignorantia legis*, isto é, não incide sobre a lei penal, mas é aquele que conduz por equívoco à realização de uma conduta concreta que implique contrariedade a uma norma de proibição e se ajuste a um modelo típico penal.

Há casos especiais em que o conhecimento na norma pode, inevitavelmente, faltar, na consciência do agente, e também quanto ao erro, alguns casos especiais são considerados aptos a afastar a "suspeita de um agir com o conhecimento da proibição".

Assim acontece no erro de proibição direto que ocorre quando o agente, sem possibilidade de evitar, de inibir a conduta, infringe a norma proibitiva, ou por desconhecê-la ou por conhecê-la mal, ou por não compreender seu verdadeiro âmbito de incidência.

No crime de bigamia, descrito no art. 235 do CP de 40, se "A" erra sobre a natureza de seu matrimônio anterior, supondo-o inválido, e casa-se pela segunda vez, antes do divórcio ou da anulação do casamento, incorre em erro de proibição, não podendo ser imputado de bigamia (47). Agiu com falta de consciência da ilicitude, e o crime de bigamia não se aperfeiçoa diante da exclusão, pelo erro, da culpabilidade pelo ato. Não se trata de um erro de fato por equiparação (a antiga doutrina equiparava o erro de direito extrapenal ao erro de fato).

A espécie de erro de proibição indireto recai sobre norma permissiva.

As normas permissivas correspondem os "tipos de conduta lícita", dentre os quais situam-se os "tipos permissivos", que dão origem às causas de justificação.

Se o erro recai sobre a situação de fato ("supõe situação de fato") de uma causa de justificação, isto é, sobre pressupostos objetivos, deve ser tratado, se

[47] Exemplo tomado de Francisco de Assis Toledo. O erro... cit., pág. 104.

excusável, como "erro de tipo permissivo" (48) excludente do dolo, não se afastando a hipótese da culpa *stricto sensu* no excesso culposo.

Se recai sobre a própria existência ou sobre os exatos limites da causa de justificação, mesmo que não haja qualquer equívoco sobre os pressupostos fáticos da mesma ("situação de fato"), o erro deve ser tratado como de proibição indireto, que, se evitável (inescusável), aperfeiçoa-se o crime doloso, mas, se inevitável (excusável), exclui-se a culpabilidade.

Com isso, a legítima defesa putativa será examinada

1. Como erro de tipo, quando recai sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação.

2. Como erro de proibição, quando recai sobre os seus limites normativos.

A espécie erro de mandamento recai sobre norma preceptiva (49).

Norma preceptiva é a que impõe um dever de ação, ao contrário da norma proibitiva, que impõe um dever de abstenção de certos atos.

Se o preceito é um fazer, como no art. 135, do CP/40, "prestar assistência", em que encontramos o crime de omissão de socorro, a ação proibida é um não fazer, isto é, "deixar de prestar socorro", e portanto uma omissão.

Quem pratica o fato supondo, com uma valorização "na esfera do profano", não estar obrigado a praticar a conduta ordenada pela norma, age com falta de consciência da ilicitude, ocorrendo o erro de proibição, denominado erro de mandamento.

Nos crimes comissivos por omissão, o agente situa-se na "posição de garantidor", incumbindo-lhe o dever de evitar o resultado típico penal. Se o erro incide sobre a existência da norma preceptiva, isto é, sobre a existência do dever de impedir o resultado, ocorre o erro de mandamento.

Garantidor é a pessoa que tem o dever jurídico de impedir o resultado. O Código de 1940 não define quando existe este especial dever. A Exposição de Motivos é igualmente omissa.

O Novo Código Penal, no art. 13, § 2º, cuida dos destinatários em concreto, das normas preceptivas, subordinados à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas (Exposição de Motivos do Ministro Ibrahim Abi-Ackel, nº 13).

148) Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Cit. rég. 633/634.

149) "Ocorre um erro de mandamento nos delitos de omissão quando o autor erra sobre seu dever de atuar; desconhece a norma preceptiva da qual se segue a antijuricidade material de sua inatividade." Jescheck, ob. cit. pag. 811.

Se o tutor deixa de socorrer o pupilo que se afoga pensando não estar obrigado a arriscar sua própria vida para salvá-lo, ocorre um inequívoco erro de proibição. (50)

Espécies de erro de proibição inescusável:

1. O erro que recai sobre a vigência ou eficácia de uma lei que constitui uma espécie de *ignorantia legis*, inescusável(51); aqui é válido o princípio *ignorantia legis neminem excusat*, legislado, como vimos, no art. 16, CP e no art. 3º, LICC. É lógico que diz respeito ao fundamento da validade e eficácia da lei. É uma questão de pura obrigatoriedade abstrata (vigência) da lei. Quem é ignorante da lei não se exime da pena, caso tenha atuado culpavelmente.

Quanto ao erro de eficácia, o agente julga que a legitimidade do preceito legal contraria um costume de categoria superior, ou norma constitucional.

2. A forma de *ignorantia legis* se identifica como erro que recai sobre a punibilidade do fato — inescusável. O agente sabe que faz algo proibido, ou devia e podia sabê-lo, mas supõe inexistir pena criminal para a conduta que realizou.(52)

3. A forma de *ignorantia legis* identifica-se com o erro que recai sobre a submissão do fato à hipótese legal — inescusável. O agente conhece a previsão legal, o fato típico, mas por erro de compreensão, supõe que a conduta realizada não coincide, não se ajusta ao tipo delitivo, à hipótese legal.(53)

### DESCRIMINANTES PUTATIVAS

Descriminantes putativas são tradicionalmente causas de exclusão da culpabilidade, que ocorrem quando situações configuradoras de *causas de justificação* — legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito por erro — existem apenas na imaginação do agente.

São, portanto, discriminações irrealis, ao contrário das causas de justificação do art. 19 do Código Penal de 1940.

Como exemplo de discriminação putativa temos a denominação legítima defesa putativa, em que "A", supondo-se ameaçado de morte pelo seu inimigo, que faz um gesto de sacar uma arma, age mais rapidamente e mata seu suposto

(50) "Erro sobre o dever de evitar o resultado". Exemplo tomado de Francisco de Assis Toledo, O erro... cit., pág. 65.

(51) Erro de vigência e erro de eficácia. Toledo, *in* O erro... Ob. cit., pág. 101.

(52) Erro de punibilidade. Refere-se à consequência jurídica do fato. É irrelevante. Jescheck, Ob. cit., pág. 472.

(53) Jescheck, Ob. cit., pág. 400. Erro de submissão ("de nada serviu ao ladrão de galinhas alegar que não considera "coisas" os animais vivos"). "O autor desconhece o conteúdo objetivo de um elemento do tipo, por ter esta sobre seu significado jurídico-penal". Pág. 421.

agressor, tudo não passando de um lamentável engano por parte de "A", pois a agressão só existia na imaginação deste.

Não se pode cogitar, no exemplo supra, de uma verdadeira legítima defesa, pois a agressão era inexistente, podendo configurar:

- a) um erro escusável, excludente da culpabilidade; ou
- b) um erro derivado de culpa, caracterizador do crime culposo.

O art. 17, *in fine*, do CP de 40, declara ser "isento de pena... quem por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima", e, no parágrafo 1º do mesmo artigo, temos que "não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo".

Enquanto o art. 17, 1ª parte, trata de erro de tipo (... quem comete o crime por erro quanto ao fato...), o preceito do art. 17, 2ª parte, completado pela norma do parágrafo 1º, acima citados, aplica-se ao erro de tipo permissivo, uma das hipóteses das discriminantes putativas, excludente do dolo, que permite a punição a título de culpa mas não se aplica ao erro de proibição indireta excludente da culpabilidade.

O Novo Código Penal adotou esta orientação *in verbis*:

"Erro sobre elementos do tipo. Art. 20: o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por fato culposo, se prevista em lei."

Discriminantes putativas. "§ 1º: é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo."

Esta posição é adotada pela teoria limitada da culpabilidade, que é dominante na jurisprudência dos tribunais da Alemanha, berço da teoria finalista de Wetzel, que seguia a teoria estrita da culpabilidade.

Nas discriminantes putativas, o erro que recai sobre uma causa de justificação pode ser:

- a) sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação ("supor situação de fato"), excludente do dolo e exurgindo a culpa;
- b) sobre os limites ou a própria existência da causa de justificação ("supor estar autorizado"), excludente da censura de culpabilidade.

O art. 17 *in fine* e § 1º do Código Penal de 40 só cuidam da primeira hipótese: "supor situação de fato". Um exemplo desta discriminante putativa é o do agente que, supondo-se na iminência de ser agredido por seu inimigo (que apenas tirava do bolso um lenço), alveja-o e o mata.

Neste exemplo o erro recai sobre os pressupostos fáticos da legítima defesa. isto é, sobre os requisitos da legítima defesa, o que vale dizer, sobre seus pressupostos objetivos. O agente supõe, em consequência de um erro inevitável (invencível), achar-se em face de uma agressão iminente ou atual e injusta.

Uma situação como a legítima defesa, configuradora de causa de justificação do art. 19, II e 21 do CP de 40, pode, quando existir apenas na imaginação do agente, transformar-se em causa de exclusão do dolo, caso esteja dentro dos limites da reação que seria necessária contra a suposta agressão.

Se o agente é induzido à mesma suposição por erro inescusável (superável, vencível) exsurge a culpa, isto é, será punível a título de culpa *stricto sensu* pelo evento lesivo, que pode ser a lesão corporal ou o homicídio culposo (figuras previstas em lei).

O art. 17, *in fine* do CP de 40 ("supõe situação de fato") não esgota as hipóteses das discriminantes putativas.<sup>(34)</sup> O erro que recai sobre uma causa de justificação pode fazê-lo não sobre os pressupostos fáticos, mas sobre os limites ou a própria existência da causa de justificação ("supor estar autorizado")

Um exemplo desta segunda hipótese é o do oficial das Forças Armadas, tido como valente, sério e respeitável que, numa festa, defende-se de um tapa no rosto, supondo estar autorizado a desferir um tiro no tórax do agressor, em legítima defesa, excedendo-se sobre os limites da necessidade. <sup>(35)</sup>

Neste exemplo não há qualquer equívoco do agente sobre a "situação de fato", incidindo o seu erro somente sobre os limites da causa de justificação — legítima defesa. A agressão é atual e injusta, apenas não há ponderação nem proporcionalidade, isto é, não foram usados os "meios necessários" moderadamente. Um oficial das Forças Armadas não se convence de que pode levar um tapa no rosto sem repulsa, agindo erradamente sobre os exatos limites da norma. O erro foi o agente "supor estar autorizado".

Trata-se, no referido exemplo, de erro de proibição indireto, isto é, sobre os limites normativos da causa de justificação que, se inevitável (escusável), não se aperfeiçoa o crime doloso, excluindo-se a culpabilidade.

As duas hipóteses citadas, portanto, não se confundem, ou seja, "supor situação de fato" é erro de tipo e "supor estar autorizado" é erro de proibição, sendo que o art. 17, 2ª parte e o § 1º do CP de 40 só cuidam do erro de tipo, isto é, "supor situação de fato"

Como o Novo Código Penal propõe-se adotar em todo o seu curso o princípio do *nullum crimen sine culpa*, não será possível, na lacuna da lei, concluir-se na hipótese acima referida simplesmente por uma responsabilidade

(34) Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos*... Cit. pág. 76.

(35) Exemplo tirado e adaptado de Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEUR, 1983.

objetiva do agente, mas deve ser tratado, dentro da "teoria limitada da culpabilidade", como erro de proibição, uma causa extralegal de exclusão da culpabilidade, se escusável.

Heleno Cláudio Fragoso considera como situação básica de erro de proibição a do agente que supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima, constituindo discriminantes putativas (156)

O saudoso Alcides Munhoz Neto achava que o erro nas discriminantes putativas é sempre erro de proibição no direito penal brasileiro.(157)

Damásio de Jesus segue a mesma linha, posto que adota a teoria "estrita" da culpabilidade, afirmando que as discriminantes putativas integram-se no erro de proibição.(158)

A teoria "estrita" da culpabilidade, seguida pelos autores acima citados, que é também adotada por Welzel, Maurach e outros, foi repelida na própria Alemanha, onde teve origem, cuja teoria predominante na jurisprudência é a "limitada" da culpabilidade.

Francisco de Assis Toledo diz ser uma teratogenia "um crime doloso punido como se culposo fora"(159), ao criticar a posição assumida por Alcides Munhoz Neto que, tentando explicar que no direito penal brasileiro o erro nas discriminantes putativas é sempre erro de proibição, afirma *in verbis*: "Em conclusão, no direito penal brasileiro cabe afirmar que o erro nas discriminantes putativas é erro de proibição. Como o conhecimento da antijuridicidade não integra o dolo, mas pertence à culpabilidade, segue-se que quem age na errônea crença de ser legítima o seu comportamento procede dolosamente. Porém, sendo o erro de fato e inevitável, não é culpado por ausência de censura pessoal e tem isenção de pena, legalmente estabelecida. A circunstância de ser o erro vencível punido como crime culposo não colide com a afirmação acima. Esta forma de punição não significa, com efeito, que, em tal hipótese, a falta de consciência da antijuridicidade exclua o dolo, deixando, se evitável, subsistente a culpa em sentido estrito. Reflete apenas o critério de tratar um comportamento doloso como se culposo fora em decorrência da diminuição da censurabilidade pessoal..."(160)

Tanto a teoria estrita da culpabilidade quanto a limitada adotam os princípios da teoria finalista e da normativa pura da culpabilidade, no sentido de separar a consciência da ilicitude do dolo, que fica apenas com a vontade intencionalmente dirigida ao resultado e mais a previsão do mesmo resultado, isto é,

(156) Lições de Direito Penal - Parte geral, 1976, Boshutzky, pág. 221

(157) A ignorância da antijuridicidade - Forense, 1975, Rio, pag. 112

(158) Direito Penal - 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978, pág. 439.

(159) Princípios básicos - Ed. Saraiva, 1962, pág. 79

(160) A ignorância da antijuridicidade - Cit., pág. 116.

o dolo é transferido da culpabilidade para o injusto, passando então a fazer parte necessária do tipo legal: dolo-do-tipo. A consciência da ilicitude passa a fazer parte da culpabilidade (é um pressuposto necessário do juízo de censurabilidade). Não é preciso a consciência atual da ilicitude, basta a potencial (mesmo não tendo o agente conhecimento da infração, tinha a possibilidade de saber que n. seu agir era algo proibido ou socialmente danoso).

Não há, portanto, divergência entre a teoria extremada e a limitada da culpabilidade quanto à situação do dolo no tipo e à consciência da ilicitude na culpabilidade.

Quanto ao erro de tipo e ao de proibição, ambas as teorias aceitam que o erro de tipo exclui sempre o dolo, quer seja evitável ou inevitável, e o erro de proibição exclui a culpabilidade somente quando inevitável, não havendo neste caso possibilidade de punição por crime culposo.

O erro de tipo sempre exclui o dolo porque visa o elemento intelectual, a previsão. Permite porém a condenação por crime culposo, se prevista em lei, porque, estando o dolo no tipo e não mais na culpabilidade, a exclusão daquele deixa esta intacta, podendo aperfeiçoar-se a culpabilidade por crime culposo.

O que o erro de proibição exclui, quando inevitável, é a culpabilidade, pois anula a consciência da ilicitude, que está situada naquela. Não havendo crime sem culpabilidade, o erro de proibição impede a condenação, seja por dolo, seja por culpa. Se o erro for evitável, atenua a pena, mas a condenação se impõe.

Por tanto, a divergência entre a teoria extremada ou estrita e a teoria limitada da culpabilidade é quanto aos efeitos jurídicos do erro que recai sobre uma causa de justificação, isto é, as discriminantes putativas.

Para a teoria estrita da culpabilidade, esse erro será sempre de proibição, o que torna impossível a condenação por fato culposo ou por excesso culposo, já que o erro de proibição inevitável exclui a culpabilidade, tornando inviável a condenação por dolo ou culpa. Já o erro de proibição evitável não impede a condenação por fato doloso, mas a inviabiliza, por não ser pensável um fato simultaneamente doloso e culposo.

Para explicar, porém, a existência de condenações por homicídio culposo na legítima defesa putativa, a doutrina estrita explica que o erro de proibição não exclui o dolo, mas pode, em certas circunstâncias, remover a culpabilidade. Se inevitável, a consequência é a absolvição, pois excluirá a culpabilidade. Se evitável, mas que não se evitou, a consequência é a condenação atenuada por dolo.

O Prof. Francisco de Assis Toledo acha que o agente que, em certas hipóteses de legítima defesa putativa, não evita, como poderia e deveria, a prática do crime, por negligência, imperícia ou imprudência, somente pode cometer crime

culposo, jamais com dolo atenuado, por não ser pensável um fato único "culposo-doloso", que ele classifica como "verdadeiro monstro mitológico"

Sustenta o referido mestre que no erro que recai sobre uma causa de justificação regulado no art. 17 do CP de 1940, que no parágrafo primeiro opta pela punição do fato culposo "como crime culposo", não se pode tratar a legítima defesa putativa culposa como crime doloso e puni-la como tal, de modo extremamente mais severo, "quando o erro deriva de culpa".<sup>(61)</sup>

A divergência, portanto, entre a teoria estrita e a limitada da culpabilidade está no tratamento do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação. Para a primeira teoria, erro de proibição, para a segunda, erro de tipo permissivo, que produz os mesmos efeitos do erro sobre elemento do tipo, <sup>(62)</sup> ensejando, portanto, o aparecimento da modalidade culposa.

Para a teoria limitada, como vimos, há que distinguir duas espécies de erro que recaem sobre causas de justificação:

- a) o que recai sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação.
- b) o que recai sobre a existência ou os limites da causa de justificação.

No primeiro caso, ocorre um erro de tipo permissivo, que tem o mesmo efeito do erro de tipo. isto é, exclui o dolo, mas permite a punição do fato como crime culposo, se previsto em lei.

No segundo caso, ocorre o erro de proibição, com exclusão da culpabilidade, se inevitável, ou atenuação da pena, se evitável <sup>(63)</sup>

161) Principios Básicos - Cit., pág. 39

162) Johannes Weßels afirma que na teoria limitada da culpabilidade "o erro sobre os pressupostos típicos de uma causa de justificação reconhecida não suprime o dolo do tipo, mas sim, em analogia ao § 16. II do Código Alemão sobre a errônea suposição de circunstâncias justificantes do fato) (só) a culpabilidade dolosa e a pena de dolo, equiparando-se assim, se em suas consequências jurídicas ao genuíno "erro de tipo". O erro de tipo permissivo evitável é um erro que o autor não seja punido por cometimento doloso do fato, mas sim pelo cometimento negligente onde houver à disposição um tipo de negligência correspondente" (Direito Penal - Cit. cit., pág. 114)

163) Johannes Weßels faz a distinção entre erro de tipo permissivo e o simples erro de permissão "Designa-se por erro de tipo permissivo o erro sobre os pressupostos típicos de uma causa de justificação reconhecida. Ele ocorre quando o autor tem erroneamente por existentes circunstâncias que, no caso de sua existência real, justificariam o fato. A delimitação entre "erro sobre o tipo permissivo" e "erro de permissão" pode ser algumas vezes difícil, onde aparecer uma incomparabilidade. é de se supor, na dúvida, um erro de tipo permissivo. Na legítima defesa putativa, por exemplo, a afirmação de um erro de tipo permissivo não está limitada ao caso em que o autor erroneamente se sente agredido. De uma errônea suposição de circunstâncias justificantes do fato trata-se também, quando o autor julga falsamente a espécie ou a intensidade da agressão real ou suposta e em consequência defende-se mais intensamente do que o "necessário", ou quando o autor, em virtude das circunstâncias

### 3º CAPÍTULO: ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Segundo vimos no estudo da concepção da culpabilidade relacionada com a teoria ficcionista da ação, a culpabilidade possui os seguintes elementos, ao pálio da teoria normativa pura da culpabilidade:

- a) imputabilidade
- b) conhecimento da ilicitude
- c) exigibilidade da conduta.

Na expressão de Maurach "se diz que "a culpabilidade é uma censura", faz-se um juízo de valoração em relação ao delinquento. Em consequência, a culpabilidade deve ser um fenómeno normativo". (\*\*) Se a culpabilidade é um fenómeno normativo, o dolo não pode persistir como elemento da mesma, mas sim fora dela.

Graf zu Dohna fez a famosa distinção entre valoração do objeto e objeto da valoração. Por sua vez, Claus Roxin adota a distinção entre injusto e culpabilidade e aconselha distinguir entre o objeto da valoraçã, a valoração propriamente dita e a união do objeto com seu predicado de valor. (\*\*)

---

das concretas (isto é, não puramente abstratas), tem uma agressão adequada ao direito como "antijurídica". Com isto se mostra que o erro de tipo permissivo não é de nenhum modo idêntico ao "erro de fato", mas pode compreender, nos elementos normativos de justificação, também erros sobre a valoração".

"Um mero erro de permissão existirá quando o autor desconheça os limites jurídicos de uma causa de justificação reconhecida ou acredite na subsistência de uma causa de justificação reconhecida pela ordem jurídica (= erro de proibição indireto)

Assim, por exemplo, quando o agredido, em caso de legítima defesa pensa que poderia usar todo e qualquer meio de defesa ou continuar lesando o agressor também após o término definitivo da agressão. (Direito Penal, Ob. cit., págs. 103/105.)

(64) Maurach, *Derecho Penal*, Tradução de Juan Cárdena Roca, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, vol. 2º, pág. 14.

(65) A distinção entre injusto e culpabilidade é considerada com razão como uma das perspectivas materiais mais importantes que há conseguido elaborar nossa ciência do direito penal.

É neste último plano em considerar que a culpabilidade se distingue do injusto pela peculiar forma de valoração a que se submete a ação do autor. Se se quer falar com exatidão, será aconselhável distinguir entre o objeto da valoração (o "tipo da culpabilidade"), a valoração mesma (que na maioria dos casos com o nome de "reprovabilidade" e a união do objeto e de seu predicado de valor (a "culpabilidade" ou, mais exatamente, o "fato culpável"). Em sentido estrito, o objeto da reprovación pode-se limitar ao tipo da culpabilidade, isto é, as circunstâncias que sem pertencer ao injusto, são decisivas para a reprovabilidade (Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Tradução de Francisco Muñoz Conde, Editorial Neus SA, Madrid, 981, Págs. 57/58).

A culpabilidade é apenas censurabilidade, isto é, valoração, não podendo, portanto, estar misturada com o objeto da mesma valoração, que lhe é exterior, e onde situa-se o dolo. (66)

## IMPUTABILIDADE

Imputabilidade é a capacidade de culpabilidade. (67)

A capacidade de culpabilidade constitui, portanto, o primeiro dos elementos sobre os quais repousa o juízo de culpabilidade.

O conceito de capacidade de culpabilidade aponta, em primeiro lugar, a idade. Antes de alcançar a maturidade biológica refletida na idade, não pode o autor incorrer em responsabilidade jurídico-penal.

Dizia o Código Penal de 69, no texto do Decreto-lei nº 1.004/69, que o menor de 18 anos que, já tendo completado 16 anos, revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento, seria imputável.

Um jovem que, ao tempo do fato, não alcançasse os 18 anos, só incorreria em responsabilidade jurídico-penal se, por seu desenvolvimento moral e intelectual, gozasse de suficiente maturidade para compreender o injusto do fato e atuar conforme a este entendimento.

O Código Penal de 1940 estabelece como regra geral a responsabilidade criminal a partir dos 18 anos, que é o limite mínimo da imputabilidade penal (art. 23 do Cod. Penal de 1940).

A tendência da legislação comparada, juntamente com a recomendação do VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, é a fixação da menoridade penal aos 16 anos. A legislação germânica atual fixa esse limite em 14 anos.

Além da idade, a capacidade de culpabilidade relaciona-se com a saúde psico-mental do autor, pelo que deve negar-se a imputabilidade quando houver graves manifestações de diminuição da mesma.

Imputabilidade seria a capacidade *in abstracto* que tem uma pessoa de realizar determinado ato com pleno discernimento.

Nos termos do art. 22 do Código Penal de 1940, não é imputável quem, no momento do fato, não possuía a capacidade de entender o caráter ilícito da con-

---

[66] Maurich distingue o conceito complexo e o conceito valorativo da culpabilidade. As concepções científicas que situam o dolo na culpabilidade mantêm um conceito "complexo" (1913 § 19 que se unem o objeto da valoração e a valoração do objeto) da culpabilidade (Cth. vol. 2º pag. 21).

[67] Jescheck. *Op. cit.*, vol. 1º pag. 395.

data ou de determinar-se de acordo com este entendimento. Subentendem-se a inexistência de desenvolvimento e normalidade mentais e, ainda, ausência de inteligência e vontade.

Como se trata de causa excludente da culpabilidade, isto é, que nega a *pro-ri* (desde o início) a existência de um agente culpável, o Código emprega a expressão "é isento de pena".

O Código não possui, portanto, uma disposição que concebe a imputabilidade. O conceito de sujeito imputável é encontrado a *contra sensu*, como vimos no art. 22, que trata da imputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

A Lei nº 7.209/84 modificadora da Parte Geral do Código Penal Parte Geral, mantém como limite mínimo da imputabilidade penal os 18 anos (art. 27), enquanto que no seu art. 26 trata dos imputáveis, apenas diferenciando do Código vigente quanto ao *nomen juris*, que este denomina de irresponsáveis.

[Imputabilidade é, então, a capacidade intelectual (consciência, inteligência) e volitiva (atuação voluntária ou vontade). Distingue-se da consciência da ilicitude, que será abordada a seguir.

## IMPUTAÇÃO

Imputação é o ato ou efeito de atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. A quem tenha aptidão para realizar com pleno discernimento um ato, foi atribuída a responsabilidade de pela prática desse ato. O que era abstrato, a imputabilidade, passa a ser considerado, concretamente na imputação (\*\*).

A aptidão para realizar determinado ato subentende a coexistência de desenvolvimento e sanidade mental completos. Somente nestas condições poderá o homem ter capacidade de receber a atribuição do referido ato.

Esta imputação é chamada subjetiva, ou *imputatio juris*, que se distingue da imputação objetiva ou *imputatio facti* que, no Direito Penal, nem sempre corresponde com a causalidade, pois esta é às vezes meramente hipotética, como

---

(\*\*) Francisco de Assis Toledo distingue a imputabilidade "refere-se ao fato daquela referido diretamente ao agente. A primeira "é atribuição de atribubilidade. Imputatio é atribuição algo a alguém. Quando se diz que determinado fato é imputável a alguém, está-se atribuindo a essa pessoa ter sido a causa eficiente e voluntária desse mesmo fato. Mas ainda, está-se afirmando, por essa pessoa, no plano jurídico, responsável pelo fato e, conseqüentemente, passível de sofrer os efeitos decorrentes dessa responsabilidade, previstos pelo ordenamento vigente". A última expressão "significa aptidão para ser culpável. Quando se afirma que certa pessoa é imputável, está-se dizendo ser ela dotada de capacidade para ser agente penalmente responsável" (Princípios Básicos de Direito Penal, Ed. Saraiva, 1982, pág. 104).

nos delitos omissivos próprios, onde se afirma a imputabilidade apesar da ausência de reação de causalidade. (21)

(21) A teoria dominante no Brasil não distingue, todavia, com clareza, os problemas da causalidade e os da imputação objetiva, considerando que nos delitos materiais ou de resultado, a causalidade é suficiente e suficiente para si só para a realização do tipo.

Nos delitos materiais, para que se possa imputar ao autor o resultado como produto de sua ação, é necessária a que entre a ação e o resultado haja um nexo de causalidade.

O art. 13 do Projeto de 1963 não mantém a definição de causa como fez o Código Penal vigente no seu art. 13 *in fine*. Entretanto, pôs em relevo a ação e a emissão como as duas formas básicas da condonatamente humana.

Valias teorias evoluíram, buscando explicar a relação de causalidade, sendo ainda discrepantes as teorias.

No Brasil, o Código vigente adotou a teoria da *causa sine qua non*, ou da equivalência dos antecedentes, em que todas as condições do resultado se consideram equivalentes. No caso em que várias ações constituam condições do resultado, serão todas elas causas, posto que não é possível distinguir entre causalidade juridico-penalmente relevante e irrelevante no seio do conceito de causa. É o chamado *regressus ad infinitum*.

Para evitar que de causa em causa se remonte ao infinito, há as seguintes correções à teoria da condição:

- a) pela teoria da imputação objetiva;
- b) pelos elementos da ação do correspondente tipo;
- c) pela exigência de dolo ou de culpa, isto é, não vai além do elemento subjetivo.

A teoria da adequação foi fundada por um médico, o fisiologista de Erlange Johannes von Meck, com a finalidade de evitar os resultados injustos do aplicação da teoria da condição nos crimes qualificadas pelo resultado.

A teoria da adequação requer que o resultado causado pelo autor seja um certo ponto provável no realizar-se a ação para que esta possa contemplar-se como causa do resultado. Trata-se de probabilidade próxima.

O fundamento material da teoria da adequação reside na falta de que só a reação de um tipo juridicamente desaprovado pode corresponder ao sentido da norma proibitiva e de que só são imputáveis aqueles resultados em que dito tipo se haja realizado.

No caso de um homem ilíquo que recebe um soco no nariz e se vê a sair-lhe devido a uma menina hemorrágica aguda, pela teoria da condição *causa sine qua non* seria considerado por homicídio.

No exemplo acima, mesmo que se recorresse ao dolo ou a culpa para limitar a responsabilidade jurídico-penal, ainda assim tratar-se-ia de um problema referente à imputação objetiva.

Somente a crítica da teoria da causalidade adequada poderia ser a dizer que, por isso no exemplo é causa adequada e produção do resultado.

E quando é que se diz que a ação é adequada? Quando é penalmente relevante para determinar o efeito. É um juízo de probabilidade.

## MODIFICADORES DA IMPUTABILIDADE

Flaminio Fávero considera como modificadores da capacidade de imputação os seguintes:<sup>(73)</sup>

### I — Biológicos

1. Normais:
  - a) raça
  - b) idade
  - c) sexo
2. Acidentais:
  - a) temperamento
  - b) sono
  - c) emoção intensa
  - d) agonia
  - e) surdo-mudez
  - f) cegueira
  - g) alcoolismo
  - h) toxicomanias
3. Patológicos:
  - a) constituições psicopáticas
  - b) psicopatias
  - c) psicoses

### II — Mesológicos

1. Meteorologia
2. Civilização
3. Associação

1.1.a) Quanto à raça, pode-se admiti-la como promotora de uma modificação da imputabilidade, como pode acontecer na ignorância ou na errada compreensão da lei penal, quando escusáveis, na hipótese de transmigração de elementos de um agrupamento dado para o convívio com os de outro grupo com regras culturais e sociais diversas.

1.1.b) No que diz respeito à idade, somente após os 18 anos poderão os agentes de crime ser processados criminalmente com a atenuante para os menores de 21 anos e maiores de 70 anos.

1.1.c) O sexo é um modificador da responsabilidade penal, como acontece com a puérpera que mata o próprio filho ou abandona o recém-nascido, como a gestante que provoca o aborto em si mesma, ou consente que outro o pratique. Estados especiais da fisiologia da mulher, tais como puberdade, menopausa, catamênio, gestação, parto, puerpério e lactação, podem alterar a psi-

(73) Medicina Legal, Ob. cit. 2º volume, p.46/453.

quismo, podendo redundar em verdadeiras perturbações da saúde, modificando a responsabilidade penal

1.2.a) O temperamento, embora não constitua, em si, um modificador da imputabilidade, dará um tom individual da nossa reatividade do ponto de vista afetivo-ativo, e, somente quando o temperamento descair para o predomínio sobre a peia das conveniências sociais, da moral, da religião em que a consciência e a inteligência facultam é que será considerado um modificador da imputabilidade, passando, neste caso, ao terreno das constituições psicopáticas e das psicopatias.

1.2.b) O sono normal não é um modificador da imputabilidade. Só excepcionalmente é que pode ele assumir algum papel restritivo, quando passa para o campo da patologia, como no sonambulismo e no hipnotismo, sendo esses estados um sintoma de uma perturbação mental ou de um comprometimento maior ou menor da sanidade mental.

1.2.c) Estados emotivos, tais como emoções, afetos e paixões, são o ponto de união entre os modificadores normais e anormais do livre arbitrio. Embora não excluindo a responsabilidade penal, os estados emocionais atenuam-na, conforme a sua violência, justa causa e nexu concorde entre ambas.

1.2.d) Os estados agônicos referem-se mais à capacidade civil do que à penal. Pode porém a agonia modificar a imputabilidade, eis que altera o discernimento.

1.2.e) A surdo-mudez e a afasia devem ser consideradas como modificadoras da imputabilidade. Se não recebeu educação, é equ parado o surdo-mudo ao idota ou imbecil, e, mesmo reeducado, pode ter imputabilidade restrita. Quanto à afasia, depende da causa, da co-participação de modificações do psiquismo, do grau de lesão nervosa central concomitante e do grau de educação anterior à afasia.

1.2.f) A egleira somente modifica a imputabilidade se acompanhada de outra lesão como surdo-mudez, transtorno mental etc.

1.2.g) O alcoolismo não exclui a responsabilidade penal quando a embriaguez é voluntária ou culposa. Se o alcoolismo é crônico e produz uma psicose tóxica, passa a ser um modificador psiquiátrico da responsabilidade penal, incluído entre as doenças mentais. Os ébrios habituais são perigosos presumidos.

1.2.h) As toxicomanias repercutem sobre a imputabilidade, reduzindo-a ou suspendendo-a. A embriaguez voluntária ou culposa por substância de efeitos análogos aos do álcool não excluem a responsabilidade. São presumidos perigosos os condenados por crime cometido em estado de embriaguez por substâncias de efeitos análogos ao do álcool, se habitual a embriaguez.

1.3.a) As constituições psicopáticas são, no dizer de Flaminio Pavero, "intirpugas mentais ou fragilidades psíquicas que se caracterizam por um con-

junto de tendências inatas ao indivíduo, pelas quais ele reage a seu modo ao meio social". (11) Elas não saem do terreno da normalidade, pois constituem, do ponto de vista mental, um equivalente do temperamento esquizotímico, ciclofímico, exotímico etc. Não excluem a responsabilidade penal, pois, para todos os efeitos, são indivíduos mentalmente sãos e desenvolvidos. (12)

13 b) Quanto às personalidades psicopáticas, caracterizam-se os indivíduos chamados fronteiriços ou semi-alienados, certas formas de psicopatias sexuais (homossexualismo, perversões da libido, masoquismo, sadismo, onanismo, exibicionismo, narcisismo, fetichismo, frigidez sexual, necrofilia, satiríase, ninfomania, lesbianismo, safismo), de toxicomanias, psicastenia, formas frustradas de epilepsia etc.

Esses psicopatas ocupam a zona limítrofe entre a doença mental e a normalidade psíquica, não tendo a plenitude intelectual ou volitiva. Embora tenham compreensão da criminalidade de seus atos, não têm contudo a necessária capacidade de inibição ou autodeterminação. O CP qualifica como perturbação mental, sendo necessário que o crime surja diretamente, pela própria modificação do caráter psicopático do agente. (13)

[11] J. Alves Garcia diz que "em toda ciência em via de formação é inevitável a terminologia. Enquanto para alguns autores a constituição exprime a totalidade dos atributos do indivíduo, para os biólogos encenava ela especial atenção a sua face morfológica, estrutural, seja esta microscópica ou química (Psicopatologia forense, ob. cit., pág. 136). A constituição mental anormal é identificada com o conceito de psicopatia e esta ter a mesma sua raiz na constituição (C. Ferraz, Psiquiatria clínica e forense, UFTET, Torino, 1959, vol. I, pág. 1018).

[12] Kretschmer classifica os temperamentos em duas categorias fundamentais: ciclofímicos e esquizotímicos. Essa classificação se refere a temperamentos normais. Segundo o mesmo autor, destes dois tipos psicológicos fundamentais, ciclofímicos e esquizotímicos, derivam, respectivamente, através de formas de passagem do ciclofísmo e do esquizofísmo, a psicose maníaco-depressiva e a esquizofrenia.

O ciclofísmo e o esquizofísmo, para os opositores de Kretschmer representariam uma acentuação, respectivamente, do temperamento ciclofímico e do temperamento esquizotímico acentuada que constitua já um desvio da normalidade, uma anomalia de caráter.

Ainda segundo Kretschmer, aos diversos temperamentos corresponderia, do ponto de vista somático, constituições diversas. Os ciclofímicos seriam, no aspecto somático, plênicos, enquanto que em relação aos esquizotímicos prevaleceria as formas somáticas que correspondem aos tipos dos leptosômicos, astênicos, aféticos e displásicos.

O referido autor esquematizou os temperamentos de acordo com a estrutura corporal e somatizou suas manifestações no estado normal, fronteiriço e nas formas mórbidas, insistindo em que existe apenas a maneira de reagir de cada tipo físico de que a presença é a forma extrema e patológica.

[13] Há que distinguir entre psicopata e psicótico. Aquele é portador de personalidade psicopática e este é portador de uma doença mental. Os portadores de personalidade psicopática não são, a rigor, doentes mentais. Os psicóticos equivalem aos "alienados mentais". As ideias modernas sobre o assunto consideram doença mental como toda e qualquer perturbação da saúde mental, estando portanto englobadas neste conceito as personalidades psicopáticas. As expressões "doença de todos os gêneros" do art. 5º do Código Civil e "alienação mental" do art. 178 do Estatuto da Função Pública, no sentido de psicóticos (dos psiquiatras) ou doentes mentais (dos penitenciários) são interpretadas e ultrapassadas em psiquiatria clínica.

Condição	Temperamento	
	Normal Frontal	
Pícnica	Ciclotímico	Psicose maniaco-depressiva
Leprosômico	Esquimótico	Esquizofrenia
Íctica	Esquizóide	
Atética	Várzea ou Epiléptico	Formas catatônicas da esquizofrenia epiléptica
	Íctico	

As neuroses constituem grupo mórbido, cujos distúrbios psíquicos, emocionais e psicossomáticos resultam da tentativa que faz a pessoa para revelar seus conflitos íntimos ou para dominar uma situação vital ou existencial estressante. Relativamente ao problema da responsabilidade penal das acções, são imputáveis, pois agem como pessoas normais, à exceção dos estados erupcivos histéricos, que escapam à inibição da personalidade do agente.

1.3.c) As psicoses constituem grupos mórbidos que resultam da convergência de fatores endógenos e exógenos, que surgem em período etário determinado do indivíduo, que tendem a desorganizar a personalidade e que podem evoluir para a cura, cronicidade ou morte. O Código Penal adota a expressão "doença mental". Dentre as doenças mentais, o Serviço Nacional de Doenças Mentais (SNDM) inscreve as psicoses por infecções e infestações, as devidas a sífilis, exotóxicas, endotóxicas, por lesões cerebrais, oligofrenias, epilepsias, esquizofrenias, psicoses maniaco-depressivas, psicopatias mistas e associadas e psicoses psicogênicas.

O Código Penal adota a expressão "desenvolvimento mental incompleto ou retardado", no seu art. 22, significando o desenvolvimento mental incompleto, aquele que ainda não se concluiu, como no caso dos adolescentes, infâmes, silvícolas, enquanto o desenvolvimento retardado é o que não pode chegar à maturidade psíquica, como no caso dos oligofrênicos com suas variedades de imbecis, idiotas e débeis mentais, sejam de natureza congênita, sejam consequentes a causas patológicas que atuaram nos primeiros anos de vida, antes que se desse a evolução das faculdades mentais. Os surdos-mudos que, no momento da prática do fato, por causa de desenvolvimento mental retardado, não têm capacidade de compreensão ou autodeterminação, são imputáveis. Se, porém, em consequência da anomalia, possuírem diminuída a capacidade intelectual e volitiva, tratar-se-á de semi-responsabilidade, aplicando-se o disposto no art. 22, parágrafo único, do C.P./40, respondendo pelo crime com a pena diminuída

Se, entretanto, mesmo portadores de desenvolvimento mental retardado, no momento do crime têm capacidade intelectual e autodeterminação, devem ser considerados imputáveis e responder pelo crime sem atenuação. (14)

Os oligofrênicos apresentam vários graus de retardamento: idiota (no seu grau de maior insolvência intelectual), imbecil (quando é profundo o atraso mental) e o débil mental (no estado mais próximo da normalidade mental). (15)

Os menores de 18 anos e os silvícolas, como vimos, enquadram no desenvolvimento mental incompleto, sem precisar o Código referir-se a eles, pois por interpretação extensiva estão sob tal rubrica.

Portanto, as expressões "doença mental" e "perturbação da saúde mental", usadas no art. 22 do Código de 1940, não se identificam. É certo que toda doença mental constitui perturbação da saúde mental, mas nem toda perturbação da saúde mental constitui doença mental. No caso do parágrafo único do art. 22, CP/40, ingressam as doenças mentais que não retiram do sujeito a capacidade intelectual ou volitiva, mas a diminuem, e outras anormalidades psíquicas que, diminuindo o entendimento e a vontade, não constituem doenças mentais.

Em face de doença mental, portanto, podem ocorrer duas hipóteses.

**a)** em decorrência dela o agente é inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; aplica-se o caput do art. 22 do CP/40;

**b)** por causa da doença mental, o agente não possui a plena capacidade de entendimento ou de determinação; aplica-se o parágrafo único do art. 22 do Código Penal de 1940.

11.1) Quanto aos modificadores mesológicos, temos que as influências meteorológicas dificilmente conseguem afetar o fôlego da vida anímica do indivíduo a ponto de alterar a imputabilidade.

11.2) A civilização pode ser um fator que modifique a imputabilidade, pois ela é realmente criminogênica.

11.3) Quanto à associação, é sabido que a psicologia das multidões limita e modifica a imputabilidade, e daí a atenuante no crime praticado sob a influência da multidão em tumulto.

---

14) As expressões "doença mental", "desenvolvimento mental retardado" e "perturbação da saúde mental", empregadas no art. 22 do Código Penal, correspondem à psicose, oligofrenia e personalidade psíquica dos psiquiatras.

15) O idiota tem um QI que costuma ser atual) abaixo de 25 e a evolução mental corresponde à de uma criança de 3 anos. O imbecil tem um QI entre 25 e 50 e uma evolução mental entre 3 e 7 anos. O débil mental tem um QI entre 50 e 90 e uma evolução mental entre 7 e 12 anos.

## CAUSAS DE EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE

A imputabilidade é a incapacidade para apreciar o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

O art. 22 do CP/40 diz que não é imputável o agente que, no momento do fato, em consequência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía a capacidade de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A capacidade de entender o caráter criminoso do fato não significa a exigência de o agente ter consciência de que sua conduta se encontra descrita em lei como infração. Note-se que a norma do art. 22 do CP/40 não fala que o sujeito não compreendeu o caráter ilícito do fato, pois se o fizesse estaria determinando uma apreciação concreta e psicológica. Trata-se, assim, de um puro juízo de valor a respeito da capacidade de culpabilidade que se distingue da consciência da ilicitude.

Se a imputabilidade é a capacidade de entender e de querer, pois, de acordo com a Exposição de Motivos do CP de 40, "continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade", pode a imputabilidade estar ausente porque o indivíduo, por questão de idade (menoridade de 18 anos), não alcançou determinado grau de desenvolvimento físico ou psíquico, ou porque existe em concreto uma circunstância que a exclui. Todo indivíduo é imputável, salvo quando existe uma causa de exclusão da imputabilidade.

São causas que excluem a imputabilidade e por consequência a culpabilidade:

- a) doença mental
- b) desenvolvimento mental incompleto
- c) desenvolvimento mental retardado
- d) embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.<sup>(76)</sup>

É insuficiente que o agente seja portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto (salvo o caso da menoridade, que constitui causa de exclusão da imputabilidade abrangida pela expressão "desenvolvimento mental incompleto") ou retardado, ou que pratique o fato em estado de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. É necessário que, em decorrência dessas deficiências, não tenha a capacidade de entender e de querer. A

---

(76) A embriaguez completa por vício em álcool ou substância de efeitos análogos é incluída entre as doenças mentais, afastando, portanto, *a priori*, a existência de um agente culpável e, consequentemente, causa excludente da imputabilidade.

presença da causa (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior) e do efeito (incapacidade de entender e de querer) é que faz surgir a imputabilidade, posto que o CP adotou o critério biopsicológico sobre as causas de imputabilidade, que toma em consideração a causa e o efeito<sup>(17)</sup>.

Dentre os estados de anormalia psíquica, que excluem a imputabilidade, o Código Penal de 1940 não previu, como fazia o Código de 1890, a grave perturbação da consciência. Como vimos, para que se reconheça a imputabilidade, não basta a presença de certos estados mentais anormais, é necessário que da anomalia resulte a incapacidade de entender a ilicitude ou de se determinar de acordo com tal entendimento, isto é, que deles resulte completa incapacidade de entendimento da ilicitude ou de autodeterminação, não sendo necessário os dois resultados.

a) A expressão "doença mental" inclui as psicoses e aquelas neurroses que dificilmente conduzem à completa incapacidade de entendimento ou de autodeterminação.

A doença mental deve ser constatada através de perícia psiquiátrica, através do incidente de insanidade mental, sempre que houver dúvida sobre a sanidade mental do acusado.

b) O desenvolvimento mental incompleto ou retardado, como vimos, compreende os oligofrênicos (idiotas, imbecis, débéis mentais) que apresentam anomalias do desenvolvimento mental.

Deve ser constatado também, através de perícia psiquiátrica, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

c) A embriaguez completa e fortuita também exclui a imputabilidade, tanto causada pelo álcool quanto por substância de efeitos análogos, desde que dela resulte a incapacidade de entendimento. Somente a embriaguez plena e acidental (art. 24, § 1º do CP/40).

(17) São três os sistemas que no Direito Penal moderno buscam explicar a imputabilidade:

a) sistema biológico: condiciona a capacidade de culpa moral à saúde mental, à normalidade do mente, se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado imputável, sem necessidade de anterior investigação psicológica. É o método dos psiquiatras, de quem dependem os juizes;

b) sistema psicológico: não indaga se há uma perturbação mental pré-tida, decora a imputabilidade se, ao tempo do crime, estava aliado ao agente, seja qual for a causa, a resultada de apreciar a possibilidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com este entendimento (momento volitivo);

c) método biopsicológico: é a reunião dos dois primeiros, a imputabilidade só é excluída se o agente, em razão da enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação. É o sistema adotado no Código vigente (Esp. de Matos e Pyla, p. 14).

A embriaguez voluntária ou culposa, nos termos do art. 24 do Código Penal de 1940, não exclui a imputabilidade.

Nos casos em que o agente embriagou-se voluntariamente, com o fim premeditado de cometer o crime e naqueles casos em que mesmo sem o fim de cometer crime, embriagou-se voluntariamente mas preveniu que podia vir a cometer-lo e assumindo o risco do resultado, é pacífico o entendimento de que se resolvem pelo princípio da ação livre em sua causa (*actio libera in causa*).

A Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, no seu art. 19, considera isento de pena o agente que em razão da dependência ou sob efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior era, ao tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. A imputabilidade é atenuada quando reduz a capacidade (art. 19, parágrafo único do mesmo diploma legal).

Neste caso em que o indivíduo embriagou-se por caso fortuito ou força maior, em que não existe o menor vínculo de causalidade psicológica entre o ato de embriagar-se e o evento criminoso, onde não há intenção de se embriagar e não podendo prever os efeitos da liberação alcoólica ou drogas, deixa de haver a *actio libera in causa*.

A Nova Parte Geral do Código Penal, repete a relação do art. 22 do CP/40 com mais acerto, substituindo a palavra "crime" por "fato" (art. 26). No parágrafo único do art. 26 prevê o Novo Código a responsabilidade diminuída para o semi-imputável, podendo o juiz optar pela medida de segurança nos casos em que predominar o quadro mórbido. Permanecem os mesmos, e com o tratamento que lhes deu o Código de 1940 os preceitos sobre paixão, emoção e embriaguez (art. 28, I, II e §§ 1º e 2º).

## CONHECIMENTO DA ILICITUDE

O conhecimento da ilicitude constitui o segundo dos elementos do conceito de culpabilidade.

Pela teoria normativa pura da culpabilidade, a consciência da ilicitude do fato é um pressuposto da culpabilidade. Ela consiste na possibilidade de verificação, no momento da prática do fato de que o comportamento contraria o ordenamento jurídico.

O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena. Se porém o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência, considera-se evitável o erro e proibição, podendo ser diminuída a pena.

A Nova Parte Geral do Código Penal, conclui, no art. 21, a *contrario sensu*, que o conhecimento do injusto constitui um pressuposto do juízo de culpabili-

dade. O que o preceito regula é o erro de proibição, isto é, se falta ao autor a consciência da ilicitude, atua sem culpabilidade, se o desconhecimento do injusto lhe resulta inevitável, caso em que isenta de pena. Se o autor puder evitar o erro, a pena poderá ser atenuada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

A consciência do injusto como elemento da culpabilidade teve sua posição na estrutura do conceito de culpabilidade muito polemizada na Alemanha. Duas correntes avultaram, denominadas teoria do dolo e teoria da culpabilidade.

Para a teoria do dolo, que hoje é minoritária, a consciência do injusto constituiria, junto ao conhecer e querer, os elementos do tipo, precisamente o núcleo do dolo (*dolus malus*), de sorte que, faltando a consciência do injusto, nunca podia impor-se a pena por dolo.

A teoria da culpabilidade, que é a dominante, contempla a consciência da ilicitude como elemento autônomo da culpabilidade, com a consequência de que ainda faltando o conhecimento do injusto, pode achar-se justificada a pena pelo dolo, se o erro de proibição era evitável.

A Nova Parte Geral do Código Penal, Lei nº 7.209, de 11-7-84, acompanhando o direito atual, fez a distinção entre erro de tipo (art. 20) e erro de proibição (art. 21). A regulação do erro de proibição baseia-se na teoria da culpabilidade, inferindo-se isto do fato de que, segundo o art. 21, o erro de proibição evitável não afeta ao dolo e conduz unicamente à atenuação da pena.

O Novo Código Penal decidiu a questão, acolhendo expressamente a relevância do erro sobre a ilicitude do fato (art. 21.)

### CAUSAS DE EXCLUSÃO DA POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

- a) culpabilidade é composta de três elementos
- a) imputabilidade
- b) potencial consciência da ilicitude
- c) exigibilidade da conduta diversa.

Quando falta algum destes, a culpabilidade é excluída. As causas que excluem a culpabilidade são denominadas dirimentes, causas de isenção de pena ou de inculpabilidade.

O Supremo Tribunal alemão, em sua famosa decisão de 18 de março de 1952, considerou que para o conhecimento da ilicitude não se deve exigir o conhecimento por parte do agente, ao cometer o fato, que infringe uma norma, ou da punibilidade do comportamento. Basta que o agente possa conhecer, mediante algum esforço de consciência, o caráter injusto do seu atuar.

Welzel reelaborou o conceito de "consciência da ilicitude", ao introduzir um novo elemento: o dever de informar-se, pois não é possível exigir-se por par-

te do agente motivação pelo conhecimento da norma (requisito formal), ou pela anti-sociedade ou imoralidade da conduta ou lesão de um interesse (concepção material do injusto), ou, ainda, que atinja em sua consciência "na esfera do profano", com o esforço devido, o caráter injusto de sua ação, se se supõe que o mesmo agente não é jurista, se a conduta é totalmente neutra e se na sua consciência profana nunca esteve nem está a matéria do injusto. (78)

Como vimos, as teorias do dolo afirmam que a consciência da ilicitude é elemento do dolo, enquanto as teorias da culpabilidade dizem que é integrante da culpabilidade.

Para ambas as teorias, é difícil aceitar plenamente a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude, principalmente no que tange a questão de saber se deve ou não existir distinção entre "falta de consciência da ilicitude" e "ignorância da lei".

Ao tratar da distinção entre erro de direito e erro de proibição, falamos da confusão que se faz no Brasil entre as duas noções. Como veremos, falta de consciência da ilicitude não se confunde nem se identifica com os preceitos contidos no art. 16 do Código Penal vigente, que diz textualmente: "a ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena", nem com os do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, *in verbis*: "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

O Prof. Francisco de Assis Toledo dá um exemplo muito fácil, tomado da vida real, *in verbis*: "se tomarmos, de um lado, a totalidade das leis vigentes e, de outro, um fato da vida real, não será preciso muito esforço para perceber que a eventual ilicitude desse fato não está no fato em si, nem nas leis, mas entre ambos. Isto é, na mútua contrariedade que se estabelece entre o fato concreto, real, e do ordenamento jurídico no seu todo. Assim, podem-se conhecer perfeitamente as leis e não a ilicitude de um fato (legítima defesa putativa, para citar somente um exemplo fácil), o que bem revela a nítida distinção dos conceitos em exame". (79)

A Nova Parte Geral do Código Penal põe fim à confusão, colocando no *caput* do art. 21 a expressão inicial: "o desconhecimento da lei é inescusável".

178) O Prof. Francisco de Assis Toledo traça o seguinte quadro esquemático: "Não aproveita ao agente a falta de consciência da ilicitude quando  
a) tenta suicídio para etc., nas circunstâncias; b) tenta essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio;

c) propositalmente (ignorantia *affertata* dos romanos) recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida;

d) não procurar informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas." (Princípios básicos. Ob. cit., págs. 65 e 66.)

179) Elementos básicos de Direito Penal 4) b) c) pág. 61

definindo a seguir o erro sobre a ilicitude do fato, que constituirá então uma causa legal de exclusão da culpabilidade.

O Código Penal de 1940 não definiu o erro sobre a ilicitude do fato, de modo que na legislação brasileira vigente há que se reconhecer entre as causas "supralegais" de exclusão da culpabilidade, o erro de proibição, se inevitável.

Outro erro de proibição que também deve ser reconhecido na legislação brasileira vigente como causa "supralegal" de exclusão de culpabilidade é o configurado pelas discriminantes putativas, quando o erro incide sobre a norma permissiva e é inevitável.

A nova Parte Geral do Código Penal também não cuidou do erro de proibição indireto, isto é, sobre os limites normativos da causa de justificação, que dentro da "teoria limitada da culpabilidade, deve ser tratado como causa "supralegal", de exclusão da culpabilidade, se escusável."

O art. 17, 2ª parte do Código Penal de 1940, e art. 20, § 1º da Nova Parte Geral do Código Penal, aplicam-se ao erro de tipo permissivo, isto é, sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, excludentes do dolo pois produz os mesmos efeitos do erro de tipo, daí porque não incluímos o erro de tipo dentro as causas de exclusão da culpabilidade.

## EXIGIBILIDADE E CONDOTA DIVERSA

A exigibilidade de conduta diversa constitui o terceiro dos elementos do conceito de culpabilidade.

A culpabilidade pressupõe que o agente, ao praticar a ação, encontrava-se em circunstâncias que lhe permitiam uma conduta conforme ao direito. Assim, a censura de culpabilidade pode ser feita ao agente de um injusto típico penal se ele, ao praticar a ação punível, não agiu de outro modo, conformando-se ao precepto, quando tinha a possibilidade de evitar, nas circunstâncias, a conduta reputada criminosa.

Como veremos, ao tratar das causas de exclusão da exigibilidade de conduta diversa, chega-se à conclusão de que a culpabilidade é excluída naqueles casos em que o agente, no momento da ação ou omissão, não tinha a possibilidade, nas circunstâncias, de agir de outro modo, pois não lhe era exigível conduta diversa.

A inexigibilidade de outra conduta é, portanto, a *contra-sensu* causa de exclusão de culpabilidade, e quem não age culpavelmente não deve ser responsabilizado pelo fato.

O juízo de reprovação ao autor do fato compete ao juiz do processo, como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, que tem como pressuposto a exigibilidade de conduta conforme a norma.

## CAUSAS DE EXCLUSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Mesmo que o agente seja imputável e tenha cometido o fato com possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito, exige-se que nas circunstâncias do fato tenha tido possibilidade de praticar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A reprovação social (culpabilidade) da conduta surge somente quando, podendo o sujeito agir de acordo com a ordem jurídica, transgredir-a.

Em face de um fato criminoso, devemos observar as circunstâncias que o acompanham, que Frank chamou de concomitantes, posto que concorrem no cometimento de um fato e, não só podem atenuar a pena, como também excluir a culpabilidade.

Não pode haver juízo de reprovabilidade quando o agente executa o fato em face de circunstâncias relativamente anormais e a normalidade está ausente em caso de perigo (estado de necessidade).

Só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme o direito, pratica conduta diferente, que constitui o delito. Se, ao contrário, não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade.

A inexigibilidade de conduta diversa é causa de exclusão de culpabilidade, e ocorre nos seguintes casos previstos em lei:

- a) coação moral irresistível (arts. 18/CP/40 e 22 CP Novo).
- b) obediência hierárquica (arts. 16/CP/40 e 22 Código Novo).

Além das causas legais acima citadas, que estão expressamente previstas em lei, há toda um conjunto de circunstâncias que em concreto representa uma insuperável situação de inexigibilidade de conduta diversa, isto é, de conduta conforme o direito, que constituem as causas supra legais de exclusão de culpabilidade<sup>10</sup>):

- a) estado de necessidade exculpante (o caso da rãbua de salvação de Carneades — hipótese dos dois núzfragos — de vida contra vida);
- b) excesso de legítima defesa exculpante (excesso intensivo de legítima defesa, por confusão, medo ou susto);
- c) caso fortuito (imprevisibilidade do evento por parte do agente).

Sabido de todos, um comportamento só é culpável quando o agente capaz previu na quis o fato lesivo, mas se o processo psíquico de representação e vontade se tenha formado de modo anormal nos crimes dolosos, por causa de uma

<sup>10</sup> Sintetizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito da CEUB, 1985.

circunstância fática, admite-se que tal conduta já não possa considerar-se culpável. O mesmo deve ser considerado em favor do sujeito nos crimes culposos.

Sendo a inexigibilidade de conduta conforme ao direito um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, o qual compete ao juiz do processo e não ao próprio agente do crime, não há razão para se entender que a utilização do princípio da "não exigibilidade" deva ser restringida às hipóteses legais para evitar a excessiva impunidade dos crimes.

#### 4º CAPÍTULO: DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

A culpabilidade é a mais nítida característica do conceito de crime (Bockelman). A conduta típica e ilícita, que caracteriza o injusto, somente se aperfeiçoa, como crime, quando se lhe agrega a característica da culpabilidade. O crime portanto é um injusto culpável.

Como vimos ao tratar das teorias da culpabilidade, a idéia dominante na jurisprudência alemã e na maioria dos países ocidentais é a de culpabilidade como um juízo de censura que se faz ao agente pelo seu fato típico e ilícito, isto é, a culpabilidade do fato do agente, que recai sobre o comportamento humano que realiza um fato-crime.

A culpabilidade pressupõe a imputabilidade e se empõe dos seguintes elementos segundo a teoria dominante: consciência potencial da ilicitude e possibilidade, nas circunstâncias de um agir-de-outro-modo. O juízo de censura ao autor é por não ter exercido, quando podia, esse poder-agir-de-outro-modo.

Como nos tipos dolosos o dolo está no tipo e não na culpabilidade, quando a ação não for dolosa, o que se exclui é a própria existência do fato típico e não apenas a culpabilidade, e por isto não incluímos o erro de tipo dentre as causas excludentes de culpabilidade.

Levando em conta a teoria da culpabilidade tentaremos sistematizar as causas de exclusão da culpabilidade (\*) agrupando-as em duas hipóteses: as expressamente previstas em lei (causas legais) e as denominadas causas supralais, que o Prof. Luiz Vicente Cernichiaro define como excludentes de criminalidade, não expressas, porém componentes do mundo jurídico e que tornam uma conduta típica, sem censura do Direito (\*\*).

No rol das causas legais incluiremos de início aquelas que negam, *a priori*, a existência de um agente culpável, e ao depois as que anulam um dos elementos da culpabilidade.

(\*) Sistematizado pelo Prof. Francisco de Assis Toledo no Curso de Aperfeiçoamento e Especialização para Professores de Direito do CEUB, 1983.

(\*\*) Diccionario de Direito Penal (Ob. cit.), pág. 73.

A) CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE (expressamente previstas em lei).

a) Causas que afastam a censurabilidade do fato, operando num momento anterior ao do surgimento dos elementos da culpabilidade. Excluem da imputabilidade:

1. Doença mental e retardamento mental (art. 22 do Código Penal de 1940 e 26 do Novo Código Penal)

2. Embriaguez completa por vício em álcool ou substância entorpecente ou que provoque dependência física ou psíquica (art. 22 do Código Penal de 1940 e art. 26 do Novo Código Penal)

3. Menoridade (desenvolvimento mental incompleto) (art. 23 do Código Penal de 1940 e art. 27 da Nova Parte Geral do Código Penal).

b) Causas que afastam a censurabilidade do fato porque anulam um dos elementos essenciais da própria culpabilidade:

1. Inexigibilidade, nas circunstâncias, de conduta diversa

a) coação moral irresistível (arts. 18 do Código Penal de 1940 e 22 da Nova Parte Geral do Código Penal);

b) obediência hierárquica (arts. 18 do Código Penal de 1940 e 22 da Nova Parte Geral do Código Penal).

2. Embriaguez completa pelo álcool ou droga, decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 24, § 1º, Código Penal de 1940, art. 28, § 1º, do Novo Código Penal e art. 19 da Lei nº 6.368, de 21-10-76).

B) CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE (afastam a censurabilidade da conduta porque anulam um dos elementos da culpabilidade):

Situações incompatíveis com a existência de algum dos elementos essenciais da culpabilidade

1. Inexigibilidade, nas circunstâncias, de conduta diversa:

a) estado de necessidade exculpante (sacrifício de bem de igual ou maior valor);

b) excesso de legítima defesa exculpante (excesso intencional de legítima defesa, por confusão, medo ou susto);

c) caso fortuito (imprevisibilidade do evento).

2. Erro de proibição inevitável (exclusão da consciência potencial da ilicitude). (63)

(63) O erro de proibição não foi delimitado na legislação brasileira vigente; daí ser incluído como causa "supralegal" de exclusão da culpabilidade se inevitável (todavia na Nova Parte Geral do Código Penal há um erro de proibição no art. 21).

3. Descriptors putativos, quando configuram erro de proibição inevitável (erro de proibição indireto, que incide sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação). (35)

Em resumo, o meio mais seguro que se deverá utilizar para constatação final da culpabilidade do agente pelo injusto típico que lhe é imputado constitui-se em um procedimento duplo pelo qual, ao tempo em que se pesquisam os pressupostos e os elementos da culpabilidade, vai-se conferindo o resultado obtido mediante a verificação da possível ocorrência de alguma das denominadas "causas de exclusão da culpabilidade". (36)

Exsurgirá nítida e completa a imagem do crime se nesta dupla aferição:

■ a primeira pesquisa (sobre os pressupostos e os elementos da culpabilidade, imputabilidade, consciência potencial da ilicitude, exibibilidade de conduta diversa) for positiva quanto à culpabilidade; e

■ a segunda pesquisa (sobre aquelas situações incompatíveis com a existência de algum dos elementos essenciais da culpabilidade ou de seus pressupostos: doença e retardamento mentais; menoridade; embriaguez completa, por vício em álcool ou substância análoga que provoque dependência; inexigibilidade, nas circunstâncias, de outra conduta; estado de necessidade exculpante; embriaguez completa por álcool ou substância análoga, decorrente de caso fortuito ou força maior; coação moral irresistível; obediência hierárquica, erro de proibição inevitável; descriptors putativos, quando traduzirem erro de proibição inevitável, o excesso exculpante de legítima defesa, e o caso fortuito), for negativa quanto às causas de exclusão da culpabilidade.

### 5º CAPÍTULO: CULPABILIDADE E PERICULOSIDADE

Com os estudos de Marc Ancel sobre a periculosidade e tratamento do ponto de vista da defesa social, houve uma radical mudança no conceito de periculosidade. McCormick tem como tema central de seu trabalho o delinqüente normal e perigoso. (37)

(34) O erro de proibição que incide sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação não foi definido nem no Código Penal de 1940, nem na Nova Parte Geral do Código Penal, devendo em ambos os casos ser tratado como causa "superlegal" de exclusão de culpabilidade.

O erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, incluído no art. 17, 2ª parte, do Código de 1940 e no art. 20, § 1º, da Nova Parte Geral do Código Penal, segundo a teoria limitada da culpabilidade constitui erro de tipo permissivo. Isto é, com as mesmas efeitos do erro de tipo, e portanto excludente de culpa sem afetar a culpabilidade, e o que se exclui é a própria existência do fato típico, daí por que não incluímos estes casos de erro de tipo dentre as causas excludentes de culpabilidade.

(35) Franzoso de Assis Toledo, Princípios básicos, Ob. cit. págs. 120 e 121.

(36) Ob. cit. n.º 2, págs. 484/497.

O Código Penal de 1940 reconhece dois tipos de periculosidade: a real, que é declarada pelo juiz, e a presumida por lei, conforme os artigos 77 e 78, respectivamente.

O Novo Código Penal reformulou completamente os conceitos de periculosidade no que diz respeito à sua verificação, e extinguiu a medida de segurança para os imputáveis, não havendo mais a periculosidade presumida, devendo então toda periculosidade ser declarada pelo juiz.

### **INIMPUTABILIDADE E PERICULOSIDADE**

Dentre as consequências jurídicas da inimputabilidade, já vimos que é isento de pena quem pratica fato que a lei define como crime sendo inimputável.

Entretanto, nos termos do art. 78, I, do Código Penal de 40, presume-se a periculosidade do inimputável, devendo ser ele internado em manicômio judiciário pelo prazo de 6, 3 ou 2 anos, conforme a duração da pena criminal, respectivamente 12, 8 ou 1 ano, no mínimo, e internado pelo prazo de um ano nos outros casos (art. 91).

A Nova Parte Geral do Código Penal, modificou o sistema da lei vigente: o inimputável só será internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou em outro estabelecimento adequado, se o fato previsto como crime, a ele atribuído, for punível com reclusão, sendo a internação ou sujeição a tratamento por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, devendo o prazo mínimo ser fixado de 1 a 3 anos (art. 97 e § 1º).

Se, todavia, o fato previsto como crime, a ele atribuído, for punível com detenção, poderá o juiz determinar-lhe a sujeição a tratamento ambulatorial (art. 97 e § 1º).

### **SEMI-IMPUTABILIDADE E PERICULOSIDADE**

Se a anomalia mental não exclui, mas apenas reduz a capacidade de entender o ilícito ou de se determinar segundo este entendimento, a imputabilidade é diminuída.

Gracet chama os semi-imputáveis de fronteiriços, pois se situam entre a sanidade e a plena insanidade mental. Aqui estão os chamados personalidades psicopáticas (hipertímicos, fanáticos, explosivos, depressivos, atímicos, supervalorizadores do eu, hipobúlicos, psicopatas sexuais, psicopatas toxicofílicos), os transtornos mentais passageiros, os estados incipientes e residuais de psicoses e certos graus de oligofrenia (debilidade mental), quando afetam, sem excluir, a capacidade de entender e querer.

O Código Penal de 1940 prevê a imputabilidade diminuída, no seu art. 22, parágrafo único. A pena imposta pode ser reduzida de 1/3 a 2/3. A periculosidade do agente é igualmente presumida, nos termos do art. 78, II do CP de 40, sendo obrigatória a imposição de medida de segurança após o cumprimento da

pena, conforme art. 82, I do CP de 40, consistente em internamento em casa de custódia e tratamento (art. 92 do Código Penal de 1940).

A solução do Código de 1940 impõe pena e medida de segurança, que não passa de um prolongamento da pena, pois após o cumprimento desta, imposta pela culpabilidade diminuída, passa a cumprir no mesmo estabelecimento penal a medida de segurança.

O Novo Código Penal permite ao juiz substituir a pena pela medida de segurança de internação ou pela sujeição a tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 a 3 anos, quando se tratar de semi-imputabilidade e necessitar de especial tratamento curativo (art. 98).

### **EMBRIAGUEZ HABITUAL E PERICULOSIDADE**

A embriaguez, se habitual ou patológica pelo álcool ou substâncias análogas, é causa de presunção de periculosidade nos termos do art. 78, III do CP de 40, e deve o agente ser internado em casa de custódia e tratamento nos termos do art. 92, IV.

O anteprojeto de reforma da Parte Geral, de 1981, permitia ao juiz internação para fim curativo, quando se tratava de condenados reconhecidos como ébrios habituais ou toxicômanos (art. 98, § 3º).

O Novo Código Penal não cuidou dos ébrios habituais ou toxicômanos.

### **MEDIDA DE SEGURANÇA E REFORMA DOS CÓDIGOS**

A Lei nº 7.209/84 modificadora da Parte Geral do Código extinguiu a medida de segurança para os imputáveis e estabeleceu o sistema vicariante para os semi-imputáveis (permite ao juiz optar pela pena ou pela medida de segurança).

A medida de segurança de caráter meramente preventivo e assistencial ficará reservada somente aos inimputáveis.

A pena tem como fundamento a culpabilidade e a medida de segurança fundamenta-se na periculosidade.

Ao réu perigoso e culpável não há razão para se aplicar o binômio pena e medida de segurança.

Com a extinção, no Novo Código, da medida de segurança para o imputável, o sistema foi reforçado, destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. Assim é que o conceito de crime continuado não foi estendido ao criminoso profissional, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outas, marcadas por evidentes semelhanças.

A fim de evitar que perigosos delinquentes, autores de vários roubos a mão armada, sejam postos em liberdade sem estarem preparados para o regresso na sociedade, ao cumprirem metade da pena unificada no crime continuado, o

Novo Código criou o parágrafo único do art. 71, que permite que nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, o juiz aumente a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras dos arts. 70, parágrafo único (a pena não poderá ser superior à que seria cabível pela regra do concurso material) e 75 (o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 anos).

O Novo Código reformulou, também, para não prejudicar a repressão aos crimes mais graves, o instituto do livramento condicional no caso de condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, em que a concessão do livramento ficará subordinada não só às condições do art. 83, I, II, III e IV, mas, ainda, à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir (art. 83, § único).

O Novo Código só consagrou duas medidas de segurança: a detentiva e a restritiva.

A detentiva consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, fixando-se o prazo em 1 a 3 anos, que tornar-se-á indeterminado enquanto não for verificada por perícia médica a cessação da periculosidade.

A medida restritiva prevista no Código Penal consiste na sujeição do agente a tratamento ambulatorial conforme a modalidade terapêutica prescrita, admitido o tratamento ambulatorial somente quando o ato praticado for previsto como crime punível com detenção, devendo perdurar enquanto não verificada a cessação de periculosidade.

Com a extinção da medida de segurança para os imputáveis, não há mais periculosidade presumida por lei, devendo, portanto, toda periculosidade ser declarada pelo juiz.

Embora a periculosidade do agente do delito seja a condição indispensável da aplicação da medida de segurança e portanto não se ligue ao problema da responsabilidade, não queremos terminar este trabalho sem fazer alguns comentários sobre os laudos psiquiátricos de cessação da periculosidade para a obtenção de benefícios legais concernentes aos incidentes de execução penal, que são: livramento condicional, prisão albergue, indulto, redução da pena.

Se a medida de segurança, na reforma dos Códigos, só se aplica aos imputáveis, toda a periculosidade deverá ser declarada pelo juiz, que indicará um determinado tipo de internamento ou tratamento ambulatorial, conforme se trate de medida de segurança detentiva ou restritiva.

Somente nos casos acima mencionados, ligados sempre à doença ou deficiência mental e à anormalidade psíquica pela problemática da irresponsabilidade ou semi-responsabilidade, é que se compreende, ao ensejo da liberdade de seus internos, a obrigatoriedade de um laudo psiquiátrico que ateste a cessação ou continuação da periculosidade.

O art. 775, II, do atual Código do Processo Penal, trata de pacientes internados em manicômio judiciário ou em casa de custódia e tratamento, que exigem exame pericial feito por dois médicos, que verificarão a cessação ou não da periculosidade para revogação da medida de segurança.

Por sua vez, o art. 715, parágrafo único, do mesmo diploma legal trata de pacientes internados em casa de custódia e tratamento, que exigem exame mental do sentenciado para concessão do livramento condicional, nos termos dos arts. 62 e 81 do Código Penal de 1940.

A Casa de Custódia e Tratamento, bem como o Manicômio Judiciário, são destinados, portanto, a acolher sentenciados que tenham praticado delito sob a condição de semi-imputabilidade ou cuja peculiaridade se centre na imputabilidade, respectivamente.

Evidentemente, ao pálio dos novos códigos, não se aplicarão mais medidas de segurança aos condenados tão-somente por serem reincidentes em crimes dolosos, por terem sofrido imposição de pena de reclusão por mais de cinco anos, ou pena privativa de liberdade, se o crime relaciona-se com a ociosidade, a vagabundagem ou a prostituição, conforme consta respectivamente nos arts. 93, I; 93, II, a e 93, II, b do Código Penal de 1940.

O Código Penal de 1940 manda internar em Colônia Agrícola, em Instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional (art. 88, § 1º, III) estes condenados cuja criminalidade revele comportamento eminentemente anti-social, e a medida de segurança aplicada nestes casos (art. 93, I; 93, II, a e 93, II, b do Código de 1940) é conhecida como uma conduta automatizada do magistrado, pois não há aqui um nexo de causalidade entre a periculosidade e qualquer doença ou perturbação da saúde mental, embriaguez patológica ou habitual, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Nestes casos não interfere laudo psiquiátrico, pois estes declarados "perigosos" (por presunção legal ou periculosidade real, declarada pelo juiz) não se distanciam do homem médio normal, sob o prisma psíquico.

No exame de cessação ou permanência da periculosidade, nestes casos, predominam na perícia aspectos necessitados de visão mais ampla,<sup>(87)</sup> o que será feito louvando-se principalmente em relatório pormenorizado e motivado,<sup>(88)</sup> seja do diretor do estabelecimento prisional, quando se tratar de réu pre-

(87) Roberto Lyta diz que "tratando-se de internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, predominam, na perícia, aspectos necessitados de visão mais ampla. Na falta de técnicos do serviço social, como os mais indicados para fazer a respeito, impõem-se os educadores" (Comentários ao Código de Processo Penal, cit. pag. 300).

(88) Nelson Hungria diz que "o relatório deve ser pormenorizado e motivado. Cumpre que sejam mencionados todos os dados e assentimentos relativos ao interno, bem como quaisquer observações pessoais de que tenham sido objeto e possam servir de orientação ao pronunciamento

so na hipótese de pedido de livramento condicional, quando então será ouvido o Conselho Penitenciário, seja do diretor do estabelecimento de segurança (colônia agrícola etc.)

Rui Carlos Machado Alvim chama a atenção para o império do laudo psiquiátrico sobre os demais relatórios quando o sentenciado não está acometido de doença mental. Chega a dizer que o laudo psiquiátrico é uma condição descabida, uma vez que a lei processual não o exige para sentenciados com cumprimento de medida de segurança que não sejam irresponsáveis ou parcialmente responsáveis, quando da verificação da cessação da periculosidade, e para isto é decisiva a regra do art. 775, I, do Código de Processo Penal.

E conclui o referido autor que, neste desolador contexto penitenciário, pode-se concluir que a proliferação de laudos psiquiátricos, antes de ser um avanço contributivo das ditas ciências auxiliares do direito penal, constitui — este o seu real conteúdo — uma dissimulada ilegalidade a constranger os sentenciados no direito à liberdade.<sup>(29)</sup>

## CONCLUSÕES

A Lei nº 209/64, publicada no DO de 13-7-64, modificadora da Parte Geral do Código Penal, não transigiu com o princípio do *nulum crimen sine culpa* e então propõe-se a adotar em todo o seu curso a responsabilidade subjetiva do agente.

1) Acolheu a orientação de distinguir entre **tipo** e **antijuridicidade**, abandonando a superada oposição entre o **fático** e o **jurídico** da velha tradição roma-

---

judicial. As informações terão de versar, igualmente, sobre a biografia do indivíduo, sua conduta no estabelecimento, seu modo de convívio com os companheiros, suas relações com os funcionários, sua dedicação ou aversão ao trabalho, sua boa ou má vontade no tocante às práticas esportivas, educacionais ou religiosas, sua maior aptidão intelectual e física, seu grau de aproveitamento ou reatidade ulteriores, suas atividades de atividade, frequência e caráter de suas relações com a família e amigos, quaisquer episódios que sejam indicativos de sua continuada propensão à violência, à imoralidade ou à fraude, ou, ao contrário, de sua recuperação social ou reajustamento às normas éticas, suas possibilidades de êxito no retorno à vida livre. Deve sempre ter-se em conta que a reificação da personalidade de um criminoso adule não se tratando dos meramente ocasionais, para extirpar-lhes a impulsividade nociva ou as más inclinações de caráteres hábitos de vida, definitivamente nocivos ou já estratificados em segunda natureza, é comumente bem mais árdua e complexa, como se já disse Althaus, que domar a besta feroz. Mas não é uma tarefa sem esperança de sucesso. O mais endurecido criminoso não deixa de ser homem e, como tal, há de ter em si um como diz Abrahamson, um núcleo formado por alguns sentimentos bons ou por algumas boas intenções, que podem ser trazidas à tona, desentorviadas, lamentadas, para sua reassimilação social. É mesmo de supor-se que se tal indivíduo tivesse sido criado em ambiente favorável ou não tivesse sofrido as influências perniciosas que o desorientaram, jamais teria trilhadu a senda do crime (Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade. Trabalho da revista "Arquivos", nº 11, de março de 1957, publicada pelo Ministério da Justiça).

(29) De quando a proposta a se torna um juízo paralelo na execução penal. Cit. págs. 197/199.

na, isto é, o erro jurídico penal relevante recebe a denominação mais explícita de "erro sobre elementos do tipo" e "erro sobre a ilicitude do fato", ou, abreviadamente, "erro de tipo" e "erro de proibição", nos arts. 20 e 21.

Não se trata, porém, de simples substituição da rubrica "erro de fato" por "erro sobre elementos do tipo", e "erro de direito" pela expressão "erro sobre a ilicitude do fato", como se o erro de fato passasse a denominar-se erro de tipo, e o erro de direito passasse a ser chamado erro de proibição.

2) Acolheu, outrossim, a orientação de que o erro de tipo essencial, isto é, o que recai sobre algum elemento do tipo é sempre escusável no crime doloso, e exclui sempre o dolo, quer seja evitável ou inevitável exurgindo a modalidade culposa, se prevista em lei, art. 20.

3) Acolheu, outrossim, a orientação de que o erro de tipo essencial, isto é, discriminantes putativas, no art. 20 e § 1º, acolhendo a orientação de que o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação ("supor situação de fato"), deve ser tratado, se escusável, como "erro de tipo permissivo", excluindo o dolo, ensejando o aparecimento da modalidade culposa se prevista em lei, enquanto o erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação ("supor estar autorizado") deve ser tratado como erro de proibição, uma causa extralegal de exclusão da culpabilidade, se inevitável, ou atenuação da pena, se evitável.

4) Põe fim, outrossim, corretamente, à confusão que se faz entre falta de consciência da ilicitude e ignorância da lei ao dispor no art. 21 que o conhecimento das leis vigentes presume-se em relação a todos, e a seguir define o erro sobre a ilicitude do fato.

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. ABI-ACKEL, Ibrahim. *Exposição de Motivos nº 211*. Projeto de Reforma Penal, Departamento de Imprensa Nacional. Brasília, 1983.
2. ALBERGARIA, Jason Soares. *Noções de Criminologia*. Editora Lemos S/A. Belo Horizonte, Minas Gerais, 1978.
3. ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal*. Trad. Juan de Rosal e Angel Torio. Buenos Aires, Lida, 1960.
4. ALVIM, Rui Carlos Machado. *De Quando a Perquirição se Torna um Juri Perseleto na Execução Penal*. Rev. Proc. Geral do Estado de São Paulo (2º), 189/100 jun. 1983.
5. ANGEL, Marc. *La Defense Sociale Nouvelle*. 1ª ed., 196. Nouvelle édition. Ed. Cujas, 1966.
6. CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Diagnóstico de Direito Penal*. Bushatsky, São Paulo, 1974.
7. DUHNA, Alexander Girardo. *La Estructura de la Teoría del Delicto*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958.
8. FÁVERO, Flaminio. *Medicium Legal*. 2ª vol. 9ª ed. Livraria Martins Editora, São Paulo, 1973.
9. FRAGOSO, Helene Cláudia. *Lições de Direito Penal. Parte Geral*. Bushatsky, São Paulo, 1976.

10. GARCIA, Basilio. *Instituições de Direito Penal*. 41 ed. Max Limonad. São Paulo. 1976.
11. GARCIA, J. Alves. *Paleopatologia Forense*. 3ª ed. Forense. Rio de Janeiro. 1979.
12. HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal*. 5ª ed. Vol. I, tomo II. Forense. Rio de Janeiro. 1975.
13. HUNGRIA, Nelson. *Método e Critérios para Avaliação da Cessação de Periculosidade*. Revista "Atipicos" nº 61. de março de 1957. Ministério da Justiça.
14. JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 1º vol. Bosch. Casa Editorial S. A. Cizel. Barcelona.
15. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal. Parte geral*. 14 ed. Saraiva. São Paulo. 1978.
16. MALRACH, Reinart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Carlos Rodá. Barcelona. Ed. Ariel. 1962.
17. MAUZANERA, L. Rodriguez. *Criminologia*. Fojção Porrúa. México. 1979.
18. MCGIRMIH K. D. N. *Quelques Aspects du Problème des Délinquants Dangereux et Anormaux*. Tradução de Denyse Chast. *Revue de Sciences Criminelle et de Droit Penal Comparé*. Editions S, reg. nº 2, 1975. Paris.
19. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José Ariure Rodríguez Moñica. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955.
20. MUNHOZ NETO, Alcides. *A ignorância da aut[jurisdic]ção em matéria penal*. Forense. Rio de Janeiro. 1938.
21. LEITÃO, Jorge Ferreira. *Mutilação de Parturiente*. Rev. Doutr. Jur. do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Setembro de 1982. Págs. 31/34. Brasília.
22. LYRA, Roberto. *Comentários ao Código de Processo Penal*. VI vol. Forense. Rio de Janeiro. 1944.
23. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Ed. Reus S. A. Madrid. 1981.
24. STEFANI, G. LEVASSEUR, G. *Droit Pénal Général*. Dalloz, 1971. Paris.
25. TOLEDO, Francisco de Assis. *O Fato no Direito Penal*. Saraiva. São Paulo. 1977.
26. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. Saraiva. São Paulo. 1982.
27. TOLEDO, Francisco de Assis. *Teoria do Dolo e Teoria da Culpabilidade*. Revista dos Tribunais, vol. 556, pag. 271 e seguintes. Dezembro de 1982.
28. WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Trad. José Cerezo Mir. Ediciones Ariel. Barcelona. 1964.
29. WELZEL, Hans. *La Teoría de la Acción Finalista*. Trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Fricker. Editorial Depalma. Buenos Aires.
30. WESSLI-S. Johannes. *Direito Penal. Parte Geral*. Tradução. Sérgio Antonio Eabas, editor. Porto Alegre. 1976.