



Direito Penal

– Parte Geral –

Culpabilidade e Exculpação no Contexto Histórico Contemporâneo

Leandro Gornicki Nunes

Doutor e Mestre em Direito do Estado (UFPR)

Especialista em Direito Penal (USAL)

leandro.gornicki@univille.br

I. Conceito Normativo de Culpabilidade

Culpabilidade

Juízo de Reprovação

(*Vorwerfbarkeit*)

Capacidade de Culpabilidade
(CP, arts. 26-28)

Conhecimento da Ilícitude
(CP, art. 21)

Exigibilidade de Conduta Diversa
(CP, art. 22)

- ❖ Pressupostos da Culpabilidade Normativa (*poder agir de outro modo*):
 - a) *Compreensão da Ilícitude*: capacidade de entender o caráter ilícito da conduta;
 - b) *Autodeterminação*: poder determinar-se conforme esse entendimento.

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

1. Capacidade de Culpabilidade ou Imputabilidade Penal (CP, arts. 26-28)

1.1. Capacidade de Culpabilidade e Transtornos Mentais

Os *inimputáveis* – aqueles que são ao tempo do crime (CP, art. 4º), em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, *inteiramente incapazes* de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento – serão *isentos de pena* (CP, art. 26, *caput*).

Os *semi-imputáveis* – aqueles sofrem ao tempo do crime (CP, art. 4º) de perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e, por isso, são *relativamente incapazes* de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento – terão a *pena reduzida de um a dois terços* (CP, art. 26, parágrafo único).

Semi-imputáveis (*fronteiriços*) e o sistema vicariante: vide Exposição de Motivos §22.

Tudo deverá ser apurado no respectivo *incidente de insanidade mental*, cujo trabalho é realizado pela psiquiatria forense. O reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu depende da prévia instauração de incidente de insanidade mental (CPP, arts. 149-154) e do respectivo exame médico-legal nele previsto (STJ, REsp n. 1.802.845/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 23/06/2020, DJe 30/06/2020).

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

1. Capacidade de Culpabilidade ou Imputabilidade Penal (CP, arts. 26-28)

1.2. Capacidade de Culpabilidade e Menoridade ou Imaturidade

Os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis (CR, art. 228), ficando sujeitos às *medidas socioeducativas* previstas no art. 112 e ss., da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Se a infração penal é cometida no dia do aniversário de 18 anos, ainda que antes do horário do seu nascimento, o agente será considerado imputável (STJ, RHC n. 3.358/RJ, Rel. Min. José Dantas, 5ª Turma, DJ de 7/3/1994, p. 3669). Ver: CP, art. 10.

Exposição de Motivos §23:

- Critério de Política Criminal (estratégia)
- Menor é um sujeito em formação
- Formação do caráter por meio da educação
- Evitar a ação criminógena do cárcere

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

1. Capacidade de Culpabilidade ou Imputabilidade Penal (CP, arts. 26-28)

1.2. Capacidade de Culpabilidade e Menoridade ou Imaturidade

“Os atos infracionais não se equivalem aos crimes, tampouco as medidas socioeducativas tratadas no Estatuto da Criança e do Adolescente guardam correspondência com as penas previstas no Código Penal, pois, embora possam refletir certa restrição à liberdade do Adolescente, não apresentam caráter retributivo, mas eminentemente pedagógico e reabilitador, a fim de que sejam oferecidas ao menor as condições para que se recupere e se afaste em definitivo da prática de ilícitos” (AgRg no HC 581.587/SC, Rel^a. Min^a. Laurita Vez, 6^a Turma, j. 23/06/2020, DJe 04/08/2020).

“O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente” (STJ, Súmula n. 492, 3^a Seção, j. 08/08/2012, DJe 13/08/2012).

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

1. Capacidade de Culpabilidade ou Imputabilidade Penal (CP, arts. 26-28)

1.2. Capacidade de Culpabilidade e Menoridade ou Imaturidade

“Apelação cível. Eca. Ato infracional. Estupro. Materialidade e autoria confirmada. Aplicação da ‘*exceção de romeu e julieta*’. Cabimento. Reforma da sentença. Improcedência da representação” (TJRS, Apelação Cível n. 0104395-38.2020.8.21.7000, de Lavras do Sul, Rel. Des. Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, v.u., j. 10/12/2020).

A exclusão do crime pela *Romeo and Juliet Law* (Section 943.04354 of the Florida Statutes – 2008) exige:

- a) A existência de relacionamento amoroso entre agente e a vítima;
- b) Consentimento da vítima no ato sexual;
- c) Diferença de idade, entre o agente e a vítima de até quatro anos.

“*Labeling a teenager a sex offender is not a decision that should be dependent solely on something as insignificant as a birthday. To the person who argues that a line needs to be drawn somewhere, I say, draw it somewhere else*” (TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo: an analysis of the unexpected consequences of Florida's Statutory Rape Law and its flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*. Fort Lauderdale-FL, v. 38, p. 145-168, 2013).

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

1. Capacidade de Culpabilidade ou Imputabilidade Penal (CP, arts. 26-28)

1.3. Capacidade de Culpabilidade e Emoção e Paixão

A emoção (pontual) e a paixão (duradoura) não excluem a imputabilidade penal.

“A teor do art. 28, II, do CP, a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal. Decerto, a perda momentânea do autocontrole, ainda que motivada por sentimento de indignação ou cólera impelidas por injusta provação da vítima, não elidem a culpabilidade, podendo, ao máximo, justificar a redução da pena com fulcro no art. 65, III, “c”, do mesmo diploma legal”.

(STJ, RHC n. 81.292/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 5/10/2017, DJe 11/10/2017).

ATENÇÃO: o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, pode reduzir a pena em caso de homicídio (CP, art. 121, §1º) e de lesões corporais (CP, art. 129, §4º).

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

1. Capacidade de Culpabilidade ou Imputabilidade Penal (CP, arts. 26-28)

1.4. Capacidade de Culpabilidade e Embriaguez

Embriaguez

(álcool ou substância de efeitos análogos)

Involuntária
(In)Completa
(15 a 30 dg/L)
(0,3 a 15 dg/L)

Caso Fortuito (fato imprevisível ou inevitável)

Força Maior (o agente não controla a causa)

Voluntária

Dolosa (o agente deseja apenas ficar embriagado)

Culposa (o agente não deseja ficar embriagado)

Preordenada (o agente inclui o resultado no âmbito de sua representação e vontade como objetivo final)

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

1. Capacidade de Culpabilidade ou Imputabilidade Penal (CP, arts. 26-28)

1.4. Capacidade de Culpabilidade e Embriaguez

Roxin sustenta que, **quando o sujeito comete em estado de inimputabilidade um fato doloso, cuja possibilidade imprudentemente não havia considerado no momento de se colocar no estado de embriaguez excludente da culpabilidade, há de ser punido por crime culposos, desde que haja previsão em lei** (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Días y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 857).

“Aqui, é necessário um esclarecimento da maior significação prática: se o autor, na ação precedente, não tem o propósito (dolo direto) ou não admite a possibilidade (dolo eventual) de realizar determinado tipo de crime em estado de incapacidade de culpabilidade, então o resultado típico produzido na ação posterior não pode ser atribuído por dolo, independentemente de ser intencional (o sujeito quer se embriagar) ou imprudente (o sujeito se embriaga, progressiva mas inadvertidamente) o ato de se embriagar” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 310).

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

2. Culpabilidade e Conhecimento da Ilicidade (CP, art. 21)

2.1. Erro de Proibição (In)Direto

Sem o conhecimento da ilicidade não há culpabilidade.

Não confundir *conhecimento da ilicidade* com *conhecimento da lei*. O desconhecimento da lei é inescusável (*ignorantia legis neminem excusat*).

Teoria Limitada
da
Culpabilidade
(CP, arts. 20 e 21)



Erro de Proibição
(conteúdo jurídico)

Direto: incide sobre a norma penal *proibitiva*

Indireto: incide sobre a norma penal
permissiva (erro de permissão) ou
exculpante (erro de exculpação)

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

2. Culpabilidade e Conhecimento da Illicitude (CP, art. 21)

2.1. Erro de Proibição (In)Direto

“Há erro de proibição quando o sujeito, apesar de conhecer completamente a situação ou suposto de fato do injusto, não sabe que sua atuação não está permitida. Então, o erro de proibição, como erro sobre a antijuridicidade do fato, tem por objeto a natureza proibida ou permitida da ação típica. O autor sabe o que faz, mas pensa, erroneamente, que é permitido, ou por crença positiva na permissão do fato, ou por falta de representação da valoração jurídica do fato” (GALVÃO, Robson. O erro no Direito Penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 32).

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

2. Culpabilidade e Conhecimento da Illicitude (CP, art. 21)

2.2. Erro de Proibição (In)Evitável

O erro de proibição (in)direto inevitável exclui a culpabilidade; o erro de proibição (in)direto evitável diminui a culpabilidade (CP, art. 21).

A evitabilidade do erro depende: a) da capacidade de conhecimento do autor; b) das condições normativas objetivas.

Análise Tópica (contexto): a (in)evitabilidade deve ser aferida a partir do nível de inclusão-exclusão do sujeito em relação à comunidade argumentativa (idade; lugar de vida; profissão; grau de instrução; espécie de injusto).

ATENÇÃO: o desconhecimento da lei, embora não afaste a culpabilidade, pode configurar circunstância atenuante da pena (CP, art. 65, II).

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

3. Culpabilidade e Exigibilidade de Conduta Diversa (*exculpantes legais*)

3.1. Coação Moral (CP, art. 22)

Coação	Física (<i>vis absoluta</i>): exclui a conduta (o corpo é um mero instrumento da ação de terceiro)
	Moral Irresistível (<i>vis compulsiva</i>): exclui a culpabilidade em face da anulação da autodeterminação.
	Moral Resistível (psíquica): atenua a pena (CP, art. 65, III, “c”)

A irresistibilidade deve ser aferida conforme a gravidade do constrangimento (forma de ameaça e importância do bem jurídico ameaçado) e as condições concretas de suportabilidade do indivíduo coagido. Ex: i) preso coagido a adquirir droga via postal (TJMG, Apelação Criminal n. 1.0301.19.000072-1/001, Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira, 8ª Câmara Criminal, v.u., j. 18/12/2019); ii) menor coagido a indicar a matadores o local onde a vítima poderia ser encontrada (TJRS, Apelação Cível n. 0297850-75.2014.8.21.7000, Rel. Des. Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, v.u., j. 11/09/2014).

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

3. Culpabilidade e Exigibilidade de Conduta Diversa (*exculpantes legais*)

3.2. Obediência Hierárquica (CP, art. 22)

A obediência hierárquica ocorre na relação de subordinação de direito público:

“A ordem de superior hierárquico constitui manifestação de vontade expressa dirigida ao subordinado, através de instruções, ofícios, ordens de serviço, despachos, decisões, sentenças, etc., para realizar tarefas de interesse público” (Juarez Cirino dos Santos).

Não há obediência hierárquica entre particulares, sujeitos às leis trabalhistas e aos termos do contrato social.

A ordem do superior hierárquico não pode ser manifestamente ilegal (deve ter aparência de legalidade). Ex: cumprir determinação sem a apresentação de mandado judicial de busca e apreensão (STJ, REsp n. 90.340/DF, Rel. Min. José Dantas, 5ª Turma, j. 18/11/1997, DJ 15/12/1997, p. 66479).

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

4. Culpabilidade e Exigibilidade de Conduta Diversa (*exculpantes supralegais*)

4.1. Desobediência Civil (CR, arts. 1º; 5º, XXIII; 6º e 7º)

“A desobediência civil tem por objeto ações ou demonstrações públicas de bloqueios, ocupações, etc. realizadas em defesa do bem comum ou de questões vitais da população ou em lutas coletivas por direitos humanos fundamentais, como greves de trabalhadores, protestos de presos e, no Brasil, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST)” (SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 4. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 332).

Limites éticos: a) nexos político entre o protesto e a conduta; b) ausência de dano à vida ou integridade física de pessoa.

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

4. Culpabilidade e Exigibilidade de Conduta Diversa (*exculpantes supralegais*)

4.2. Fato de Consciência ou Objeção de Consciência (CR, art. 5º, VI e VIII)

É um direito que visa a preservação da identidade da personalidade do sujeito em sociedade. Trata-se da recusa em cumprir um comando legal imposto pelo Estado que contraria as convicções ideológicas, morais ou religiosas de um sujeito em sociedade. Em razão de arraigada crença religiosa, convicção filosófica ou formação cultural é impossível para o agente motivar-se de acordo com a norma. A lei fica incólume; o dever do objetor cumpri-la, não.

Limites éticos: a) preservação da vida, integridade física e liberdade de pessoa; b) solução alternativa para preservação de bens jurídicos e deveres de solidariedade.

Ver: BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.335/2009*. Dispõe sobre o direito à objeção de consciência como escusa ao princípio constitucional insculpido no inciso II do artigo 5º, da Constituição Federal.

II. Elementos Constitutivos da Culpabilidade

4. Culpabilidade e Exigibilidade de Conduta Diversa (*exculpantes supralegais*)

4.3. Marginalidade e Pobreza Extremas (CR, art. 3º, III)

Poder, violência e conflito são as três realidades pré-jurídicas de onde o estudo da culpabilidade deve se desenvolver.

“A marginalização social, que está ligada também a graus de vulnerabilidade, poderá ser fundamento adequado e idôneo a vigorar como causa de exculpação, quando não tenha já excluída a própria antijuridicidade da conduta” (TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 443).

Limites éticos: a) nexos etiológico entre a marginalidade e pobreza extremas e a conduta; b) preservação da vida e integridade física de pessoa.

Encontre-nos nas redes sociais:



Gornicki Nunes



Gornicki Nunes



Gornicki Nunes



leandro.gornicki@univille.br