O princípio da alteridade permitiria fundamentar a responsabilidade pelo comportamento social na normalidade de formação da vontade do autor de um tipo de injusto: em condições normais o sujeito imputável sabe o que faz (conhecimento do injusto) e, em princípio, tem o poder de não fazer o que faz (exigibilidade de comportamento diverso); logo, condições *anormais* de formação da vontade concretizada no tipo de injusto podem excluir a consciência da antijuridicidade (erro de proibição) ou a exigibilidade de comportamento diverso (situações de exculpação). Em última instância, o estudo da culpabilidade consiste na pesquisa de *defeitos* na formação da vontade antijurídica: a) na área da capacidade de vontade, a pesquisa de defeitos orgânicos ou funcionais do aparelho psíquico; b) na área do conhecimento do injusto, a pesquisa de condições *internas* negativas do conhecimento real do fato, expressas no *erro de proibição*; c) na área da **exigibilidade**, a pesquisa de condições externas negativas do poder de não fazer o que faz: as situações de *exculpação* produzidas por conflitos, pressões, perturbações, medos etc. ⁴².

II. Estrutura do conceito de culpabilidade

A estrutura do conceito de culpabilidade é constituída por um conjunto de elementos capazes de explicar **porque** o sujeito é reprovado: primeiro, a *capacidade de culpabilidade* (ou *imputabilidade*), excluída ou reduzida pela menoridade ou por doenças e anomalias mentais; segundo, o *conhecimento do injusto*, excluído ou reduzido pelo erro de proibição; e terceiro, a *exigibilidade de conduta diversa*, excluída ou reduzida por anormalidades configuradas nas situações de exculpação.

⁴² Ver CIRINO DOS SANTOS, *Teoria do Crime*, 1993, p. 66-67.

1. Capacidade de culpabilidade

O estudo do conceito de *capacidade de culpabilidade* (ou *imputabilidade*) é necessário para esclarecer as situações de incapacidade de culpabilidade ou de capacidade relativa de culpabilidade, bem como os problemas político-criminais da *emoção* e da *paixão* e da chamada *actio libera in causa*.

A capacidade de culpabilidade é atributo jurídico de indivíduos com determinados níveis de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica, necessários para compreender a natureza proibida de certas ações e orientar o comportamento conforme essa compreensão. A lei penal brasileira exige a idade de 18 anos como marco de desenvolvimento biológico mínimo para a capacidade de culpabilidade (art. 27, CP) – um critério cronológico empírico, mas preciso; em complemento, a lei penal pressupõe indivíduo portador de aparelho psíquico livre de defeitos funcionais ou constitucionais, excludentes ou redutores da capacidade de compreender a natureza proibida de suas ações ou de orientar o comportamento de acordo com essa compreensão (art. 26 e parágrafo único, CP) – um critério científico controvertido, por causa do conflito da Psiquiatria sobre o conceito de doença mental⁴³.

Por esses critérios, indivíduos com 18 anos de idade completos, em condições de normalidade psíquica, são portadores da capacidade geral ou abstrata de culpabilidade; a capacidade penal é excluída ou reduzida em indivíduos portadores de psicopatologias constitucionais ou adquiridas determinantes da exclusão ou da redução da capacidade de compreender a proibição de ações ou de orientar o comportamento de acordo com essa compreensão. Em conclusão: a capacidade de culpabilidade é presumida em indivíduos com 18 anos de idade e excluída

⁴³ Ver THOMAS S. SZASZ, *The myth of mental illness*, Paladin, 1975, p. 37. No Brasil, MESTIERI, *Manual de Direito Penal* I, 1999, p. 169-173, sobre limitações e insuficiências do conceito de *doença mental*.

ou *reduzida* em indivíduos portadores de psicopatologias excludentes ou redutoras da capacidade de compreensão da proibição ou de orientação correspondente. Assim, o critério legal para determinar a capacidade de culpabilidade é negativo, funcionando como regra/exceção: o Estado *presume* a capacidade de culpabilidade de indivíduos maiores de 18 anos (regra), excluída ou reduzida em hipóteses de psicopatologias constitucionais ou adquiridas (exceção).

1.1. Incapacidade de culpabilidade

A incapacidade de culpabilidade (ou inimputabilidade penal), como ausência das condições pessoais mínimas de desenvolvimento biológico e de sanidade psíquica, ocorre nas seguintes hipóteses:

1. Indivíduos menores de 18 anos não possuem o desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender a natureza criminosa de suas ações ou para orientar o comportamento de acordo com essa compreensão:

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

O critério político-criminal do legislador é correto: menores de 18 anos são *capazes* de compreender o injusto de crimes graves, como homicídio, lesões corporais, roubo, furto, estupro, por exemplo, mas são *incapazes* de compreender o injusto da maioria dos crimes comuns definidos no Código Penal e, praticamente, de nenhum dos crimes definidos em leis especiais (crimes contra o meio ambiente, a ordem econômica e tributária, as relações de consumo, o sistema financeiro etc.); mais importante ainda: em todas as hipóteses acima referidas são *incapazes* de comportamento conforme a eventual compreensão do

injusto, por insuficiente desenvolvimento do poder de controle dos instintos, impulsos ou emoções⁴⁴.

2. Igualmente, a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado determinantes de incapacidade de compreender o injusto do fato ou de agir conforme essa compreensão constituem hipóteses de exclusão da capacidade de culpabilidade:

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

A doença mental compreende as hipóteses de patologias constitucionais ou adquiridas do aparelho psíquico, definidas como psicoses exógenas e endógenas: a) as **psicoses exógenas** compreendem (1) as psicoses produzidas por traumas (lesões) e por tumores ou inflamações do órgão cerebral, (2) a epilepsia, e (3) a desagregação da personalidade por arteriosclerose ou atrofia cerebral; b) as **psicoses endógenas** compreendem, fundamentalmente, a esquizofrenia e a paranoia⁴⁵.

3. O desenvolvimento mental incompleto ou retardado compreende todas as hipóteses de oligofrenias, como defeitos constitucionais do órgão cerebral: a) as debilidades mentais, que admitem frequência a escolas especiais ou realização de atividades práticas, mas não o exercício de profissões; b) as imbecilidades, com exigência de cuidados especiais da família ou de instituições, mas sem possibilidade de vida independente; c) as idiotias, marcadas pela necessidade de custódia e, frequentemente, pela incapacidade de falar⁴⁶.

⁴⁴ Ver ROXIN, Strafrecht, 1997, § 20, n. 52, p. 780.

⁴⁵ Ver WITTER, *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, editado por Göppinger e Witter, 1972, v. I, p. 477 s. e v. II, p. 1.039.

⁴⁶ Assim, NEDOPIL, Forensische Psychiatrie, 1996, p. 60 s. No Brasil, ver MESTIERI, Manual de Direito Penal I, 1999, p. 173.

4. A *embriaguez completa* por caso fortuito ou força maior, pelo álcool ou substâncias análogas, também constitui estado psíquico patológico excludente da capacidade de culpabilidade.

- Art. 28, § 1°. É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
- 5. Enfim, a atual lei de drogas também considera o *efeito* fortuito ou de força maior de *droga* sobre o aparelho psíquico, e a *dependência* de droga (estados psíquicos de angústia pela privação da droga, com profundas mudanças da personalidade) como situações patológicas *agudas* ou *crônicas* excludentes da capacidade de culpabilidade.
 - Art. 45 (Lei 11.343/06). É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

A exclusão da capacidade de culpabilidade nas hipóteses (a) de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, (b) de embriaguez completa por caso fortuito ou força maior, (c) de efeito fortuito ou por força maior de droga sobre o aparelho psíquico, e (d) de dependência de droga, pressupõe dois momentos: primeiro, identificação da patologia constitucional ou adquirida do aparelho psíquico ou de outro estado patológico, crônico ou agudo, produzido pelo álcool,

pela droga ou pela dependência da droga; segundo, verificação do efeito excludente da capacidade de compreender o injusto do fato ou de agir conforme essa compreensão, produzido pela patologia constitucional ou adquirida respectiva, pelo álcool, pela droga ou pela dependência da droga. Em *teoria*, ocorre divisão de trabalho entre *peritos* e *juízes*: os peritos identificam a patologia psíquica e verificam seu efeito sobre as funções de representação e de vontade do aparelho psíquico; os juízes formulam um juízo definitivo sobre a capacidade de compreensão do injusto e de controle do comportamento conforme essa compreensão do injusto e de controle do comportamento conforme essa compreensão do no exercício de um *saber* especializado, imune à crítica de leigos⁴⁸.

6. A consequência legal da incapacidade de culpabilidade por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado é a aplicação de medida de segurança de internação em casa de custódia e de tratamento psiquiátrico ou de tratamento ambulatorial (artigos 96, I-II, e 97, CP); no caso de incapacidade de culpabilidade por dependência de droga, a consequência legal é o tratamento em regime de internação hospitalar ou em regime extra-hospitalar (art. 52, parágrafo único, da Lei 11.343/06); enfim, na hipótese de incapacidade de culpabilidade por efeito do álcool ou de droga, fortuito ou de força maior, não há aplicação de nenhuma medida de segurança.

1.2. Capacidade relativa de culpabilidade

A capacidade relativa de culpabilidade indica redução da capacidade de compreender o injusto do fato ou de agir conforme essa

⁴⁷ ROXIN, Strafrecht, 1997, § 20, n. 27, p. 768.

⁴⁸ FOUCAULT, Vigiar e punir, 1977, p. 21-25. No Brasil, ver o estudo crítico de GOMES DA SILVA, Transtornos mentais e crime: reflexões sobre o complexo diálogo entre a Psiquiatria e o Direito Penal, in Direito e Sociedade (Revista do Ministério Público do Estado do Paraná), v. 2, n. 2, jul./dez. 2001, p. 81-121.

compreensão, caracterizada pela maior ou menor dificuldade de *dirigibilidade normativa*, e determinada (a) por perturbação da saúde mental (art. 26, parágrafo único, CP), e (b) por todas as demais hipóteses descritas no item 1.1, acima: desenvolvimento mental incompleto ou retardado, restrito aos casos leves de *debilidade mental* (art. 26, parágrafo único, CP); embriaguez pelo álcool ou análogos, fortuita ou de força maior (art. 28, § 2°, CP); efeito de droga, fortuito ou de força maior, e dependência de droga (art. 46, da Lei 11.343/06), cuja reprodução é desnecessária.

- Art. 26. Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude e perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
- 1. O conceito de *perturbação da saúde mental* designa psicopatologias menos graves do que a *doença mental*, como estados patológicos do aparelho psíquico constituídos por defeitos esquizofrênicos, manifestações de demência senil, arteriosclerose ou atrofia cerebral, formas leves de epilepsia, traumas cerebrais de efeitos psíquicos mínimos, formas leves de debilidade mental, psicopatias e neuroses⁴⁹.
- 2. A consequência legal da capacidade relativa de culpabilidade por *perturbação da saúde mental* ou por outros estados patológicos, transitórios ou permanentes, do aparelho psíquico, é a redução da pena de *um a dois terços*: a redução da pena é *obrigatória*, pois se a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, então a redução da capacidade de culpabilidade determina, necessariamente, a redução da pena ⁵⁰. Argumentos contrários à redução da pena são inconvincentes

⁴⁹ Ver ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 20, n. 32, p. 771.

Ver BAUMANN/WEBER, Strafrecht, 1995, § 19, n. 25; também, ROXIN, Strafrecht, 1997, § 20, n. 36, p. 773; STRATENWERTH, Strafrecht, 1981, n. 546.

e desumanos: a) a reduzida sensibilidade à pena de psicopatas e débeis mentais aconselharia aplicação de pena integral; b) a reduzida capacidade de autocontrole de psicopatas e débeis mentais deveria ser compensada com circunstâncias de elevação da culpabilidade, em casos de crueldade, por exemplo. A lógica do argumento é circular e contraditória porque o mesmo fator determinaria, simultaneamente, a redução da culpabilidade (psicopatias ou debilidades mentais explicariam a crueldade) e a agravação da culpabilidade (a crueldade do psicopata ou débil mental como fator de agravação da pena)⁵¹.

1.3. Problemas político-criminais especiais

A disciplina jurídica da legislação penal brasileira sobre duas situações psíquicas anormais ligadas à capacidade de culpabilidade está, para dizer o menos, em relação de tensão com o princípio da culpabilidade.

Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção e a paixão;

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

1.3.1. Emoção e paixão. A emoção e a paixão, na lei penal brasileira, não excluem a capacidade de culpabilidade, mas podem privilegiar o tipo de injusto ou atenuar a pena. A emoção define excitações psicossomáticas ligadas à sobrevivência individual, produzidas por reações químico-neurônicas complexas, como impulsos, instintos ou afetos, que os gregos denominavam pathos e os romanos, passio — donde a popularização do termo paixão para indicar sentimento ou amor intensos. As emoções ou sentimentos informam os pensamentos e as decisões da psicologia individual e coletiva, como forças motoras primárias e mais ou menos

⁵¹ ROXIN, Strafrecht, 1997, § 20, n. 38-42, p. 774-776.

inconscientes das ações humanas⁵², cuja inevitável influência nos atos psíquicos e na conduta social do ser humano precisa ser compatibilizada com o princípio da culpabilidade nos programas político-criminais contemporâneos.

Originalmente, WUNDT classificou as emoções em 3 pares fundamentais: prazer/desprazer, excitação/inibição, tensão/solução⁵³; hoje, existe uma lista adicional de 16 emoções distintas: alegria, tristeza, raiva, medo, nojo, gratidão, vergonha, amor, orgulho, compaixão, ódio e susto — e ainda algumas outras, como satisfação, alívio e sentimento de culpa.⁵⁴

Na verdade, a dinâmica de formação, agravação e descarga agressiva de emoções ou afetos representa grave perturbação psíquica não patológica que, assim como outras situações extremas de esgotamento ou fadiga, pode excluir ou reduzir a capacidade de culpabilidade, como prevê, por exemplo, a legislação penal alemã⁵⁵. Atitudes de repressão intransigente às pulsões fundamentais do homem parecem inadequadas: as manifestações da afetividade humana devem ser avaliadas no contexto das aquisições da moderna psicologia, que o sistema de justiça criminal não pode ignorar⁵⁶. Por exemplo, não é possível confundir

Ver FREUD, O ego e o id, Imago, v. XIX, p. 25-83, esp. 80-83; do mesmo, Além do princípio do prazer, Imago, v. XVIII, p. 17-85.

⁵³ WUNDT, Grundriss der Psychologie, 2004.

⁵⁴ PRECHT, Wer bin Ich – und wenn ja, wie viele?, Goldmann, 2005, p. 74-84.

Ver ROXIN, Strafrecht, 1997, § 20, n. 13-18, p. 761-764; também, WESSELS/ BEULKE, Strafrecht, 1998, n. 410, p. 117-118.

Ver, especialmente, a crítica de MESTIERI, Manual de Direito Penal I, 1999, p. 178-179, com esta magnífica conclusão: "Ora, o problema, como é bem de ver, não se resolve pela simples desconsideração da emoção e da paixão, negando-se-lhes eficácia no plano da imputabilidade; se há dificuldades em estabelecer, com maior precisão, o conteúdo e natureza desses estados, aprimore-se a ciência. Se, por outro lado, a pesquisa empírica judiciária é deficiente ou superficial, permitindo absolvições inaceitáveis, aprimore-se o sistema, a técnica judiciária. Mas, simplesmente, negar efeitos a realidades tão importantes como a emoção e a paixão é comportar-se como o avestruz diante de uma situação de

afetos fortes (ou estênicos), fundados no instinto de destruição, como ira ou ódio, por um lado, e afetos fracos (ou astênicos), fundados no instinto de sobrevivência, como medo, susto ou perturbação psíquica, por outro lado, cujo poder determinante das ações humanas não pode ser desconsiderado pelo Direito Penal.

1.3.2. Actio libera in causa. O conceito de actio libera in causa pressupõe capacidade de culpabilidade na ação precedente, em que o autor se coloca em estado de incapacidade de culpabilidade, com intenção de realizar (dolo) ou sendo previsível a possibilidade de realizar (imprudência) fato típico posterior determinado: no caso de dolo, o autor ingere grande quantidade de álcool para superar inibições e agredir a vítima; no caso de imprudência, o autor ingere grande quantidade de álcool sem representar a possibilidade de agredir alguém ou confiando levianamente na hipótese de não agredir ninguém⁵⁷. Assim, a actio libera in causa consiste na autoincapacitação temporária (a) com o propósito de praticar crime determinado ou (b) em situação de previsibilidade de praticar crime determinado (ação anterior) — crime realmente praticado no estado subsequente de incapacitação temporária (ação posterior)⁵⁸.

Existem duas teorias sobre a *actio libera in causa*: a) a teoria da *exceção* considera a *actio libera in causa* uma exceção ao princípio da capacidade de culpabilidade no *momento do fato*, justificada com base no direito costumeiro⁵⁹: essa teoria parece incompatível com o *princípio da legalidade*, que exclui o direito costumeiro como incriminação de condutas, e com o *princípio da culpabilidade*, porque dolo e imprudência não determinam o fato, nem fundamentam a reprovação de culpabilidade⁶⁰; b) a teoria do *tipo* fundamenta a atribuição do resultado típico

perigo. Aqui, o perigo é a nossa ainda superlativa ignorância dos fenômenos da alma humana."

⁵⁷ Comparar ROXIN, Strafrecht, 1997, § 20, n. 55, p. 781.

⁵⁸ WESSELS/BEULKE, Strafrecht, 1998, n. 415, p. 119-120.

⁵⁹ HRUSCHKA, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 1988, p. 39 s.

⁶⁰ Assim, PUPPE, Grundzuge der actio libera in causa, JuS, 1980, p. 346.

ao autor no momento de capacidade de culpabilidade *anterior* ao fato, como determinação de resultado típico doloso ou imprudente – e não no momento *posterior* (de incapacidade de culpabilidade) do fato – e, assim, não abre exceção ao *princípio da coincidência* entre capacidade de culpabilidade e realização dolosa ou imprudente de um tipo de injusto⁶¹.

a) Em *fatos imprudentes* a teoria da *actio libera in causa* não encontra dificuldades, pela identidade estrutural entre ambos os conceitos: a lesão do dever de cuidado ou do risco permitido é anterior em relação à produção do resultado típico⁶². Por exemplo: se o marido, encolerizado contra a mulher, embriaga-se e a agride, mas sem ter pensado previamente em agredir a mulher em estado de incapacidade de culpabilidade, o ato de embriagar-se representaria simples criação de risco não permitido contra a integridade física da mulher – e, nesse caso, a agressão à mulher seria a realização do risco criado, caracterizando o tipo de lesão corporal imprudente⁶³. 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. Por isso, o princípio da culpabilidade determina a seguinte interpretação do art. 28, II, do Código Penal: a embriaguez, voluntária ou culposa, não exclui a imputabilidade penal, mas a imputação do resultado por dolo ou por imprudência depende, necessariamente, da existência real (nunca presumida) dos elementos do tipo subjetivo respectivo no comportamento do autor.

⁶¹ ROXIN, Strafrecht, 1997, § 20, n. 56, p. 782; para uma visão geral dos modelos, NEUMANN, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985, p. 24 s.

⁶² HORN, Actio libera in causa – eine notwendige, eine zulässige Rechstfigur?, GA, 1969, p. 289 s.

⁶³ Ver ROXIN, Strafrecht, 1997, § 20, n. 58, p. 783.

b) Em *fatos dolosos*, a teoria dominante da *actio libera in causa* diz o seguinte: a) o elemento intelectual do dolo deve *representar* as características de um tipo de crime determinado (homicídio, lesão corporal etc.), cujo resultado deve ser produzido em estado de incapacidade de culpabilidade (embriaguez); b) o elemento emocional do dolo deve *querer* a realização de crime determinado (dolo direto) ou *conformar-se* com a realização de crime determinado (dolo eventual) no estado posterior de embriaguez, no sentido de autocolocação em estado de incapacidade temporária de culpabilidade. Desse modo, na *ação precedente* o dolo tem por objeto a autocolocação em estado de incapacidade de culpabilidade e, nesse estado, a realização de fato determinado; na *ação posterior*, o autor realiza, em estado de incapacidade de culpabilidade, o fato determinado objeto do dolo⁶⁴. Outra interpretação é incompatível com o princípio da culpabilidade.

2. Conhecimento do injusto e erro de proibição

A correlação conhecimento do injusto e erro de proibição, na teoria da culpabilidade, corresponde à correlação conhecimento do fato e erro de tipo, na teoria do tipo, porque conhecimento e erro constituem estados psíquicos em relação de lógica exclusão: o conhecimento exclui o erro e o erro indica desconhecimento sobre objetos. No Direito Penal existem duas espécies de erro: o erro de tipo, incidente sobre circunstâncias ou elementos objetivos, fáticos ou normativos, do tipo legal; o erro de proibição, incidente sobre a proibição do tipo de injusto, no sentido de valoração jurídica geral. Mas a moderna dogmática identifica uma

⁶⁴ Assim, JAKOBS, Strafrecht, 1993, 17/65-66, p. 507-508; também, ROXIN, Strafrecht, 1997, § 20, n. 65-67, p. 786-788; SCHÖNCKE/SCHRÖDER/LENCKNER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 1991, § 20, n. 36; WESSELS/BEULKE, Strafrecht, 1998, n. 417-418, p. 120-121.