

**NÉLSON HUNGRIA**

Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal. Membro da Comissão Elaboradora dos Anteprojetos da Lei das Contravenções Penais e do Código de Processo Penal. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

**HELENO CLÁUDIO FRAGOSO**

Professor titular da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Livre-Docente da Faculdade de Direito da UFRJ. Membro da Comissão Internacional de Juristas. Secretário-Geral Adjunto da Associação Internacional de Direito Penal. Advogado.

# COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL

Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940

**VOLUME I**

**Tomo II**

**Arts. 11 a 27**

**5.<sup>a</sup> edição**

**FORENSE**  
Rio de Janeiro  
1978

1.<sup>a</sup> edição — 1948

2.<sup>a</sup> edição — 1953

3.<sup>a</sup> edição — 1955

4.<sup>a</sup> edição — 1958

5.<sup>a</sup> edição — 1978

(C) † *Nélson Hungria*

*Heleno Cláudio Fragoso*

(Preparada pelo Centro de Catalogação-na-fonte do  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ)

Hungria, Nélson, 1891-1969.

H916c      Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II:  
arts. 11 ao 27 /por/ Nélson Hungria /e/ Heleno Cláudio  
Fragoso. 5.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.  
p.            23cm

Apêndice

Bibliografia

1. Direito penal — Legislação — Brasil I. Fragoso,  
Heleno Cláudio II. Brasil. Leis, decretos, etc. Código  
Penal III. Título

CDU — 343 (81) (094.46)

[341.5]

78-0573

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela  
COMPANHIA EDITORA FORENSE  
Avenida Erasmo Braga, 299 - 1.º e 2.º andares - Rio de Janeiro - RJ  
Largo de São Francisco, 20 - Loja - São Paulo - SP

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

## SUMÁRIO

## Primeira Parte — NÉLSON HUNGRIA

Art. 11 .....	58
Arts. 12 a 14 .....	71
Art. 15 .....	109
Arts. 16 e 17 .....	214
Art. 18 .....	253
Arts. 19 a 21 .....	263
Arts. 22 a 24 .....	315
Arts. 25 a 27 .....	395

## Apêndice

— C3 Pandectistas do Direito Penal .....	443
— Sobre a Pena de Morte .....	459
— Um Novo Conceito de Culpabilidade .....	475

## Segunda Parte — HELENO FRAGOSO

Art. 11 .....	503
Arts. 12 a 14 .....	526
Art. 15 .....	534
Arts. 16 e 17 .....	560
Art. 18 .....	571
Arts. 19 a 21 .....	577
Arts. 22 a 24 .....	599
Arts. 25 a 27 .....	621

<i>Bibliografia Geral</i> .....	639
<i>Índice Alfabético de Assuntos</i> .....	647

## PLANO GERAL DA COLEÇÃO

**Vol. I — Min. NELSON HUNGRIA**

Tomo I: Arts. 1 a 10

Tomo II: Arts. 11 a 27

4ª ed. — 1958

**Vol. II — Arts. 28 a 74**

Prof. ROBERTO LYRA

2ª ed. — 1958 (2ª tiragem)

Prof. ANÍBAL BRUNO

1ª ed. — 1969

**Vol. III — Min. NELSON HUNGRIA**

Arts. 75 a 101

4ª ed. — 1958

**Vol. IV — Prof. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO**

Arts. 102 a 120

4ª ed. — 1958

**Vol. V — Min. NELSON HUNGRIA**

Arts. 121 a 136

4ª ed. — 1958

**Vol. VI — Min. NELSON HUNGRIA**

Arts. 137 a 154

4ª ed. — 1958

**Vol. VII — Min. NELSON HUNGRIA**

Arts. 155 a 196

2ª ed. — 1958

**Vol. VIII — Min. NELSON HUNGRIA e**

**Des. ROMÃO CORTES DE LACERDA**

Arts. 197 a 249

4ª ed. — 1958

**Vol. IX — Arts. 250 a 361**

Prof. J. DE MAGALHAES DRUMMOND

1ª ed. — 1944

Min. NELSON HUNGRIA

1ª ed. — 1958

2ª ed. — 1959



# Primeira Parte

Nelson Hungria



## TÍTULO II

## DO CRIME

**BIBLIOGRAFIA** (especial). BELING (Ernst), *Die Lehre vom Verbrechen* (A doutrina do crime), 1906; *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930 (traduzido em castelhano por SEBASTIÁN SOLER, sob o título *La doctrina del delito-tipo*, 1944); *Esquema de derecho penal*, trad. cast. de SOLER, 1944; SOLER (S.), *Análisis de la figura delictiva*, 1943; *La raíz de la culpabilidad*, 1945; *Causas supralegales de justificación*, extr. de *La Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, vol. 39; ASÚA (Jiménez), *Doctrina técnica del delito*, in *Problemas de derecho penal* 1944; *La ley y el delito*, 1945; *La no exigibilidad de otra conducta*, in *El criminalista*, vol. II, 1942; LOPEZ-REY Y ARROJO, *Qué es el delito?*, 1947; FONTECILLA (R.), *El concepto jurídico del delito y sus principales problemas técnicos*, 1936; BLUME, *Tatbestandskomplemente*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 73, 1906; BATTAGLINI (G.), *Gli elementi del reato nel nuovo Codice Penale*, in *Riv. ital. di dir. e proc. penale*, 1934; *L'evento come elemento costitutivo del reato*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1934; CARNELUTTI (F.), *La teoria generale del reato*, 1933; *Il danno ed il reato*, 1930, ALTAVILLA (E.), *Teoria soggettiva del reato*, 1933; MARTUCCI, (A.), *Appunti sugli elementi del reato*, 1935; *Reato*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. X; RONCAGLI (G.), *La fattispecie penale*, 1947; BONUCCI (A.), *Il reato come fatto illecito e come fatto punibile*, in *Riv. di dir. e proc. penale*, 1919, I; MASSARI (E.), *Le dottrine generali del diritto penale*, 1928; *Il momento esecutivo del reato*, 1934; ZIMMERL (L.), *Zur Lehre vom Tatbestand*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 237; ANTOLISEI (F.), *L'azione e l'evento nel reato*, 1928; *L'offesa ed il danno nel reato*, 1930; *Reati formali, reati materiali, reati di pericolo e di danno*, in *Riv. Penale*, 1922; *Problemi penali odierni*, 1940; BAUMGARTEN, *Der Aufbau des Verbrechenlehre* (A construção da teoria do crime), 1913; MANASSERO, *Il delitto collettivo*, 1914; VANNINI (O.), *Ricostruzione sintetica della dottrina del reato*, 1927; *I reati commissivi mediante omissione*, 1916; BETTIOL, *La dottrina del*

Tatbestand nella sua última formulazione, in *Riv. ital. di dir. e proc. penale*, 1932; GRISPIGNI (F.), *L'evento come elemento costitutivo del reato*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1934; *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. ital. di dir. e proc. penale*, 1934; BINDING (K.), *Die Normen und ihre Übertretung* (As normas e sua transgressão), 1890; CECHI (O.), *L'evento nel reato*, 1932; *Il reato formale*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1933; BOVIO (C.), *Gli elementi del reato*, 1933; *Delitti materiali e delitti formali*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1934; DELITALA (G.), *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, 1930; SANTORO (A.), *Teoria delle circostanze del reato*, 1933; CARNELUTTI, *Lezione di Diritto Penale. Il reato*, 1943; *Il caso fortuito nel diritto penale*, 1937; PANNAIN (R.), *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, 1936; GOLDSCHMIDT (J.), *Contributo alla sistematica delle teorie generali del reato*, in *Riv. de dir. e proc. penale*, 1934; *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. cast. de M. GOLDSCHMIDT e RICARDO NUÑEZ, 1943; *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902; *Was ist Verwaltungsstrafrecht?*, in *Strafrechtliche Zeitung*, I, 1914; ROCCO (A.), *L'oggetto del reato*, in *Opere giuridiche*, I, 1932; PERGOLA (U.), *Il reato*, 1930; ROMANO DI FALCO, *Le dottrine generali del diritto penale e la teoria generale del reato nella letteratura recentissima*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1938; TESAURO (A.), *L'omissione nella teoria del reato*, in *Scritti giuridici "in memoriam" de EDUARDO MASSARI*, 1938; MORO (Aldo), *La antijuricidad penal*, trad. esp. de SANTILLAN, 1949; *Unità e pluralità di reati*, 1951; *Sui reati così detti di mero sospetto*, in *Scuola Positiva*, I, 1932; KOLMANN, *Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem*, in *Straf. Abhandlungen*, fasc. 91; NATORP, *Der Mangel am Tatbestand* (A ausência do conteúdo de fato do crime), idem, fasc. 272; REDSLOB, *Die kriminelle Unterlassung* (A omissão criminosa), idem, fasc. 70; GIVANOWITCH, *Les problèmes fondamentaux du droit criminel*, 1929; STEVENSON (O.), *Da exclusão de crime*, 1941; MADUREIRA DE PINHO (D.), *O valor do perigo no direito penal*, 1939; TORNAGHI (H. B.), *A questão do crime formal*, 1934; BOTTI, *La nozione giuridica del pericolo*, in *Studi in onore di CARLO FADDA*, 1905; MAYER (M. E.), *Rechtsnormen und Kulturnormen*, in *Strafr. Abhandlungen*, fasc. 50; ANGIONI (M.), *Le cause che escludono l'illeceità obiettiva penale*, 1930; *Sul concetto di pericolo*, in *Scuola Positiva*, 1913; *La volontarietà del fatto nei reati*, 1927; FINZI (M.), *Le condizioni obiettive di punibilità del reato*, in *Giustizia Penale*, I, 1931; RATIGLIA (G.), *Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, 1932; OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, 1894; BELLAVISTA, *I reati senza azione*, 1937; LEONE (G.), *Il reato aberrante*, 1940; *Del reato abituale, continuato e permanente*, 1933; PISAPIA, *Reato continuato*, 1938; PILLITU, *Il reato continuato*, 1936; ALIMENA (F.),

*Le condizioni di punibilità*, 1938; LAND, *System der äusseren Strafbarkeitsbedingungen*, in *Strafr. Abhandlungen*, fasc. 229; DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, 1935; BRUNETTI (G.), *Il delitto civile*, 1906; BETTIOL, *Sul reato proprio*, 1939; RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, 1942; *Il reato complesso*, 1940; CAMARGO HERNANDEZ, *El delito continuado*, 1951; PROTO (E.), *Sulla natura giuridica del reato continuato*, 1951; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La antijuricidad como concepto unitario*, 1952; BRASIL AMERICANO, *Do crime continuado*, 1956.

### COMENTARIO

49. **Conceito jurídico do crime.** *Sub specie juris*, e em sentido amplo, crime é o *ilícito penal*. Mais precisamente: é o fato (humano) típico (isto é, objetivamente correspondente ao descrito *in abstracto* pela lei), contrário ao direito, imputável a título de dolo ou culpa e a que a lei contrapõe a pena (em sentido estrito) como sanção específica. É de enjeitar-se, categoricamente, pelo menos em face do direito positivo, a inclusão da *periculosidade* subjetiva no conceito do crime, segundo pretende a chamada *teoria sintomática* (TESAR, KOLLMANN etc.), que vai ao ponto de subordinar a importância *realista* do crime (como efetivo ataque a bens ou interesses juridicamente tutelados) à sua importância *sintomática* (no sentido da periculosidade do agente). O reconhecimento de um fato como crime independe da periculosidade de quem o pratica. Entendida como “probabilidade de reincidência”, a periculosidade não funciona, sequer, como critério de medida da pena. Na definição formulada acima, encontram-se fixados todos os *sinais* que, a nosso ver, devem ser distintamente considerados (segundo a *teoria realística*) na análise técnico-jurídica do crime: *fato típico*, *injuricidade* (ilicitude jurídica), *culpabilidade*, *punibilidade*. O fato típico e a culpabilidade constituem, respectivamente, o *elemento material* (exterior, objetivo) e o *elemento moral* (psíquico, subjetivo) do crime: a injuricidade é a sua própria *essência*, e a punibilidade a sua *nota particular*. Advirta-se logo, porém, que não estamos em *zona pacífica*. A conceituação jurí-

dica do crime é ponto culminante <sup>1</sup> e, ao mesmo tempo, um dos mais controversos e desconcertantes da moderna doutrina penal.<sup>2</sup> No esforço para uma requintada construção dogmática (a chamada “teoria jurídica do crime”), multiplicam-se, notadamente a partir de BELING,<sup>3</sup> lucubrações de lógica meticulosa, que, por vezes, se apresentam tão grávidas de sutilezas, de *atomizações* analíticas, que acabam abastardando a ciência jurídico-penal num abstracionismo difuso, confuso e infecundo. Para encontrar-se caminho transitável por entre o *nevoeiro* formado por um exasperado tecnicismo jurídico, o *roteiro* traçado acima parece-nos o mais aconselhável. Como a seguir veremos, não há nele indicações supérfluas.

**50. Fato típico.** O crime é, antes de tudo, um *fato*, entendendo-se por tal não só a expressão da vontade mediante *ação* (voluntário movimento corpóreo) ou *omissão* (voluntária abstenção de movimento corpóreo), como também o *resultado* (*effectus sceleris*), isto é, a conseqüente lesão ou periclituação de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado.<sup>4</sup> Não há crime sem uma vontade *objetivada*, sem a

---

<sup>1</sup> A análise da “figura do crime” não é apenas uma injunção de técnica jurídica: há a inspirá-la o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que é um dos redutos da liberdade individual. Este ponto de vista foi o adotado numa das conclusões da 1.<sup>a</sup> Conferência Pan-Americana de Criminologia, reunida no Rio, em julho de 1937.

<sup>2</sup> Asúa vai ao extremo de afirmar que o tema, de tão árduo, não é para ser estudado “*en los umbrales de la vejez*” (*La ley y el delito*, pág. 254). Realmente, se o quisermos rastrear através do infatigável *capilarismo* das construções de lógica abstrata, que já hoje entrou em decadência (v. ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, 1940), iremos lidar com alguma coisa que deixa de ser aquela diáfana ciência do direito penal ensinada por CARRARA e VON LISZT, para constituir um capítulo do tratado das... complicações. Veja-se, no “Apêndice”, nossa dissertação sobre “Os pandectistas do direito penal”.

<sup>3</sup> *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

<sup>4</sup> Bem é tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade da existência humana (existência do homem individualmente considerado e existência do homem em estado de sociedade), e *interesse* é a ava-

voluntária conduta de um homem,<sup>5</sup> produtiva ou não impeditiva de uma alteração no mundo externo. É uma vontade que se realiza. Pensamentos ou desejos que se exaurem no foro íntimo não interessam ao direito secular (que é *relatio hominis ad hominem*). *Cogitationis poenam nemo patitur*. Só se pode transgredir a norma penal com um *facere* ou um *non facere* (*non facere quod debet facere*), isto é, fazendo-se o que ela proíbe ou deixando-se de fazer o que ela manda (de modo que o *non facere*, em tal hipótese, não equivale ao *nihil agere*: importa um *aliud agere*, uma exteriorização de vontade, no sentido de uma conduta diversa da reclamada pela ordem jurídica). Daí, a primeira divisão dos crimes em *comissivos* e *omissivos*, subdividindo-se estes em *próprios* e *impróprios* (*comissivos por omissão*), conforme a omissão seja, em si mesma, o crime (ex.: a *omissão de socorro*), ou seja o meio ou ensejo a um evento ulterior, condicionante do crime (ex.: a mãe deixa, intencional ou negligentemente, de alimentar o filho recém-nascido, ocasionando-lhe a morte). Tem-se pretendido que há uma classe de crimes que não são comissivos, nem omissivos: os chamados *crimes de mera*

---

<sup>5</sup> Somente a *pessoa física* ou *natural* pode praticar crime. Redunda num contra-senso o admitir-se que também as *pessoas jurídicas* ou *entes morais* possam delinquir e incidir *sub poena*: faltam-lhes inteligência e vontade e, portanto, capacidade de direito penal. Nem lhes seria ajustável a sanção penal *expiatória*, mesmo a pena pecuniária, pois esta iria atingir, não ao *ente moral*, mas às pessoas físicas que o compõem, *culpadas* ou *inocentes*. Não se pode rejeitar o velho princípio de que *societas delinquere non potest*. O critério da *responsabilidade coletiva*, adotado pelo macabro Tribunal de Nuremberg, foi um triste retorno aos tempos primitivos, em que se confundia o "indivíduo" com o "grupo".

---

liação ou representação subjetiva do bem como tal (*rocco*, *L'oggetto del reato*). *Bem* ou *interesse jurídico* é o que incide sob a proteção do direito *in genere*. *Bem* ou *interesse jurídico penalmente protegido* é o que dispõe da reforçada tutela penal (vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade, moralidade pública, fé pública, organização familiar, segurança do Estado, paz internacional etc).

*suspeita*. Cita-se, como caso-padrão, a posse injustificada e suspeita de instrumentos destinados à prática de furto (fato que a nossa lei penal considera simples *contravenção*: art. 25 da Lei das Contravenções Penais). Argumenta MANZINI, a propósito de tal caso, que a *posse* não é uma *ação*, nem uma *omissão*, mas um *evento* ou um *estado*. Tal argumento, porém, ressoa de superficialismo e com ele não se pode formular um conceito de dogmática jurídico-penal, no sentido de uma nova divisão geral de crimes. Convenha-se que a posse material de um objeto não é uma ação ou omissão, mas é bem de ver que resulta de uma ação: a ação de *apreender* o objeto. No exemplo invocado, portanto, não se pode negar que haja uma *ação*, imprescindível, aliás, para que se apresente, na espécie, quer a *imputatio juris*, quer a própria *imputatio facti*. Como diz PERGOLA, não basta que o indivíduo seja encontrado na posse dos instrumentos suspeitos: "... *occorre che la persona si fosse messa in possesso degli oggetti, giacchè, se Tizio se trovasse in possesso di quegli oggetti perchè altri avevano posto in dosso a sua insaputa, Tizio non sarebbe punibile*". Replica MANZINI<sup>6</sup> que a causa produtiva do evento "posse" não tem importância constitutiva da infração, e só eventualmente poderá funcionar como *descriiminante*. É evidente o artifício do raciocínio. O alheamento do insciente possuidor à causa da posse não será uma *descriiminante*, mas óbice à própria imputação física do evento, por isso mesmo que o resultado (evento de dano ou evento de perigo), de que depende a existência de qualquer infração, só é imputável a quem lhe deu causa. A relação de causalidade objetiva entre o agente e o resultado é indeclinável condição de fato de toda infração penal. Assim, no caso *de quo agitur*, para que se configure a infração, é indispensável que o acusado tenha realizado, por ato próprio, a *apprehensio* dos instrumentos. Ora, a posse é a continuidade do efeito da *apprehensio*: sem esta, como é óbvio, não haveria aquela; de modo que uma e outra formam uma unidade incindível para

<sup>6</sup> *Trattato di diritto penale italiano*, 1933, pág. 562.



o reconhecimento da infração, confirmando-se, portanto, a regra de que não há crime (ou contravenção) sem ação (ou omissão).

Igualmente, não existe crime sem *resultado*. A toda ação ou omissão penalmente relevante corresponde um *eventus damni* ou um *eventus periculi*, embora, às vezes, não seja perceptível pelos sentidos (como, por exemplo, a “ofensa à honra”, no crime de *injúria*). É de se enjeitar a distinção entre *crimes de resultado* (*Erfolgsdelikte*) e *crimes de simples atividade* (*Reinetätigkeitsdelikte*).<sup>7</sup> Todo crime produz um dano (real, efetivo) ou um perigo de dano (relevante possibilidade de dano, dano potencial), isto é, cria uma alteração do mundo externo que afeta à existência ou à segurança do bem ou interesse que a lei protege com a *ultima ratio* da sanção penal. É inegável que o perigo de dano também representa um *resultado*, isto é, um evento no mundo objetivo.<sup>8</sup> Segundo a impecável definição de Rocco, “perigo é a modificação do mundo exterior (resultado) voluntariamente causada ou não impedida (ação ou omissão), contendo a *potencialidade* (idoneidade, capacidade) de produzir a perda ou “a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um “interesse (dano)”. Assim disserta o ministro CAMPOS, na sua *Exposição de motivos* sobre o projeto definitivo do vigente Código Penal: “O projeto acolhe o conceito de que *não há*

<sup>7</sup> LISZT-SCHMIDT (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1927, pág. 155): “Aus den Gesagten ergibt sich, dass zu jedem Verbrechen ein Erfolg erforderlich ist. Es ist also unrichtig, innerhalb des kriminellen Unrechts zwischen ‘Erfolgsdelikten’ und reinen, einen Erfolg nicht voraussetzenden ‘Tätigkeitsdelikten’ zu unterscheiden” (“Do que ficou dito, conclui-se que para todo crime é necessário um “resultado. Errôneo, portanto, será distinguir, em matéria de ilícito “penal, entre *crimes de resultado* e *crimes de mera atividade* ou “sem o pressuposto de um resultado”).

<sup>8</sup> Rocco (*L'oggetto del reato*, pág. 35): “O perigo, do mesmo “modo que o dano, tem uma *causa*, e *causa* não pode ser senão “*matéria*, como força e energia. Perigo é, então, a possibilidade de “um dano (condição, situação, estado de perigo)”. ”

“crime sem resultado. Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano, e sendo o perigo um “trecho da realidade” (um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado, objetivamente, como resultado, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologicamente, com a ação ou omissão”.<sup>9</sup> Exposto a perigo, o bem ou interesse jurídico não é *substancialmente lesado*, mas sofre uma turbação no seu estado de segurança:

<sup>9</sup> Eis a lição de M. E. MAYER (*Strafrecht, allgemeiner Teil*, 1923, pág. 119): “Da nämlich bei manchen Delikten Willensbetätigung und Erfolg zeitlich nicht merkbar verschieden sind, entsteht der schein, als ob ein Erfolg nicht vorhanden sei. Die zeitliche Einheit darf aber niemals über die logische Zweiheit täuschen; die logische Analyse ergibt, dass das Delikt aus Willensbetätigung und Erfolg besteht, auch wenn beide zeitlich zusammenfallen” (“Como em muitos crimes a conduta voluntária e o resultado não diferem perceptivelmente no tempo, faz isso supor a inexistência do resultado. A unidade cronológica, porém, não pode iludir-nos a respeito da unidade lógica. A análise lógica demonstra que o crime consiste em conduta voluntária e resultado, ainda quando uma e outra coincidam no tempo”).

A este raciocínio não atende VON HIPPEL (*Deutschen Strafrecht*, II, 1930, pág. 132), segundo o qual falha o resultado “nos chamados crimes de *simples ação* ou *mera atividade* e nos crimes omissivos puros” (*bei den sog. reinen Handlungen — (oder schlichten Tätigkeits) und bei den reinen Unterlassungen (Omissiv —) Delikten*), pois que “nos primeiros, há uma atividade e, nos últimos, uma omissão que incidem, como tais, sob a pena, abstraída qualquer ulterior mudança do mundo externo, pois o legislador considera já nesse ato ou inércia “uma ofensa ou periclitacão do bem jurídico” (*bei ersten ist eine Tätigkeit, bei letzteren eine Unterlassung als solche ohne Rücksicht auf weitere Veränderung der Aussenwelt unter Strafe gestellt, weil der Gesetzgeber bereits in diesen Tun oder Unterlassung selbst eine Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern erblickt*”). Sutil e inútil parece-nos a distinção que VON HIPPEL faz entre resultado em sentido estrito (alteração juridicamente relevante do mundo externo) e resultado em sentido lato, isto é, realização do conteúdo típico do crime (“*Verwirklichung eines konkreten Deliktstatbestands*”), para dizer que somente em vista do último, é que se pode acolher o princípio de que não há crime sem resultado.

é colocado, embora transitoriamente, numa situação de precariedade, de incerteza, de instabilidade. Muito se discute, em doutrina, acerca do conceito de perigo. Há uma *quæstio præjudicialis*: o perigo é uma pura representação do espírito ou é, ao contrário, uma realidade fenomênica?

A teoria subjetiva (JANKA, VON BURI, FINGER) sustenta que o perigo não é senão uma *idéia*, um *ens imaginationis*, nada tendo de objetivo: é uma hipótese, não um fato; uma abstração subjetiva, não uma entidade concreta. Na realidade dos fenômenos, não há lugar para o perigo objetivo, isto é, para a *possibilidade* ou *probabilidade* do fenômeno: ou este acontece, e era desde o princípio possível, embora fosse julgado impossível; ou não acontece, e então era *ab initio* impossível, ainda que fosse julgado possível. Há sempre, desde o surgir da condição inicial, a certeza absoluta de que o fenômeno terá ou não de verificar-se. Não há fenômenos possíveis ou prováveis, impossíveis ou improváveis, mas apenas fenômenos *necessários* ou *não-necessários*. Possibilidade e probabilidade não são mais que um fruto da nossa ignorância ou da imperfeição da natureza humana, um produto da limitação do nosso espírito, que não consegue abranger todas as causas de um *fenômeno*.<sup>10</sup> Perigo, portanto, segundo os subjetivistas, não passa de uma impressão de temor, de uma representação mental, de uma pura indução subjetiva (VON BURI).

---

<sup>10</sup> Discorre JANKA: "O homem não tem o olhar suficientemente "penetrante da realidade objetiva para poder ver e determinar todas "as forças convergentes e divergentes que atuam inapercebida- "mente; de modo que o temor de que, no caso concreto, não se "apresentam as condições contrárias ao evento lesivo, pode fazer "parecer a situação como ameaçadora. Uma situação que provoca "esse temor pode, sob tal ponto de vista, afigurar-se uma situação "perigosa, um perigo. Neste sentido, quando a lei se serve dele, é "que se deve entender o conceito de perigo" (*Das österreichische Strafrecht*, § 25, apud JANNITTI DI GUYANGA, *Concorso di più persone e valore del pericolo nei delitti colposi*, 1913).

Diverso é o ponto de vista da teoria objetiva (VON KRIES, BINDING, MERKEL, OPPENHEIM, HÄLSCHNER, VON LISZT, ROCCO, JANNITTI DI GUYANGA, RATIGLIA, FLORIAN): o perigo é um *trecho da realidade*. Existe uma possibilidade ou probabilidade *objetiva* (segundo um cálculo estatístico ou observação sistemática dos fatos) e, portanto, um perigo objetivo. Se, em certas circunstâncias, um fenômeno pode ocorrer ou falhar, significa isto que o fenômeno existe na ordem externa das coisas, na possibilidade ou probabilidade objetiva do mundo cósmico, ou, seja, que o fenômeno possível ou provável tem uma existência objetiva. O que impede o advento do fenômeno são, *in concreto*, condições ulteriores às que tendiam necessariamente a produzi-lo; mas a superveniência dessas condições impeditivas não exclui que o perigo tenha existido.<sup>11</sup> Perigo é, portanto, segundo os objetivistas, um *estado de fato* que contém as condições (incompletamente determinadas) de um evento lesivo (VON KRIES).

Uma terceira teoria que, pode dizer-se, remonta a OPPENHEIM, defende um critério *misto* ou *integrativo*: perigo é um conceito ao mesmo tempo objetivo e subjetivo. Eis o raciocínio do citado autor: "Podemos apenas conhecer, mediante a experiência, a possibilidade próxima ou probabilidade (condições necessárias ao necessário dano) pela sua presença. Se essa possibilidade ou probabilidade é sempre alguma coisa de *subjetivo*, todavia a situação na qual um

<sup>11</sup> Se, a seguir, o dano julgado possível ou provável deixa de sobrevir, não importa isso uma negação do cálculo de possibilidade ou probabilidade, pois esta ou aquela significa *verificabilidade*, e não *verificação*. Diz Rocco (ob. págs. 301-302): "*Altro é verificabilità, o effettuabilità, o realizzabilità di un fenomeno, altro la sua verifica-zione, o effettuazione, o realizzazione; altro la causabilità, altro la causazione: quella è la causalità in potenza, questa è la causalità in atto. Fra la necessaria verificazione e la necessaria non verifica-zione di un fenomeno, vi è dunque posto per la verificabilità (effett-uabilità, realizzabilità, causabilità) cioè per la possibilità — e quindi anche per la probabilità — del fenomeno stesso. La possibilità, come la probabilità, ha una esistenza obbiettiva. è un ens reale, un fatto, una realtà concreta, non un ens imaginationis, cioè un non ens*".

“objeto é posto mediante o perigo é alguma coisa de *objeto*.” <sup>12</sup> Perigo, como possibilidade de dano, é uma situação objetiva; mas a possibilidade, embora tenha uma existência objetiva, não se revela por si mesma: tem de ser *reconhecida*, isto é, julgada. É preciso um juízo avaliativo, uma previsão, um cálculo (*Urteilsgefahr*). O juízo ou cálculo sobre a possibilidade de um fenômeno é o resultado de um raciocínio silogístico, de que a *premissa menor* é o conhecimento da presença de determinadas circunstâncias e a *premissa maior* é a lição da experiência em torno a circunstâncias análogas. Um fenômeno existente dispõe de potência causal quanto a outro fenômeno, ainda não ocorrido, quando a experiência (fundada na observação de casos idênticos) nos ensina que ao primeiro fenômeno costuma seguir-se o segundo, em relação de causa a efeito. Exemplo: a um ferimento no abdômen costuma seguir-se a peritonite (premissa maior); alguém foi atingido no abdômen por uma bala: logo, pode sobrevir-lhe peritonite. Em suma: a possibilidade não é apenas objetiva, nem somente subjetiva, mas, a um só tempo, objetiva e subjetiva. Esta última teoria é que é a verdadeira. Se é certo que se pode conceber objetivamente o perigo, não é menos certo que tal concepção não poderá jamais excluir uma avaliação subjetiva, isto é, uma apreciação sintética das circunstâncias. <sup>13</sup>

O perigo não é, por conseguinte, um elemento arbitrário. Se se tratasse de uma simples *impressão*, com ele não poderia

<sup>12</sup> *Die Objekte des Verbrechens*, I, 1894, pág. 208.

<sup>13</sup> Deve notar-se que o dissídio entre as teorias subjetiva e objetiva é apenas *filosófico*. Praticamente se equivalem, pois se uma (a subjetiva), encarando os fatos *a posteriori*, declara o perigo *imaginado*, enquanto a outra, apreciando os fatos *a priori*, reconhece a objetividade do perigo, o certo é que ambas são acordes em admitir que o perigo pode ser *elemento* do crime. Além disso, a própria teoria subjetiva admite a *relativa* objetividade de perigo, dada a deficiência do espírito humano, que não pode prefixar, no seu desdobramento, o jogo de todas as forças processantes de um fenômeno (FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, I, 1904, § 52).

operar o direito penal, que deixaria de tutelar a ordem externa, para proteger a *impressionabilidade* interna dos indivíduos.

Qual, porém, a *quantidade* ou *grau de consistência* que deve apresentar o perigo como conceito jurídico-penal? De novo, aqui, se estabelece a controvérsia doutrinária. Querem alguns autores que basta a simples *possibilidade* (FINGER, ROCCO, FLORIAN). Diz Rocco (ob. cit., pág. 304): "Perigo "não é apenas a possibilidade próxima do dano, a *probabilidade*, maior ou menor (perigo próximo); mas a possibilidade de dano *in genere*, baixa ou elevada, maior ou menor, "próxima ou remota (perigo próximo ou remoto). Para o "conceito de perigo é, assim, indiferente o mais ou o menos, "o *grau* de possibilidade. Mesmo aquilo que *não é provável* "é possível. A possibilidade do dano, qualquer que seja o "seu grau, é necessária e *suficiente* ao conceito de perigo".

Entendem outros, entretanto, que é necessária a *probabilidade* (a *Wahrscheinlichkeit*, dos autores alemães), isto é, uma relação de possibilidade deduzida do *id quod plerumque accidit*. Assim opinam, entre outros, ROHLAND, VON HIPPEL, BELLING, LÖFFLER, HAFTER, MASSARI, ANTOLISEI, JANNITTI DI GUYANGA. Sob o mesmo ponto de vista, MERKEL e VON KRIES falam em *notável possibilidade*. OPPENHEIM e LISZT-SCHMIDT referem-se a *possibilidade próxima* (*nahe Möglichkeit*).<sup>14</sup> GRISPIGNI entende que deve apresentar-se uma *relevante possibilidade*.

Sem dúvida alguma, a razão está com os que declaram a insuficiência da mera *possibilidade*.<sup>15</sup> O perigo, sob o prisma

<sup>14</sup> Esta é a lição de LISZT-SCHMIDT (*Lehrbuch des Strafrechts*, 1927, pág. 155): "Perigo é o estado no qual, dadas certas circunstâncias, geralmente reconhecíveis ou conhecidas apenas do agente, "apresenta-se a possibilidade próxima (probabilidade) do advento "do dano".

<sup>15</sup> Conforme observa GRISPIGNI, "se, de um ponto de vista puramente lógico, o perigo consiste na mera possibilidade de um evento "temido, não pode ele, entretanto, assumir importância prática, senão "quando essa possibilidade apresente certa relevância, de vez que,

jurídico-penal, não pode ser uma abstrata possibilidade ou uma eventualidade anormal ou incomum. Para o seu reconhecimento, é necessário ter-se em conta *id quod saepius accidit*. Como diz LÖFFLER, o direito penal deve desinteressar-se dos perigos mínimos ou de escassa possibilidade, pois, de outro modo, cessaria toda a liberdade de movimentos. Se estivéssemos obrigados a prevenir a infinita variedade dos possíveis acontecimentos lesivos, teríamos de evitar as ações ou omissões mais mezinhas da vida cotidiana. No curso desta, há certa normalidade de *riscos*. O homem só deve abster-se daquilo que, segundo a lição da experiência comum, fundada no curso normal dos fatos, pode acarretar danos antijurídicos. O advento do dano será mais ou menos provável (segundo a maior ou menor preponderância das condições favoráveis sobre as contrárias), mas cumpre que seja sempre demonstrável lógica e praticamente, em cotejo com os casos análogos.

O perigo, no campo jurídico-penal, pode ser *presumido* ou *concreto, coletivo* (ou comum) ou *individual, atual* (ou *iminente*) ou *futuro* (mediato).

Perigo presumido (ou que deve ser reconhecido *in abstracto*) é o que a lei presume, *juris et de jure*, inserto em determinada ação ou omissão. Perigo concreto, ao contrário, é o que deve ser averiguado ou demonstrado de caso em caso na sua efetividade, ou é presumido *juris tantum*, admitida prova em sentido oposto. É bem de ver que a lei não deixa a apreciação do perigo ao juízo do agente: no caso de perigo presumido ou *in abstracto*, funda-se na experiência geral (*Urteil der Gesellschaft*) para, *a priori*, considerar perigosa esta ou aquela ação ou omissão; no caso de perigo *in concreto*, dependendo este de um juízo *a posteriori*, não é ainda a opinião do agente que se deve ter em conta, mas o juízo comum, o entendimento vulgar.

---

“psicológicamente, o temor de um evento normalmente não é suscitado senão quando se reconhece relevante possibilidade de sua “verificação” (*La pericolosità, in Scuola Positiva*, 1920, pág. 104).



Perigo coletivo ou comum é aquele que afeta indeterminado número de pessoas, constituindo o evento típico dos crimes e contravenções *contra a incolumidade pública*.<sup>16</sup> Perigo individual é o que afeta o interesse de uma só pessoa ou de um exíguo e determinado grupo de pessoas, e constitui o evento específico de certos crimes *formais* e dos crimes *de perigo*, que podiam ser chamados crimes contra a *incolumidade individual*.

Perigo atual ou iminente significa a possibilidade presente ou efetiva do dano, pouco importando a maior ou menor *persistência* ou *permanência* dessa possibilidade. Perigo futuro ou mediato é aquele que, embora não existindo na atualidade, pode advir em tempo sucessivo. É a probabilidade de perigo ou o *perigo de perigo*. É o evento genérico das contravenções e das tentativas dos crimes *de perigo*.

Há crimes cuja consumação depende da efetiva lesão do bem jurídico protegido, e são chamados crimes de *dano* ou *materiais* (ex.: homicídio, furto, estelionato, estupro, crimes culposos em geral); outros há, entretanto, que se consideram perfeitos com a só probabilidade de dano: são os crimes denominados *formais* (ex.: os crimes de *falsidade*), ou de *consumação antecipada*, e os crimes *de perigo* (ex.: os definidos no capítulo III do tit. I da "parte especial" do Código), devendo notar-se que a diferença entre uns e outros está apenas no elemento subjetivo, como adiante veremos.

Entre a ação (ou omissão) e o resultado deve existir uma relação de causa a efeito (*relação de causalidade*). Esta é indispensável à imputação física do *effectus sceleris*: para atribuir a alguém um crime, tem-se de averiguar, preliminarmente, se o evento de dano ou de perigo pode ser referido à sua ação ou omissão (veja-se n.º 58).

O fato elementar do crime deve corresponder fielmente à descrição contida no preceito legal incriminador (conside-

<sup>16</sup> Tit. VIII da "parte especial" do Código Penal e cap. III da "parte especial" da Lei das Contravenções Penais.



rado em si mesmo ou em conexão com a regra geral sobre a tentativa). A esse caráter do fato chama-se *tipicidade*.<sup>17</sup> Dizer-se que não há crime sem tipicidade é repetir o *nullum crimen sine lege*; mas pode acontecer que um fato, apesar de sua correspondência formal com um *tipo* de crime, não seja crime ou fato contrário ao direito, de modo que é justificável, na teoria jurídica do crime, o destaque entre *tipicidade* e *injuricidade*, pois se esta não pode existir sem aquela, a recíproca não é verdadeira. O indivíduo que, por exemplo, mata outro em *legítima defesa* ou em *estado de necessidade*, realiza *formalmente* o crime de homicídio e, no entanto, comete um fato que se apresenta, *ab initio*, objetivamente lícito ou *secundum jus*.

51. **Injuricidade (ilicitude jurídica, ilegalidade).** Um fato, para ser criminoso, tem de ser, além de típico, contrário ao direito, isto é, estar positivamente em contradição com a ordem jurídica. Via de regra, o fato típico é também antijurídico, mas, como já se notou acima, nem sempre é assim. A tipicidade é um *indício* da injuricidade e, como todo indí-

---

<sup>17</sup> A *tipicidade* é o ponto de partida da famosa teoria dogmática-jurídica de BELING, que assim a define: "qualidade do fato, em virtude da qual este se pode enquadrar dentro de alguma das figuras de crime descritas pelo legislador mediante um processo de abstração de uma série de fatos da vida real". Segundo SOLER (*La formulación actual del principio "No hay delito sin ley previa"*), a doutrina em torno da *tipicidade* assinala um progresso da fórmula *nullum crimen sine praevia lege*, acentuando que "*la sola existencia de ley previa no basta: esta ley debe reunir ciertos caracteres; debe ser concretamente definitiva de una acción, debe traer una figura cerrada en si misma, en cuya virtud se conozca no solamente cual es la conducta comprendida sino también cuál es la no comprendida*". O só requisito da *lex praevia* poderia ser iludido pela formulação de um *praeceptum* aberto, ou vago, deixando sem nítidos contornos o fato incriminado, de modo a ensejar francamente a analogia. Assim, o requisito da *tipicidade* não seria apenas um elemento indiciário do crime, senão também um obstáculo a que o legislador penal desrespeite, indireta ou obliquamente, o princípio de proibição da analogia.

cio, é falível.<sup>18</sup> Para se reconhecer que um fato típico é também antijurídico, basta indagar, dadas as circunstâncias que o acompanham, se não ocorre uma *causa de excepcional licitude* (*causa excludente de crime, discriminante*), isto é, se a ação ou omissão não se apresenta como exercício de uma faculdade legal (reação moderada contra uma agressão atual e injusta, sacrifício do bem ou interesse alheio em *estado de necessidade*), ou realização de um direito outorgado ou cumprimento de um dever imposto por outra norma legal (penal ou extrapenal).<sup>19</sup> Tanto a injuricidade, quanto as causas de sua exclusão têm de ser apreciadas *objetivamente*, isto é, não dependem da *opinião* do agente, nem estão condicionadas à sua capacidade de direito penal. Assim como não age *contra jus* quem pratica um fato julgando-o, erradamente, ilícito (crime putativo por erro de direito), não deixa de agir ilicitamente quem pratica um fato supondo-o, por erro de direito, lícito (*error juris non excusat*). Se ocorre, *in concreto*, um *erro de fato* insuperável, que faça supor a inexistência de ilicitude, será excluída a *culpabilidade*, mas o fato não deixa de ser antijurídico. Igualmente, um fato ilícito não deixa de ser tal, ainda quando cometido por um louco ou uma criança.

<sup>18</sup> M. E. MAYER (*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1923, pág. 52): "Até prova em contrário, a injuricidade deve ser "aduzida da tipicidade. A prova em contrário pode resultar do sistema jurídico, ou do todo a que está incorporado o preceito legal, "ou de uma especial regra de direito" (*"Nur bis zum Beweis des Gegenteils ist der Schluss von der Tatbestandsmäßigkeit auf die Rechtswidrigkeit richtig. Der Gegenbeweis kann aber durch das Rechtssystem, also durch den Zusammenhang, in den jede gesetzliche Vorschrift eingegliedert ist, oder durch einen Rechtssatz geführt werden"*).

<sup>19</sup> Rocco (ob. cit., pág. 527): "Nel seno di questa grande unità, che noi chiamiamo diritto, un dissidio interiore non è concepibile. L'ordinamento giuridico non può consentire, nelle viscere sue, la guerra interna fra le singole norme che lo costituiscono; di tal che l'una vieti, ciò che l'altra comanda, o comandi, ciò che l'altra vieta, ovvero vieti o comandi ciò che l'altra consente, rispettivamente, di fare o di non fare".

Neste caso, como observa SOLER,<sup>20</sup> o que falta para provocar a reação penal não é um fato ilícito, mas um *indivíduo punível*.

A excepcional licitude de um fato correspondente a um *tipo* de crime somente pode ser encontrada na órbita do direito positivo. Não há causas *supra*, *extra* ou *meta* legais de exclusão de crime. A teoria da “conduta adequada à realização de um fato reconhecido pelo Estado”, de VON LISZT, ou a do “meio justo para um fim justo” (*princípio de justiça*), de GRAF ZU DOHNA (inspirada na teoria do *direito justo*, de STAMMLER), ou a das “normas de cultura”, de M. E. MAYER,<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> *Derecho Penal Argentino*, 1945, I, pág. 343.

<sup>21</sup> *Rechtsnormen und Kulturnormen*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 50. A teoria das “normas de cultura”, que, segundo MAYER, viria completar a *teoria das normas* de BINDING (o delinqüente não age em contradição com a lei penal, mas com as *normas*, isto é, princípios *jurídicos* que antecedem e informam a lei penal), pode ser assim resumida: no caminho aberto, mas não suficientemente continuado por BINDING, devemos dar um passo adiante, isto é, mais além da lei penal: da norma de direito à norma de cultura. O que o delinqüente transgredir são as normas de cultura reconhecidas pelo Estado. Não pode ser crime um fato consentâneo com as normas de cultura, que servem de elucidação e base à ordem jurídica. Quem diz *cultura*, diz apuro, requinte, progresso, civilização, avanço para um ideal. É a obra humana em contraste com a natureza. O domínio das forças naturais, o aperfeiçoamento dos instintos, o refinamento das necessidades inatas, tudo isto é cultura. Todas as atividades que convergem para esses *desiderata* são genuínos fatores de cultura. Ciência e arte, moral e religião, economia e direito, cooperando na vitória sobre o estado de natureza, são criadores de cultura. Há íntima relação entre *cultura* e *sociedade*. Sociedade é comunhão de interesses, e cultura é o tratamento adequado dos interesses comuns. Proibindo e ordenando, a cultura impõe-se ao indivíduo, cercándolo como sebe viva, e cria um complexo de normas, ou, mais exatamente, o complexo de normas, pois todas as normas são normas de cultura. *Normas de cultura* são proibições ou mandamentos, por meio dos quais uma sociedade exige conduta correspondente aos seus interesses. Neste conceito incidem as normas de religião e moral, as normas do intercâmbio material e moral, econômico ou social, as normas de cultura agrária, militar, técnica, acadêmica etc., e tam-

não podem ser admitidas *de jure constituto*. *Fim reconhecido pelo Estado* (aprovado pela ordem jurídica) ou *fim justo* não exclui a ilicitude do *meio* empregado para consegui-lo, ainda quando proporcionado, desde que a lei lhe imprime o selo de sua desaprovação. As “normas de cultura” do mesmo modo que o “princípio de justiça”, ou estão apoiadas pela lei, e são normas jurídicas, ou não estão, e redundam em princípios ajurídicos. Não há direito rondando fora, acima ou *a latere* da esfera legal. O *supralegalismo* de MEZGER, defendido entre nós por STEVENSON,<sup>22</sup> é incompatível com o positivismo jurídico.<sup>23</sup> O que está acima do *hortus clausus* das leis é um “nada jurídico”.

---

<sup>22</sup> *Da exclusão de crime e O método jurídico na ciência do direito penal.*

<sup>23</sup> Replicando a increpações de ASÚA e STEVENSON, assim se pronuncia SOLER (ob. cit., I, pág. 350): “*Pareceria que en gran medida ambos autores supusieran que nuestra fidelidad al principio in legibus salus, importase una canonización de las palabras de la ley, cosa, claro está, que no puede atribuírsenos con justicia, pues muy claramente hemos dicho que la ley no está en las palabras, sino en la voluntad que yase dentro de ellas. Lo hemos dicho, con la cita de CELSO, fr. 17, D., I, 3 (“scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem”). Si con la expresión “supralegal” no se quiere decir nada más que “supra verbal”, no tendríamos discrepancia que*

---

bém, naturalmente, as normas jurídicas. As relações do Estado com a cultura são variadíssimas, e surgem desde que o Estado é juridicamente organizado, em que os interesses gerais deparam reconhecimento na ordem jurídica. O reconhecimento de interesses gerais é o reconhecimento de normas de cultura. Uma análise psicológica da legislação penal demonstra que tal reconhecimento consiste na seleção, conformação e amparo das normas de cultura. O dever jurídico remonta ao dever cultural. A lei, no seu conjunto, não é mais que a adesão do Estado à cultura. Não é o Estado, mas a cultura que repele a conduta anti-social e justifica a punibilidade de uma ação.

Para desprestigiar esta teoria, basta ponderar que o legislador não está inibido de se pôr em contradição com a cultura, de modo que nem sempre as leis cristalizam normas de cultura.

**52. Culpabilidade (culpa "sensu lato").** Para reconhecimento do crime, como *fato punível*, não bastam a tipicidade e a injuricidade: é também necessário que haja uma relação subjetiva ou de causalidade psíquica vinculando o fato ao agente (culpabilidade, culpa *sensu lato*). Cumpre que o fato seja *culpado*. *Nulla poena sine culpa*. O agente deve ter *querido* livremente a ação ou omissão e o resultado (dolo), ou, pelo menos, a ação ou omissão (culpa *stricto sensu*). Ainda mais: é indispensável que o agente tenha procedido com a consciência da injuricidade ou ilicitude jurídica da própria conduta (crime doloso) ou com inescusável inadvertência quanto ao advento do resultado antijurídico (veja-se n.º 75). O direito penal moderno repeliu a chamada *responsabilidade objetiva*. Além do grau mínimo da culpabilidade, isto é, além da culpa *stricto sensu*, entra-se no domínio do caso *fortuito*, e *nulla culpa est in casu*.

A culpabilidade tem como pressuposto a *capacidade de direito penal* (*responsabilidade, imputabilidade penal*), isto é, a capacidade de autodeterminação e de entendimento ético-jurídico, referida ao *homo medius*. Excluída a responsabilidade penal do agente, não há falar-se em culpabilidade. É o que ocorre no caso de "doença ou deficiência mental", de "imaturidade", de "embriaguez plena e fortuita" (veja-se comentário aos arts. 22 a 24). Pode, entretanto, acontecer que, não obstante responsável o agente, seja excluída a culpabilidade mesma. São causas excludentes da culpabilidade: o escusável *erro de fato* (eliminativo da consciência de injuricidade ou mesmo da possibilidade de tal consciência), a *obediência legítima* (excepcional relevância do *erro de direito*, no sentido da exclusão do dolo) e a *coação irresistível* (ausência de vontade livre).

---

*manifestar. Pero en esta epoca de derechos artificiales, le tememos mucho a los derechos naturales que asoman detrás de esa teoria. Eso, en unas partes, quiere decir gesundene Volkanschauung (do ominoso novus ordo de Hitler...), en otras partes, quiere decir philosophia perennis"...*

Certa corrente de autores alemães (EB. SCHMIDT, FREUDENTHAL, MEZGER, SIEGERT), para suprir falha do Código Penal do seu país, entende que deve ser reconhecida como causa (*supralegal*) de exclusão de culpabilidade a “não exigibilidade” (*Nichtzumutbarkeit*) e assim argumenta: se o pressuposto da culpabilidade (*falta moral*) é a *censurabilidade* (*Vorwerfbarkeit*) da ação, segue-se que ela exprime a violação de um dever de conduta, do ponto de vista social; mas, conduta social não pode ser senão aquela que, sendo exigível de um indivíduo, não é seguida por este. A censurabilidade deixa de existir quando o indivíduo falta à observância de uma conduta que se apresentava impraticável no caso concreto (*ultra posse nemo tenetur*) ou particularmente difícil, *não exigível* do *homo medius*, do comum dos homens. O nosso Código assimilou explicitamente o critério da “não-exigibilidade”, mas para reconhecer, segundo a maior ou menor premissa das circunstâncias, ora uma *descriminante*, isto é, identificando-a como a própria essência do “estado de necessidade” (art. 20, caput), ora simples minorante (artigo 20, § 2.º).

**53. Punibilidade (incidência sob a ameaça da pena “stricto sensu”).** Constitui esta a nota específica do crime. Sòmente ela assinala inconfundivelmente o *ilícito penal*, em cotejo com o *ilícito civil* e o *ilícito administrativo*. Não se trata, como se tem pretendido, de um *elemento* componente do crime: é a particularidade, que êste apresenta, de estar sob a ameaça da “pena” (em sentido estrito). Advirta-se para logo, entretanto, que se o *nullum crimen sine poena* não sofre exceções no tocante ao momento da cominação legal, pode ser abstraído no momento da imposição (aplicação, inflicção) da pena. Um fato pode ser típico, antijurídico, culpado e ameaçado com pena (*in thesi*), isto é, *criminoso*, e, no entanto, anormalmente, deixar de acarretar a efetiva imposição da pena. Por considerações de oportunidade ou de política criminal, a lei, não obstante a existência de um crime (com todos os seus elementos e caracteres), determina, em



certos casos, a *não-aplicação da pena*,<sup>24</sup> ou a *extinção da punibilidade*. Em razão de tais casos, em que falha praticamente a punibilidade, é que esta não deve ser compreendida ou considerada necessariamente implícita, como já se tem sustentado, na *tipicidade*, na *injuricidade* ou na *culpabilidade*.

Na primeira das hipóteses citadas, apresentam-se as chamadas *causas pessoais de exclusão de pena* (*eximentes, excusas absolutórias*). Assim, no caso de “furto familiar” (art. 181, ns. I e II) e no de “favorecimento pessoal” *inter próximos* (§ 2.º do art. 348). O fato não deixa de ser crime (tanto assim que, no caso de *concurso delinquentium*, respondem por ele os copartícipes não beneficiados): só excepcionalmente, em virtude de particular condição pessoal do agente, não se segue a imposição da pena cominada *in abstracto*.

Igualmente na hipótese de *extinção da punibilidade* (que difere da anterior porque não exclui a imposição da pena *ab initio*, senão pela superveniência de certos fatos), não deixa de existir o crime: o que se dá, por motivos de conveniência ou critérios político-criminais, ligados a acontecimentos ulteriores ao crime, é uma renúncia do Estado ao já adquirido *jus puniendi* no caso concreto (*Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch*, como dizem os autores alemães), rompendo-se o binômio *crime-pena*, na expressão de CARNE-LUTTI. O crime persiste, quer como *fato* (pois *factum infectum fieri nequit*), quer como *entidade jurídica* (tanto assim que, se já interveio condenação no juízo criminal, esta funcionará para reconhecimento da reincidência e impedimento da suspensão condicional da pena, caso o agente venha a cometer novo crime).<sup>25</sup>

<sup>24</sup> O Código, quando se trata de causas excludentes da injuricidade, fala que “não há crime”; quando se trata de causas de exclusão da culpabilidade ou da punibilidade *in concreto*, fala, genericamente, em “isenção de pena”.

<sup>25</sup> Seja invocada a lição de ANGIONI (*Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale*, págs. 49-50): “As causas que implicam a “proibição de punir o fato cometido, mas consistentes na ocorrência

O Código, no art. 108, declara causas de extinção de punibilidade a “morte do agente”, a *abolitio criminis*,<sup>26</sup> a *anistia*, a *graça*, o *indulto*, a *prescrição*, a *decadência*, a *perempção*, a *renúncia do direito de queixa* e o *perdão aceito* nos crimes de ação privada, a *reabilitação*, a *retratação* (quando admitita), o *subsequens matrimonium* (em certos crimes contra os costumes) e o *ressarcimento do dano* (no caso único do peculato culposos). A enumeração, porém, não é taxativa. Outras causas extintivas da punibilidade se encontram, aqui e ali, no corpo do Código: a *desistência voluntária* e o *arrepentimento eficaz* (art. 13), o autorizado *perdão judicial* (art. 140, § 1.º, art. 176, parág. único, art. 180, § 3.º, art. 240, § 4.º), a *restitutio in integrum* na “subtração de incapazes” (art. 249, § 2.º). Há também as causas extintivas *condicionais*: o livramento condicional e a suspensão condicional da pena.

É de acentuar que, às vezes, a punibilidade é condicionada a certas circunstâncias extrínsecas ao crime, isto é, diversas da tipicidade, da injuricidade e da culpabilidade. São as denominadas “condições objetivas de punibilidade”. Representam um *quid pluris* indispensável para que, à violação da lei penal, se siga a possibilidade de punição. Dizem-se condições *objetivas* porque são alheias à culpabilidade do agente. Nada têm a ver com o crime em si mesmo, pois estão fora

---

<sup>26</sup> Este é o único caso em que não se pode deixar de reconhecer a anulação retroativa do “ente jurídico” crime.

---

“de fatos sucessivos (sejam estes queridos pelo agente, ou sobrevenham à sua revelia, ou mesmo contra a sua vontade), não são causas de exclusão de ilicitude do fato. E não o são porque não podem impedir a manifestação de uma ilicitude que já se manifestou, nem a apresentação de um crime que já aconteceu”.

Convém notar que não se trata de um ponto de vista incontroverso no campo doutrinário. Perante o nosso Código, porém, não pode suscitar dúvida a opinião adotada no texto.



dêle.<sup>27</sup> Não há confundir as condições em apreço com os chamados “pressupostos” do crime, isto é, fatos ou situações *pre-existent*s, a que a lei subordina o reconhecimento de determinado crime ou grupo de crimes.<sup>28</sup> Tais fatos ou situações, embora extrínsecas à atividade do réu, passam a fazer parte integrante (elemento constitutivo) do crime *in specie*.

54. **Ilícito penal e ilícito civil.** Na diversidade de tratamento dos fatos antijurídicos, a lei não obedece a um critério de rigor científico ou fundado numa distinção ontológica entre tais fatos, mas simplesmente a um ponto de vista de conveniência política, variável no tempo e no espaço. Em princípio, ou sob o prisma da lógica pura, a voluntária transgressão da norma jurídica deveria importar sempre a *pena* (*stricto sensu*). Praticamente, porém, seria isso uma demasia. O legislador é um oportunista, cabendo-lhe apenas, inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas. Se o fato antijurídico não é de molde a provocar um intenso ou difuso alarma coletivo, contenta-se êle com o aplicar a mera sanção civil (ressarcimento do dano, execução forçada, *restitutio in pristinum*, nulidade do ato). O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com *outros meios de reação*, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outro ramo do direito que não o penal). A pena é um *mal*, não somente para o réu e sua família, senão também, sob o ponto de vista econômico, para o próprio Estado. Assim, dentro de um crité-

---

<sup>27</sup> Exemplos: a sentença declaratória de falência, em relação aos crimes falimentares; o oferecimento da queixa ou da representação, nos casos previstos em lei; a anulação do casamento, no caso do art. 236, parág. único; o ingresso no território nacional, em certos casos de extraterritorialidade da lei penal etc.

<sup>28</sup> *In exemplis*: a existência de casamento anterior no crime de bigamia; a qualidade de funcionário público do sujeito ativo nos crimes funcionais ou do sujeito passivo no desacato.

rio prático, é explicável que este se abstenha de aplicá-la fora dos casos em que tal abstenção represente um *mal maior*.<sup>29</sup>

A *ilicitude jurídica* é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o *dever jurídico*. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas “sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-mundi”. No que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica. Consistem ambos num fato exterior do homem, antijurídico, imputável a título de dolo ou culpa. A única diferença entre eles está na *maior gravidade* do delito penal, que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Diferença puramente de *grau* ou de *quantidade*. A este critério relativo, e somente a ele, é que atende o direito objetivo do Estado na diversidade formal de sua ação defensiva contra a sublevação da vontade individual. Sob o ponto de vista histórico, em face do *jus positum*, o que decide entre a aplicação da simples sanção civil e a da reforçada sanção penal, no reajustamento da ordem jurídica, é a menor ou maior *intensidade* da violação desta, apreciada pelo legislador, sob a influência do mutável ambiente social. Nada mais.<sup>30</sup> Não há excogitar princípios gerais e prefixos na distinção entre o *injusto* que incide e o que não incide *sub poena*. Não se pode deslocar a questão para o terreno de um direito ideal,

---

<sup>29</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, pág. 431: “Da der Staat ein Übel nur dann auf sich nehmen darf, falls er dadurch ein grösseres von sich abwendet, so kann er sich zur Straf nur dann für verpflichtet achten, wenn das Übel der Nichtbestrafung für ihn noch grösser wäre als das der Bestrafung” (isto é: “Como o Estado só deve chamar a si um mal para afastar outro maior, assim deve servir-se da pena somente quando o mal de sua não-aplicação seja maior que o da sua aplicação”).

<sup>30</sup> Eis a lição de von LISZT: “... nem a toda ação ilegal e informada de culpa (*sensu lato*) atribui a lei a consequência jurídica da pena. Somente é ameaçado com pena o delito que se apresenta, a juízo do legislador, especialmente perigoso para a integridade ou “segurança dos bens jurídicos”.

com abstração do direito positivo.<sup>31</sup> Não se atêm à realidade do direito, como emanção do complexo das leis, as teorias que buscam uma razão filosófica ou estritamente científica à diferenciação entre ilícito civil e ilícito penal.

Dizia HEGEL que o *fato antijurídico doloso* importa a *necessidade lógica da sanção penal*, e não constitui jamais *ilícito puramente civil*. Ora, isto contradiz francamente o direito positivo, que submete à exclusiva sanção civil uma série de fatos antijurídicos dolosos, no mesmo passo que apenas fatos antijurídicos meramente culposos. A adotar-se o critério hegeliano do ponto de vista de um ulterior progresso jurídico, ou como um “ideal do futuro”, segundo sugere WALTHER, ter-se-ia de concluir que, de futuro, a sensibilidade do legislador penal chegaria ao extremo de apenas as mínimas infrações dolosas da *lex privata* dos contratos, quando o certo é que a tendência do pensamento jurídico universal é no sentido de evitar o *abuso* das sanções penais.

Segundo AHRENS, a distinção entre ilícito penal e ilícito civil está no modo por que a lesão de direito se realiza: no primeiro, a lesão é *direta* contra o *estado de direito*, ao passo que no segundo é *indireta*, revestindo formas legais. Tal critério, porém, não é, nem podia ser o do direito positivo. Por mais que se dissimule nos refolhos de um contrato, nem por isso deixa de ser menos *direta* a lesão do *estado de direito*. As formas legais não redimem o que AHRENS define como “*une disposition perverse d’âme et de volonté, présentant un danger permanent pour le maintien de l’état de droit*”.

Igualmente inaceitável é a teoria de UNGER, segundo a qual, se há violação de um direito subjetivo (*facultas agendi*), tem-se o ilícito civil; se, porém, ocorre uma violação do direito objetivo ou da ordem jurídica em si (*norma agendi*), tem-se o ilícito penal. A objeção de MERKEL, reproduzida por

---

<sup>31</sup> Conforme adverte MANZINI, “*dato che non esiste altro diritto, che quello vigente, è duopo tener distinto ciò che fu o che potrebbe o dovrebbe essere, da ciò che è: il criterio storico-politico, dal criterio giuridico*”.

HEYSSLER e MANZINI, é decisiva: é inconcebível a existência de um direito subjetivo sem a correspondente norma do direito objetivo. A lesão de um implica necessariamente a de outro. O direito objetivo e o direito subjetivo são dois aspectos da mesma realidade. Não colhe melhor êxito a teoria fundada na diversidade qualitativa da norma infringida (KORKONOV): se esta é de direito público, identifica-se o injusto penal; se de direito privado, o ilícito civil. Toda norma jurídica é ditada no interesse público e impõe, como observa BINDING, “um dever para com o Estado”, e, assim, no fundo, toda norma é de direito público.

Também não há que assentar o critério distintivo na dualidade das normas jurídicas, que são, ou *imperativas*, exigindo a iniciativa de determinado ato e, assim, violáveis por *omissão*, ou *proibitivas*, impondo a abstenção do ato e, portanto, violáveis por *comissão*. Segundo MERKEL, o ilícito civil estaria circunscrito ao *ilícito puramente negativo (das bloss negative Unrecht)*, ou em que a discórdia entre a vontade individual e a vontade geral encontra sua expressão integral no fato externo, sendo *possível e suficiente a execução forçada e direta* ou o simples *constrangimento à reparação*. Ao *ilícito positivo*, por isso mesmo que, no seu elemento interno, há um *quid pluris* que não encontra expressão no elemento externo, e vem a ser o *desprezo do direito*, deve corresponder um *quid pluris* na reação, isto é, a reação pela pena. Ora, existem delitos penais de pura omissão e delitos civis mediante comissão e, além disso, o *desprezo do direito* não é privativo do ilícito positivo, pois existe também no ilícito negativo.

STAHL e VENEZIAN propõem o critério da *irreparabilidade potencial* na caracterização do ilícito penal. É igualmente um critério irreconciliável com o direito positivo: se este deixa fora da órbita penal grande número de fatos antijurídicos reparáveis, comina pena a outras que também o são (*v. g.*, os crimes patrimoniais) e até mesmo a alguns que nenhum dano efetivamente ocasionam (crimes materialmente frustrados, crimes formais ou de mero perigo, contra-venções).

Pretende-se ainda que o ilícito penal é a violação do direito de obediência do Estado (violação de direitos subjetivos públicos), ao passo que o ilícito civil apenas ofende direitos subjetivos privados. Ora, há crimes que, além de negarem o direito de obediência do Estado, atacam direitos subjetivos privados (crimes patrimoniais, por exemplo).

HEYSSLER, depois de distinguir entre ilícito *subjetivo* ou *culpado* e ilícito *objetivo* ou *não-culpado*, afirma que o ilícito civil, incluído, com o penal, na primeira classe, só é configurável no *fato negativo* consistente no inadimplemento de uma obrigação de fazer ou prestar, derivada de um ato jurídico privado. Para evidenciar a inanidade de tal critério basta ponderar, como faz BRUNETTI, que o direito positivo não ameaça com a pena criminal o inimplemento de uma obrigação contratual de *non facere*.

CARRARA, tentando escandir o ilícito penal, pretende que este, além da irreparabilidade do resultado lesivo do indivíduo, produz um *dano social*: para legitimar a reação penal, "*il danno che reca l'azione prava dell'uomo deve essere danno social: cioè tale che non possa con altri mezzi, tranne col sottoporlo alla repressione della legge, provedersi alla tutela dell'ordine esterno. Se il danno é ristretto all'individuo o riparabile con un'azione diretta, il legislatore eccederebbe i suoi poteri dichiarando delitto (nel senso penale) l'atto che ne fu causa*". O critério da irreparabilidade, como já vimos, não condiz com o *jus positum* e, por outro lado, não se pode desconhecer que também o ilícito civil produz um *dano social*, resultante da violação de uma norma ditada no interesse da harmonia do convívio civil.

BRUNETTI, no seu *Il delitto civile* (que contém a resenha e crítica de quase todas as teorias que estamos citando), sustenta que todo ilícito *doloso* é ilícito penal. É a mesma conclusão da teoria de HEGEL, que MASUCCI<sup>32</sup> assim impugna: "... admitido este critério de distinção, qualquer devedor que

---

<sup>32</sup> *Intorno alla incriminalità delle frodi contrattuali*, in *Riv Penale*, vol. 28, 1888.

“negue o seu débito, qualquer pessoa que receba o que lhe “ não cabe, qualquer contraente que não cumpra as obrigações do contrato, desde que tenham consciência da própria injustiça, mereceriam uma pena. Ora, legislação alguma, “ por mais feroz, jamais deu cunho de crime a tais fatos”. Para ladear esta objeção, BRUNETTI não vacila em negar ao *inimplemento doloso da obrigação* o caráter de fato antijurídico. Com a evolução jurídica, diz ele, o direito do credor tornou-se apenas o direito de se ressarcir pelos bens do devedor, e o dever de *prestar*, por parte deste, deixou conseqüentemente de ser um *dever coativo*, para tornar-se um *dever livre*. Semelhante conceito abstrai o raciocínio de que a fidelidade aos contratos é uma condição da vida social e, portanto, um dever eminentemente jurídico, não podendo deixar de ser *coativo*.

Diz Rocco que o *delito penal*, diversamente do *delito civil*, produz um “perigo social, mediato ou indireto”, consistente na “possibilidade de novos crimes para o futuro” ou na “futura possibilidade de outros crimes por parte de todos ou contra todos os cidadãos”. Ora, é inegável que o delito civil, embora com menos intensidade maléfica, também ocasiona o “perigo social” de reiteração de ilicitudes.

Embora reconhecendo a impossibilidade de um critério de lógica pura na classificação do ilícito, MANZINI assevera que, se o ilícito em geral é a violação do *mínimo ético*, o ilícito penal é a violação do *mínimo do mínimo ético*. Ora, há fatos não-imorais que, no entanto, o direito positivo define como crimes.

Demonstrada, assim, a impraticabilidade de uma distinção ontológica entre o injusto penal e o civil, pelo menos em face do direito positivo, o único critério discriminativo aceitável é o critério relativo ou contingente, não fixável *a priori*, da *suficiência* ou *insuficiência* das *sanções não-penais*. Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar

a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se uma fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.<sup>33</sup>

Sob o ponto de vista histórico e político-jurídico, que é o único admissível *in subjecta materia*, ou, melhor, tendo-se em vista a formação, através das leis ditadas pelo Estado, dos dois sedimentos jurídicos que se chamam direito civil e direito penal, pode concluir-se que *ilícito penal* é a violação da ordem jurídica, contra a qual, pela sua *intensidade* ou *gravidade*, a única sanção adequada é a pena, e *ilícito civil* é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da indenização, da execução forçada, da restituição *in specie*, da breve prisão coercitiva, da anulação do ato etc.

**55. Ilícito penal e ilícito administrativo.** Tem sido igualmente em vão a tentativa de uma distinção ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. A separação entre um e outro também atende apenas a critérios de conveniência ou oportunidade, afeiçãoados à variável medida do interesse da sociedade e do Estado. Conforme acentuava BELING,<sup>34</sup> a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de *quantidade* ou de *grau*: está na maior ou menor intensidade lesiva de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação

---

<sup>33</sup> PUGLIA, *Manuals teorico-pratico di diritto penale*, 1895, I, assim discorre: “Il criterio, che ci sembra accettabile scientificamente... è la insufficienza delle minori sanzioni per ristabiliri l'ordine giuridico turbato. La scinza non può dare che questo solo criterio: spetta poi al potere sociale, o, per dir meglio, al potere legislativo giudicare della gravità delle azioni violatrici del diritto della loro reale ed intrinseca natura, dagli effetti prodotti sulla società. esaminare poi se l'ordine giuridico violato possa ristabilirsi con altri mezzi che non siano quelli repressivi, ed infine annoverare fra i reati quelle violazioni che reputa necessario punire”.

<sup>34</sup> *Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 131.

ao ilícito penal. Pretender justificar um discrimine pela diversidade *qualitativa* ou *essencial* entre ambos, será persistir no que KUKULA<sup>35</sup> justamente chama de “estéril especulação”, idêntica à demonstração da “quadratura do círculo”. Baldado tem sido todo o esforço doutrinário em tal sentido. Destaquemos, pelo seu especial relevo, cunho sistemático e repercussão, a teoria de GOLDSCHMIDT. Segundo este, há uma diferença fundamental entre *direito penal administrativo* (*Verwaltungsstrafrecht*) e *direito penal comum* (*Justizstrafrecht*): enquanto este visa ao indivíduo como vontade ou personalidade autônoma, aquele o encara como membro ou elemento sinérgico da sociedade e, portanto, adstrito a cooperar com a administração pública. A ilicitude administrativa seria apenas a omissão do *dever de auxiliar a administração* no sentido do bem público ou estatal.<sup>36</sup> As normas de direito administrativo apresentam-se ao cidadão, não como *normas jurídicas*, mas, propriamente, como *ordens de serviço*. O direito penal administrativo, ao contrário do direito penal comum, não protege a *ordem pública* como *bem jurídico* (*Rechtsgut*), mas como *objeto de atenção* ou *de cuidado* (*Fürsorgeobjekt*) da administração. O ilícito administrativo não é uma ação *contrária ao direito* (*rechtswidrig*), isto é, não representa uma lesão ou perigo de lesão a um interesse juridicamente tutelado; mas uma ação *contrária à administração* (*Verwaltungswidrig*), isto é, uma *falta* de cooperação com a atividade administrativa do Estado. A norma penal comum sanciona um direito penal subjetivo da *justiça*; a norma penal administrativa sanciona um direito penal subjetivo da *administração*. Por isso que é uma simples falta de cooperação, o delito administrativo não é delito de dano: não constitui um *damnum emergens*, mas um *lucrum cessans*. É sempre delito de omissão (*Kommissivdelikt verwaltungsrechtlicher Art*

<sup>35</sup> *Der Verwaltungszwang*, apud ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, 1924.

<sup>36</sup> “Die Unterlassung der Unterstützung der auf Forderung des öffentlichen oder Staatswohls gerichteten Staatsverwaltung”



*gibt es nicht*). Desde que a administração comina penas para o caso de transgressão de suas ordens, assumem estas a forma de preceitos penais; mas, se é certo que tais penas qualificam a violação da exigência administrativa (*Verwaltungsanspruch*) como ilícito de direito administrativo, não é menos certo que este se destaca do ilícito de direito penal. A consequência jurídica do ilícito administrativo é uma simples “obrigação *ex delicto* de direito administrativo” (*die Deliktso-bligation des Verwaltungsrecht*).

Fixada, sucintamente, nos seus pontos centrais, é esta a construção doutrinária de GOLDSCHMIDT, cujo artificialismo não pode ser dissimulado. Dizer que o cidadão é um colaborador da administração pública e, como tal, está obrigado ao cumprimento de ordens administrativas, como se investido em função pública, não corresponde à realidade (pelo menos à realidade dos países democrático-liberais). É verdade que, em certos casos, o cidadão é chamado a colaborar na consecução dos fins do Estado, *v. g.*, como contribuinte do imposto, como soldado, como jurado, como eleitor, como testemunha etc.; mas tais casos têm caráter excepcional. No comum dos casos, só metafóricamente se pode falar em *falta de cooperação*. E, se a metáfora fosse autorizada, não haveria razão para que se não considerasse igualmente falta de cooperação o ilícito penal, quando consistente em omissão. As normas de direito penal administrativo são, indiscutivelmente, normas *jurídicas*, ditadas no sentido de tutelar o interesse da administração. A ordem pública, ainda como simples *objeto de cuidado* da administração, é um interesse a ser protegido por essa e, como adverte VON HIPPEL,<sup>87</sup> desde que essa proteção se faz mediante preceitos jurídicos, tal interesse é um *bem jurídico*. O ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um direito penal administrativo. Uma ação

<sup>87</sup> *Deutsches Strafrecht*, 1930, vol. II.

que não constitua perigo, sequer *in abstracto* (como pretende GOLDSCHMIDT), a interesse juridicamente tutelado, não pode ser juridicamente reprovada ou incidir sob sanção legal. O *lucrum cessans*, de que fala GOLDSCHMIDT, já seria, mais que um simples perigo de lesão, um autêntico *damnum* (*in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potuit*). As normas penais administrativas não se limitam a ordenar ou a exigir ações *positivas*, pois também ordenam ou exigem *omissões*; e neste último caso, o ilícito administrativo não pode deixar de ser *comissivo*. Não há falar-se em direito penal subjetivo da *administração*, em contraposição a um direito penal subjetivo da *justiça*, mas tão-somente em direito penal subjetivo do Estado. A este, apenas a este, e não aos seus órgãos, cabe o *jus puniendi*. Ordens administrativas são ordens do Estado, e a *desobediência* contra estas é a essência, o *substratum* de todo e qualquer ilícito, e não uma peculiaridade do ilícito administrativo. A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestado pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por GOLDSCHMIDT, de que “existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo”.<sup>38</sup> A disparidade entre um e outro, repita-se, é apenas *quantitativa*. Qual outra diferença, senão de grau, *v. g.*, entre o retardamento culposo de um ato de ofício e a *prevaricação*, entre uma infração sanitária e um *crime contra a saúde pública*, entre *violações de posturas municipais* e *contravenções penais*?

A punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais direta e intensamente o interesse público ou social, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito adminis-

---

<sup>38</sup> “Es gibt wenige Rechtsdelikte, die nicht das Stadium des Verwaltungsdelikts durchskritten hätte”.

trativo de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal.<sup>39</sup>

56. **Crime e contravenção.** O ilícito penal é um genus de que são *species* o *crime* e a *contravenção*. Esta, porém, não é senão crime de menor entidade, o *crime anão*. Se não há diferença ontológica entre o ilícito penal e o ilícito civil ou administrativo, muito menos poderá ser encontrada entre esses dois ramos do mesmo tronco. A diferença, também aqui, é apenas de *grau* ou *quantidade*, e essa mesma não obedece a um critério constante, senão a oportunos e variáveis critérios de política criminal, quando não ao puro arbítrio do legislador. Como se pode, então, identificar o crime ou a contravenção, quando se trate de ilícito penal encontrado em legislação esparsa, isto é, não contemplado no Código Penal (reservado aos *crimes*) ou na Lei das Contravenções Penais? O critério prático adotado pelo legislador brasileiro é o da "*distinctio delictorum ex pœna*" (segundo o sistema dos direitos francês e italiano):<sup>40</sup> a *reclusão* e a *detenção* são as penas privativas de liberdade correspondentes ao crime, e a *prisão simples* a correspondente à contravenção, enquanto a pena de *multa* não é jamais cominada *isoladamente* ao crime.

Se não se quer abstrair a *realidade legislativa*, impõe-se a rejeição das várias teorias que, fora desse critério formal, têm sido excogitadas para a diferenciação conceitual entre crime e contravenção. Se uma ou outra poderia ser aceita

<sup>39</sup> Sobre o tratamento de fatos que constituem, simultaneamente, delito penal e delito administrativo, veja-se HUNGRIA, vol. 9.º destes "Comentários", n.º 133.

<sup>40</sup> Assim dispõe a Lei de Introdução ao Código Penal (dec.-lei n.º 3.914, de 9-12-1941), no seu art. 1.º, para conjurar as dúvidas e perplexidades tão comuns na legislação anterior: "Considera-se crime " a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente " com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei " comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou " ambas, alternativa ou cumulativamente".

de um ponto de vista ideal, todas colidem com o direito positivo. Citemo-las, de relance:

*Teoria romanística* (ligada ao “*proba quædam natura turpia sunt, quædam civiliter, et quasi more civitate*”, de ULPIANO): o crime ofende direitos inatos; a contravenção ofende direitos de criação política.

*Teoria da escola toscana*: crime é o *malum quia malum*, contravenção é o *malum quia prohibitum*; crime é o fato reprovável independentemente da lei, ao passo que contravenção não é um fato reprovável em si mesmo; crime é uma ação ou omissão contrária aos princípios do direito natural e às eternas leis da moral, enquanto contravenção é uma ação ou omissão indiferente ao direito natural e à moral, sendo proibida somente para utilidade dos cidadãos (PUCCIONE).

*Teoria de CARMIGNANI*: o crime ofende a *segurança pública* ou *privada* e as leis que a protegem, enquanto a contravenção apenas ofende a *prosperidade pública* e respectivas leis tutelares.

*Teoria de FEUERBACH*: crime ofende direitos naturais, ao passo que contravenção é apenas violação da lei (direito objetivo) ou do direito do Estado à obediência, criado pela lei.

*Teoria de GROLMANN*: crime importa uma lesão a interesses jurídicos; contravenção apenas cria um perigo a esses interesses.

*Teoria do perigo de perigo*: crime acarreta um dano ou perigo efetivo; contravenção apenas um perigo de perigo.

*Teoria de BINDING*: crime ofende um bem jurídico (e necessariamente o direito de obediência do Estado); contravenção é mera *desobediência à norma* e, portanto, violação do direito subjetivo do Estado à obediência da norma, constituindo apenas um perigo remoto ao bem jurídico

*Teoria de ROMANO*: crime ofende *normas jurídicas* (que não são de polícia); contravenção ofende *normas de polícia*.

*Teoria de MANZINI*: crime ofende *interesses jurídicos*; contravenção ofende *interesses de polícia*.

*Teoria de GOLDSCHMIDT*: crime é ação *contrária ao direito*; contravenção é apenas a falta *contrária à administração*.

*Teoria de IMPALLOMENI*: crime ataca os bens jurídicos essenciais ou direitos subjetivos primários, enquanto contravenção ofende os bens não essenciais ou direitos subjetivos secundários (os *quase-direitos* de LANZA), ou, por outras palavras: crime ofende as condições primárias, fundamentais, permanentes da existência e convivência civil; *contravenção* ofende as condições secundárias, complementares, acessórias, acidentais e contingentes dessa convivência.

*Teoria de CARNEVALE*: crime ofende ou põe em perigo os bens jurídicos em si; contravenção ofende apenas as *condições ambientais* dos bens jurídicos (a chamada *polícia do direito* ou, segundo MANZINI, “as condições indispensáveis ou favoráveis às energias ou condições úteis à sociedade”).

*Teoria fundada no elemento subjetivo*: crime exige *dolo* ou *culpa*; contravenção apenas a *voluntariedade*.

*Teoria que transporta a questão para o campo da prova*: no crime, o dolo ou a culpa devem ser provados, ao passo que na contravenção se presumem até prova em contrário.

Nenhuma dessas teorias, repita-se, é conciliável com o *jus positum*, e algumas são mesmo inaceitáveis *de lege ferenda*.

Não há direitos *naturais* ou *inatos*, pois todo direito emana da lei do Estado. Não existe, por parte do Estado, direito à obediência pela obediência. Se a contravenção não fosse reprovável em si mesma, não poderia constituir ilícito. Não pode deixar de ser reconhecida a sua incompatibilidade com a moral prática (que outra coisa não é senão o *útil social*). Toda tutela, direta ou indireta, de interesses jurídicos, individuais ou sociais, é *segurança*, e não há distinguir, portanto, entre esta e *prosperidade*: toda ofensa do direito é ofensa da segurança social ou individual. O *eventus periculi* não é privativo da contravenção, nem o *eventus damni* o é do crime. A contravenção nem sempre é um simples *perigo de perigo* (perigo remoto), encerrando, por vezes, um perigo concreto ou efetivo. Não há que destacar, dentre as normas ou interesses jurídicos, as normas ou interesses de polícia, desde que todas são normas legais; mas, ainda que admitida a distinção, é

de observar que nem todas as contravenções se limitam a violar normas ou interesses de polícia. Sem fundamento, como já vimos (n.º 55), é a pretendida diferença substancial entre ilícito *contrário ao direito* e ilícito *contrário à administração*. Inaferível é o discrimine entre condições primárias e secundárias da vida social, desde que, asseguradas pelo direito, são todas fundamentais e indispensáveis. Simples ofensa às condições ambientais ou favoráveis à existência e conservação dos bens jurídicos não é característica exclusiva das contravenções, pois também assinala os crimes de simples perigo. Em face do direito positivo, há contravenções irreconhecíveis sem o dolo ou a culpa. Se o dolo ou a culpa se presumem na maioria das contravenções, não se segue daí que a mesma regra se adote no tocante àquelas que, conceitualmente, reclamam uma ou outra dessas formas de culpabilidade.<sup>41</sup>

Já a União Internacional de Direito Penal (sob a direção de VON LISZT, VAN HAMEL e PRINS), há 40 anos, reconhecendo a inanidade do esforço no sentido de uma diferença essencial entre as duas espécies de infração penal, entendia que o discrimine deve ser deixado ao legislador, segundo um critério meramente oportunístico.

**57. Divisão dos crimes.** Já conhecemos uma primeira divisão geral dos crimes (n.º 50): *comissivos*, *omissivos* (própriamente tais) e *comissivos por omissão* (omissivos *impróprios*). Nos comissivos, há uma atividade positiva no sentido do resultado antijurídico; nos omissivos, há uma inação contrária ao dever jurídico de agir, constituindo, em si mesma,

---

<sup>41</sup> É fôrça, pois, concluir com FERRI: "Entre crime e contravenção não há diferença substancial do ponto de vista jurídico: "um e outra são infrações das normas penais, ditadas pela necessidade de defesa social contra ações lesivas ou perigosas à segurança ou prosperidade pública ou privada. Assim, não há outro critério positivo e seguro de distinção além do concernente à sanção repressiva estabelecida pelo Código ou por lei especial para uma ou outra espécie de infração" (*Principii di diritto criminale*, 1928, página 590).

o crime; nos comissivos por omissão, a inatividade é meio ou antecedente causal do resultado antijurídico.

Também já conhecemos a divisão dos crimes em *materiais* ou *de dano*, *formais* e *de perigo*. Nos crimes materiais ou de dano, é necessária à *consumação* a superveniência de efetiva lesão do bem jurídico tutelado.<sup>42</sup> Se falha a lesão condicionante do *summum opus*, apresenta-se a *tentativa* (crime tentado) ou um fato penalmente indiferente (como no caso de induzimento ou auxílio a suicídio, quando este se frustra ou não ocorre lesão corporal de natureza grave). Nos crimes formais, basta o *eventus periculi* (relevante possibilidade de dano, dano potencial): a consumação antecede ou alheia-se ao *eventus damni* (e por isso também se fala, aqui, em crimes *de consumação antecipada*).<sup>43</sup> Nos crimes de perigo, também é suficiente à consumação a simples possibilidade de dano; mas, enquanto nos crimes formais é indispensável o *dolo de dano*, os crimes de perigo têm um elemento subjetivo próprio, isto é, o *dolo de perigo* (o agente prevê necessariamente o dano, mas não o quer, nem mesmo eventualmente, limitando-se sua vontade ao advento da situação de perigo). Exemplos: os crimes de “periclitacão da vida e da saúde” (cap. III do tít. I da “parte especial”), a rixa, certos crimes *contra a incolumidade pública*.

Toda vez que, já ocorrido o resultado suficiente à consumação do crime, atinge este ou é levado às suas extremas conseqüências lesivas, costuma-se falar em *crime exaurido*, e em tal caso, ou esse *plus* funciona como *agravante especial, majorante ou condição de maior punibilidade* (v. g., o funcionário público subornado pratica ou omite o ato de ofício de que se trata; ao atentado contra a segurança de transporte segue-se o desastre) ou é indiferente (ex.: o ladrão vende ao receptador a *res furtiva*; o fogo posto consome totalmente a

<sup>42</sup> Exemplo: o homicídio, a lesão corporal, o furto, o estelionato, a extorsão, o induzimento ou auxílio a suicídio, os crimes culposos em geral.

<sup>43</sup> Exemplos: o crime de falsidade, a injúria verbal, a ameaça.

casa; em razão do testemunho falso sobrevém a condenação do inocente).

Outras divisões de crimes podem ser reconhecidas, como se segue.

*Crimes dolosos, culposos e preterdolosos:* *doloso* é o crime quando o agente quis conscientemente o resultado antijurídico ou assumiu o risco de produzi-lo (veja-se n.º 73); *culposo*, quando o agente quis somente a ação (ou omissão), e não também o resultado antijurídico, mas sobrevivendo este pela imponderação de sua conduta (imprudência, negligência, imperícia) (veja-se n.º 72); *preterdoloso* se diz o crime em que a totalidade do resultado representa um *excesso de fim* (isto é, o agente quis um *minus*, e ocorreu um *majus*), de modo que há uma conjugação de dolo (no *antecedente*) e de culpa (no *subseqüente*) (veja-se n.º 74).

*Crimes instantâneos e permanentes:* *instantâneo* é o crime que se *esgota* com o evento que o condiciona (homicídio, lesão corporal, estupro, furto); *permanente*, aquele cujo momento consumativo se protraí no tempo (cárcere privado, seqüestro, redução a condição análoga à de escravo). Não é de confundir-se o *crime permanente* com o *crime instantâneo de efeitos permanentes* (homicídio, furto, bigamia), pois se, no primeiro, a permanência depende da continuidade da ação ou omissão, já o mesmo não acontece no último.

*Crimes continuados, habituais e progressivos.* Chama-se *crime continuado* a uma pluralidade de fatos criminosos da mesma espécie, praticados pela mesma ou mesmas pessoas, sucessivamente e sem intercorrente punição, a que a lei imprime *unidade* em razão de sua homogeneidade objetiva.<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Sobre o *crime continuado*, em face do nosso Código, já assim nos pronunciamos:

"O Projeto ALCÂNTARA MACHADO, no seu art. 59 (posteriormente art. 48), assim perfilava o *crime continuado*: "Quando, na execução do mesmo desígnio criminoso, o agente praticar, numa só ocasião ou em ocasiões diversas, várias infrações da mesma natureza, aplicar-se-á, aumentada de um a dois terços, a pena cominada para a mais grave das infrações cometidas". Era, como se vê, a manutenção da teoria *objetivo-subjetiva*, na conformidade do mo-



*Crime habitual* consiste na reiteração da mesma ação, de modo a constituir um hábito de vida que incide sob a reprovação penal (ex.: o *cuñandeirismo*). Se o agente procede *lucri faciendo causa*, fala-se em crime *profissional* (ex.: o *rufianismo*). Ao contrário do crime continuado, as ações repetidas, aqui, consideradas isoladamente, não constituem crime (somente a reiteração é que faz surgir o crime).

dolo italiano. Como o Código Rocco (art. 81, segunda parte) substituiu pela expressão *medesimo disegno criminoso* a locução *medesima risoluzione criminosa* do Código ZANARDELLI (art. 79), também o Projeto ALCÂNTARA cuidara de dizer “mesmo desígnio criminoso”, onde a antiga Consolidação das Leis Penais (art. 66, § 2º) dizia “uma só resolução”. No seio da Comissão Revisora, porém, foi, desde logo, preferida a teoria *puramente objetiva*, que, no reconhecimento da *continuação*, prescinde de qualquer elemento psicológico, para deduzi-la tão-somente da conexidade objetiva ou homogeneidade exterior das ações sucessivas. A impugnação da teoria objetivo-subjetiva partiu de COSTA E SILVA, que se manifestou nestes termos, acentuando preliminarmente a controvérsia entre os penalistas: “Estes, moderadamente, se dividem em dois grupos: o dos que sustentam a teoria *“objetivo-objetiva* e o dos que sustentam a teoria *puramente objetiva*. Exigem os primeiros, para a existência no delito continuado, “além de determinados elementos de natureza objetiva, outro de “índole subjetiva. Este é expresso de modos diferentes: *unidade de dolo*, *unidade de resolução* e *unidade de desígnio*. Unidade de dolo — *um dolo compreensivo dos diversos crimes (Gesamtvorsatz)* — “só a reclamam alguns criminalistas alemães, em diminuto número, “e a praxe do Tribunal do Império (*Reichsgericht*). A grande maioria deles abraça a teoria objetiva, dispensando, portanto, esse elemento. A respeito desta teoria, muito bem disse MEZGER, 367 (segundo a versão italiana): “*Questa è la costruzione prevalente nella dottrina. Essa deduce il concetto di azione continuata degli elementi costitutivi esteriori della omogeneità. Per lo più, con tali uni adattamenti ai singoli casi, si dà rilievo all’analogia della fattispecie, all’eguaglianza della commissione, all’unicità del bene giuridico, al nesso temporale, allo sfruttamento della medesima circostanza o della stessa occasione (FRANK) ecc., quali criteri obiettivi. Effettivamente, questo criterio puramente oggettivo sembra infatti il più esatto. L’unicità del dolo — che il Trib. Sup. esige, rifiutando la semplice risoluzione unica — è ordinariamente una fictio*”. E COSTA E SILVA prosseguia: “Está hoje geralmente reconhecido o absurdo da exigência de um dolo único ou de uma reso-

Difere o crime continuado do crime permanente, pois neste a atividade ou inatividade não se fragmenta, como naquele (o crime permanente é *naturalmente uno*, enquanto o continuado só *juridicamente* forma unidade). Também não é de confundir-se o crime continuado com o de *ação múltipla* ou *conteúdo variado* (*Mischtatbestand*), isto é a cujo respeito a lei prevê diversas modalidades possíveis de conduta

---

“lução compreensiva dos diversos crimes. O novo Código italiano preferiu a *unidade de designio*. Explica, por exemplo, MAGGIORE “ (*Principi*, I, pág. 504): “*È parso al legislatore nel reato continuato quella che veramente rimane persistente è l'ideazione e non già la risoluzione con cui quella si traduce in atto. L'elemento intellettuale sarebbe la molla dell'attività criminosa, più che l'elemento deliberativo e volitivo*”. Contentam-se os autores italianos com palavras. “A *ideação*... Que se pretende exprimir com essa desusada palavra? “Ela significa — dizem os dicionários — o ato de formar a idéia, “a formação desta. Em acepção figurada, pode ser equivalente a “*plano*. Mas porventura o delito continuado exige uma ideação especial, extensiva aos diversos crimes? A tal ideação não vale mais que o “*dolo único*”, a “*mesma resolução*”. A verdadeira definição do crime-continuado deve orientar-se pela teoria objetiva. Esta fórmula me parece aceitável: “Quando o agente, com várias ações “ou omissões, praticar dois ou mais crimes do mesmo conteúdo, que, “pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras “semelhantes, devam ser havidos como continuação do anterior ou “anteriores, impor-se-lhe-á a pena mais grave em que houver incorrido, aumentada até dois terços”. Aceitando a sugestão de COSTA E SILVA, a Comissão Revisora assim redigira, inicialmente, o dispositivo sobre o crime continuado (primitivo art. 50, § 2.º): “Quando “o agente, com várias ações ou omissões, pratica dois ou mais crimes “da mesma espécie, impõe-se-lhe a pena mais grave em que haja “incorrido, aumentada de um sexto até dois terços. desde que, pelas “condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devam os crimes subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”. Em crítica ao que êle chamava projeto *substitutivo*, ALCÂNTARA MACHADO impugnou essa fórmula, a cujo respeito indagava: “Quais serão as condições *semelhantes às de tempo, lugar, maneira de execução*?”. Defendendo seu ponto de vista, explicou a Comissão, na *tréplica* apresentada ao ministro CAMPOS: “No crime “continuado, a pena-base é a mais grave das concorrentes, e não a “cominada à mais grave das infrações cometidas (como se dizia no “Projeto ALCÂNTARA). Isto, na prática, redundaria em perplexidade

do agente (ex.: arts. 122 e 289, § 1.º): neste, quando se sucedem os modos de ação no caso concreto, constituem etapas de um só e mesmo crime.

*Crime progressivo*: ocorre quando, da conduta inicial que realiza um tipo de crime, o agente passa a ulterior atividade, realizando outro tipo de crime, de que aquele é etapa *necessária* ou elemento constitutivo (reconhecida a unidade jurí-

---

"por parte do juiz: dadas as circunstâncias do caso concreto, uma infração, embora apenas mais gravemente do que outra, pode ser considerada de menor gravidade do que esta. Na configuração do crime continuado, o *substitutivo* adotou a teoria objetiva, dispensando a *unidade de ideação* (que, como observa MEZGER, não passa de uma *ficção*) e deduzindo o conceito da ação continuada dos elementos constitutivos exteriores de homogeneidade. Assim, pode ser reconhecida a continuação até mesmo de crimes *culposos*, com grande vantagem sobre a fórmula ALCÂNTARA. Indaga o Professor ALCÂNTARA quais são as condições *semelhantes às de tempo lugar e maneira de execução*, a que alude o § 2.º do art. 50. É fácil a resposta: são todas as demais circunstâncias objetivas que indicam a continuação entre a primeira e as sucessivas ações ou omissões. Exemplos: a identidade de favorável situação pessoal, de que o agente se aproveita reiteradamente (como no caso do caixeiro-viajante que indebitamente se apropria, por várias vezes, do dinheiro recebido da clientela); a coesão objetiva entre as várias ações ou omissões, como no caso do indivíduo que, não podendo passar de uma só vez o seu *stock* de moeda falsa, consegue introduzi-lo parceladamente". Prevalecendo o critério da Comissão, o preceito relativo ao crime continuado teve, afinal, a redação com que figura no Código (art. 51, § 2.º): "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, impõe-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços". Corrigiu-se, dessarte, a fórmula primitiva, que não se referia à hipótese (aliás, a mais frequente) de penas *idênticas*. Preferindo a solução da teoria objetiva, a Comissão Revisora não fez mais do que ceder à irrepreensibilidade de sua lógica e à evidência de seu acerto. Desde que se reconhece a necessidade de manter a construção jurídica do *delictum continuatum*, cumpre afeiçoá-lo a um critério realístico, prescindindo-se de um elemento psicológico especial, que na grande maioria dos

dica, segundo a regra do *ubi major, minor cessat*). Distingue-se do crime continuado porque o crime anterior (menos grave) insere-se na própria estrutura do crime subsequente (mais grave).

*Crimes unissubsistentes e plurissubsistentes.* Nos crimes unissubsistentes, o processo executivo consiste num só ato (*unico actu perficiuntur*), coincidindo este, temporalmente,

casos resulta puramente fictício ou convencional, a não ser que se restrinja de tal modo a identificação do crime continuado, que se tornaria quase praticamente inútil a sua permanência no sistema jurídico-penal. É força reconhecer que a *continuação* não deixa de existir ainda quando as sucessivas ações não se apresentem ligadas por um nexó subjetivo formado *ab initio*, chama-se a este "dolo unitário", "resolução coletiva" ou "mesmo designio". O agente, ao praticar a primeira ação, pode não ter a mínima idéia de praticar outras, ou pode arrepender-se após a prática de cada ação, sem que, por isso, as ações apreciadas em conjunto, na sua homogeneidade objetiva, deixem de apresentar o cunho de continuação. Justamente acentua M. E. MAYER (*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1923, pág. 170): "Na realidade, as mais das vezes, o inculpaado não faz idéia alguma sobre sua ulterior conduta, de modo que a afirmação do dolo unitário deriva, mais ou menos, de uma ficção" ("*... in Wahrheit wird sich der Schuldige aber über seines künftiges Verhalten überhaupt keine Gedanken gemacht haben, sodass die Feststellung des einheitlichen Vorsatz mehr oder weniger auf eine Fiktion hinaustäuft*"). Eis também o claro raciocínio de VON HIPPEL (*Deutsches Strafrecht*, II, pág. 543, 1930): "O que se apresenta como "decisivo não é que o agente compreenda sua conduta como unidada, mas sim, que a ordem jurídica tenha fundamento para concebê-la como tal; \* e esse fundamento existe já na homogeneidade

\* É o que já acentuava MERKEL (*Derecho Penal*, trad. esp. de DORADO, I, pág. 382): "A unidade (do crime) não pode resultar de "relações meramente subjetivas entre distintas violações jurídicas. "Não pode resultar, por exemplo, da circunstância de que o próprio "delinqüente considere tais violações como ligadas entre si, nem "de que elas sirvam a um fim idêntico que incida fora dos elementos constitutivos do crime, nem de que a resolução de cometer um "crime se haja tomado simultaneamente com a de cometer outros, "etc. O ponto de vista do direito não é o ponto de vista do delinqüente. O que para este se apresenta como uma unidade não se "apresenta necessariamente, como tal, também àquele".

com a consumação, de modo que não admitem *tentativa* (ex.: a injúria verbal); nos plurissubsistentes, ao contrário, há um *iter*, desdobrando-se a execução em etapas ou atos sucessivos. Quando, nesta última espécie de crimes, a ação e o resultado típico se separam no espaço, fala-se em *crime à distância* ou *de trânsito* (veja-se n.º 34).

---

"objetiva da conduta, ainda que o agente (como as mais das vezes "acontece) não se represente a continuação ou se arrependa de "cada vez, embora vindo a ceder, de novo, a idêntica tentação" (*"Nicht ob der Täter sein Tun zur Einheit zusammenfasste, sondern ob die Rechtsordnung Grund hat, es als Einheit aufzufassen, ist entscheidend. Diese Bedürfnis aber besteht bereits bei Gleichartigkeit, auch wenn der Täter sich — so meist — über die Fortsetzung keine klaren Vorstellungen machte oder gar jedesmal Reue fühlte, dann aber erneut der gleichen Versuchung erlag"*). Um atestado da inconsistência da teoria objetivo-subjetiva é a desinteligência dos seus adeptos sobre o que seja realmente o *quid* psicológico da continuação. O Tribunal Imperial alemão fala em *dolo de conjunto* (*Gesamtvorsatz*), que não significa uma resolução genérica de agir do mesmo modo, sempre que se apresente ocasião propícia (o que para alguns subjetivistas é suficiente para a continuação): o agente deve, de antemão (*von vornherein*), abranger no seu dolo todas as ações singulares e o resultado total. A objeção de VON HIPPEL (observação cit., pág. 542), porém, é irretorquível: "De regra, não há um "dolo ou resolução de conjunto que possa ocasionar automática-mente ações separadas no tempo, sejam ou não semelhantes, pois "cada ação exige necessariamente uma nova resolução (dolo)" (*"Es gibt zunächst überhaupt keinen Gesamtvorsatz oder Gesamtenschluss, der automatisch zeitlich getrennte Einzelhandlungen hervorrufen könnte, mögen diese gleichartig sein oder nicht. Sondern jede Einzelhandlung erfordert notwendig einen neuen Entschluss (Vorsatz)"*)."

O atual Código italiano, para iludir essa objeção, já não fala em *medesima risoluzione*, como o Código de 89, mas, segundo já vimos, em *medesimo disegno*. E MANZINI assim define o que seja *disegno* (*designio*): "é um projeto de ação ou omissão, firme, determinado e concreto, que não resulta apenas da coordenação de uma "série de idéias substanciais, mas que pressupõe, outrossim, a escolha de meios para conseguir determinado fim e o prévio conhecimento das condições objetivas e subjetivas, nas quais se desenvolverá a atividade criminosa" (*Trattato*, II, pág. 557).

*Crimes unilaterais, bilaterais e coletivos: unilaterais* são os que podem ser cometidos por uma só pessoa; *bilaterais* (ou *de encontro*, *Begegnungsdelikte*) os que, por sua própria natureza, exigem o *encontro* de duas pessoas (ex.: o adultério, a bigamia, a corrupção); *coletivos* (ou *de convergência*, *Konvergenzdelikte*) os que têm como elemento constitutivo o concurso de várias pessoas para um fim comum (ex.: a conspi-

---

Ora, se assim é, raríssimos seriam os casos de crime continuado; de modo que, praticamente, resultaria quase inútil essa construção jurídica. A opinião de MANZINI, porém, é formalmente contrariada por outros comentadores do Código Italiano, e a controvérsia em torno do elemento psicológico da continuação amplia-se indefinidamente, chegando a perder-se nos confins nebulosos da filosofia e da metafísica. Fala-se em *unidade de ideação*, em *unidade de motivo* ou de *fim*, em *fim coletivo* ou *genérico*, em *unidade de juízo*, em *unidade de desejo*, em *identidade de representações* etc., etc. A *Relazione* de Rocco, justificando a troca do vocábulo "resolução" pela palavra "desígnio", no conceito do crime continuado, disserta: "*Nel reato continuato quella che veramente rimane persistente è la ideazione. e non già la risoluzione con cui questa si traduce in atto; è l'elemento intellettuale e non già l'elemento deliberativo o volitivo, che sorregge l'attività criminosa*". Pura logomaqueia. Um *designio* concreto, ou seja, um *plano de ação* não existe sem *volição*. *Ter um designio e não querer* é um absurdo lógico. Nem evita a incongruência a teoria de LEONE (*Del reato abituale, continuato e permanente*, 1933), que começa identificando *designio* com *desejo* (*desiderio*), e conclui falando em *unidade de motivo* ou de *fim* (repetindo o *plura delicta qui tendunt ad eundem finem*, de BALDO), como se este pudesse incidir fora da órbita da *volição*. O ponto de vista de LEONE é, aliás, uma simples tentativa de solução, pois ele próprio reconhece que o fundamento psicológico do crime continuado *giace in una zona di difficile penetrazione*. PILLITU (*Il reato continuato*, 1936) nega se possa confundir o "mesmo designio" com a "identidade de fim", e contesta MANZINI, dizendo que não é necessária, no conceito de "desígnio", a previsão das particularidades da ação ou omissão, para assim concluir: "Por designio deve entender-se a "ideação ou programa do espírito de um indivíduo, que estabelece "uma relação de interesse entre uma necessidade e um bem da "vida". Ora, é absolutamente inaceitável que essa remota *ideação*, desprovida de calor volitivo, possa ter relevo jurídico-penal, para servir de liame psicológico da continuação. PISAPIA (*Reato conti-*

ração, a greve, a quadrilha ou bando). Os crimes bilaterais e coletivos incidem sob a denominação genérica de “crimes de concurso necessário”. Costuma-se chamar *eventualmente*

nuato, 1938), por sua vez, diverge de MANZINI e de PILLITU, e refere-se a *identidade de representações*, acostando-se à velha teoria de PESSINA, que falava em *unidade de consciência*. E na representação, diz êle, que está o momento em que as várias ações (do crime continuado) se aliam no espírito do agente; mas é de ponderar-se que a *representação* é uma atitude inerte do espírito, e não pode, por isso mesmo, tornar-se decisivo ponto de referência da conexidade de ações humanas. JANNITI-PIROMALLO (E.) (*Corso di diritto criminale*, 1932) identifica *designio* com *plano* ou *programa* e, a seguir, com a *cogitatio*; “... il piano o programma criminoso, non corrispondendo alla volontà operativa in atto (dolo), è da considerarsi como cogitatio. avente un particolare valore giuridico”. Mas, por que estranha razão há de a *cogitatio*, ou, seja, o fato puro e simples de projetar *in mente* a execução de um crime a prestações, adquirir *particular valor jurídico*, para transformar-se em nexu psicológico unitário das sucessivas ações, independentemente da volição que a estas preside? Ou a *cogitatio* se conjuga com a volição e só então pode ter relevância, ou dela se separa, como etapa autônoma, e é um *nada jurídico*. ANGIONI (*La premeditazione*, 1933), depois de distinguir entre *designio* e *resolução* (“il disegno o ideazione stà alla risoluzione come l'abbozzo di un programma stà al proposito di attuarlo o, per dire col MASSARI, come il momento intellettualistico stà al momento voluntaristico”), discorre: “... o elemento subjetivo do “crime continuado consiste, não na persistência constante e irrevogável da vontade de exercer determinada atividade criminosa, mas “na persistência da ideação, isto é, na persistência da *disposição* “genérica de realizar, fracionando-o, certo empreendimento criminoso, desde que se apresentem ocasiões propícias”. Ora, de duas, uma: ou *disposição* é o mesmo que *resolução*, e retorna-se ao campo da volição; ou é mero *pensamento*, e não pode ter consistência para justificar a *unidade* jurídica do crime continuado. Embora rejeitando a teoria objetiva por ser *contrária ao direito positivo italiano*, LEONE (ob. cit., pág. 269) faz a seguinte confissão: “... ad onta degli sforzi compiuti della dottrina, de porre un concetto fermo e sicuro di questa estremo del reato continuato, nella pratica giudiziaria sarà, piuttosto, una intuizione del giudice, un criterio di benignità che si verrà imponendo, quasi una finzione di esistenza di questo nesso psicologico, come osservano alcuni scrittori tedeschi. Basta la piu piccola esperienza giudiziaria per osservare como resti



coletivo ao crime quando a pluralidade de pessoas é qualificativa ou majorante (ex.: arts. 150, § 1.º, 155, § 4.º, IV, e 226, I).

---

*quasi* generalmente senza alcuna dimostrazione concreta l'ammissione di um tale elemento; il giudice, per una intuitiva sensazione e per quel motivo di equità — che, come vedremo, costituisce l'anima dell'istituto — riconosceva quell'identità di risoluzione col Codice abrogato e riconosce quell'identità di disegno col Codice vigente, che autoriza a fissare la pena in più umani limiti, senza che egli stesso riesca ad avvertire in che consista tale estremo".

Deixemos, porém, de parte o "trabalho de Sisifo" a que se entregam os subjetivistas, na pesquisa de um momento psicológico que, antecedendo a volição, sirva de *alma* ao crime continuado. Preliminarmente, é de todo dispensável, para a existência do *delictum continuatum*, a averiguação de um elo subjetivo entre as várias ações. Como se poderia reconhecer e se *quid* psicológico senão deduzindo-o da homogeneidade objetiva das sucessivas ações? Seria inútil em tal sentido a própria *confissão* do acusado, se não se apresentasse demonstrado o elemento psicológico unitário pela conexão exterior das ações. Corolário lógico: na identificação do crime continuado, é supérflua a pesquisa de fundamento outro além da homogeneidade ou encadeamento objetivo dos elementos seníveis da atividade criminosa. É *necessária* e *suficiente* essa homogeneidade apreciada *ab externo*: a ulterior indagação de um elemento subjetivo unitário é tudo quanto há de mais ocioso. Este singelo raciocínio remonta a von BAR (*Gesetz und Schuld in Strafrecht*, III, 1900, pág. 582); "... o dolo unitário, dado que pudesse ser reconhecido "de modo geral, não seria senão simples *reflexo* das circunstâncias "objetivas. \* Se assim não fosse, não poderia ser reconhecido. Por

---

\* Em sentido contrário, mas sem razão alguma, ROBERTO LIRA, vol. II destes *Comentários*, pág. 37. Sem a devida atenção, BASILEU GARCIA (in *Justitia*, vol. II, ano II, fasc. II) e MAGALHÃES NORONHA (*Crimes contra os costumes*, 1943, pág. 52) continuam insistindo na indeclinabilidade da "unidade de desígnio", que seria o único elemento distintivo entre "crime continuado" e "concurso material de crimes". Ora, é tão-somente a homogeneidade objetiva das ações que torna possível o *discrimine* em todos os casos. A unidade de desígnio é meramente eventual. Pode deixar de existir, não obstante a homogeneidade objetiva, e nem por isso deixará de apresentar-se o crime continuado.



*Crimes simples e complexos*: *simples* é o que se identifica com um só tipo legal; *complexo*, o que representa a fusão unitária de mais de um tipo (ex.: roubo, estupro).

*Crimes comuns e especiais* (ou *próprios*, *Sonderverbrechen*, *Standesverbrechen*): *comuns* são os que podem ser pra-

“outras palavras: a exigência do dolo unitário é supervacânea” (“... si wird der verlangte einheitliche Vorsatz, sofern er überhaupt beachtet werden soll, zu einem blossen Spiegelbild der objektiven Umstände: ist er dies nicht, so wird er nicht beachtet. Mit anderen Worten: das Erfordernis des einheitlichen Vorsatz ist überflüssig”). FLORIAN, não obstante adepto da teoria objetivo-subjetiva, não deixa de reconhecer (*Trattato*, parte geral, 1926, vol. II, pág. 68) “che nella vita pratica del diritto il concetto di unicità della risoluzione è piuttosto empirico, giacché mentre logicamente e psichicamente dovrebbe precedere tutti i reati poi commessi ed esserne quasi il preludio, l'esatto accertamento di ciò incontra difficoltà enormi, onde comunemente della continuazione si giudica a posteriori ed alla stregua di criteri esterni (la successione dei reati nel tempo, ecc.)”. O principal argumento, porém, contra a exigência de um elemento subjetivo unitário no conceito do crime continuado é o de que ela redundaria em flagrante contra-senso, em evidente ilogismo. Sabe-se que o crime continuado, fundamentalmente, atende a um objetivo de equidade. \* Importando uma exceção à regra do “concurso mate-

\* M. E. MAYER e VON HIPPEL pretendem que o crime continuado tenha um fundamento de *utilidade*, qual o da *economia do processo*. Diz o primeiro (ob. cit., pág. 167): “... es wäre unzweckmässig, jede einzelne Handlung zu bestrafen, weil dann im Prozess jede einzelne nachgewiesen, also ein unverhältnismässig grösser Aufwand an Zeit, Mühe und Geld getrieben werden müsste. Die Annahme des fortgesetzten Verbrechens ermöglicht, es dahingestellt sein zulassen, ob der Tatbestand einmal mehr oder weniger ausgefüllt worden ist, und sich mit dem Beweis wiederholter Verwirklichung zu begnügen” (isto é: “... seria inconveniente punir cada ação de “per si, por isso que, tornando-se necessário apurar no processo “cada uma delas, haveria desproporcionado gasto de tempo, de esforço e de dinheiro. A admissão do crime continuado permite dispensar a verificação do número exato das várias ações, contentando-se com a prova da repetição do crime”). No mesmo sentido, argumenta VON HIPPEL (ob. cit., pág. 536): “Der allein gangbare Weg ist hier vielmehr, Anzahl Stichproben zu machen, die den Anfang, die Fortsetzung und den Schluss festlegen und dann zu verur-

ticados por qualquer pessoa; *especiais* os que pressupõem no agente uma particular qualidade ou condição pessoal, que pode ser de cunho *social* (ex.: funcionário público, militar, comerciante, empregador, empregado, médico) ou *natural* (mulher, mãe, ascendente, descendente). Assim, são crimes *especiais* os *funcionais*, os puramente *militares*, o crime falimentar próprio, a parede (greve), o auto-aborto, o infanticídio, o crime do art. 302, o abandono de família.

rial", no sentido de uma penalidade mitigada. É um benefício que se instituiu em favor do inculpaado, para conjurar, em certos casos um excesso de pena. Ao invés de se considerar na espécie uma pluralidade de crimes com penas cumuladas, sem qualquer temperamento, reconhece-se, por ficção jurídica, que se trata de crime *unum et idem*, aplicando-se-lhe uma pena complexa, mas inferior à que resultaria da soma das penas, se reconhecido o concurso material. Pois bem; o elemento psicológico reclamado pela teoria objetivo-subjetiva, longe de justificar êsse abrandamento da pena, faz dele a paradoxal recompensa a um *plus* de dolo ou de capacidade de delinqüir. É de toda evidência que muito mais carecedor de pena é aquele que *ab initio* se propõe repetir o crime agindo segundo um plano, do que aquele que se determina, de caso em caso, à repetição estimulada pela anterior impunidade, que lhe afrouxa os motivos da consciência, e seduzido pela permanência ou reiteração de uma oportunidade particularmente favorável. O êxito ou impunidade da primeira ação e a persistência da ocasião propicia exercem uma influência psicológica, no sentido de quebrantar ainda mais a resistência à tentação. Logo, a repetição do *mau passo*, em tais condições, é menos censurável do que a que resulta de um propósito formado de antemão. NINO LEVI (*in Codice Penale illustrato*, de Ugo CONTI, fasc. 3.º, pág. 294), depois de acentuar que quem comete a primeira infração não tem, de regra, o propósito de cometer outras, observa: "... poi per gli allettamenti della impunità, per quella mi-

*teilen wegen eines fortgesetzten Deliktes, wobei die Mehrzahl der Fälle bei der Strafmessung angemessen zu berücksichtigen ist und res judicata auch für die nicht ausdrücklich festgestellten Fälle eintritt*" ("O expediente preferível é obter certo número de provas "que determinem o início, a continuação e a cessação desta, e condenar por crime continuado, devendo a pluralidade das ações ser "devidamente considerada na medida da pena e ficando cobertas "pela *res judicata* também as ações que não tenham sido expressamente averiguadas").

*Crimes qualificados e privilegiados.* Depois de incriminar determinado fato, a lei penal, muitas vezes, passa a ter em conta certas circunstâncias subjetivas ou objetivas de que ele pode revestir-se, assumindo um cunho especial de maior ou menor gravidade, e adota, então, um triplice critério de decisão: ou configura um crime à parte, com título próprio

*nore valutazione morale che corrisponde alla reiterazione del fatto in confronto al fatto iniziale (e che dal punto di vista psicologico è a mio avviso la giustificazione più efficace della minore repressione del reato continuato), per il persistente impulso al conseguimento di quello stesso obbiettivo, ricade: vi è reato continuato. Senza di che si arriverebbe a questo assurdo: di punire più gravemente chi abbia opposto una certa resistenza agli impulsi criminosi e magari lottato per resistere, e di beneficiare chi abbia, frigido, pacatoque animo fin dal primo momento, concepito tutto lo svolgimento del disegno criminoso".* A incongruência da teoria objetivo-subjetiva já era acusada por VON BAR (ob. cit., pág. 588): "Não tem certamente direito a benigno tratamento, por isso que revela maior intensidade de dolo, aquêlê que, segundo um único plano (resolução) ou um plano delineado de antemão em seus detalhes, pratica vários crimes da mesma espécie; mas, ao contrário, não deixa de ter êsse direito aquêlê que, dada uma ocasião essencialmente idêntica à em que já uma vez praticou o crime e sem que nesse meio tempo um sério motivo o dissuadesse do mau caminho, cede novamente à "tentação". No mesmo sentido, M. E. MAYER (loc. cit.): "... tão evidente é o acréscimo de energia que a resolução criminosa imprime à unidade de dolo, que difficilmente se acomodaria o benigno tratamento colimado em razão da concepção conjunta das ações sucessivas" ("... offenbar wird durch die Einheit des Vorsatz die Energie der verbrerischen Entschlossenheit so geistert, dass die mildere Beurteilung, die durch Zusammenfassung der Einzelakt wird, schlecht am Platze wäre"). \* MEZGER (*Tratado de derecho penal*,

\* Ao argumento de que a unidade de desígnio é índice de maior intensidade de dolo, responde LIRA (loc. cit.) que "não o seria menos o *motu continuo* acelerado que é antes reiteração do que continuação". Em primeiro lugar, não há *motu continuo* no crime continuado. Este, apesar do seu nome, caracteriza-se, paradoxalmente, pela *descontinuidade* das ações que o compõem. Além disso, seria interessante saber qual o critério para distinguir entre o *delictum continuatum* e o *delictum reiteratum*, se se abstrai a homogeneidade objetiva das ações singulares.

e pena autônoma, superior ou inferior (em quantidade ou qualidade) à do *tipo fundamental*; ou conserva o crime básico, com o seu *nomen juris*, mas cominando-lhe uma pena maior ou menor, dentro de novos limites (isto é, com caráter autônomo); ou limita-se a determinar ou autorizar uma especial agravação ou atenuação da pena do crime-básico (forma simples do crime), segundo uma quota fixa ou variável.

---

trad. esp. de Muñoz, II, pág. 321) igualmente adverte: "... se o "agente possuisse realmente, de antemão, um dolo unitário, por exemplo, de abusar impudicamente de uma criança em toda ocasião propícia, \*\* tal dolo não seria certamente motivo de atenuação, mas, ao contrário, de agravação da pena. Precisamente o subcumbir sempre de novo à tentação corresponde, em face dele, à "idéia do crime continuado". BELING (*Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 370), do mesmo modo, desacredita a teoria da *resolução conjunta*: "Uma resolução dirigindo-se de antemão, à totalidade das ações, só a têm de regra, os piores criminosos, que operam segundo um plano. Não a tem aquele que é seduzido, iterativamente, pelas várias oportunidades; assim, o benefício do *delictum continuatum* não reverteria em favor dos que mais o merecem, e *vice versa*... "Para construção jurídico-penal, tem-se de partir das ações, e não das fontes psicológicas de que decorrem, pois as ações é que são "puníveis, e não as *resoluções criminosas*".

Por último, é indistigável a imprestabilidade ou insuficiência da teoria objetivo-subjetiva, quando se tem em vista que ela exclui a continuação no campo da culpa *stricto sensu*, pois nesta não se pode falar em plano criminoso. E de chocante iniquidade que o benefício da continuação seja outorgado aos delinquentes dolosos e não o seja aos culposos, isto é, justamente àqueles que mais devem ter direito a ele. Assim, por exemplo, a cozinheira que, segundo plano

---

\*\* LIRA (ob. cit., pág. 376) diz que esse exemplo "não seria de crime continuado, e sim de reiteração, pela nova atitude da vontade". Ora, a cada uma das ações do crime continuado corresponde sempre, necessariamente, uma volição particular, tal como se dá no concurso material; mas isso, como é claro (e o proclamam os subjetivistas) não exclui a possibilidade de uma genérica resolução *ab initio* ou um desígnio de conjunto (alheio à volição, como querem os neo-subjetivistas). O caso figurado por MEZGER, quer em face da teoria objetivo-subjetiva (reconhecida a unidade de plano), quer perante a teoria puramente objetiva (dada a homogeneidade considerada *ab externo*) é de *típico crime continuado*.

Em tais casos, diz-se o crime *qualificado* (*delictum qualificatum*) ou *privilegiado* (*delictum privilegiatum*) ou *excepto* (*delictum exceptum*) conforme seja particularmente considerado, no dispositivo legal, o *plus* ou o *minus* de gravidade. Assim, crime *qualificado* é o roubo, em relação ao furto, e crime *privilegiado* é o infanticídio, em relação ao homicídio; *qualificado* é o homicídio previsto no § 2.º do art. 121, como *privilegiado* é o homicídio nas hipóteses do § 1.º do mesmo artigo.

*Crimes comuns* (em sentido extensivo) e *políticos* (ou *político-sociais*): enquanto os primeiros atacam os bens ou interesses jurídicos do indivíduo, da família e da sociedade, penalmente protegidos pelo Estado, os crimes políticos agredem a própria segurança interna ou externa do Estado ou são dirigidos contra a própria *personalidade* deste.

preconcebido, delta veneno, em dias sucessivos, no alimento da patroa, será favorecida pela continuação; mas, se, por mero descuido na limpeza do caldeirão de cobre em que prepara a comida, causa reiterados danos à saúde da patroa, terá de sofrer as penas cumuladas! Basta êsse desconchavo de maior benignidade para com o delinquente doloso, em cotejo com o simplesmente culposos, para justificar o repúdio da teoria objetivo-subjetiva, que só por aferro à tradição ainda persiste no direito penal positivo.

Ao tomar partido por essa desprestigiada teoria, ROBERTO LIRA, valendo-se de uma breve informação de PISAPIA (ob. cit., págs. 246 e segs.), afirma que "a última palavra da doutrina na Alemanha" a respeito do crime continuado, é a opinião de DILLER, que teria negado qualquer razão de existência a essa construção jurídica. Antes do mais, o verdadeiro pensamento de DILLER (*Die fortgesetzte Delikt im Licht der Strafrechtseneruerung, in Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, vol. 56, 3.º fasc., 1936, págs. 361 e segs.) é que o crime continuado deve ser, de *lege ferenda*, considerado uma simples variante ou modalidade do concurso material (*Tatmehrheit*), mas pôsto que, quanto a êste, se permita certa elasticidade na aplicação da pena: "O crime continuado deve ser, de futuro, convenientemente apenado na órbita do concurso material, em que se "possibilitará um mais dúctil sistema de punição, a fim de atender "devidamente a todos os possíveis graus de culpabilidade" (*"Das fortgesetzte Delikte wird deshalb zweckmässigerweise künftige im Rahmen der Tatmehrheit strafrechtlich geahndet, wobei ein weiteres Strafraumen es ermöglichen wird, alle auftauchenden nach Gebühr strafrechtlich zu erfassen"*). De jure constituto, porém, DILLER



*Crimes principais e acessórios.* Há crimes que pressupõem a anterioridade de outros (ex.: receptação, favorecimento); estes se dizem *principais*, aqueles *acessórios*.

*Crimes de ação pública e de ação privada:* nos primeiros a ação penal cabe ao Ministério Público, de ofício ou mediante *representação* ou *requisição*; nos últimos a punibilidade depende de *queixa* do ofendido, ou de seu representante ou substituto legal.

*Crimes incondicionados e condicionados:* nestes, ao contrário do que ocorre naqueles, a punibilidade é subordinada a um acontecimento extrínseco e ulterior à consumação (condição objetiva de punibilidade — veja-se n.º 53).

Relação de  
causalidade

*Art. 11. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*

---

não vacila em manifestar-se pela teoria objetiva do crime continuado, impugnando o ponto de vista do *Reichsgericht* (Superior Tribunal alemão) e da Comissão oficial do direito penal alemão (que cedeu à opinião de FREISLER no sentido da jurisprudência do *Reichsgericht*). Depois de acentuar que, em face do direito penal *voluntarístico*, não vale assentar uma noção, arbitrária e aprioristicamente, sobre um puro elemento subjetivo, mas, sim, fixar os elementos objetivos dos quais se deduza, com segurança, a maior ou menor intensidade do dolo, conclui: "Aplicado ao crime continuado, significa isso que, para o seu conceito, não é de ser exigido, como essencial, o dolo de conjunto, pois a conexão continuada deve ser, de preferência, apreendida e determinada segundo características objetivos, desde que se reconheça a necessidade de conservar esse instituto jurídico-penal". O Código Penal brasileiro, embora conservando a figura do crime continuado, procura atender ao justo raciocínio que, antes de DILLER, já era formulado por todos os defensores da teoria objetiva: a pesquisa de especial elemento subjetivo, no crime continuado, deve ser feita, de caso em caso, e, quando possível, somente para o fim da medida da pena complexa. E a esta imprimiu o Código, no § 2.º do art. 51, a necessária amplitude ou maleabilidade para corresponder ao objetivo de seu ajustamento à variedade dos casos concretos"

*Parág. único. A superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.*

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos: italiano, arts. 40 e 41; uruguaio, arts. 3.º e 4.º; português, art. 350; equatoriano, art. 13, alíneas 1.ª, 2.ª e 3.ª; panamenho, art. 314; iugoslavo, art. 13.*

**BIBLIOGRAFIA** (especial). VON BURI, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen* (A causalidade e suas relações jurídico-penais), 1885; VON KRIES, *Über den Begriff der objektive Möglichkeit und einige Anwendungen desselben* (Sobre a noção da possibilidade objetiva e algumas de suas aplicações), 1888; M. E. MAYER, *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht* (A conexão causal entre ação e resultado em direito penal), 1899; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (A causalidade como elemento na estrutura jurídica do crime), 1931; MÜLLER (G.), *Das Kausalitätsproblem im Strafrecht*, in *Gerichtssaal*, vol. 50, 1890; BIRKMEYER (Karl von), *Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht* (Conceito de causa e conexão causal em direito penal), 1885; RADBRUCH (Gustav), *Die Lehre von der adäquaten Verursachung* (A teoria da causação adequada), 1902; HARTMANN, *Das Kausalproblem im Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung der Verursachungsbegriff des Strafgesetzbuchs* (O problema da causalidade em direito penal, com particulares considerações sobre o conceito de causação no Código Penal), in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 27; POMP (Paul), *Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges* (A chamada interrupção da conexão causal), idem, fasc. 27; KÜCK (G.), *Die Lehre vom Kausalzusammenhange im ausländischen Strafrecht* (A teoria da conexão causal no direito penal estrangeiro), idem, fasc. 137; HIRSCHBERG, *Schuldbegriff und adäquate Kausalität* (Conceito de culpa e causalidade adequada), idem, fasc. 241; WIECHOWSKI, *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*, idem, fasc. 55; REDSLOB, *Die kriminelle Unterlassung* (A omissão criminosa), idem, fasc. 70; SCHWARZ (W.), *Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung* (A causalidade nos chamados crimes comissivos por omissão), idem, fasc. 254; STUART MILL, *A system of Logic*, ed. L. Green & Co., 1919; STOPPATO, *Causalità e colpa penale*, in *Riv. Penale*, vol. 53; *L'evento punibile*, 1898; MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, 1923; VANNINI, *Omissione causale*, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1931; *Ancora sul problema della causalità*, in *Annali di dir. e proc. penale*,

1934; MARCIANO (G.), *Rapporto di causalità e concorso di cause*, in *Il nuovo Codice Penale*, 1932; ANTOLISEI (F.), *Il rapporto di causalità, nel diritto penale*, 1934; RANIERI (S.), *La causalità nel diritto penale*, 1936; SANTORO (A.), *Il caso fortuito nel diritto penale*, 1937; MONTALBANO, *Il rapporto di causalità materiale nel Codice Penale*, in *Scuola Positiva*, 1933; CAVALLO (V.), *Il principio di causalità nel Codice Penale*, 1936; MANDRIOLI, *Le cause sopravvenute*, in *Riv. Penale*, 1931; *In difesa dell'art. 41 del Codice Penale*, idem, 1933; FINZI (M.), *Rapporto di causalità e concorso di cause nel Codice Penale italiano*, in *Riv. ital. dir. penale*, 1936; ALTAVILLA, *Rapporto di causalità*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. III; ANGIONI, *Il problema della causalità materiale*, in *Studi in onore di Ugo CONTI*, 1932; BERNAU, *Causalità adeguata?*, in *Scuola Positiva*, 1932; GUARNERI, *In difesa della causalità adeguata*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1935; *Causalità*, in *Dizionario di Criminologia*, de FLORIAN-NICEFORO-PENDE, 1943; CECCHI (O.), *Teoria dell'evento nel reato*, 1937; GRISPICINI, *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1935; VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, II, 1907; DRAPKIN (A.), *Relación de causalidad y delito*, 1943; ASTA, *Relación de causalidad y responsabilidad criminal*, 1940.

#### COMENTARIO

58. Causalidade. Como já vimos (n.º 50), o crime, no seu aspecto objetivo, é um *fato humano*, compreendendo dois momentos: uma *ação* (voluntário movimento corpóreo) ou *omissão* (voluntária abstenção de movimento corpóreo) e um *resultado* (evento de dano ou de perigo). Também já ficou acentuado que entre esses dois momentos deve existir, condicionando a *imputatio facti*, uma relação de causa a efeito. Averiguado o evento de dano ou de perigo, tem-se de indagar, preliminarmente, se pode ser referido, em conexão causal, à ação ou omissão do acusado. Surge, aqui, o problema da *causalidade*, em torno do qual se multiplicam as soluções propostas. Se todo evento tivesse na ação ou omissão a sua causa única e exclusiva, não se apresentaria o problema: este nasce da complexidade dos antecedentes causais daquele, entre os quais a ação ou omissão não é senão um elo de extensa cadeia. Quer-se, então, saber quando, sob o ponto de vista jurídico, a ação ou omissão tem o suficiente relevo de causa; e nessa indagação pululam as teorias, de que vamos dar breve notícia, mencionadas apenas as de maior prestígio.



*Teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da "conditio sine qua non" (VON BURI):* não há diferença entre causa no plano natural e causa no plano jurídico. Causa é toda condição do resultado e todas as condições se equivalem. Não há distinguir entre *causa* e *condição* (ensejo ao funcionamento da causa), entre *causa* e *ocasião* (o que provoca, acidentalmente, a produzir o seu efeito), entre *causa* e *con-causa* (condição preexistente, concomitante ou superveniente que *coopera* com a ação ou omissão): tudo quanto contribui para a produção do resultado é *causa* incindível dele. Existe relação causal entre a ação ou omissão e o evento sempre que este não teria ocorrido sem aquela, isto é, quando não se possa, mentalmente, supor excluída na série causal a ação ou omissão, sem admitir-se que, *in concreto*, o resultado teria deixado de ocorrer.

*Teoria da causalidade adequada (VON KRIES, VON BAR):* causa é a condição em geral idônea ou *adequada* a determinar o fenômeno. Também esta teoria não distingue entre causa e condição: todo antecedente é causal, desde que se apresente como *fator típico*, isto é, desde que mantenha com o fenômeno uma relação de regularidade estatística (uma relação de *constância*, segundo *id quod plerumque accidit*).

*Teoria da eficiência (BIRKMEYER, STOPPATO):* causa é a condição mais eficaz ("*Ursache ist die wirksamste Bedingung*") ; causa é a força que produz um fato.

*Teoria da causa próxima* (que remonta a BACON): *in jure non remota causa, sed proxima spectatur*. É preciso distinguir entre *causa* (causa imediata) e *condição* (causa remota).

*Teoria da causa decisiva (KÖHLER):* causa é o *elemento dinâmico* que decide da espécie do efeito. Os *elementos estáticos* são simples *condições* e, como tais, juridicamente imponderáveis.

*Teoria do equilíbrio (BINDING):* causa é a *força última* que, rompendo o equilíbrio entre os elementos favoráveis (positivos) e os contrários (negativos), produz o evento.

*Teoria da condição insubstituível* (G. MÜLLER): só é causa a condição indispensável em relação ao evento.

*Teoria do movimento atual* (HORN): causa é o *movimento atual*, em contraposição ao estado inerte.

*Teoria da causa humana exclusiva* (ANTOLISEI): para a existência do nexos de causalidade, em sentido jurídico, é necessário que o homem, com sua ação ou omissão, tenha posto em ato uma condição do evento, e mais que a produção deste não se tenha verificado pelo concurso de fatos excepcionais (*raríssimos*), pois, se tal concurso advém, o nexos entre a ação ou omissão e o evento é simplesmente *ocasional*, e não basta para que se possa imputar o evento ao agente ou omitente.

*Teoria da causa relevante para o direito penal* (M. L. MÜLLER, MEZGER): causa, do ponto de vista lógico, é qualquer condição (como na teoria da equivalência); mas a existência do nexos causal não induz *a priori* a relevância deste para o direito penal: só é juridicamente relevante a causa idônea (a idoneidade, aqui, diversamente da teoria de von KRIES ou da causalidade adequada, não é necessária para a existência do nexos causal, mas para a relevância jurídico-penal).

*Teoria da causa típica* (BELING): não existe propriamente um problema de causalidade, mas apenas a questão de *enquadramento* (*Subsumptio*) do fato no tipo penal, mediante a interpretação do texto legal, especialmente do sentido do "verbo" que preside à configuração do crime. Segundo BELING, a teoria da causalidade não pertence à teoria da ação, mas à do conteúdo de fato do crime, segundo o *tipo legal*.<sup>1</sup>

*Teoria da tipicidade condicional* (RANIERI): existe nexos causal, em direito penal, quando entre uma determinada conduta *típica* (isto é, correspondente à descrita por uma

<sup>1</sup> "Sie gehört nicht zur Handlungslehre, sondern in die Lehre vom Tatbestand". *under zwar von den materiellen Tatbeständen*" (*Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 208).

norma penal) e um determinado evento, consistente em particular modificação do mundo externo (também descrita, de regra, na dita norma), existe uma relação que tenha os característicos de *sucessão, necessidade e uniformidade*.

*Teoria da condição perigosa* (GRISPIGNI): a conduta humana é causa de um evento, não apenas quando lhe é condição (condição simples), mas, além disso, quando, apreciada *ex ante*, constitua um *perigo*, relativamente à superveniência do evento.

O nosso Código, ao resolver o problema, adotou a *teoria da equivalência* ou da *conditio sine qua non*.<sup>2</sup>

Como é sabido, o Código de 1890, ainda adstrito a distinções medievais entre *causa lethalis absoluta* e *causa lethalis relativa* ou *causa per se* e *causa per accidens*, concedia *privilegium* ao homicídio doloso *concausal*, isto é, reduzia

---

<sup>2</sup> Assim disserta a *Exposição de motivos* do ministro CAMPOS (sobre o projeto definitivo): "Seguindo o exemplo do Código Italiano, o projeto entendeu de formular, no art. 11, um dispositivo geral sobre a *imputação física* do crime. Apresenta-se, aqui, o problema da causalidade em torno do qual se multiplicam as teorias. Ao invés de deixar o problema às locubrações da doutrina, o projeto pronunciou-se *expressis verbis*, aceitando a advertência de Rocco, ao tempo da construção legislativa do atual Código Italiano: "... *adossare la responsabilità della risoluzione di problemi gravissimi alla giurisprudenza è, da parte del legislatore, una vegliaccheria intellettuale*" (*Lav. prep.*, IV, 2.º, 117).

"O projeto adotou a teoria chamada da *equivalência dos antecedentes* ou da *conditio sine qua non*. Não distingue entre *causa* e *condição*: tudo quanto contribui, *in concreto*, para o resultado, é *causa*. Ao agente não deixa de ser imputável o resultado ainda quando, para a produção deste, se tenha aliado à sua ação ou omissão uma *concausa*, isto é, uma outra causa preexistente, concomitante ou superveniente. Somente no caso em que se verifique uma *interrupção de causalidade*, ou, seja, quando sobrevém uma causa que, sem cooperar propriamente com a ação ou omissão, ou representando uma cadeia causal autônoma, produz, por si só, o evento, é que este não poderá ser atribuído ao agente, a quem, em tal caso, apenas será imputado o evento que se tenha verificado por efeito exclusivo da ação ou omissão".

aprioristicamente a pena quando, para o resultado "morte", tivessem concorrido as *condições personalíssimas* do ofendido ou a *inobservância*, por parte deste, do *regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado*. Era uma solução injustificável, nada mais traduzindo que uma aberrante condescendência para com o criminoso. Se o agente procede *ne-candi animo* (isto é, com o dolo, direto ou eventual, distintivo do homicídio), que importa, sob o duplo ponto de vista da *imputatio facti* e da *imputatio juris*, a preexistência, concomitância ou superveniência de uma causa que, embora alheia ao cálculo do agente, favoreça ou condicione a eficiência letal da lesão infligida, sem ultrapassar a órbita do perigo criado por esta ou incidindo na sua linha de desdobramento físico? Argumenta-se que em tal caso, não obstante a existência do *animus occidendi*, o evento "morte" do ponto de vista objetivo, não pode ser imputado *exclusivamente* à conduta do agente e, assim, a pena deve ser diminuída. Afeiçoando-se a tal critério, o antigo Código, entretanto, não lhe prestava estrita fidelidade: reduzia a pena na hipótese das "condições personalíssimas do ofendido" (isto é, condições anátomo-fisiológicas *anormais* ou *excepcionais*; mas não *patológicas*) e na de "inobservância do regime médico-higiênico", mas equiparava à lesão mortal *per se* a que produz a morte por deficiência da "constituição ou estado mórbido anterior" da vítima (isto é, causas *patológicas*). Era evidente o ilogismo, desde que idêntico, em qualquer dessas hipóteses, o grau de cooperação da *concausa*: tanto faz que a morte tenha resultado da concorrência, por exemplo, do estado hemofílico ou diabético do ofendido, quanto da fragilidade congênita do seu osso frontal, atingido pelo golpe, ou de um processo infeccioso conseqüente à lesão recebida e mal cuidada. No caso de "inobservância do regime médico-higiênico", a redução da pena era maior do que no das "condições personalíssimas", por entender-se que se apresentava ainda menos íntima a coligação entre o fato do agente e a concausa. Era a preocupação de miúdo *objetivismo* para a graduação da punibilidade, a redundar no despropósito de

se considerar a inevitabilidade do resultado letal como uma *condição de menor punibilidade* do homicídio doloso ou de admitir-se uma estranha compensação entre o dolo do agente e a negligência da vítima.

O legislador de 1940 não contemporizou com semelhantes critérios: separou, como conceitos distintos, a *causalidade* (física) e a *culpabilidade* e consagrou, em princípio, no tocante à primeira, o critério lógico-naturalístico da equipolência das condições.<sup>3</sup> A questão da causalidade é resolvida na órbita exclusiva do *elemento material* do crime, isto é, no estrito limite da *ação ou omissão* e o *resultado*. Em face do art. 11 (*caput*) do Código vigente, é sempre integral e solidariamente responsável pelo resultado concreto, do ponto de vista lógico-causal, “a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Nada importa que haja cooperado, com a ação ou omissão, para o advento do resultado, outra força causal (*concausa*). Nenhuma diferença existe entre *causa e concausa*, entre *causa e condição*, entre *causa e ocasião*. Todas as forças que concorrem para o resultado *in concreto*, apreciadas em conjunto ou *uti singuli*, equivalem-se na sua eficiência causal. Nem uma só delas pode ser abstraída, pois, de outro modo, se teria de concluir que o resultado, na sua fenomenalidade concreta, não teria ocorrido. Formam elas uma unidade infragmentável. Relacionadas ao evento, tal como este ocorreu, foram todas igualmente *necessárias*,<sup>4</sup> embora qualquer delas, sem o concurso das outras, não tivesse sido *suficiente*. A ação ou omissão, como cada uma das outras causas concorrentes, é condição *sine qua non* do resultado. O nexo causal entre a conduta do agente e o resultado não é *interrompido* ou *excluído* pela interferência *cooperante* de outras causas. Assim, no crime de

<sup>3</sup> A teoria da equivalência dos antecedentes causais remonta a STUART MILL, mas foi VON BURI que, inspirado ou não no filósofo inglês, a formulou no campo do direito penal.

<sup>4</sup> STUART MILL, *A system of Logic*, pág. 214: “All the conditions were equally indispensable to the production of the consequent”.

homicídio, a relação causal entre a conduta do agente e o resultado "morte" não deixa de subsistir, ainda quando para tal resultado haja contribuído, por exemplo, a particular condição fisiológica da vítima ou a falta de tratamento adequado.

A equivalência dos antecedentes causais é um irrefutável dado de lógica, e nada impede que seja reconhecido na esfera jurídico-penal, desde que se não confundam a causalidade objetiva e a causalidade subjetiva (culpabilidade), a *imputatio facti* e a *imputatio juris*. Se o reconhecimento do nexo causal entre a ação ou omissão e o resultado coincidissem com o *juízo de culpabilidade*, a teoria da equivalência seria, no terreno do direito penal, evidentemente imprestável, pois autorizaria, para efeito da *imputatio juris* ou da punibilidade, uma *regressão infinita* às condições antecedentes. No caso de homicídio, por exemplo, não escaparia à sanção penal nem mesmo o fabricante da arma com que foi o crime praticado.<sup>5</sup>

A teoria em questão é a preferível dentre todas as formuladas sobre a causalidade física, pois serve a uma solução simples e prática do problema. A pergunta — *quando a ação ou omissão é causa do resultado?*, ela responde de modo preciso e categórico: a ação ou omissão é sempre causa quando, suprimida *in mente* ("processo de eliminação hipotética", na frase de THYREN), o resultado *in concreto* não teria ocorrido. Mas a causalidade física não é, nem podia ser o único pressuposto da punibilidade; acha-se esta, igualmente, subordinada à *culpabilidade* do agente. Após a averiguação de um evento penalmente típico na sua objetividade, tem-se de apurar, não somente se foi *causado* por alguém, mas, também, se o agente procedeu *dolosa* ou *culposamente*. O requisito da culpabilidade é, sob o prisma jurídico-penal, um corretivo à excessiva amplitude do conceito de causa (no sentido pura-

<sup>5</sup> Dizia BINDING, irônicamente, que a teoria da equivalência, a coberto de limites, levaria a punir-se como partícipe de adultério o carpinteiro que fabricou o leito em que se deita o par amoroso.

mente lógico). Assim, no exemplo acima figurado, o fabricante da arma ofensiva não é penalmente chamado a contas pelo resultado “morte”, pois este não lhe pode ser *psiquicamente* imputado a título de dolo ou culpa.

59. **Interrupção de causalidade.** Assimilando a teoria da equivalência, o Código entretanto, não o fez *sic et simpliciter*, pois lhe abre uma exceção, no terreno mesmo da pura causalidade objetiva. Dispõe o parág. único do art. 11 que “a superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado” (salvo os fatos “anteriores”, que se imputam “a quem os praticou”). Trata-se, como dissemos, de uma *exceção*, e não, como pode parecer (pela exegese literal), uma simples aplicação da regra formulada no *caput* do artigo. O parágrafo prevê a hipótese da *independência relativa* da causa superveniente.<sup>6</sup> Seria êle uma superfluidade, se se referisse à hipótese de *independência absoluta*, pois esta já está reconhecida na parte principal do artigo, *a contrario sensu*, como excludente da causalidade oriunda da ação ou omissão. Se a *causa superveniens* se incumbe sozinha do resultado, e não tem ligação alguma, nem mesmo ideológica, com a ação ou omissão, esta passa a ser, no tocante ao resultado, uma “não-causa”. Tomemos o exemplo formulado por VON LISZT: A fere mortalmente o barqueiro B, mas este, antes que sobrevenha a morte em consequência do ferimento, perece afogado, porque um tufão fez soçobrar o barco. Em face do art. 11, *caput*, é claro que a A não pode ser imputada a morte de B, pois, ainda que supos-

<sup>6</sup> Não se refere o Código, no parág. único do art. 11, às causas *preexistentes* ou *concomitantes*; de modo que estas somente quando *absolutamente* independentes excluem a causalidade desenvolvida pela ação ou omissão. Exemplos: A fere mortalmente B, mas este vem a morrer, não em consequência do ferimento, mas por efeito de uma dose de veneno que pouco antes ingerira; A desfecha um tiro mortal contra B, no mesmo instante em que êste morre *exclusivamente* por efeito de um colapso cardíaco. Neste último caso, se há incerteza sobre a primazia de uma das causas, deve ser aplicado o *in dubio pro reo*, respondendo o agente apenas por tentativa de homicídio.



ta inexistente a sua ação, tal resultado teria igualmente ocorrido. Não é, portanto, de casos como este que cogita o parágrafo do art. 11. E tem-se de chegar, então, em face do mesmo parágrafo, à seguinte conclusão: para interromper ou excluir o vínculo causal, basta que sobrevenha à ação ou omissão uma causa *relativamente independente*, que se encarregue, por si só, de produzir o resultado. Figure-se o seguinte caso: Tício fere mortalmente Mévio, mas este, recolhido a um hospital, vem a morrer pela ingestão de uma substância tóxica que, ao invés do medicamento prescrito, lhe ministra, inadvertidamente, a enfermeira. Dentro da lógica da teoria da equivalência (endossada pelo *caput* do art. 11), o resultado "morte" teria de ser imputado a Tício, pois, se não fora a ação deste, Mévio não teria sido levado para o hospital e, portanto, não teria sido vítima da troca do remédio por veneno. É força, porém, convir em que há *relativa* independência entre a ação de Tício e a causa sucessiva: não se achava esta na linha de desdobramento físico (ou *anátomo-patológico*, como diz MONTALBANO) do resultado da ação de Tício. Sobreveio, com o descuido da enfermeira, um novo processo causal, que se substituiu ao primitivo, acarretando, por sua exclusiva eficácia, o resultado "morte". Tício deve responder somente por *tentativa* de homicídio. Se se abstrai o conceito ideológico de causalidade, não há dúvida que, no caso figurado, como acentua PERGOLA,<sup>7</sup> se apresentam dois processos causais distintos e autônomos: um que vai da ação de Tício até a lesão corporal de Mévio, com os seus conseqüências físicos ou anátomo-patológicos (certos ou eventuais), e outro que vai da inadvertência da enfermeira até a morte de Mévio.

Para a solução de casos semelhantes, em que a causa superveniente, do ponto de vista relativo, não coopera propriamente com a causa primitiva, é que o parág. único do art. 11 cria um *temperamento* à teoria da equivalência, considerando interrompido ou truncado o nexos causal (*Unterbrechung der Kausalzusammenhanges*) entre a conduta do agente e

<sup>7</sup> *Il reato*, pág. 382.



o resultado. A limitação que o parágrafo introduz à regra do artigo deve ser entendida, repita-se, no próprio terreno objetivo-causal, isto é, sem qualquer apelo ao requisito da *culpabilidade*. Restringindo a teoria da equivalência,<sup>8</sup> o parágrafo não se orienta pela *teoria da adequação* ou qualquer outra que, implícita ou explicitamente, entrose a causalidade física com a causalidade psíquica. A causa superveniente, a que se refere o parágrafo, exclui a imputação integral do resultado ao agente, não porque tenha sido *imprevisível* ou *incalculável*, mas porque a lei assim o determina, considerando excluída a causalidade originária da ação ou omissão.

60. Causalidade da omissão. O Código, como se vê do art. 11, não distingue, em matéria de causalidade, entre ação e omissão. A eficácia causal da omissão, no entanto, tem sido objeto de infundáveis controvérsias.<sup>9</sup> Tem-se procurado demonstrar que a omissão é *mecanicamente causal*, o que vale pela tentativa de provar a quadratura do círculo.<sup>10</sup> O problema só admite solução quando se considera que *causa* não é apenas um conceito *naturalístico*, senão também um *conceito lógico*. Do ponto de vista lógico, é *condição* de um resultado a não-interferência de forças que podem impedir o seu advento. Quem deixa de impedir um evento, *podendo* fazê-lo, é *condição* dele, tanto quanto as *condições* colaterais que tendiam para a sua produção. Para se aferir da *causalidade* da omissão, deve ser formulada a seguinte pergunta: “teria sido impedido pela ação *omitida* o evento subsequente?” Se afirmativa a resposta, a omissão é *causal* em relação ao evento.

Tendo adotado a *teoria da equivalência*, que não distingue entre *causa* e *condição*, o Código não podia deixar de

<sup>8</sup> A teoria da equivalência, nem mesmo em doutrina, persiste com a pureza ou rigor com que a formulou von Buri.

<sup>9</sup> Segundo informa SCHWARZE, na Alemanha, até 1929, havia 293 publicações em torno do tema.

<sup>10</sup> Sob o ponto de vista mecânico-causal, a omissão não se exime ao axioma de que *ex nihilo nihil*.

reconhecer a identidade causal entre a ação e a omissão. Não conservou ele, entretanto, um dispositivo que o Projeto ALCÂNTARA fora buscar ao Código italiano (e já reproduzido no Código uruguaio): “Não impedir um evento que se tem o dever jurídico de evitar, equivale a causá-lo” (ulteriormente, o dispositivo foi assim modificado: “Faltar à obrigação jurídica de impedir o evento equivale a causá-lo”).<sup>11</sup> Fez bem a Comissão Revisora em riscar o dispositivo. Desde que se reconhece, do ângulo de vista lógico (como já fazia o Projeto ALCÂNTARA), que a omissão é *causal*, redundava numa incoerência declarar-se, em seguida, que a omissão *equivale a causa*. E inteiramente ocioso é dizer-se que a omissão só tem relevância penal, como causa, quando represente o descumprimento de um dever jurídico. Ora, também a ação só tem sentido penal, como causa, quando é contrária ao dever jurídico. O evento lesivo resultante de uma omissão *lícita* não pode entrar na estrutura de um crime: é *objetivamente lícito*.

Quando existe o dever jurídico de impedir o evento? Pode ele resultar: a) de um mandamento, expresso ou tácito, da ordem jurídica; b) de uma relação contratual; c) de uma situação de perigo, que se tenha precedentemente criado, ainda que sem culpa. Assim, a omissão é *causa* do evento criminoso (imputável a título de dolo ou culpa, segundo for a omissão dolosa ou culposa) nos seguintes casos, figurados exemplificadamente: a mãe deixa de amamentar o filho, vindo este a morrer de inanição; o guarda-chave deixa de dispor os binários para a passagem livre do comboio que chega, sobrevivendo a colisão deste com outro; o enfermeiro, ajustado para cuidar de um doente, deixa que este morra, omitindo o

<sup>11</sup> Já o projeto penal alemão de 1913 (§ 14) dispunha: “Pela produção de um resultado por omissão só é punível quem era juridicamente obrigado a evitar, mediante ação, o advento do resultado” (“*Wegen Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung ist nur strafbar, wer rechtlich verpflichtet war, den Eintritt des Erfolges durch Handeln verrindern*”). Tal dispositivo foi reproduzido nos projetos de 1919, 1925 e 1927; mas a Comissão do *Reichstag* o cancelou.

o resultado. A limitação que o parágrafo introduz à regra do artigo deve ser entendida, repita-se, no próprio terreno objetivo-causal, isto é, sem qualquer apelo ao requisito da *culpa-bilidade*. Restringindo a teoria da equivalência,<sup>8</sup> o parágrafo não se orienta pela *teoria da adequação* ou qualquer outra que, implícita ou explicitamente, entrose a causalidade física com a causalidade psíquica. A causa superveniente, a que se refere o parágrafo, exclui a imputação integral do resultado ao agente, não porque tenha sido *imprevisível* ou *incalculável*, mas *porque a lei assim o determina*, considerando excluída a causalidade originária da ação ou omissão.

60. **Causalidade da omissão.** O Código, como se vê do art. 11, não distingue, em matéria de causalidade, entre ação e omissão. A eficácia causal da omissão, no entanto, tem sido objeto de infundáveis controvérsias.<sup>9</sup> Tem-se procurado demonstrar que a omissão é *mecanicamente causal*, o que vale pela tentativa de provar a quadratura do círculo.<sup>10</sup> O problema só admite solução quando se considera que *causa* não é apenas um conceito *naturalístico*, senão também um *conceito lógico*. Do ponto de vista lógico, é *condição* de um resultado a não-interferência de forças que podem impedir o seu advento. Quem deixa de impedir um evento, *podendo* fazê-lo, é *condição* dele, tanto quanto as *condições* colaterais que tendiam para a sua produção. Para se aferir da *causalidade* da omissão, deve ser formulada a seguinte pergunta: “teria sido impedido pela ação *omitida* o evento subsequente?” Se afirmativa a resposta, a omissão é *causal* em relação ao evento.

Tendo adotado a *teoria da equivalência*, que não distingue entre *causa* e *condição*, o Código não podia deixar de

<sup>8</sup> A teoria da equivalência, nem mesmo em doutrina, persiste com a pureza ou rigor com que a formulou VON BURI.

<sup>9</sup> Segundo informa SCHWARZE, na Alemanha, até 1929, havia 293 publicações em torno do tema.

<sup>10</sup> Sob o ponto de vista mecânico-causal, a omissão não se exime ao axioma de que *ex nihilo nihil*.

arts. 5.º a 7.º; chileno, arts. 7.º a 9.º; boliviano, art. 4.º; colombiano, arts. 5 a 18; cubano, arts. 25 e 26; costa-riquense, arts. 37 a 42; equatoriano, arts. 16 e 17; guatemalteco, arts. 16 a 19; hondurense, arts. 4.º e 5.º; nicaragüense, arts. 4.º a 6.º; panamenho, arts. 61 e 62; paraguaio, arts. 3.º a 5.º; peruano, arts. 95 a 99; pôrto-riquense, § 50; salvatoriano, arts. 3.º e 4.º.

**BIBLIOGRAFIA** (especial). SCHWARZ, *Versuch und Vollen-  
dung* (Tentativa e consumação), in *Handbuch der deutschen Straf-  
rechts*, de HOLTZENDORFF, II, 1871; OTTO (G. E.), *Vom Versuch der  
Verbrechen* (Da tentativa de crime), 1854; MITTERMAYER, *Beiträge  
zur Lehre vom Versuch der Verbrechen*, in *Neues Archiv des Krimi-  
nalrechts*, I; CASTORI (C.), *Il tentativo*, in *Completo trattato di di-  
ritto penale*, de COGLIOLO, vol. I, p. III, págs. 313 e segs.; CIVOLI (C.),  
*Il tentativo*, in *Enciclopedia de PESSINA*, vol. 5, págs. 195 e segs.; COHN  
(L.), *Die Revisionsbedürftigkeit des heutigen Versuchsbegriffs*, in  
*Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 192; GOLDSCHMIDT, *Die Lehre  
vom unbeendigte und beendigte Versuch* (A teoria da tentativa aca-  
bada e inacabada), idem, fasc. 7; SAUERMANN (K.), *Der Versuch als  
"delictum sui generis"*, idem, fasc. 227; BAER (A.), *Rücktritt und  
tätige Reue bei untauglichen Versuch* (Desistência e arrependimento  
eficaz na tentativa inadequada), idem, fasc. 14; NATORP (H.), *Der  
Mangel am Tatbestand* (A falta de conteúdo de fato do crime),  
idem, fasc. 204; SPOHR (L.), *Rücktritt und tätige Reue beim ver-  
suchten und vollendeten Verbrechen im amtlichen Entwurf eines  
allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches* (Desistência e arrependi-  
mento eficaz no projeto oficial de um código penal para a Alema-  
nha), idem, fasc. 215; KLEE, *Wille und Erfolg in der Versuchslehre  
(Vontade e resultado na doutrina da tentativa)*, idem, fasc. 14;  
SINGEWALD (H.), *Der agent provocateur*, idem, fasc. 83; REDSLOB (R.),  
*Versuch und Vorbereitung* (Tentativa e preparação), idem, fasc. 90;  
PUGLIA (F.), *Da tentativa*, trad. de O. MENDES, 1921; CAVALLO (V.),  
*Il delitto tentato*, 1934; VANNINI (O.), *Il tentativo nella dottrina e  
nel Codice penale italiano*, 1913; *Desistenza volontaria e ravvedi-  
mento attuosso*, suppl. à *Riv. Penale*, 2.ª série, vol. I; *La dottrina  
del delitto mancato*, in *Riv. Penale*, XCVII; *La nozione di attività  
esecutiva*, idem, XLIV; *Il valore del pericolo nel tentativo*, idem,  
XXVIII; *Il problema giuridico del tentativo*, 1943; SENF, *Die begriffliche  
Abgrenzung von Versuchs- und Vorbereitungshandlungen* (O li-  
mite conceitual entre atos de tentativa e atos preparatórios),  
1904; FRANK, *Vollendung und Versuch* (Consumação e tentativa), in  
*Vergleichende Darstellung*, p. g., V; FABIAN (T.), *Abgrenzung von  
untauglichen Versuch und Putativdelikt*, in *Strafrechtliche Abhan-  
dlungen*, fasc. 63; ANTOLISEI, *Delitto mancato*, in *Riv. di dir. e proc.*

penale, III; TOLOMEI, *Desistenza nel tentativo*, idem; *Il pentimento nel diritto penale*, 1927; MUSY, *La tentative complete et le desistement volontaire*, 1905; CARRARA (F.), *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli*, I, 1898; *Tentativo nell'impeto*, idem; *Tentativo con mezzi inidonei*, in *Riminiscenze di cattedra e di foro*, 1883; VALSECCHI, *Reato putativo e tentativo impossibile*, 1912; ALIMENA (B.), *Ricerche intorno alla nozione del tentativo*, in *Riv. Penale* XLIII; BELING (E.), *La doctrina del delito-tipo*, trad. cast. de SOLER, 1944; FRIAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, 1943; DEL VECCHIO (Alfr.), *La nozione generale del tentativo ed i motivi della stessa nel sistema del nuovo Codice Penale*, in *Scuola Positiva*, 1934; GEYER, *Del tentativo*, in *Riv. Penale*, XIV; MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, 1923; ZACHARIAE, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, 1836; DELAQUITS, *Der untaugliche Versuch (A tentativa inadequada)*, 1904; SALEILLES, *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irrealisable*, in *Révue Penitenciaire*, XXII; BERNINI, *Il momento consumativo del reato*, in *Scuola Positiva*, VI; VON LISZT, *Das fehlgeschlagen Delikt und die Cohnsche Versuchstheorie (O crime falho e a teoria de COHN sobre a tentativa)*, in *Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, I; ALIMENA (F.), *La questione dei mezzi inidonei nel tentativo*, 1930; MIRTO, *Il conato punibile secondo il nuovo Codice Penale*, in *Scuola Positiva*, 1932; BUCELATTI-FERRINI, *Il tentativo nelle leggi e nella giurisprudenza romana*, 1884; ARRUDA (João), *Da tentativa*, in *Rev. da Fac. de Direito de São Paulo*, 1910; MENDES PIMENTEL, *Fases do crime. A tentativa*, in *Revista Forense*, 1.<sup>a</sup> fase, XXIX, 1918; RANIERI (S.), *Il reato complesso*, 1940; SOARES DE MELO, *O delito impossível*, 1936; SARDINHA (Álvaro), *A tentativa impossível*, 1941; TELES BARBOSA, *A tentativa em face do novo Código Penal*, 1941.

## COMENTARIO

§1. Crime consumado. Não se absteve o Código de definir expressamente o *crime consumado*, enfeitando, assim, o critério preferido na mais recente legislação penal de fixar apenas a noção do *crime tentado* e deixar implícito o conceito da consumação. A sugestão para essa explicitude (que remonta aos práticos: *dicitur delictum consummatum quando delictum est in suo esse quoad omnes circumstantias illud constituentes*) veio do Código de 90, que, por sua vez, se inspirara nos antigos Códigos bávaro (art. 37), toscano (art. 42) e dos cantões suíços. Não se trata de uma superfluidade.

Cumpre deixar estreme de dúvida que, para se considerar consumado o crime, não é necessário que o agente alcance tudo quanto se propusera (*consumação* não se confunde com *exaurimento*) ou que se aguarde implemento de condição a que esteja subordinada a *punibilidade*. Desde que o fato reúna todos os elementos do “tipo legal”, o crime está consumado, pouco importando que mais extenso fosse o fim do agente. Assim, nos crimes formais, não se indaga da superveniência de dano efetivo: a consumação antecipa-se, isto é, já se apresenta com a simples criação do perigo de dano. Nos crimes permanentes, a consumação não depende da cessação da permanência (embora daí decorra o prazo para prescrição). Nos crimes falimentares ou de ação privada, a sentença declaratória de falência ou o oferecimento da “queixa” *condicionam a punibilidade*, e não a *consumação*. Tanto nos crimes materiais, quanto nos formais ou de perigo, o momento consumativo coincide com o instante em que se verifica o evento (de dano ou de perigo) *típico* do crime. Deve ter-se em conta, não a *inteireza* do fato no seu desdobramento possível ou segundo a intenção do agente, mas a plena correspondência entre o fato *in concreto* e o descrito *in abstracto* no “molde” penal.<sup>1</sup>

Advirta-se que a consumação não é conceito puramente objetivo, senão também subjetivo. O reconhecimento da consumação, ao invés da *tentativa*, depende muitas vezes de uma indagação sobre o *animus* do agente. Assim, a *lesão corporal* tanto pode ser um crime consumado (art. 129) como pode ser uma *tentativa de homicídio*, conforme haja ou não, por parte do agente, o *animus necandi*; a *violação de domicílio* pode constituir um *summum opus* (art. 150) ou uma tentativa de *furto* ou de *rapto*, segundo a intenção do agente.

**62. Tentativa.** Normalmente, o crime apresenta os seguintes *momentos sucessivos* ou *graus de realização*: *cogi-*

<sup>1</sup> É o que se depreende do art. 12, n.º I: “Diz-se o crime consumado, quando nêle se reúnem todos os elementos de sua definição legal”.



*tação, preparação de meios, execução, consumação*. O primeiro constitui a sua *fase interna* (psíquica, subjetiva) e os restantes a sua *fase externa* (material, objetiva). Entre a *cogitatio* e a consumação, desdobra-se o *iter criminis*; mas pode acontecer que este se interrompa, logo de início, não chegando, sequer, à *preparatio mediorum* ou, mesmo já começada a execução, não alcance o momento consumativo. Neste último caso, diz-se que o crime foi apenas *tentado* (artigo 12, n.º II).

Segundo a *teoria realística*, decididamente aceita pelo nosso Código, não é concebível o crime sem que haja uma *atuação* voluntária, acarretando, pelo menos, uma situação de perigo, uma probabilidade de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Enquanto não atinge esse *minimum* de atuação objetiva, a vontade criminosa, do ponto de vista jurídico-penal, *non est de hoc mundo*. Vá que seja resgatada com abluções de água benta, em penitência de confessorário; mas não provoca a reação penal, o exercício do *jus puniendi* por parte do Estado. Já dizia ULPIANO:<sup>2</sup> *cogitationis poenam nemo patitur*. Ainda quando a vontade de violar a lei penal se anuncie por palavras ou *in scriptis*, não pode haver crime se não se vai além da expressão inócua de um pensamento. A lei só incrimina as manifestações orais ou escritas de idéias quando, já de si mesmas, criam uma situação de lesividade ou periclitación de um bem jurídico. É o que ocorre, por exemplo, com a *injúria*, a *ameaça*, a *incitação pública de crime*, pois em tais casos resulta ou pode resultar uma situação prejudicial, respectivamente, à honra *individual*, à *liberdade pessoal* e à *paz pública*. Mesmo quando o simples *projeto* criminoso apresenta elementos sensíveis, a repressão penal, salvo casos excepcionais (ex.: *conspiração*, *quadrilha* ou *bando*, *posse de apetrechos para falsificação de moeda*), abstém-se de intervir, cedendo o passo a meras medidas preventivas de polícia. Via de regra, o ajuste, o mandato, a instigação ou a proposta para determinado crime,

<sup>2</sup> Dig., XLVIII, 19, 18.

desde que não seguidos de efeito, escapam à sanção punitiva (veja-se comentário ao art. 27).

O Código brasileiro não pactuou com a *teoria subjetiva* ou *voluntarística*, que se satisfaz com a exteriorização da vontade inequivocamente dirigida ao crime; nem com a *teoria sintomática* (preconizada pela “escola positiva”), que se contenta com a manifestada *periculosidade subjetiva*. Se nenhum bem jurídico é efetivamente ameaçado, o projeto criminoso, ainda que perceptível *ab externo*, exaure-se, afinal de contas, na esfera do pensamento, e *pensiero non paga gabella*. Não importa que o indivíduo tenha revelado temibilidade ou periculosidade: poderá ser submetido a uma *medida de segurança* mas não à *pena*, pois esta representa, primordialmente, um *castigo*, e não pode, conseqüentemente, ser aplicada pelo mal que se é capaz de fazer, senão pelo mal que realmente se fez.

Se o indivíduo passa da *nuda cogitatio* aos *atos preparatórios*, e estes representam, em si mesmos, uma ameaça à ordem jurídica, já então a lei do Estado pode intervir, tornando punível a atuação da vontade, mas entenda-se: punível *por si mesma*, e nunca *por extensão da punibilidade do crime planejado*. De outro modo, estaria sendo confundido o aparelhamento de materiais para uma obra com a própria obra.<sup>3</sup> Para haver imposição de pena por extensibilidade da cominada a determinado crime, é necessário que haja, pelo menos, um “começo de execução” deste, isto é, que o agente inicie a *aggressio operis*, o ataque direto ao bem jurídico de que se trata. Se alguém empreende a *execução* de um crime, embora não consiga atingir a *meta optata*, já a sua conduta se insere na órbita do *tipo* desse crime, de que é uma *forma*, ainda que *imperfeita*. O bem jurídico protegido correu sério e imediato perigo (*periculum ingens*); assim, mesmo do ponto de vista objetivo, plenamente se justifica que se considere

<sup>3</sup> O Código soviético, entretanto, afelçoando-se ao critério positivista da *periculosidade social* do agente, equipara sumariamente a preparação à tentativa, submetendo-as, em tese, à mesma pena do crime consumado (art. 19).



o fato como *subspécie* ou *subtipo* do crime. É a teoria da *tentativa* (*conatus*) ou *crime tentado*.<sup>4</sup> Segundo o nosso Código (fiel ao critério tradicional), o crime se diz *tentado* “quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente” (art. 12, n.º II), e a pena então aplicável não é senão uma *fração* da própria pena que teria de ser aplicada, se o crime se tivesse consumado: “salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços” (art. 12, parág. único).

<sup>4</sup> O direito penal dos antigos tempos, essencialmente objetivo, não conheceu a teoria geral da tentativa: não se concebia crime sem a efetividade de um dano. A existência deste é que condicionava a punição. O próprio direito romano não chegou à generalização do conceito da tentativa. Somente na sua época avançada, e assim mesmo excepcionalmente ou nos casos graves, punia a tentativa, equiparando-a ao crime consumado. Assim, a tentativa de homicídio: *qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum* (Dig., XLVIII, I, § 3.º). A *Lex Cornelia de sicariis* foi ao extremo de punir meros atos preparatórios: *Lege Cornelia tenetur... qui hominis occidendi, furtive faciendi causa cum telo ambulaverit... qui hominis necandi causa venenum confecerit... vel habuerit*. O crescente subjetivismo do direito penal romano, ao tempo do Império, levou mesmo ADRIANO, em sua *Constituição*, a dizer as palavras famosas: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. Com a separação entre os *crimina ordinaria* e *extraordinaria*, já se distinguiu, em casos especiais, para diverso tratamento, entre *flagitium perfectum* e *flagitium imperfectum* (Dig., de *extraordinariis criminibus*, I, § 2.º). Todavia, somente com os *práticos italianos* é que se ampliou a noção da tentativa aos crimes em geral. Foi ALCIATO o primeiro a esboçá-la, com este ensinamento lapidar, que até hoje se invoca: *aliud est crimen, aliud conatus: hic in itinere, illud in meta est*. GANDINO, por sua vez, elaborou sua célebre fórmula: “*Cum quis cogitat, agit et perfecit* (consumação) *punitur... si autem cogitavit et agit, sed non perfecit* (tentativa), *tunc subtingue, quia aut noluit et non potuit; quia noluit venia dignus est... Si autem quia non potuit, punitur; quia in maleficiis voluntas spectatur, non exitus. Si autem cogitavit, nec perfecit subtingue, quia aut agitur in foro sæculari et non punitur, quia cogitationis poenam nemo moeretur...*” E com DECIANO fixou-se o requisito do “começo de execução” para reconhecimento da tentativa punível: *conatus est minus quam factum ipsum, quia conatus est*

A *tentativa* é crime em si mesma, mas não constitui crime *sui generis*, com pena autônoma: é violação *incompleta* da mesma norma de que o crime consumado representa violação plena, e a sanção dessa norma, embora minorada, lhe é extensiva.<sup>5</sup> Subjetivamente, não se distingue do crime consumado (isto é, não há um elemento psíquico distintivo da tentativa, em cotejo com o crime consumado) e, objetivamente, corresponde a um *fragmento* da conduta *típica* do crime (faltando-lhe apenas o evento condicionante ou característico da consumação). No crime consumado, o evento corresponde à vontade do agente; na tentativa, fica ele aquém da vontade (precisamente o inverso do que ocorre no crime *preterdoloso*, em que o evento excede à vontade).

---

<sup>5</sup> Conforme acentua um aresto do Tribunal Federal suíço (*apud* HAFTER), "o crime consumado e a correspondente tentativa não são dois crimes diferentes, mas formas de um só e mesmo crime" ("*Das vollendete Delikt und der Versuch desselben sind nicht zwei verschiedene Deliktesarten, sondern nur verschiedene Erscheinungsformen eines und desselben Deliktes*").

M. E. MAYER (*Der allg. Teil des deutschen Strafrechts*, 1923, página 341) classifica a tentativa entre as *causas de extensão de pena* (*Strafausdehnungsgründe*), isto é, circunstâncias que estabelecem a tipicidade penal de uma conduta com o atribuírem aos sinais característicos do crime previsto um valor que excede sua órbita conceitual. A norma sobre a tentativa é uma norma acessória que amplia a esfera de aplicação das normas primárias fundamentais.

---

"*principium exequendi*" quod animo cogitavit. É o requisito que o Código napoleônico de 1810 viria a oficializar definitivamente (art. 2): "*Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a pas été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même*". É de notar-se que, rejeitando a lição doutrinária, que vinha dos práticos, e a sugestão de outras legislações (entre outras, o Código leopoldino de 1786), o direito francês ficou adstrito ao rigor da velha jurisprudência, generalizando o critério de equiparação da pena da tentativa à do crime consumado; mas o seu exemplo não teve repercussão.

Já se censurou o Código pelo seu apego ao critério objetivo, não admitindo que o conceito da tentativa se estenda aos atos simplesmente *preparatórios*. O requisito do “comêço de execução”, diz-se, é uma velharia, um resíduo bolorento de FEUERBACH (na realidade, como já vimos, a exigência do *principium executionis* remonta aos práticos). Não se faz mister, para reconhecer a tentativa punível, que haja uma ameaça concreta à incolumidade de um bem jurídico penalmente tutelado: basta, na conformidade da teoria subjetiva, que a *voluntas sceleris* se exteriorize de modo inequívoco. Pretende-se, então, que, ao invés da noção fixada pelo Código, devia ter sido preferida a seguinte: “Tentativa é a manifestação, por atos inequívocos, da intenção de cometer um crime, que não se consuma, por circunstâncias independentes da vontade do agente”.<sup>6</sup> Ora, aí está: não se considera a tentativa como uma conduta informada pela *voluntas sceleris*, mas como uma *voluntas sceleris* revelada por uma conduta. É assim como quem, tendo de definir a papoula, ao invés de dizer que é uma flor de cor vermelha, dissesse que é a cor vermelha numa flor. Recuando da absurda ilação de que a tentativa punível pode ser reconhecida até mesmo quando alguém confesse ter tido *in mente* o propósito de cometer um crime, a teoria subjetiva exige que a resolução criminosa se revele por *atos inequívocos*, sejam estes *executivos* ou *preparatórios*. Figuremos o seguinte caso: Tício tendo recebido uma bofetada de Caio, corre a um armeiro, adquire um revólver, carrega-o com seis balas e volta, ato seguido, à procura do seu adversário, que, entretanto, por cautela ou casualmente, já não se acha no local da contenda; Tício, porém, não desistindo de encontrar Caio, vai postar-se, dissimulado atrás de uma moita, junto ao caminho onde ele habitualmente passa, rumo de casa, e ali espera em vão pelo seu inimigo, que, desconfiado, tomou direção diversa. Não se pode conceber uma série de atos mais inequivocamente reveladores da intenção de matar, embora todos eles sejam me-

<sup>6</sup> SARDINHA, *A Tentativa impossível*, pág. 114.

ramente *preparatórios*. Segundo o critério subjetivista, Tício teria de responder por tentativa de homicídio. Mas, pergunta-se: ainda que Caio não se tivesse posto a salvo, teria Tício vencido, efetivamente, toda a distância que existe entre a concepção de um plano e a sua execução? Não teria ele, à vista de Caio, desistido de sacrificar ao seu ódio uma vida humana? Não teria triunfado nele, no derradeiro momento, a força de inibição que anula a *spinta* criminosa?

O critério da inequivocidade, por si só, é precaríssimo: faz de um *projeto* uma *realidade*, de uma *sombra* um *corpo sólido*. Revelar a vontade de cometer um crime, ainda que por atos inequívocos, mas sem que se apresente uma situação de *hostilidade* imediata ou direta contra o bem jurídico penalmente protegido, será uma tentativa *conjectural* ou *hipotética*, jamais uma tentativa real ou que ponha em sério e efetivo perigo a indenidade dêsse bem. O critério tradicional há de persistir no direito penal, enquanto este não passar a reconhecer crimes de mera intenção.<sup>7</sup> Pode deixar-se de aludir, no texto legal, ao *começo de execução*; mas este voltará a impor-se, inelutavelmente, como critério prático de decisão.

Tenha-se em mira o que aconteceu, na Itália, com o Código Rocco. Os seus comentadores reconhecem que foi de balde o repúdio ao *cominciamento dell'esecuzione*: Permanece este como imprescindível ponto de referência para a solução dos casos concretos. Eis o que afirma VANNINI:<sup>8</sup> “Ainda “que de “execução” não fale a lei vigente; ainda que nos tra-  
“balhos preparatórios do Código se insista na necessidade de  
“prescindir da clássica distinção entre atividade preparató-  
“ria e atividade executiva, inconfutáveis argumentos ates-

---

<sup>7</sup> Como dizia FERRI (*Relazione* sobre o seu Projeto de 1921), a “teoria subjetiva espiritualiza unilateralmente a justiça penal, “atribuindo valor tirânico à mera intenção do delinqüente e destacan-  
“do-o da sua atividade exterior”.

<sup>8</sup> *Il problema giuridico del tentativo*, pág. 71.

“tam, entretanto, que de tal distinção não se pode logicamente prescindir e que dela não prescinde o Código”.

*Atos de tentativa* são, necessariamente, *atos de execução*. A figura da tentativa só é concebível, logicamente, dentro da noção *realística* do crime. Se se abstrai a exigência de um ataque direto ao bem jurídico (somente possível com *atos executivos*), para dar-se relevo decisivo ao *propositum delinquendi*, já não haveria, sequer, razão para a antítese “tentativa-consumação” ou que se tenham em conta os *graus de realização* do crime, pois, se o que conta é o elemento subjetivo e este é o mesmo na consumação e na tentativa, já não se compreenderia que se distinguísse entre uma e outra, para diverso tratamento penal, tendo-se em vista a diversidade do *quantum* objetivo.

Afirma-se que os atos executivos e os atos preparatórios são, às vezes, *fronteiriços*, e ainda não se achou um método infalível para distinguir entre uns e outros. Reconheça-se que, de fato, não se pode formular, na espécie, uma impecável teoria de *mecânica jurídica*; mas pode ser fixado um critério de orientação relativamente satisfatório. Passemos em revista, sumariamente, as múltiplas teorias que têm sido aventadas em doutrina, a propósito do tema.

*Teoria cronológica* (que remonta aos *práticos* medievais): deve ter-se em conta a maior ou menor proximidade temporal entre o ato e o resultado querido. Somente os atos *próximos* são atos de tentativa: os *remotos* são preparatórios. Quando *statutum mentionem conatus facit, intelligitur de proximo ad actum, non autem de remoto* (MENOCHIVS). *Non extrinsecis et remotis factis ut adparatu telorum, veneni mali præparatione... sed proximis quæ ad perfectionem criminis pertingunt* (ARETINUS).

*Teoria da univocidade* (que CARRARA tomou a CARMIGNANI e depois repudiou): a univocidade de direção para o crime

<sup>9</sup> No mesmo sentido, BATTAGLINI (*Diritto Penale* pág. 250): “La formula “cominciamento dell'esecuzione” non c'è più nel vigente Codice. Ma l'idea, che nel Codice ZANARDELLI era racchiusa in quella locuzione, é rimasta, sia pure espressa in altre parole”.

é o primeiro caráter indispensável nos atos externos que se devam imputar como tentativa. Enquanto o ato externo é tal que se possa referi-lo tanto a um crime quanto a um fato inocente, não haverá senão ato preparatório.

*Teoria do ataque à esfera jurídica da vítima* (que CARRARA adotou em substituição à anterior): os atos são preparatórios enquanto se exaurem no sujeito ativo *primário* (agente) ou *secundário* (*instrumentum sceleris*) do crime, e são executivos desde que invadem a esfera jurídica do sujeito passivo.

*Teoria da causalidade inerte ou operante* (IMPALLOMENI): há mera preparação, se a causalidade criminosa está inerte; há começo de execução, desde que a causalidade é posta em movimento para o fim criminoso. Assim, haveria tentativa de homicídio no caso do indivíduo que, *occidendi animo*, envia a outro, pelo correio, uma caixinha de doces envenenados, descoberta e retida, porém, pelo funcionário postal (isto é, antes de ser atingida a esfera jurídica do destinatário).

*Teoria do começo de violação da norma* (MANZINI, MASSARI): o ponto de transição da preparação à execução se apresenta no momento em que a conduta do agente inicia a violação concreta de determinada norma penal. Atos executivos, em relação ao crime, são *elementos causais efetivos*, enquanto atos preparatórios são *elementos causais meramente potenciais*.

*Teoria de Rossi*: quando o agente pode dizer “não quero começar”, está ainda nos atos preparatórios; quando, ao contrário, é obrigado a dizer “quero cessar”, seus atos já são executivos.

*Teoria casuística* de ZACHARIAE: são atos preparatórios: a) os que têm por escopo impedir a descoberta do crime e assegurar ao agente o proveito que espera obter; b) os que servem ao agente para garantir a possibilidade da execução (ex.: o ladrão envenena o cão de guarda) e o seu momento propício (ex.: o ladrão se informa do dia em que o proprietário se ausenta); c) a aquisição e a preparação dos meios que devem servir à execução do crime (compra da arma, ajuste para o crime etc.); d) os que têm por fim colocar o

agente em posição de realizar imediatamente o crime (ex.: o ladrão toma de uma chave falsa para abrir a porta da casa que pretende assaltar). São, ao contrário, atos executivos: a) os que consistem na aplicação dos meios preparados para a execução do crime (ex.: o envenenador deita o veneno no alimento da vítima); b) os que fazem parte integrante da própria execução do crime (ex.: o envenenador apresenta à vítima o alimento envenenado).

*Teoria fundada na pretendida diferença entre causa e condição* (BINDING): o ato executivo é *causa* do crime, enquanto o ato preparatório é simples *condição*.

*Teoria da avaliação subjetiva* (C. E. OTTO): ato preparatório revela uma vontade possível, ato executivo uma vontade exteriorizada. SCHWARZE prefere a seguinte fórmula: ato preparatório revela uma vontade indecisa, ato executivo uma vontade resoluta. Já HÄLSCHNER fala em maior ou menor *intensidade* da vontade criminosa para distinguir entre a execução e a preparação.

*Teoria do perigo*: só há execução quando o bem jurídico correu efetivo perigo (*pericolo corso*, de CARRARA) ou sofre risco atual (VANNINI).

*Teoria de VON BAR*: a diferença entre execução e preparação só é possível por meio da psicologia experimental. O ato assume caráter executivo quando revela ou faz imediatamente perceber um crime planejado e quando, ao mesmo tempo, se deva admitir (segundo a experiência psicológica não contrariada por circunstâncias individuais) que o agente, a não serem obstáculos inesperados, continuaria até a últimação do fato.

*Teoria objetivo-formal*: ato executivo é somente aquele que já constitui uma parte real do fato incriminado pela lei (VON LISZT, BIRKMEYER). Deve ter-se em vista a ação essencial a cada crime, e reconhecer-se a execução desde que se inicie a série de atos que a compõem (NAPODANO). Dentro do *tipo legal* do crime há um “núcleo” constituído pelo conjunto de atos que realiza o *verbo* ativo principal do tipo; mas há uma zona (zona periférica), mais ou menos extensa, que



está fora do “núcleo”: todo o primeiro grupo de atos, isto é, todos os que estão dentro do “núcleo” são atos de execução, e todos os que estão fora dele são preparatórios (BELING). Atos executivos são aqueles que, por sua imediata relação com a atividade típica do crime, se apresentam, por compreensão lógica, como partes dela (VON HIPPEL). O ato executivo determina-se de modo mais preciso pelo verbo ativo que a lei emprega no “tipo” do crime e que em si mesmo encerra o resultado (LISZT-SCHMIDT). Atividade executiva é a conduta *típica*, isto é, que faz parte do conteúdo de fato do crime, e toda atividade antecedente é preparatória (RANIERI). O começo de execução existe nos momentos de atividade que, em razão de sua necessária conexão com a ação típica, aparecem como partes integrantes dela, segundo a concepção natural (FRANK).

*Teoria da hostilidade ao bem jurídico* (M. E. MAYER): atos executivos são aqueles que *atacam* o bem jurídico (o primeiro ato de ataque é o começo de execução); atos preparatórios não representam ataque ao bem jurídico, cujo “estado de paz” fica inalterado.

Cada uma dessas teorias tem o seu *quid* de verdade, mas nenhuma delas é suficiente para resolver todos os casos. Seria fastidioso repetir as objeções que lhes têm sido formuladas. É preferível que fixemos, desde logo, o nosso ponto de vista, que acima já deixamos antever. O critério mais aconselhável (embora não isento de refutações) é o preconizado por MAYER: cumpre indagar se há, ou não, uma agressão direta ao bem jurídico. Ato executivo (ou de tentativa) é o que ataca efetiva e imediatamente o bem jurídico; ato preparatório é o que possibilita, mas não é ainda, sob o prisma objetivo, o ataque ao bem jurídico. Assim, tendo-se em vista, por exemplo, o crime de homicídio, serão atos preparatórios: a aquisição da arma ou do veneno, a procura do local propício, a predisposição dos meios de fuga ou tendentes a evitar a descoberta do crime, o ajuste de auxiliares, o encalço do adversário, a emboscada, o fazer pontaria com a arma de fogo, o sacar o punhal; serão atos executivos:

o disparo do tiro (ainda que erre o alvo), o deitar o veneno no alimento destinado à vítima, o brandir o punhal para atingir o adversário. Nos casos de irreduzível dúvida sobre se o ato constitui um ataque ao bem jurídico ou apenas uma predisposição para esse ataque, o juiz terá de pronunciar o *non liquet*, negando a existência da tentativa.

**63. Inadmissibilidade da tentativa.** Como esforço consciente para um fim antijurídico, a tentativa não é compatível, *per definitionem*, com os crimes *genuinamente* culposos, pois nestes não há nexó entre a vontade e o resultado, senão apenas entre a vontade e a ação (ou omissão).<sup>10</sup> Há, porém, uma classe de crimes culposos que, como diz DE MARSICO,<sup>11</sup> não o são propriamente por sua estrutura, mas, antes, *por equiparação*, nos quais, por isso mesmo que não falta a relação entre a vontade e o evento, é perfeitamente possível a tentativa. Em tais casos, há culpa (desatenção, inconsideração, erro inescusável) na avaliação da situação objetiva, mas o resultado não deixa de ser previsto e querido.

Dá-se, portanto, uma *ampliação* do conceito de culpa, que o nosso Código consagrou, quer na hipótese de exclusão de dolo por *erro de fato* (concernente a elemento constitutivo do crime ou causa objetiva de exclusão deste), quer na do *excesso culposo* de legítima defesa. Se o *erro* ou o *excesso*

<sup>10</sup> É irreduzível o ensinamento de PESSINA (*Elementi di diritto penale*, 1882, I, pág. 245): "A essência própria da tentativa está no *fim* que excede o *evento*, enquanto a essência própria da culpa está no *evento* que excede o *fim*. A culpa e a tentativa representam uma antítese perfeita, de modo que não podem jamais compenetrar-se, e excluem-se reciprocamente. A culpa supõe que, ou não se tinha um fim doloso, ou, se doloso, o dolo referia-se a um evento menos grave (alusão à *culpa dolo determinata*, nos delitos preter-dolosos). Se o evento, não ocorrido, não foi previamente conhecido, nem querido, inexistia psiquicamente qualquer tentativa, não podendo acontecer que o homem se empenhe no sentido daquilo que ele não quer que aconteça. O esforço para um fim, o *conatus*, é o efeito da vontade, e faltando esta, isto é, a *causa*, deve igualmente faltar o efeito".

<sup>11</sup> *Diritto Penale*, 1935, pág. 341.

(quando derivado de erro) são inescusáveis, isto é se resultam de imponderação, responderá o agente pelo evento a título de simples culpa, não obstante ter-se representado e querido o seu advento. Figure-se o seguinte caso: supondo que o “vigilante noturno” é um ladrão que me invade o quintal da casa, tomo de um revólver e, sem maior indagação, inconsideradamente, faço repetidos disparos contra o policial, que, entretanto, escapa ileso ou fica apenas ferido. É inquestionável, em face do Código, que se apresenta uma *tentativa de homicídio culposo*. É o que também ocorre neste outro exemplo: Mévio, no curso de uma discussão com Tício, percebendo que éste vem ao seu encontro, para agredi-lo a mão desarmada, saca da pistola e, precipitadamente, sem atender a que amigos comuns acorrem para evitar a agressão, dispara-a, vezes sucessivas, contra o adversário, que, por felicidade, não é senão levemente ferido.

Fora desses casos excepcionais, não se pode identificar a tentativa nos crimes culposos (e também não, como é óbvio, nos crimes preterdolosos, em que o *evento mais grave*, não querido, só é imputável a título de culpa). Não desconvenem desta ilação os exemplos formulados por HEFF: um indivíduo, supondo erroneamente que seu revólver está descarregado, dá ao gatilho, visando, *jocandi animo*, a um seu amigo, que, casualmente, não é atingido pelo projétil; um médico, ignorante ou descuidado, prescrevendo erradamente tal ou qual substância farmacológica, está para envenenar o seu cliente, mas este, apenas degustando o suposto remédio, não chega a ingeri-lo, por um motivo qualquer; o condutor de um veículo impele-o entre a multidão com excessiva velocidade e está a pique de esmagar um cego, que, entretanto, é salvo heróicamente, por um transeunte. Em nenhum destes casos há direção da vontade para o resultado. Ora, *tentar* é tender voluntária e conscientemente para um fim. Não se pode *tentar* senão aquilo que entra no campo de nossa vontade.

Também não é admissível a tentativa:

a) nos crimes *unissubsistentes* (materiais ou formais), pois nestes não há fragmentação da atividade (*unico actu perficiuntur*);

b) nos crimes omissivos próprios:<sup>12</sup> ou o indivíduo deixa de praticar o ato (a que está juridicamente adstrito), e o crime se consuma, ou o pratica em tempo hábil, e não há crime algum;

c) nos crimes condicionados: ou sobrevém a condição, e o crime se consuma, ou não sobrevém, e o fato é impunível (*non datur tertium*);

d) nas contravenções (a tentativa é punível porque representa um perigo concreto, e a contravenção encerra, via de regra, mero *perigo de perigo*), como explicitamente declara o art. 4.º da Lei das Contravenções Penais.

**64. Tentativa e “impetus”.** Uma velhíssima doutrina declara a tentativa incompatível com o *impetus*. Afirma-se que o “acesso de paixão” não é conciliável com o propósito *determinado* de cometer *determinado crime*. Os argumentos de CARRARA e HAUS, entre outros, são, em tal sentido, bem conhecidos. Na violência praticada num assomo de ira, ainda que empregadas armas perigosas — arrazoa exemplificativamente CARRARA<sup>13</sup> — a intenção do agente é duvidosa: queria ele matar ou simplesmente ferir? Não se pode deduzir o *animus necandi* da natureza dos *meios* empregados, a não ser que estes tenham por consequência *necessária* ou *quase necessária* o evento “morte”. Dizer-se que o agente tinha a *intenção de matar* porque a arma empregada *podia matar* é um raciocínio falso: a) porque, inferindo dos *meios* o *fim* que-

<sup>12</sup> Perfeitamente possível, entretanto, é a tentativa nos crimes comissivos impróprios ou comissivos por omissão. Ex.: a mãe deixa de alimentar o filho recém-nascido, é este corre sério perigo de morrer de inanição, quando é socorrido por terceiros; o guarda ferroviário embriaga-se propositadamente para não dispor devidamente os binários e, conseqüentemente, ocasionar uma colisão de trens; mas o fato é tempestivamente descoberto, evitando-se o desastre.

<sup>13</sup> *Programma*, p. g., § 368.

rido, supõe um cálculo em quem não age por cálculo, mas por subitânea comoção; b) porque abstrai um dado da experiência comum, qual seja o de que o homem encolerizado se serve do primeiro instrumento que encontra à mão, sem refletir se o seu efeito é ou não mortífero; c) porque esquece a verdade estatística, segundo a qual o uso de armas, sejam estas de corte ou de fogo, tem como resultado mais freqüente, ao invés do *homicídio*, as *lesões corporais*.

Vejamos, agora, como disserta HAUS:<sup>14</sup> “Algumas vezes “notadamente quando se trata de violência contra a pessoa, “a intenção criminosa é indeterminada (*dolus indeterminatus*)... O agente não tem especialmente por fim ocasionar a morte ou produzir ferimentos (graves ou leves): “quer realizar, a qualquer preço, seu desígnio de fazer mal “a outrem, sejam quais forem as conseqüências do seu ato “de violência... O fato cometido com a intenção indeterminada de fazer mal não pode jamais constituir tentativa. “Deve ter-se em vista unicamente o resultado produzido, e “punir tal resultado como doloso, qualquer que ele seja. “*Dolus indeterminatus determinatur eventu*”. É manifesto o superficialismo dessa argumentação, que parte de uma premissa errônea, qual seja a existência de um *dolo indeterminado* ou de um *dolus generalis*. A *intenção indeterminada de fazer mal* (a genérica *intention de nuire*, da doutrina francesa) é uma pura fantasia e um absurdo lógico. Por mais súbita que seja a resolução criminosa, não falta ao agente um fim determinado. O estado emocional, por mais agudo, não realiza o contra-senso de uma vontade agindo sem escopo definido. *Dolus indeterminatus non determinatur eventu, sed determinatur actione ea ideo nihil aliud est quam dolus determinatus*. E não deixa de ser *determinado* o dolo quando ao espírito do agente se representam dois resultados diversos e ele empreende a ação querendo qualquer deles, indiferentemente. Quem age para *matar* ou *ferir* tem dois fins *determinados*, embora de modo alternativo ou sabendo que um

<sup>14</sup> *Droit pénal belge*, I, ns. 432 e 433.

exclui o outro. O aforismo *dolus indeterminatus determinatur ab eventu* não passa de um critério prático de *transação*, que, muitas vezes, só serve ao demasiado aqodamento ou aberrante benevolência dos juízes.<sup>15</sup> Não se deve levar para a doutrina do dolo e da tentativa o que apenas representa a solução de uma dificuldade prática no terreno da prova. A tentativa tanto pode existir nos crimes de ímpeto, quanto nos crimes refletidos. É tudo uma questão de prova, posto que a indagação do *animus* não pode deixar de ser feita *ab externo*, diante das circunstâncias objetivas. A maior dificuldade de tal prova nos crimes de ímpeto nada tem a ver com a possibilidade conceitual da tentativa. Já a *Relazione* sobre o Projeto penal italiano de 1887 fixava nitidamente a solução acertada: “Nos crimes de ímpeto, se é certo que as “paixões, invadindo o ânimo, lhe precipitam as determinações, isto não impede necessariamente a possibilidade da “tentativa; nem a dificuldade da prova no aferir-se da intenção dirigida à execução de um dado malefício é boa “razão para desarmar a lei e tornar deficiente a tutela jurídica. A lei penal não pode ocupar-se de uma ou outra “dessas contingências de fato, mas apenas estabelecer em “que consiste o elemento intencional da tentativa, salvo ao “juiz, em seguida, o dever de avaliar com prudência o complexo das circunstâncias do fato, para decidir, por exemplo, “se o criminoso, que feriu alguém num acesso de cólera, “tencionava matar”. Se se verifica, em face das circunstâncias, que, não obstante a instantaneidade da resolução, o agente, empregando os meios que empregou, por sua atitude, teve a consciência de que, com a sua ação, podia atingir o evento típico do crime, não há outra solução, na hipótese de não superveniência de tal evento, senão a de imputar-lhe o fato a título de tentativa.

---

<sup>15</sup> Como diz MAGGIORE (*Principii di diritto penale*, I, pág. 238): a regra “*dolus indeterminatus determinatur eventu*” não tem valor científico: é um critério probatório empírico.

**65. Tentativa e dolo eventual.** Do mesmo modo que é conciliável com o *dolo de ímpeto*, a tentativa também o é com o *dolo eventual*. Este ponto de vista é inquestionável em face de nosso Código, que equiparou o dolo eventual ao dolo direto. Se o agente *aquiesce* no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição (veja-se n.º 73): logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente deve responder por tentativa. É verdade que, na prática, será difícil identificar-se a tentativa no caso de dolo eventual, notadamente quando resulta totalmente *improfícu*a (tentativa *branca*). Mas, repita-se: a dificuldade de prova não pode influir na conceituação da tentativa.

**66. Tentativa de lesão corporal.** É controvertida a admissibilidade de tentativa de lesão corporal. Argumenta-se, no sentido de excluí-la, que, frustrado o gesto dirigido à lesão, não se sabe qual a espécie de lesão visada pelo agente, isto é, se *leve* (art. 129, *caput*), *grave* (art. 129, § 1.º) ou *gravíssima* (art. 129, § 2.º), e, assim, não se pode reconhecer a tentativa, que exige a inequivocidade da orientação dos atos para um fim determinado. A objeção não procede. Se as circunstâncias evidenciam o *animus vulnerandi*, mas deixam em dúvida se o agente pretendia uma lesão simples ou qualificada, a imputação deve inclinar-se pela solução mais favorável, segundo o princípio do *in dubio pro reo*.<sup>16</sup> Há casos, porém, em que pode ser manifesta a *gravidade* da lesão tentada. Ninguém deixaria de reconhecer uma tentativa de lesão *gravíssima* no fato, por exemplo, de quem atira vitriolo na direção do rosto do seu inimigo, que, desviando-se tempestivamente, consegue escapar ileso.

<sup>16</sup> Conf. GALDINO SIQUEIRA (*Direito Penal Brasileiro*, 1921-1924). Deve ser constante critério de decisão que, quando há dúvida sobre a intenção de cometer um crime antes que outro, a tentativa é referível ao crime menos grave. Assim, se um indivíduo, não conhecido como ladrão, é surpreendido a galgar a janela da casa alheia, deve responder por tentativa de *violação de domicílio*, e não de *furto*.



**67. Tentativa e crime complexo.** Como o crime complexo (veja-se n.º 57) representa uma *unidade jurídica*, indaga-se: bastará a *tentativa* do crime-membro que serve de *meio* ao outro, para que se reconheça a *tentativa* do crime complexo? E quando um dos crimes-membros é consumado e o outro apenas tentado, pode reconhecer-se a *consumação* ou *tentativa* do crime complexo?

Na primeira hipótese, a resposta deve ser afirmativa. A tentativa do crime-meio é também, necessariamente, tentativa do crime-fim, e não há dúvida que se deve reconhecer a tentativa do crime complexo. Na segunda hipótese, não se pode falar em *consumação* do crime complexo, pois um dos crimes-membros ficou apenas tentado (não ocorrendo, portanto, a *inteireza* dos elementos constitutivos do crime complexo), e igualmente não se pode falar em simples tentativa, desde que um dos crimes-membros se consumou. A única solução que nos parece razoável é a de, sem desrespeito à *unidade jurídica* do crime, aplicar exclusivamente a pena mais grave, considerados os crimes separadamente, ficando *absorvida* ou abstraída a pena menos grave. Tome-se, por exemplo, o crime de *latrocínio* (art. 157, § 3.º, *in fine*), e suponha-se que o homicídio (crime-meio) seja apenas tentado, enquanto a subtração da *res aliena* (crime-fim) se consuma: deve ser aplicada tão-somente a pena de *tentativa de homicídio qualificado* (art. 121, § 2.º, V), considerando-se *absorvida* por ela a do crime patrimonial. Se, ao contrário, o homicídio se consuma, ficando apenas tentado o crime patrimonial, a pena única a aplicar-se é a de homicídio qualificado *consumado*.

**68. Pena da tentativa.** Dispõe o Código que, “salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois “terços” (parág. único do art. 12). A tentativa, do ponto de vista objetivo, é um *minus* em relação ao crime consumado, e como a justiça exige que a pena seja proporcionada à entidade do mal efetivamente praticado (ou pelo menos

assim o entende a consciência popular, que o legislador não pode deixar de ter em conta), segue-se que a pena da tentativa deve ser, igualmente, um *minus* em relação à do crime consumado.

Além disso, há para esse abrandamento de pena uma razão de oportunidade política, como bem acentua a *Exposição de motivos* do ministro CAMPOS: se se cominasse a mesma pena em ambos os casos, o agente não teria interesse algum em deixar de insistir, antes de ser descoberto, no seu frustrado propósito criminoso.

Para fixar *in concreto* a pena da tentativa, começa-se por um *processo hipotético*, mediante o qual o juiz calculará a pena como se o crime se tivesse consumado; em seguida, o *quantum* apurado será reduzido de um a dois terços, como determina o parág. único do art. 12.<sup>17</sup>

A ressalva de “disposições em contrário” refere-se aos casos em que o Código ou lei especial considera a tentativa como crime *sui generis* (com pena autônoma) ou a equipara ao crime consumado, cominando-lhe a mesma pena.

**69 Tentativa abandonada. Desistência voluntária e arrependimento eficaz.** É condição essencial da tentativa que a não-consumação do crime resulte de “circunstâncias alheias à vontade do agente” (art. 12, II). Se o agente, de sua própria iniciativa ou por sua livre vontade, interrompe a atividade executiva ou, já exaurida esta, evita que se produza o resultado antijurídico, a tentativa deixa de ser punível como tal, ressalvada apenas a punibilidade dos atos anteriores (preparatórios ou executivos), quando constituam crimes por si mesmos. É o que se chama *tentativa abandonada*, de que cuida o art. 13: “O agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime ou impede que o resultado se

---

<sup>17</sup> Vide N. HUNGRIA, *O arbitrio judicial na medida da pena*, in *Novas questões jurídico-penais*, págs. 145 e segs.

produza, só responde pelos atos já praticados". Quando a contra-marcha ocorre ainda no curso do *iter criminis* (renúncia de prosseguir na atividade executiva), fala-se em *desistência voluntária* (*freiwillige Rücktritt*, *desistenza volontaria*); quando ocorre já depois de ultimada a atividade executiva, mas obstando o advento do resultado, fala-se em *arrependimento eficaz* (*tätige Reue*, *arrependimento attuoso*). A desistência voluntária é própria da *tentativa inacabada* (ex.: Tício prepara e apresenta a iguaria envenenada a Mévio, cuja morte se propusera; mas, a seguir, arrependido, faz cair o prato, evitando que o desprevenido Mévio ingira o alimento), enquanto o arrependimento eficaz somente diz com a *tentativa acabada* ou *crime falho* (ex.: Tício propina o veneno a Mévio, mas, ato seguido, ministra-lhe um antídoto, evitando o efeito letal).<sup>18</sup>

Trata-se de *causas de extinção de punibilidade* (embora não catalogadas no art. 108), ou, seja, circunstâncias que, sobrevindo à tentativa de um crime, anulam a punibilidade do fato a esse título. Há uma renúncia do Estado ao *jus puniendi* (no tocante à entidade "crime tentado"), inspirada por motivos de oportunidade. A tentativa, uma vez acontecida, não pode ser suprimida retroativamente (pois *factum infectum fieri nequit*), mas como diz von LISZT, "a lei, por considerações de política criminal, pode construir uma *ponte de ouro* "para a retirada do agente que já se tornara passível de "pena" ("*wohl aber kann die Gesetzgebung aus kriminalpolitischen Grund dem bereits straffällig gewordenem Täter eine goldene Brücke zum Rückzuge*"). O fato não deixa de ser "crime tentado", *a parte objecti* e *a parte subjecti*: somente desaparece a possibilidade de aplicação da pena, a título de *conatus*. A recompensa da impunidade aqui, não tem

---

<sup>18</sup> O Código vigente, fiel à tradição do nosso direito, manteve o critério de não distinguir, para o efeito de diverso tratamento penal, entre tentativa incapada e crime falho. Nem mesmo do ponto de vista objetivo se justifica o reconhecimento do crime falho como um *grau intermédio* entre a tentativa inacabada e a consumação.

outro fundamento que o da conveniência política.<sup>19</sup> Entre dois males — o da consumação do crime e o da impunidade do delinqüente — o legislador prefere o último, prometendo o perdão, na esperança de evitar o primeiro. *Melius est occurrere in tempore quam post exitum vindicare*. Deixando-se de premiar com a impunidade ao que se arrepende e tempestivamente desiste de consumir o crime, estar-se-ia criando um estímulo para que ele prosseguisse até o fim. O nosso Código, rejeitando o exemplo dos Códigos italiano e suíço (este *autoriza* e aquele *ordena* a isenção de pena no caso de *desistência voluntária* e tão-somente a atenuação da pena no caso de *arrependimento eficaz*), para aceitar o critério adotado pelos Códigos dinamarquês e polonês, equipara as hipóteses em questão, determinando, imperativamente, quer numa,

---

<sup>19</sup> São inaceitáveis, por evidentemente artificiais, as teorias que pretendem achar fundamento *intrínseco* ou jurídico à impunidade da tentativa abandonada. El-las:

*Teoria da anulação (Annullationstheorie)*: o arrependimento do agente anula o dolo, e, portanto, faz desaparecer a tentativa.

*Teoria da nulidade (Nullitätstheorie)*: com a desistência, a vontade (dolo) não desaparece *ex post*, pois, na verdade, jamais existiu, pelo menos no sentido jurídico.

*Teoria da presunção (Präsumptionstheorie)*: a punibilidade da tentativa assenta na presunção de que o agente, no exercício da atividade antijurídica, perdeu o domínio sobre o efeito, e como a desistência destrói essa presunção, a tentativa não pode subsistir.

*Teoria da enfermidade (Infirmitätstheorie)*: a vontade, na tentativa abandonada, apresenta-se fraca, *enferma* e, portanto, inoperante.

M. E. MAYER (ob. cit., pág. 370) diz, com razão, que essas teorias têm apenas o valor de “curiosas antiguidades” (“*haben den Wert kurioser Antiquitäten*”).

Os “positivistas”, com o seu *ritornello* da “periculosidade”, entendem que a desistência voluntária e o arrependimento eficaz deveriam importar imunidade penal somente quando os seus *motivos* revelassem a ausência de temibilidade do agente (FLORIAN). FERRI, no seu *Projeto de Código Penal italiano*, de 1921, exigia que a renúncia do agente fosse *espontânea*. Semelhante critério não teve ressonância no direito positivo, à parte o Código Penal soviético, que o adotou por ódio à tradição jurídica.

quer noutra, a cessação da punibilidade. Assim se pronuncia o ministro CAMPOS, na sua *Exposição de motivos*: “A cessação da imunidade penal pareceu-nos mais aconselhável, “do ponto de vista *político*, que o critério da simples atenuação da pena”.

Nem sequer é exigido que a renúncia do propósito criminoso seja *espontânea*: basta que seja *voluntária*, isto é, que o agente não tenha sido coagido, moral ou materialmente, à interrupção do *iter criminis* ou ao impedimento do *effectus sceleris*. Não se faz mister que o agente proceda *virtutis amore* ou *formidine pœnæ*,<sup>20</sup> por motivos nobres ou de índole ética (piedade, remorso, despertada repugnância pelo crime) ou por motivos subalternos, egoísticos (covardia, medo, receio de ser eventualmente descoberto, decepção com o escasso proveito que pode auferir): é suficiente que não tenha sido obstado por causas exteriores, independentes de sua vontade. É indiferente a *razão interna* do arrependimento ou da mudança de propósito: a recompensa da impunidade é condicionada exclusivamente à efetividade da voluntária não-consumação do crime.<sup>21</sup> Tanto assim que, se resulta em vão o esforço do mais contrito resipiscente para evitar o prosseguimento da execução (hipótese do mandante que se arrepende e não consegue, tempestivamente, dar *contra-ordem* à atividade do mandatário) ou para impedir o evento lesivo, nenhum favor é concedido (salvo quanto à medida da pena *in concreto*). Ainda quando o crime deixe de consumir-se por circunstâncias outras que não a atividade empregada em tal sentido pelo resipiscente, não pode este pretender a impunidade. Assim, não deixaria de haver ten-

---

<sup>20</sup> Como já advertia FEUERBACH, seria uma singular contradição da lei penal, se esta não suspendesse ou atenuasse o seu rigor contra aqueles que, por ela intimidados, abandonem a ação criminosa ou evitem os seus efeitos.

<sup>21</sup> VON HIPPEL (ob. cit., II, 413): “... das Gesetz gewährt keine Prämie für Gesinnungswechsel, sondern für die Bewirkung der Nichtvollendung des Deliktes”.

tativa punível no caso em que, ao ser ministrado o antídoto à vítima envenenada, esta já tivesse vomitado o tóxico.

Segundo FRANK,<sup>22</sup> a desistência é *voluntária* quando o agente pode dizer: “não quero prosseguir, embora pudesse fazê-lo” (“*ich nicht weiter handeln, selbst wenn ich es könnte*”), e é *involuntária* quando tem de dizer: “não posso prosseguir, ainda que o quisesse” (“*ich kann nicht weiter handeln, selbst ich es wollte*”). Para que se verifique a *involuntariedade*, não é imprescindível um atual e efetivo obstáculo material: é bastante que se apresentem circunstâncias que façam o agente, *razoavelmente* (ou segundo *id quod plerumque accidit*), supor a impossibilidade de continuar. Se, por exemplo, o ladrão ouve o rumor de uma porta que se abre e põe-se em retirada, temendo que alguém se aproxima e venha surpreendê-lo, não há desistência voluntária. Esta não é reconhecível ainda quando o obstáculo seja *putativo* ou erroneamente suposto (assim, no caso acima figurando, se fosse apenas o vento que impelira a porta, a desistência não teria deixado de ser involuntária).

Hipótese freqüente na prática e que suscita controvérsia é a do indivíduo que, sacando de um revólver e visando a seu adversário em parte vital do corpo (cabeça, tórax, ventre), desfecha-lhe um tiro, que se perde ou apenas fere levemente a vítima, e deixa de fazer novos disparos, embora dispondo de outras balas no tambor da arma. Que haja *tentativa de homicídio*, não padece dúvida; mas, pergunta-se: a desistência de prosseguir importa, no caso, a imunidade penal? VANNINI, entre outros, entende que não:<sup>23</sup> “não há, aqui, desistência voluntária, pois esta não consiste em deixar de repetir um ato que *por si só* era meio idôneo a produzir “*o eventus damni*; exauriu-se a ação executiva, pois não se pode admitir que o agente não tenha feito tudo quanto era “suficiente para matar a vítima”. Opinando no mesmo sentido, MANZINI<sup>24</sup> argumenta que, a decidir-se de outro modo,

<sup>22</sup> *Das Strafrechtsgesetzbuch für das deutschen Reich*, 1908, § 46

<sup>23</sup> *Il problema giuridico del tentativo*, pág. 104.

“os crimes tentados ficariam quase sempre impunes”. DE MARSICO,<sup>25</sup> entretanto, decide de forma diferente, só admitindo a tentativa punível quando o agente dispunha de uma única bala no revólver. Se o agente podia fazer novos disparos e renuncia livremente a isso, tem-se de admitir a desistência voluntária. Entre os autores pátrios, COSTA E SILVA<sup>26</sup> pronuncia-se no sentido da tentativa punível, sem qualquer distinção: “O tiro que falhou representa uma tentativa perfeita ou acabada. A inação, consistente na abstenção de novos tiros, não corresponde à exigência legal de voluntário impedimento do resultado. Nem *de lege ferenda* as aludidas opiniões (de DE MARSICO e outros) se justificam. Elas criam uma situação de favor para o indivíduo que cautelosamente carrega todo o cilindro do seu revólver. O que dispõe de uma só bala incorre em tentativa punível. O que dispõe de várias, não. É palpável o absurdo”. A razão, entretanto, a nosso ver, está com DE MARSICO. É verdade que se não pode falar, na espécie, em tentativa inacabada e, conseqüentemente, em *desistência voluntária* (pois esta supõe necessariamente aquela); mas é força reconhecer que, se na hipótese de tentativa acabada ou perfeita, o voluntário impedimento do resultado extingue a punibilidade, com maioria de razão deve ter esse efeito a voluntária abstenção de repetir o ataque, quando não haja resultado a conjurar. A objeção de COSTA E SILVA não é intransponível: o indivíduo que, *cauteloso* ou não, tinha completa a carga do seu revólver e, frustrado o ataque, deixou de repetir o disparo, não obstante a incolumidade real ou aparente da vítima, dá prova inegável de que assim procedeu porque *quis*; enquanto que aquele que dispunha de um só tiro deixou de reiterar o ataque porque *não podia* agir de outro modo, e não passaria de gratuita conjectura o supor-se que, ainda no caso de dispor de mais balas no revólver, se teria absterido de novos dis-

<sup>24</sup> *Trattato*, II, pág. 417.

<sup>25</sup> *Diritto Penale*, pág. 348.

<sup>26</sup> *Código Penal*, 1943, pág. 92.



paros. É bem de ver que não deixará de haver tentativa punível, ainda no caso de disposição de mais balas, se o agente, tendo prostrado a vítima ao solo, julga erroneamente que a matou, dispensando-se de outros disparos.

Não importa que haja continuada resistência da vítima: se o agente podia vencê-la e não o fez, tem-se de admitir a voluntariedade da renúncia. Mesmo no caso em que o agente desiste da atividade executiva com o desígnio de repeti-la em outra ocasião (desistência da consumação, sem abandono total do propósito criminoso), há desistência voluntária. Não se deve, porém, confundir o *adiamento* da consumação com a simples *pausa* na execução, como quando o ladrão *suspende* a execução do furto para *continuar*-la posteriormente, aproveitando-se, para penetrar na casa, da perfuração já por ele feita no telhado.

A desistência voluntária consiste sempre numa omissão ou abstenção de atividade; ao passo que o arrependimento eficaz exige necessariamente uma atuação militante, e só é possível nos crimes materiais, em que o resultado se destaca da ação.

Como já ficou acentuado, em qualquer das duas hipóteses, somente a tentativa como tal é que fica impune. Se a tentativa é *qualificada*, isto é, se os atos que a constituem são criminosos, ainda que destacados da *atividade de tentativa*, a punibilidade dêstes persiste (como também persiste a dos próprios atos preparatórios incriminados por si mesmos). Exemplo: se o ladrão desiste do furto, depois de haver penetrado na casa, responde por *violação de domicílio*; se, já alçado o punhal para desferir o golpe, o agente renuncia à intenção homicida e recolhe a arma, responderá pela contravenção de "porte de armas proibidas".

**70. Crime impossível ou tentativa inadequada (inidônea).** Ao resolver o problema do *crime impossível* ou *tentativa inadequada* (*untaugliche Versuch*, dos autores alemães), o Código atual, do mesmo modo que ao conceituar a tentativa punível, não alterou o direito anterior, e continuou na

boa companhia de FEUERBACH, MITTERMAYER e CARRARA. O seu art. 14 é, no fundo, uma reprodução do parág. único do art. 14 do Código de 90: a punibilidade da tentativa é excluída quando, por ineficácia absoluta do *meio* empregado ou por absoluta impropriedade do *objeto*, era *impossível* a consumação do crime. Essa solução é igualmente imposta como um corolário lógico da noção *realística* do crime.<sup>27</sup> Na tentativa com meio absolutamente inidôneo, falha uma das condições à existência de um crime (segundo a dita noção), isto é, a ocorrência, pelo menos, de real perigo de dano a um bem jurídico; na tentativa sobre objeto absolutamente impróprio, a atipicidade penal é ainda mais evidente: *inexiste* o bem jurídico que o agente supõe atacar. Dá-se a ineficácia absoluta de *meio* quando éste, por sua própria essência ou natureza, é incapaz, por mais que se reitere o seu emprego, de produzir o evento a que está subordinada a consumação do crime. Exemplo: Tício, tendo resolvido eliminar Caio, ministra-lhe erroneamente bicarbonato de sódio, ao invés da dose de estricnina que adquirira para esse fim. Dá-se a absoluta impropriedade do *objeto* quando este, por sua condição ou situação, torna impossível a superveniência do evento típico do crime. Exemplo: Tício, supondo seu inimigo a dormir, quando na realidade está morto, desfecha-lhe punhaladas; Mévio, na penumbra da alcova, dispara tiros sobre o leito em que supõe achar-se deitado o seu inimigo, quando o certo é que este ainda não se recolhera à casa; uma mu-

<sup>27</sup> A esta consideração não atendeu SOARES DE MELO (*O delito impossível*, pág. 178) quando propõe seja a tentativa inadequada punida como *delictum sui generis* (como já o pleiteava COHN): “O “delito impossível nas condições em que é perpetrado, quer pela falta do objeto, quer pela inidoneidade do meio, não pode de forma alguma alcançar o resultado visado. É diferente, portanto, da tentativa e do delito falho. Assim, deve ser punido com penas menores “que as cominadas para aquelas duas figuras delituosas. Deve ser “tratado como *delictum sui generis*”. Desde que se não adota, como princípio dirigente, o *subjetivismo* da escola de VON BURI, é imprescindível, para o reconhecimento da tentativa punível, a periclitacão objetiva de um bem jurídico (o *pericolo corso* de CARRARA). ”

lher, supondo-se erroneamente em estado de gravidez, usa meios abortivos.

A decisão consagrada pelo Código é a da chamada *teoria objetiva temperada* (ou *intermédia*), que, ao contrário da *teoria objetiva pura* (ou *extremada*), reconhece tentativa punível no caso de *relativa* inidoneidade do meio empregado ou do objeto visado. Dá-se a inidoneidade relativa do meio quando este, embora normalmente capaz de produzir o evento intencionado, falha no caso concreto, por uma circunstância *acidental* na sua utilização. Exemplo: um indivíduo visa ao seu adversário com um revólver e dá ao gatilho, mas a arma *nega fogo*. Ocorre a inidoneidade relativa do objeto: a) quando uma condição *acidental* do próprio objeto *neutraliza* a eficiência do meio empregado no ataque; b) quando presente o objeto na fase incoativa da ação, vem a ausentar-se no momento do ataque. Exemplos: Tício desfecha um tiro contra Mévio, mas o projétil é interrompido no seu curso por uma cigarreira metálica que a vítima traz consigo; Caio, penetrando no quarto de Semprônio, a quem tenciona matar, dispara vários tiros sobre a cama em que o supõe deitado, mas que ele, na realidade, casual ou propositadamente, abandonara momentos antes. Em tais casos, não há por que excluir a tentativa punível: o bem jurídico não só existia, como correu sério perigo, não se consumando o crime por circunstâncias alheia à vontade do agente, isto é, o desarranjo accidental da arma, a interferência casual de uma força neutralizadora ou a ausência *sucessiva* do objeto.

Várias são as teorias excogitadas, desde FEUERBACH, em torno do *crime impossível* ou tentativa inidônea. A mais antiga, mas sempre resistente às objeções que lhe têm sido dirigidas, é a adotada pelo Código: não há tentativa punível onde não há *possibilidade* de “começo de execução” (ou, o que vale o mesmo: de *periculosidade objetiva*), ou desde que inexistente o bem jurídico que se cuidou atingir. Deve-se a MITTERMAYER, principalmente, a diferenciação entre a inidoneidade ou impropriedade *absoluta* e *relativa* de meio ou objeto, para excluir-se a punibilidade num caso e admiti-la em

outro. Contra esta distinção, pleiteando a impunibilidade em qualquer caso, apresentou-se a *teoria objetiva pura* (GEYER): a tentativa punível é um *fragmento* do crime consumado, e como tal não pode ser considerada a atividade incapaz, *ab initio*, de conduzir ao fim da consumação, ou que por si mesma o impede. Não se pode distinguir entre inidoneidade absoluta e relativa: em ambos os casos, não há bem jurídico em perigo e, portanto, não existe fato punível. No extremo oposto da teoria objetiva radical, entretanto, se encontra a teoria chamada *subjetiva* (VON BURI): deve ter-se em conta somente a *vontade criminosa*, desde que manifesta pela conduta do agente. Também a “escola positiva” não podia deixar de propor a sua teoria, adstrita ao estribilho da “periculosidade”. É a denominada *teoria sintomática* (formulada por GAROFALO): critério decisivo, na espécie, é a temibilidade ou periculosidade do agente. Não há cogitar da inidoneidade dos meios ou objeto, nem é bastante a simples manifestação da vontade criminosa; é preciso que esta seja indiciária de uma personalidade temível. Em retificação da teoria objetiva temperada, também surgiu, com VON LISZT, a cognominada *teoria do perigo* (que coincide com aquela no tocante à impunidade da tentativa *absolutamente* impossível): o perigo que decide da punibilidade deve ser avaliado *ex ante*, e não *ex post* (como nas antigas teorias objetivas). O juiz (abstenendo-se de critérios gerais, para atentar nas circunstâncias particulares do fato) deve proceder a uma “prognose póstuma” (*nachträgliche Prognose*), tendo em conta as circunstâncias notórias (geralmente reconhecíveis) ou conhecidas do agente no *momento da ação* (excluídas, portanto, as que só posteriormente foram descobertas); e somente quando, em face delas, a ação se mostra completamente inadequada para produzir o resultado, deixa de ser punível a tentativa.<sup>28</sup> Assim,

<sup>28</sup> Quando foi da discussão do Projeto SÁ PEREIRA-MORAIS-BULHÕES no seio da Conferência de Criminologia, reunida no Rio, em 1936, GALDINO SIQUEIRA propôs que se adotasse a seguinte fórmula, no concernente à tentativa inadequada (fórmula que ele, com pertinência comovedora, já incluía no seu projeto de 1913 e ainda con-

por exemplo, a tentativa de aborto por parte de uma mulher que não está grávida deve ser punível se, no momento em que se comete o fato, a existência da gravidez podia parecer verossímil.

Finalmente, exige menção a moderna *teoria da atipicidade* (BELING): distingue esta entre casos de *crime impossível* e casos de *atipicidade*, isto é, em que falta o próprio conteúdo típico do crime (*Mangel am Tatbestand*, da doutrina alemã), de modo que sua impunidade fica à margem de qualquer discussão. Como exemplos da última espécie citam-se os seguintes: aplicação de meio abortivo a uma mulher que erroneamente se supõe grávida; subtração da coisa própria, julgando-a alheia; ter relação sexual, *extra matrimonium*, com mulher que falsamente se supõe não ter ainda atingido a idade em que cessa a proteção penal. A teoria em questão (que é, afinal, uma confirmação da teoria objetiva intermédia ou temperada) não representa senão um obstáculo invencível à generalização da teoria subjetiva.

Os *subjetivistas*, na sua crítica à teoria objetiva temperada, comprazem-se em figurar hipóteses desconcertantes, para demonstrar a inexatidão do critério da inidoneidade

---

tinua sustentando no seu opúsculo *Código Penal Brasileiro*, de 1941, e no seu recente *Tratado*, vol. II, pág. 599): "A tentativa por meio "inidôneo ou contra objeto impróprio será punível, quando as circunstâncias conhecidas pelo agente no momento da ação não excluíam a possibilidade de consumação do crime". É evidente, aqui, o influxo de von LISZT, e o próprio GALDINO o confessa. Segundo a lição de von LISZT, já fixada no texto, a tentativa inadequada deve ser punida quando, em face das circunstâncias conhecidas do agente e apreciadas *ex ante*, do ponto de vista do homem normal, não estava inteiramente fora de dúvida a possibilidade do resultado. Esta fórmula, em nossa modesta opinião, não resolve coisa alguma. É claro que o agente, se se trata de um homem normal, sempre age na persuasão errônea da possibilidade do resultado. Se não fora tal erro, isto é, se tivesse conhecido, por qualquer circunstância, a impossibilidade do evento, não teria empreendido a ação, pois, de outro modo, não seria um homem normal, mas um insensato, um desequilibrado psíquico.

*absoluta* de meios: açúcar propinado ao diabético, sal de cozinha ministrado a quem pouco antes ingerira calomelano, a “oração da morte” (a sovada *Todbeten* dos autores germânicos) rezada *contra* um indivíduo supersticioso e cardíaco etc. Como se a *intenção de matar*, só aferível através de fatos concludentes, pudesse ser praticamente deduzida em tais casos exóticos, que ficam numa zona de irreduzível duvidade entre o dolo e o erro de fato ou a boa-fé... No direito positivo, porém, continua dominante a teoria de MERTERMAYER. Entre nós, SARDINHA<sup>29</sup> entende que, para salvaguarda do interesse da defesa social, o nosso Código devia tê-la repudiado, seguindo o exemplo do Código italiano, entre outros. O desprevenido crítico leu o art. 56 do Código Rocco, mas não se apercebeu do art. 49. O que aconteceu foi o seguinte: o Código italiano entendeu, no seu rigorismo técnico, que a *tentativa inadequada* nada tinha a ver com a tentativa punível ou propriamente dita, e disciplinou-a como *crime impossível*, fora do setor do *reato tentato*, assim dispondo: “A punibilidade também é excluída quando, pela inidoneidade da ação ou inexistência do seu objeto, é impossível o evento lesivo ou perigoso”. Interpretado literalmente, o Código italiano teria ficado com a *teoria objetiva pura*, que, como já vimos, exclui a punibilidade sempre que a ação for inidônea, sem distinguir entre inidoneidade absoluta e relativa. Positivamente, não é o Código brasileiro que descuida do interesse da defesa social.

Como observa a *Exposição de motivos* do ministro CAMPOS, o Código fez uma concessão à *teoria sintomática* ou *positivística*, que sobrepõe a periculosidade do agente à real periclituação do bem jurídico penalmente protegido. Embora tivesse condicionado a aplicação da *medida de segurança*, do mesmo modo que a da pena, à prática de fato previsto como crime, permite o Código, por exceção, no caso da tentativa inadequada ou crime impossível, quando reconhecida a *periculosidade* do agente, seja este submetido a *liberdade vigiada*

---

<sup>29</sup> A *tentativa impossível*, pág. 116.

(arts. 76, parág. único, e 94, n.º III, combinados com o art. 76, n.º II). Foi uma solução acertada. O critério *sin-tomático* não pode ter senão uma importância secundária ou complementar. A *periculosidade subjetiva*, como já acen-tuamos mais de uma vez, é um critério informativo ou jus-tificativo da *medida de segurança* e não da *pena*, e por si mesmo não pode constituir elemento de crime: é imprescindível à existência deste uma situação de fato que concretize, no mínimo, um efetivo perigo de lesão a um bem jurídico, pois, de outro modo, a justiça penal passaria a exercer-se num terreno de dilatado arbítrio.

**71. Crime putativo.** O crime impossível, por inexistên-cia ou impropriedade jurídica do objeto (*Mangel am Tat-bestand*), não é senão uma das modalidades do *crime pu-tativo (sensu lato)*, que escapa a qualquer punição. O crime putativo,<sup>30</sup> em sentido amplo, é reconhecível em três hipó-teses:

a) quando o agente supõe infringir uma norma penal, e esta realmente não existe (*erro de direito*);

b) quando o agente, embora movido por uma repre-sentação criminosa, engana-se sobre o objeto específico do crime, ou sobre a qualidade jurídica necessária ao objeto para que o crime se configure (*erro de fato*);

c) quando circunstâncias preordenadas por outrem e ignoradas do agente, ardilosamente induzido ao crime, im-possibilitam a *seriedade* deste (simulacro de crime por obra de *agente provocador*).

---

<sup>30</sup> VALSECCHI (*Reato putativo e tentativo impossibile*, pág. 49) assim define o crime putativo: “*dispiego di attività che l'autore manifesta contro un comando penale inesistente, ma di cui egli suppone erroneamente la esistenza, o contro un oggetto diverso da quello pre-veduto da un comando penale esistente, e che l'autore suppone di aver colpito, o, infine, in odio a un comando penale esistente che l'autore suppone di aver violato, ma la di cui violazione invece è resa impossibile da preordinate circostanze dipendenti dalla volontà altrui*”.



Notadamente na primeira hipótese, o crime putativo é uma inanidade sob o ponto de vista jurídico-penal, ou, segundo a expressão de BELING<sup>31</sup> “*eine strafrechtliches Gar-nichts*”. Por isso mesmo, inteiramente desnecessária se nos afigura a advertência contida no art. 49 do Código italiano: “*Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che costituisca reato*”. Se um fato não é qualificado crime pela lei penal, pouco importa, como é óbvio, a errônea suposição contrária do agente: a impunidade deste decorre da própria impossibilidade de ser ajustado ao fato um artigo da lei penal, ou da ausência de qualquer cominação legal de pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).<sup>32</sup>

Igualmente incontestável é a atipicidade penal da segunda hipótese. Se determinado fato carece de um elemento ou qualidade essencial, *a parte objecti*, para sua identificação como tal ou qual crime, não há, também, como enquadrá-lo no “molde” penal. Nesta hipótese (que coincide com uma das modalidades do crime impossível) já se vislumbra, entretanto, qualquer coisa que se diria a *sombra*, o *espectro* de um crime, pois o agente crê, embora ilusoriamente, in-

<sup>31</sup> *Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 329.

<sup>32</sup> O caso de falsa concepção quanto à existência de norma penal nem mesmo deveria ser incluído na casuística do crime putativo, pois não envolve idéia alguma, por mais longínqua, de crime no sentido legal. É a justa opinião de FLORIAN: “Entendemos que se não “pode aplicar no conceito de crime putativo a hipótese geralmente “contemplada pelos autores, de uma figura delituenta inexistente em “direito, no sentido de que o agente suponha crime um fato penal-mente irrelevante, isto é, suponha punível um ato que na sua opinião “constitui crime, mas que, na realidade, não é crime (ex.: envergar “o terno de roupa do patrão, para um simples passeio, repondo-o “depois no seu lugar); falta, aqui, totalmente, o crime e tal hipótese “fica à margem do mundo jurídico-penal, não podendo, sequer, ser “tomada em consideração”. A inconsistência jurídico-penal de uma ação que só é crime na imaginação de quem a pratica, não escapa a ninguém, e é até motivo a humorismo, tendo inspirado a anedota do tabaréu que se foi entregar à prisão, acusando-se de *crime de morte*, por haver abatido a paulada o seu burro empacador...

fringir uma norma penal *realmente existente*; mas nem por isso deixa de ser menos evidente a impunibilidade, pois a falsa representação do agente não pode ter o mirífico efeito de transmudar em crime consumado ou tentado uma ação penalmente atípica, isto é, desprovida da *essência de fato* a que a lei subordina a existência do crime. Não há, aqui, o *corpus* da infração (*Tatbestand*), na conformidade do tipo legal. Redundaria num evidente disparate o aplicar pena, *verbi gratia*, por crime de aborto, à mulher que, supondo-se erroneamente em estado de gravidez, ingerisse substâncias abortivas,<sup>33</sup> ou, por crime de furto, ao indivíduo que, cuidando subtrair a coisa móvel alheia, *invito domino*, tomasse a sua própria ou uma *res derelicta* (este é o exemplo formulado nas fontes romanas: *si dominus id dereliquit, furtum non fit ejus, etiam si ego furandi animum habuero*, ou *furtum non fit ejus, sicut nec ejus, quæ sine domino est, et nihil mutat existimatio subripiensis*). Exame mais detido, entre tanto, reclama a terceira das citadas hipóteses, isto é, a que se verifica quando alguém insidiosamente *provoca* outrem à prática de um crime, e, simultaneamente, toma as providências necessárias para surpreendê-lo na flagrância da execução, que fica, assim, impossibilitada ou frustra. Exemplo típico dessa variante é um caso ocorrido, há tempos, na Capital Federal (e que foi objeto, se não nos falha a memória, de uma decisão do juiz, hoje desembargador, FERNANDES PINHEIRO): o proprietário de uma casa de modas, desconfiado da probidade de uma de suas empregadas, encarregou-a de selecionar um sortimento de *aigrettes*, deixando-a a sós, entregue a tal serviço, num dos cômodos da loja, ao mesmo tempo que punha a espreitá-la um agente de polícia, previamente chamado, o qual pôde surpreendê-la no ato de esconder no seio algumas das penas de garça. É escusado dizer que essa moça, sujeita a processo criminal, foi absolvida. Não são raros os

---

<sup>33</sup> É de notar-se, entretanto, que o direito inglês e canadense incrimina o simples emprego de meios abortivos, sem indagar se a mulher estava ou não grávida: "*Whether she be or not with child*".

casos desta natureza, chamados *crimes de ensaio* ou *de experiência*, a que especialmente recorrem, de modo direto ou por interposta pessoa, certos agentes de polícia: fazem-se esses de *agentes provocadores* (utilizando, às vezes, terceira pessoa como *isca*) e conseguem induzir à execução de tal ou qual crime indivíduos suspeitos da autoria de crimes anteriores da mesma espécie, para poderem, assim, confundi-los, previamente resguardado de qualquer perigo o bem ou interesse tutelado pela lei penal. A crônica judiciária também registra casos de particulares que, para fim de *chantage* ou por espírito de vingança, armam com êxito a *ratoeira* dessa *species* de crime putativo, sempre acautelado o bem jurídico, pois se este é lesado ou efetivamente ameaçado, haverá crime autêntico, de que é partícipe ou, pelo menos, responsável a título de culpa, se for caso, o *agente provocador* (veja-se n.º 119).

A impunibilidade do *crime de ensaio* não é tão evidente quanto nas hipóteses precedentes, mas tem de ser, também, plenamente reconhecida. Somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, o seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia. O elemento subjetivo do crime existe, é certo, em toda a sua plenitude; mas, sob o aspecto objetivo, não há violação da lei penal, senão uma inciente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou uma simulação, embora ignorada do agente, da exterioridade de um crime. O desprevenido *sujeito ativo* opera dentro de uma pura ilusão, pois, *ab initio*, a vigilância da autoridade policial ou do suposto paciente torna impraticável a real consumação do crime. Um crime que, além de astuciosamente sugerido e ensejado ao agente, tem suas conseqüências frustradas por medidas tomadas de antemão, não passa de um crime imaginário. Não há lesão, nem efetiva exposição a perigo, de qualquer interesse público ou privado. E como bem acentuou a Corte de Apelação de Veneza, apreciando o tema em aresto publicado em *La Scuola Positiva*, “*mancando effettiva violazione del diritto pubblico o privato vien meno il reato*”.

Deve-se notar, porém, que já não há falar em crime putativo quando, sem ter sido artificialmente provocada, mas previamente conhecida a iniciativa dolosa do agente, a este apenas se dá o ensejo de agir, tomadas as devidas precauções. Em tal caso, se se trata de crime formal ou de mero perigo, este se integra em todos os elementos de sua definição legal; se se trata de crime material (subordinado o *summatum opus* à condição de efetividade do dano), haverá apenas *tentativa*, posto que o dano não possa verificar-se precisamente devido à prévia ciência e vigilância de outrem. Assim, no caso do vendedor de cocaína que, dissimuladamente vigiado por um agente de polícia, é preso por este no ato de vender o entorpecente a algum viciado, há plena *consumação* do crime previsto no art. 281 do Código. Haverá, porém, simples *tentativa* de furto, por exemplo, no caso em que o *dominus*, pressentindo o ladrão, facilita-lhe a tarefa para apanhá-lo “com a bôca na botija”. Do mesmo modo, o *chauffeur* que, tendo o seu taxímetro viciado para lesar os freqüentes, recebe de um policial, que se faz passageiro do carro para surpreendê-lo em flagrante, o preço da “corrida” fraudulentamente marcado, comete apenas *tentativa de estelionato*. Os nossos anais judiciais consignam um fato que merece ser aqui recordado, porque nele, erroneamente, se lobrigou uma infração putativa: certo delegado de polícia, de uma feita, penetrando numa agência de “jogo de bicho”, postou-se atrás do balcão e, fingindo de “bicheiro”, entrou de autuar em flagrante todos quantos se lhe dirigiam para “comprar” apostas. Não eram os autuados, ao contrário do que se invocou em sua defesa, meros contraventores putativos, dada a ausência de qualquer iniciativa de um *agente provocador*, embora o subsequente processo penal não deixasse de ser desarrazoado e ilegal, porquanto na espécie o único fato imputável era uma simples *tentativa de contravenção*, que a lei isenta de qualquer pena.

Crime doloso  
e crime  
culposo

*Art. 15. Diz-se o crime:*

*I — doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;*

*II — culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.*

*Parág. único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.*

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* italiano, arts. 42 e 43; suíço, art. 18; norueguês, § 40; alemão, § 59, dinamarquês, arts. §9 e 20; polonês, arts. 13 e 14; português, arts. 1.º, 2.º, 43, parág. único, e 44; n.º 7; soviético, art. 10; húngaro, § 75; mexicano, arts. 8.º e 9.º; peruano, arts. 81 e 82; uruguaio, arts. 18 e 21; cubano, arts. 18 e 20; chileno, art. 2.º; venezuelano, arts. 60 e 61; boliviano, arts. 1.º e 2.º; colombiano, art. 12; costa-riquense, art. 19; equatoriano, art. 14; guatemalteco, arts. 11a 15; hondurense, arts. 1.º e 2.º; panamenho, art. 43; paraguaio, art. 6.º.

**BIBLIOGRAFIA** (especial). **BERNER**, *Imputationslehre* (A doutrina da imputabilidade), 1843; **ALIMENA** (B.), *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, 1894; **KÖHLER** (A.), *Dolo, culpa, errore*, in *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, I, 1930; *Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1912; **BIRKMEYER** (K.), *Schuld und Gefährlichkeit*, 1914; **BIANCHEDI**, *Contributo alla teoria della colpa*, in *Archivio Giuridico*, vol. LXXX, 1908; **VON BAR**, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, 1907; **KOHLRAUSCH**, *Irrtum und Schuldbe-griff*, 1903; **SAUER**, *Vorsatz, Irrtum, Rechtswidrigkeit*, in *Zeitschrift f. die gesam. Strafrechtswissenschaft*, 51; **GLEISPACH**, *Über der Schuld etc.*, in *Monatschrift f. Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1915; **KLEE**, *Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz* (Sobre a doutrina do dolo penal), in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 10; **STURM**, *Die strafrechtliche Verschuldung* (A culpabilidade penal), idem, fasc. 41; *Die Schuldarten und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch* (As espécies de culpa e o anteprojeto de um

código penal alemão), idem, fasc. 122; GESSLER, *Begrif und Arten des Dolus* (Noção e espécies do dolo), 1880; HEMMEN (H.), *Über den Begriff, die Arten und der Beweis des Dolus* (Sobre o conceito, as espécies e a prova do dolo), in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fascículo 104; COHN (E.), *Der schwere Erfolg als gesetzlicher Grund erhöhter Strafbarkeit* (O resultado mais grave como motivo legal de maior punibilidade), idem, fasc. 112; SCHMIDT (C.), *Über Schuld und Schuldwesen* (Sobre a culpa e sua essência), idem, fasc. 120; STORCH (H.), *Über den Begriff, die Arten und die Bestrafung der culpa* (Sobre a noção, espécies e punição da culpa), idem, fasc. 175; BERG (Otto), *Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht* (O estado atual da doutrina da culpa penal), idem, fasc. 220; EICHMANN (F.), *Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen* (O dolo quanto aos elementos normativos do conteúdo do crime), idem, fasc. 255; MOHRMANN (G.), *Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit* (Os novos critérios sobre a essência da culpa em sentido estrito), idem, fasc. 265; HOFFMANN (F.), *Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestandes im Strafrecht* (Os elementos normativos do conteúdo especial e geral dos crimes), idem, fasc. 272; GRAUMANN (J.), *Die Rechtswidrigkeit als Verbrechensmerkmal im ausländischen Recht* (A injuricidade como característico do crime no direito estrangeiro), idem, fasc. 288; ROSENTHAL, *Deliktswille und Handlungswille* (Vontade referida ao crime e vontade da ação), idem, fasc. 288; Graf zu Dohna, *Recht und Irrtum* (Direito e erro), 1925; SANTORO, *Il caso fortuito nel diritto penale*, 1937; MITTERMAIER, *Intima essenza e trattamento della colpa penale*, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1935; MONTALBANO, *Il fondamento dell'imputabilità*, 1933; SETTI, *Dell'imputabilità*, 1892; MELONI, *La colpa penale e la colpa civile*, 1935; RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, 1933; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930; DE MARISCO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, 1930; GOLDSCHMIDT (J.), *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. esp. de M. GOLDSCHMIDT e RICARDO NUÑEZ, 1943; SOLER (S.), *La raíz de la culpabilidad*, 1945; LEVI (Nino), *Dolo e coscienza dell'illeceità nel diritto vigente e nel progetto*, in *Studi economici-giuridici della R. Università di Cagliari*, ano XVI, 1928; *Ancora in tema d'illeceità speciale*, in *Studi in onore di E. Massari*, 1937; FRANK (R.), *Über den Aufbau des Schuldbegriff* (Sobre a construção do conceito de culpa), 1907; FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf* (Culpa e reprovação), 1922; MEZGER, *Schuld und Persönlichkeit* (Culpa e personalidade), 1932; GRÜNHUT, *Gefährlichkeit als Schuldmoment* (Periculosidade como momento da culpa), in *Monatschrift f. Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1926; ANTOLISEI, *La volontà nel reato*, in *Riv. Penale*, 1932, *L'azione e l'evento nel reato*, 1928; CECCHI, *Teoria*

dell'evento nel reato, 1937; VAN CALKER, *Strafrecht und Ethik* (Diritto penale e etica), 1897; *Ethische Werte in Strafrecht* (Valores éticos no direito penal), 1904; ASÚA, *La ley y el delito*, 1945; PALADINI, *Fattori della responsabilità civile e penale*, 1917; ANGIONI (M.), *La premeditazione*, 1933; *Le cause de escludono l'illiceità obiettiva penale*, 1930; *La volontarietà del fatto nel reato*, 1927; IMPALLOMONTI, *Colpa e omicidio colposo*, 1900; FLORIAN, *La coscienza di antigiuricità speciale nei diritti*, in *Studi in onore di Carlo Fadda*; BONUCCI, *Il reato come fatto illecito e come fatto punibile*, in *Riv. di dir. e proc. penale*, 1919, I; POZZOLINI, *L'elemento psicologico dei delitti colposi*, 1930; *La responsabilità a titolo di colpa*, in *Riv. di dir. pen. e soc. criminale*, I; RENDE (D.), *Dolo di danno, dolo di pericolo e colpa con previsione*, in *Studi in onore di M. D'Amello*, 1934; RICCIO (S.), *Volontarietà della condotta e nesso di causalità nei delitti colposi*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1935; STOPPATO, *L'evento punibile*, 1898; TOSTI, *La colpa penale*, 1907; VITOCOLONNA, *Teoria generale della colpa incriminabile*, 1914; LETO, *Il reato colposo*, 1911; SAUVARD, *Le délit d'imprudence*, 1899; DUVAL (R.), *Du dol éventuel*, 1900; ALTAVILLA, *Teoria soggettiva del reato*, 1933; *La colpa*, 1950; *Dolo, Colpa penale, Forza maggiore e caso fortuito*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vols. V, III e VI; ANGIOLINI, *Dei delitti colposi*, 1901; LANZA (V.), *Dolo e colpa*, in *Riv. di dir. pen. e soc. criminale*, ano VIII; CAMPILI, *Condizioni e limiti di punibilità della colpa*, 1903; CARRARA (F.), *Sul caso fortuito e Dolo*, in *Opuscoli*; MASINI, *La colpa nel diritto penale*, 1890; PUGLIA, *La psicologia della colpa*, in *Scuola Positiva*, 1898; *Della responsabilità penale per colpa e senza colpa*, idem, 1910; FINZI (M.), *Previsione senza volizione nel diritto penale*, idem, 1910; *Il delitto preterintenzionale*, 1925; VON HIPPEL, *Die Grenze vom Vorsatz und Fahrlässigkeit* (Os limites do dolo e da culpa), 1934; GRAMMATICA (F.), *Coscienza ed illecito nella nozione del dolo*, 1931; VANNINI (O.), *La dottrina del dolo nei reati di pericolo*, in *Riv. di dir. e proc. penale*, 1927; *Per una più vasta nozione delle actiones liberae in causa*, in *Riv. Penale*, 1924; *L'azione libera in causa nel nuovo codice penale*, in *Studi in memoria del prof. E. Rossi*, 1932; *Colpa semplice e colpa con previsione*, in *Scuola Positiva*, 1936; *Dolo di pericolo con evento di danno e colpa con previsione*, in *Riv. di dir. e proc. penale*, 1932; *Responsabilità senza colpa*, in *Riv. Penale*, 1921; CAVALLO (V.), *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, 1937; *La pretesa responsabilità oggettiva nel Codice Rocco*, in *Annali de dir. e proc. penale*, 1935; FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, 1937; NOVELLI (T.), *Liberae in causa actiones*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VII; DONDINA, *Le actiones liberae in causa e la loro sistemazione nel nuovo codice penale*, in *Scuola Positiva*, 1931; BATAGLINI, *La prevedibilità nel delitto colposo*, in *Il pensiero giuridico penale*, 1930; BORETTINI, Con-



curso di colpe nei delitti colposi, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1930; CARFORA, *Dei delitti colposi*, supl. da *Riv. Penale*, VI; DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, 1918; DEL VECCHIO, *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. Penale*, 1933; *La previsione dell'evento nel delitto colposo*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1933; JANNITTI DI GUYANGA, *Concorso di più persone e valore del pericolo nei delitti colposi*, 1913; MANDRIOLI, *La nozione della colpa nella cosiddetta attività illecita*, in *Studi in onore di M. D'Amelio*, 1933; MIRICKA, *Die Formen der Strafschuld (As formas da culpa penal)*, 1903; MAGGIORE, *Prolegomeni al concetto di colpevolezza*, 1950; D'ACCARDO, *L'imputabilità presunta in rapporto alla responsabilità penale*, in *Annali*, 1932; ENGISCH (K.), *Untersuchen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht (Indagações sobre o dolo e a culpa penais)*, 1930; MAYER (M. E.), *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht (A ação culpada e suas espécies em direito penal)*, 1901; MACHADO (Raul), *A culpa no direito penal*, 1943; SARDINHA (Álvaro), *Homicídio culposo*, 1936; QUEIRÓS (Narcélio de), *Teoria da actio libera in causa*, 1936; MOTA FILHO (C.), *Da premeditação*, 1937; COCURULLO (B.), *I moventi a delinquere*, 1930; MADUREIRA DE PINHO, *O valor do perigo no direito penal*, 1939; ZUCCALÀ, *Il delitto preterintenzionale*, 1952; JIMENEZ DE ASÚA, *La notion de culpabilité en droit comparé*, 1954.

#### COMENTÁRIO

**72. Culpabilidade.** Como já vimos (n.º 52), não é possível a *imputatio juris* de um evento criminoso sem que haja uma relação psíquica que a ele vincule o agente. Somente com a averiguação *in concreto* desse nexos subjetivo se pode atribuir ao agente, para o efeito da punibilidade, uma conduta objetivamente desconforme com a ordem ético-jurídica, ou reconhecer sua incidência no *juízo de reprovação* que informa o preceito penal. Para que se considere um fato como punível, não basta a existência do vínculo causal objetivo entre a ação (ou omissão) e o resultado, nem o seu enquadramento formal num artigo da lei penal; é necessária a *culpabilidade* (*culpa sensu lato*) do agente, isto é, que tenha havido uma vontade a exercer-se, livre e conscientemente, *para* o resultado antijurídico ou *apesar* da representada probabilidade de que este ocorresse, ou, pelo menos, revele, ainda que sem previsão do resultado, inescusável inadvertência ou

imponderação.<sup>1</sup> Só em tais hipóteses se apresenta o *menos-prezo* ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a *censurabilidade* que justifica a punição (*malum passionis ob malum actionis*). Sem culpabilidade não é admissível irrogação de pena. *Nulla poena sine culpa*. É este um princípio central do direito penal moderno, a que o nosso Código vigente se ajustou, repelindo irrestritamente a chamada *responsabilidade objetiva ou sem culpa*. O legislador de 40 não pactuou, em caso algum, com esse *escalracho* que o Código de 90 conservava, afiançando o famigerado *qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur* no seu art. 27, § 6.º, e nos seus dispositivos sobre a culpa *ex lege* (decorrente, por presunção *juris et de jure*, de “inobservância de disposições regulamentares”). A *responsabilidade objetiva*, que ainda persiste, embora como *anomalia*, em alguns Códigos Penais contemporâneos, representa, como observa SEUFFERT, um traço de primitivismo. É um resquício da *fase objetiva* do direito penal, em que só se cuidava do lado material ou sensível do crime. Entre os povos da remota antiguidade, não se indagava, para imposição de castigo, se o causador de um mal era *culpado*. A retribuição do mal pelo mal atendia a um raciocínio sumário: “Tu me fizeste um mal; logo, deves também sofrer um mal”. Não se distinguia entre o fato voluntário e o involuntário. Cuidava-se do *factum externum*, e não do *factum internum*. A idéia de culpabilidade, como requisito indeclinável da reação penal, é uma conquista de avançada civilização.

<sup>1</sup> Segundo a chamada *teoria caracterológica* ou *sintomática* da culpabilidade, o coeficiente psíquico da ação não deveria ser pesquisado na *vontade*, mas na capacidade que tem a ação, de exprimir a constituição ou intimidade psíquica do seu autor, as suas tendências e a eficiência de seus freios inibitórios, naquela íntima conexão que permite atribuir-se o fato ao agente e considerá-lo como verdadeiramente “seu”. Com este critério (que, embora admitindo a *culpa moral*, tem afinidade com o do “estado perigoso” dos positivistas), para cuja defesa até FREUD é invocado, levar-se-ia a justiça penal para um terreno de incertezas e perplexidades. Veja-se, no Apêndice, nossa dissertação sobre “Um novo conceito de culpabilidade”.

Na Idade Média, os canonistas, seguidos pelos *práticos*, formularam a detestável responsabilidade pelo *caso fortuito*, da parte de quem já se achasse *in facto illicito*; mas a sobrevivência de tal critério, como diz LÖFFLER, é um “baldão ignominioso de nossa época”, ou, na expressão de BELING, um “vestígio de barbaria”. O *versari in re illicita* não pode jamais autorizar a imputação do *casus*. Perante o nosso Código, o caso fortuito, antes de ser excludente da culpabilidade, impossibilita a própria *imputatio facti* ou a relação de causalidade física entre o agente e o resultado (vejam-se ns. 59 e 74).

A culpabilidade assume duas formas únicas: o “dolo” e a “culpa” (*stricto sensu*). *Dolo* é a vontade livre e conscientemente dirigida ao resultado antijurídico ou, pelo menos, aceitando o risco de produzi-lo. *Culpa* é a omissão de atenção, cautela ou diligência normalmente empregadas para prever ou evitar o resultado antijurídico. No dolo, ação (ou omissão) e resultado são referíveis à vontade; na culpa, de regra, somente a ação (ou omissão).

**73. Dolo.** É a mais grave forma de culpabilidade. Ocorre crime *doloso*, diz o Código, “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção do dolo, não se ateve à chamada *teoria da representação* (para a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acerto, preferiu a *teoria da vontade* (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela *teoria do consentimento* (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, *consente* no advento deste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo). Dolo é, ao mesmo tempo, *representação* e *vontade*. Como argumenta FLORIAN, a representação divorciada da vontade é “*cosa inerte della psique*”, e a vontade sem representação é, do ponto de vista da psicologia normal, uma impossibilidade. A representação é *necessária*, mas não *suficiente* à existência do

dolo. Nada nos diz sobre a *atitude psíquica* do agente em face do resultado representado, e tal *atitude* (só reconhecível quando o agente *quer* ou *aprova* o resultado) é que decide da culpabilidade.<sup>2</sup> O dissídio entre as teorias da representação e da vontade está, hoje, pode dizer-se, superado. Toda a controvérsia reduzia-se, afinal, a pura logomaquia.<sup>3</sup> Os mais prestigiosos defensores da teoria da representação, isto é, VON LISZT e FRANK, acabaram reconhecendo que a representação do resultado, por si só, não basta para exaurir a noção de dolo: é necessário um *momento* de mais intensa ou íntima relação psíquica entre o agente e o resultado; e tal *momento*, como adverte VON HIPPEL,<sup>4</sup> detidamente analisado, não é outra coisa que a concomitante volição do resultado ("*Nähere Prufung dieses Moment lehrt, dass es nichts anders ist als das Wollen (Mitwollen) des Erfolges*"). Na conceituação do *dolus eventualis*, VON LISZT e FRANK aderem iniludivelmente à teoria da vontade quando, em tal caso, declaram insuficiente a simples representação do resultado e exigem para este o *consentimento* do agente. Ora, *consentir* no resultado não é senão um modo de *querê-lo*.<sup>5</sup>

Quando a vontade se exerce *por causa* do resultado, o dolo é chamado *direto* (*determinado, intencional, incondicionado*); quando a vontade se exerce *apesar* da previsão do resultado como provável, fala-se em dolo *eventual* (cu *condi-*

<sup>2</sup> MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. esp. de MUÑOZ, II, pág. 146.

<sup>3</sup> ANGIONI (*La volontarietà del fatto nei reatti*, pág. 134) pôde afirmar que entre a teoria da representação e a da vontade "*non vi è affatto ne vi può essere lotta perchè sono la stessa cosa*".

<sup>4</sup> *Deutsches Strafrecht*, II, pág. 320.

<sup>5</sup> Conforme acentua VON HIPPEL, "consentir em determinadas "consequências de uma ação não importa apenas representação de-  
"las, mas sua influência sobre a conduta do agente, isto é, sobre  
"a vontade do evento". Justamente se pronuncia o ministro CAMPOS na sua *Exposição de motivos*: "É inegável que arriscar-se conscien-  
"temente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda  
"que sem interesse nele, o agente o ratifica *ex ante*, presta *anuência*  
"ao seu advento".

cionado).<sup>6</sup> Em doutrina, costuma-se distinguir entre dolo *determinado* (*direto*) e dolo *indeterminado*, considerando-se subespécies do último o dolo *alternativo* (previsão de resultados diversos, que reciprocamente se excluem, propondo-se o agente realizar qualquer deles, indiferentemente) e o *eventual*. É de rejeitar-se, porém, a concepção de um dolo *indeterminado*. O dolo pode ser *mais ou menos determinado*, mas nunca *indeterminado*. O pretendido dolo indeterminado (sobrevivência do antigo *dolus generalis*) admite um verdadeiro contra-senso, qual seja o de uma vontade de fazer mal *in genere*.<sup>7</sup> No dolo alternativo, não há indeterminação da vontade: quando se querem, indiferentemente, resultados diversos, sabendo-se que um exclui o outro, a vontade é tão determinada como quando se quer um resultado único. Também não é indeterminada a vontade no dolo eventual: quando a vontade, dirigindo-se a certo resultado, não recua ou não foge da prevista probabilidade de outro resultado, consentindo no seu advento, não pode haver dúvida de que esse outro resultado entra na órbita da vontade do agente, embora de modo secundário ou mediato. A menção expressa que faz o Código ao dolo eventual, para equipará-lo ao dolo direto (em que o resultado é querido de modo principal ou imediato), plenamente se justifica: não obstante a justeza do raciocínio de que “quem arrisca, quer”, tem-se pretendido, em doutrina e na jurisprudência, identificar o *dolus eventualis* com a *culpa consciente* (*luxuria* ou *lascivia*, do direito romano), isto é, com uma das modalidades da culpa *stricto sensu*. Sensível é a diferença entre essas duas atitudes psíquicas. Há, entre elas, é certo, um traço comum: a previsão do resultado antijurídico; mas, enquanto no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora inconside-

<sup>6</sup> Foram os autores alemães, notadamente HENKE e BERNER, que escandiram o conceito moderno do dolo eventual.

<sup>7</sup> Já OSENBRÜGGER considerava o *dolus indeterminatus* como um absurdo lógico (*logisches Unding*).

radamente, a hipótese de superveniência do resultado, e empreende a ação na *esperança* ou persuasão de que este não ocorrerá. Eis a clara e precisa lição de Logoz,<sup>8</sup> que merece transcrição integral: "... a diferença entre essas duas formas de culpabilidade (dolo eventual e culpa consciente) apresenta-se quando se faz a seguinte pergunta: "*por que*, em um e outro caso, a previsão das consequências possíveis não impediu o culpado de agir?". A esta pergunta uma resposta diferente deve ser dada, segundo haja dolo eventual ou culpa consciente. No primeiro caso (dolo eventual), a importância inibidora ou negativa da representação do resultado foi, no espírito do agente, mais fraca do que o valor positivo que este emprestava à prática da ação. Na alternativa entre duas soluções (desistir da ação ou praticá-la, arriscando-se a produzir o evento lesivo), o agente escolheu a segunda. Para ele o evento lesivo foi como que o menor de dois males. Em suma, pode dizer-se que, no caso de dolo eventual, foi por *egoísmo* que o inculpado se decidiu a agir, custasse o que custasse. Ao contrário, no caso de culpa consciente, é por *leviandade*, antes que por egoísmo, que o inculpado age, ainda que tivesse tido consciência do resultado maléfico que seu ato poderia acarretar. Neste caso, com efeito, o valor negativo do resultado possível era, para o agente, mais forte que o valor positivo que atribuía à prática da ação. Se estivesse persuadido de que o resultado sobreviria realmente, teria, sem dúvida, desistido de agir. Não estava, porém, persuadido disso. Calculou mal. Confiou em que o resultado não se produziria, de modo que a eventualidade, inicialmente prevista, não pôde influir plenamente no seu espírito. Em conclusão: não agiu por *egoísmo*, mas por *leviandade*; não refletiu suficientemente".

São bem conhecidas, a respeito do dolo eventual, as chamadas "fórmulas de FRANK". A primeira delas assim decide: "a previsão do resultado como *possível* somente constitui dolo, "se a previsão do mesmo resultado como *certo* não teria de-

<sup>8</sup> *Commentaire du Code Pénal Suisse*, pág. 66.

“tido o agente, isto é, não teria tido o efeito de um decisivo “motivo de contraste”. É esta a fórmula denominada “da teoria hipotética do consentimento”, a que o próprio FRANK acrescentou esta outra (chamada “da teoria positiva do consentimento”): “Se o agente se diz a si próprio: *seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir*, é responsável a título de dolo”.<sup>9</sup>

Ambas essas fórmulas deverão servir de orientação para o juiz, mas é óbvio que, para sua aplicação aos casos concretos, terá ele de guiar-se pelo conhecimento das *circunstâncias do fato*, para retrair os *motivos* do agente. É o que bem acentua M. E. MAYER, com a sua “teoria da motivação”: “Para distinguir essas duas espécies de culpabilidade (dolo “eventual e culpa consciente), deve indagar-se como o agente “se comportou ao prever o resultado, tendo se em vista, para “tal fim, o complexo total de seus motivos”.<sup>10</sup> Dois casos elucidativos são figurados por MAYER:

O fazendeiro, após uma rusga com a esposa, vai, mal humorado, fumar seu cachimbo no celeiro repleto de feno; sabe que há o perigo de comunicação do fogo à palha, mas confia do acaso ou da própria cautela que tal não se dará. Acontece, entretanto, que o vento leva uma fagulha, do cachimbo ao feno, e este arde, incendiando-se o celeiro.

O empregado da fazenda, depois de repreendido pelo patrão, retira-se mal humorado e vai fumar seu cachimbo no celeiro etc.; mas, diversamente do caso acima, tanto se

---

<sup>9</sup> *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich* (1908), pág. 132: “Sagt sich der Täter: mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jedem Fall handle ich, so ist sein Verschulden ein vorzügliches”.

<sup>10</sup> *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, pág. 266: “Um die beiden Schuldarten zu unterscheiden, muss man untersuchen, wie sich der Täter zur Erfolgsvorstellung verhalten hat, und muss zu diesem Zweck den ganzen Komplex seiner Motive beachten”. No mesmo sentido, SOLER (*Derecho Penal Argentino*, I, página 138). “... al buscar el complejo motivante, descubriremos más inmediatamente el motivo egoísta que tan característico es para decidir si el hecho es o no doloso”.



lhe dá a incolumidade quanto o incêndio do celeiro, e o vento resolve a alternativa. Solução: o fazendeiro agiu com culpa consciente; o empregado, com dolo eventual. No primeiro caso, investigado o *complexo motivante*, reconhece-se que foi *decisiva* para o empreendimento da ação a *esperança* de que o evento lesivo não sobreviria (se não fora tal esperança, o agente teria renunciado à ação); no segundo, a previsão do resultado não foi *contramotivo* à volição atuante, e, com a sua *indiferença*, o agente *consentiu* na superveniência do evento lesivo.

Para a existência do dolo eventual, basta que o agente, na *dúvida* sobre se o resultado previsto sobreviria ou não, *atrasse o Rubicon*, não se abstendo da ação, pois quem age em tal dúvida assume o risco de quanto possa acontecer.

É bem de ver que nos casos em que não se revele inequívoca a atitude psíquica do agente, ou se há irredutível dúvida, em face dos coligidos elementos de informação, sobre se houve, ou não, aceitação do risco (consentimento, aprovação, anuência, ratificação *ex ante* do resultado), a solução, de acordo com o *in dubio pro reo*, deve ser no sentido do reconhecimento da culpa consciente, isto é, da hipótese reais favorável.<sup>11</sup>

Figuremos os seguintes casos:

Um médico, para fim científico, experimenta *in anima nobili* certa substância química, que talvez possa (juízo dubitativo) causar a morte do paciente, e o resultado letal vem, realmente, a ocorrer. Dá-se, aqui, incontestavelmente, um homicídio com dolo eventual.

<sup>11</sup> VON HIPPEL (ob. cit., II, pág. 315): "Se a atitude psíquica "do dolo eventual existe, ou não, no momento da ação, deve decidir-lo o juiz, com fundamento na apreciação objetiva das circunstâncias do fato. Pode, em pequeno número de casos, persistir a "dúvida, e, então, deverá ser rejeitada, por deficiência de prova, a "hipótese de dolo" ("Ob der psychische Tatbestand des dolus eventualis zur Zeit der Tat vorlag oder nicht, darüber hat der Richter auf Grund objektiver Würdigung der Sachlage zu entscheiden. Dabei können in einer kleinen Minderzahl von Fällen Zweifel bleiben; dann ist Vorsatz als nicht feststellbar abzulehnen).

Tício, agindo em defesa do seu amigo Mévio, atracado em luta com Semprônio, que procura esfaqueá-lo, dispara um tiro para abater o último, mas acontecendo que o atingido é Mévio, que tomba morto. Pelas circunstâncias, verifica-se que Tício naturalmente previu como possível esse resultado; mas não se pode afirmar que tivesse *consentido* nele: seu propósito era salvar, e não matar o amigo. Responderá por homicídio com culpa consciente.

Um motorista, dirigindo o seu carro com grande velocidade, já em atraso para atender ao compromisso de um encontro amoroso, divisa à sua frente um transeunte, que, à aproximação do veículo, fica atarantado e, vacilante, sendo atropelado e morto. Evidentemente, o motorista previu a possibilidade desse evento; mas, deixando de reduzir ou anular a marcha do carro, teria aceito o risco de matar o transeunte, ou confiou em que este se desviasse a tempo de não ser alcançado? Na dúvida, a solução não pode ser outra senão a do reconhecimento de um homicídio simplesmente culposo (culpa consciente).

Não há muito tempo, tramitou no foro do Distrito Federal rumoroso processo em torno de um caso típico de homicídio com dolo eventual. Relembremo-lo. Tendo um cão policial mordido sua própria dona e, a seguir, um menino da vizinhança, suspeitou-se para logo que estivesse hidrófobo; mas, antes que viessem apreender o animal para exame, sua proprietária, às escondidas, o matou e enterrou no quintal, substituindo-o por outro da mesma raça, cor e tamanho, que veio a ser o examinado. Negativo o resultado do exame, foi interrompido o tratamento preventivo do menor no Instituto Pasteur, enquanto a dona do cão (conhecedora dessa circunstância, mas zelosa do seu segredo) prosseguiu com a própria imunização contra a raiva, indiferente à sorte da outra vítima, que, dias depois, veio a morrer, atacada do terrível mal. Para poupar-se aos incômodos de um processo por incúria na guarda de animal perigoso, não cedeu a mulher em seu requintado egoísmo e, apesar da suspeita de hidrofbia (suspeita tão veemente que fê-la continuar até final seu

próprio tratamento premunitório), *consentiu previamente no provável sacrifício da criança*, ou assumiu o risco desse evento, nos termos do art. 15, n.º I, do Código.<sup>12</sup>

Ao definir o dolo eventual, o Código inspirou-se, até certo ponto, na extensiva fórmula preconizada pela Comissão incumbida do último projeto de reforma do direito penal alemão: “*Vorsätzlich handelt auch, wer es zwar nur für möglich hält, aber doch in Kauf nimmt, dass er der Erfolg herbeiführt...*” (isto é, “também age dolosamente aquele que prevê apenas como possível o resultado, mas consciente do risco de causá-lo”).<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Submetida a acusada a julgamento perante o Tribunal do Júri, os juizes de fato, facilmente desorientados pela oratória da defesa, desclassificaram o crime, de homicídio doloso para homicídio culposo. No entanto, raramente se encontrará um caso mais característico de dolo eventual.

<sup>13</sup> DONNEDIEU DE VABRES (*La politique criminelle des Etats autoritaires*, pág. 96) assim se referia à fórmula nazista: “Os delitos ‘culposos ocupam, entre os delitos puramente materiais e os delitos ‘dolosos, uma situação intermediária. O problema delicado é relativo ao caso da *culpa consciente*, conhecida em França com o nome ‘de *dolo eventual*. A maior parte dos Códigos modernos, notadamente o Código Penal francês e o Código alemão de 1871, deixam ‘aos tribunais a tarefa de resolvê-lo. Nossa jurisprudência, inspirando-se no princípio de *benignior interpretatio*, soluciona a questão, com grave prejuízo de interesses cada dia mais respeitáveis, ‘pela assimilação do dolo eventual à simples culpa. O moderno ‘legislador penal alemão propôs-se, com muita felicidade, preencher a lacuna. O projeto de 1927 (§ 17) *assimilava à intenção criminosa* o caso de quem, sem ter interesse no evento lesivo, sem ‘querê-lo, estava consciente dele e, por sua conduta, consentiu em ‘que ocorresse (*Einwilligungstheorie*). Mais rigoroso é ainda o projeto nacional-socialista. Entende ele que, mesmo faltando a *consciência*, já a indiferença lewiana, o fato de quem se fia cegamente ‘em sua boa estrela”, merece ser equiparado ao dolo. O projeto ‘substitui a noção da *Einwilligung* ou do *Einverständnis* pela ‘fórmula *in den Kauf nehmen*”.

HANS FRANK<sup>14</sup> explica que a expressão *in Kauf nehmen*, empregada nesta fórmula, quer dizer “estar consciente do risco” (“*mit bewusstem Gefahrrisiko*”). Ao invés, porém, de traduzir fielmente a expressão alemã *in der Kauf nimmt*, o Código, mais restritivamente, fala em “assume o risco”. A propósito da fórmula germânica, disserta SCHÄFFER:<sup>15</sup> “... exigir o *consentimento* importa critério demasiadamente “restrito, pois não abrange os casos em que o agente, prevendo a possibilidade de ocasionar o resultado, não *aprova* “mas afasta mentalmente tal possibilidade com leviana indiferença, ou, em contraste com os prudentes conselhos da “experiência, confia no acaso ou inconsideradamente que o “resultado não sobrevirá. Uma tal atitude psíquica é tão “grave, que, do ponto de vista do *novo Estado (in illo tempore...)*, em que a proteção da coletividade sobreleva a do “indivíduo, deve ser reconhecida como espécie de dolo, isto “é, da mais grave forma da culpabilidade. É o que fez a Comissão, que não exige o *consentimento*, declarando bastante “o *estar consciente do risco*”.

Não é este o ponto de vista do Código. *Assumir o risco* é alguma coisa mais que *ter consciência de correr o risco*: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente a ocorrer. Pela leitura da *Exposição de motivos*, não padece dúvida que o Código adotou a *teoria do consentimento*. Diz o ministro CAMPOS: “Segundo o preceito do art. 15, n.º I, “o dolo (que é a mais grave forma da culpabilidade) existe “não só quando o agente quer diretamente o resultado (*effectus sceleris*), como quando assume o risco de produzi-lo. “O *dolo eventual* é, assim, plenamente equiparado ao *dolo* “*direto*. É inegável que arriscar-se conscientemente a pro-

<sup>14</sup> *Nationalsozialistisches Handbuch für Rechts und Gesetzgebung*, pág. 1.341. HANS FRANK, posteriormente *Gauleiter* da Polónia, foi uma das vítimas da tragicomédia do Tribunal de Nuremberg (de que DONNEDIEU DE VABRES se prestou a ser um dos secretários, para desluzo da civilização contemporânea).

<sup>15</sup> *In Das kommende deutsche Strafrecht*, col. de GÜRTNER, parte geral, pág. 61.

“duzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência “ao seu advento”.<sup>16</sup> Deve notar-se que este raciocínio remonta a BOHEMERO: “*Qui enim vult antecedens specificice, non potest nolle consequens si est praevisum ac cognitum... voluit necem specificice, etsi eventualiter voluerit... in eventum inde sequutum consensisse*”.

**74. Preterdolo e caso fortuito.** O dolo eventual representa uma das faces do antigo *dolus indirectus*, de que a outra face passou a ser o *preterdolo*, confinado atualmente na órbita da culpa *stricto sensu*. Para maior elucidação do tema, convém estudá-lo nos trâmites da sua evolução histórico-doutrinária e através do direito moderno comparado. Segundo já foi acentuado, o direito penal na sua infância era estritamente objetivo, atendo-se apenas aos elementos materiais do evento maléfico. No mais antigo direito romano, por exemplo, só se tinha em conta o fato exterior, o fato apreciado *ab externo*. Não foi senão depois da Lei das XII Tábuas que se começou a cuidar do elemento subjetivo ou *factum internum*. A evolução jurídica em tal sentido culminou com o princípio, consagrado pelo imperador ADRIANO, de que *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. Passou-se a punir somente aquilo que correspondia à *voluntas*. Assim, por exemplo, não se podia identificar o *homicídio*, sob o ponto de vista penal, na ausência do *animus necandi* ou da *voluntas ad necem*. O próprio homicídio culposo, punido *extra ordinem* depois de ADRIANO, já não era objeto de pena alguma no direito justiniânico. Excluía-se a condenação a título de homicídio no caso de *preterintenção* ou *preterdolo* quanto

---

<sup>16</sup> Justíssima foi a crítica ao Projeto SÁ PEREIRA, que ultrapassara todos os limites toleráveis na conceituação do dolo eventual: “Responde por dolo aquele que tiver querido produzir a lesão ou “criar o perigo de lesão causado com o seu ato, ou que o praticar “quando se *devessem prever* como necessárias ou prováveis as con-“seqüências que dele resultaram”. *Dever prever* não equivale a *ter previsto*, e sem previsão não é concebível o dolo.

ao evento letal. MARCIANO (D., XLVIII, 8, 1. I, § 3.º) reporta, a tal propósito, um rescrito do *Divus Hadrianus*: "...eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse... Si gladium strixerit, et in eo percussit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: ed si clavi percussit, aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniedam poenam ejus, qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit". Embora reconhecida (tratando-se de homicídio) a responsabilidade preterdolosa, era aplicada *extra ordinem* uma pena levíssima ou idêntica à do homicídio culposo (*relegatio in quinquennium*). Tratando-se de soldados, a pena era simplesmente disciplinar: "Qui si probaverit non occidendi animo hominem a se percussum esse, remissa homicidii poena, secundum disciplinam militarem sententiam proferet" (C., IX, 16, I).

Também no antigo direito germânico, o elemento essencial do crime é o dano objetivo. Somente com as *leis populares* (*Volksrechten*) é que se esboçou a distinção entre os fatos voluntários e os involuntários. A lei visigótica foi a que mais se afirmou no sentido de tal diferenciação, inspirando-se no direito romano: *crimen videri non potest, quod non est voluntate commissum*. Mas essa própria lei, cuja sensibilidade distinguia perfeitamente, para diverso tratamento penal, entre o homicídio culposo e o homicídio voluntário, não fazia diferença entre este e o homicídio no caso de preterdolo, punindo igualmente ambos: "*Si dum quis calce vel pugno aut quacumque percussione injuriam conatur inferre, homicidii extiterit occasio, pro homicidio puniatur*".

O direito eclesiástico, fundamentalmente *voluntarístico*, somente reconhecia a punibilidade do fato ilícito quando produto da vontade consciente e livre, embora em alguns casos admitisse a responsabilidade por simples *culpa* (*negligentia, imperitia, inescusável ignorantia*) Foram, entretanto, como já notamos, os canonistas que formularam o ominoso brocardo *qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur*. BERNARDUS PAPIENSIS é apontado como precursor de tal princípio. Ensinava ele: "*Circa illud, quod fit casu, distingue,*

*an ille qui casu occidit instabat licito operi et adhibuit illam diligentiam, quam debuit, an non; primo casu non imputatur sibi, sed casu et fato et fortune...; alioquin si vel non instabat operi licito vel non adhibuit illam diligentiam quam debuit, sibi debet imputari*". Repetido pela maioria dos juriconsultos práticos, esse critério de solução, que, segundo DECIANO, a Igreja introduziu *propter horrorem facti et rigorem discipline ecclesiasticæ*, tornou-se corrente, fundando-se nêla a teoria da *preterintenção* (limitada, a princípio, ao caso especial do evento letal como excesso de fim do autor da violência contra a pessoa).<sup>17</sup> Se de uma violência dolosa resulta a morte da vítima, ainda que não compreendida na intenção do agente, devia este responder, incondicionalmente, pelo *quid pluris*. Era este imputado ainda que tivesse provin-do de caso *fortuito*. Explicava GANDINO: "*Si aliquis commisit homicidium casu, aut dabat operam rei illicitæ, aut non... Si vero dabat operam rei illicitæ, sive adhibuit dilligentiam sive non, semper ei imputatur*". O *majus delictum* (em con-traposição ao antecedente doloso, chamado *minus delictum*, *principale delictum* ou *primum delictum*) era levado à conta do agente a título de *dolo*, quando o *minus delictum* "*tende-bat ad illum finem delicti secuti*". Respondia por homicídio doloso aquele que exercia violência contra alguém, causan-do-lhe a morte, desde que o instrumento empregado fosse *ad occidendum aptum, ut ensis vel hasta*. Se não havia essa re-lação de afinidade, segundo *id quod plerumque accidit*, entre o antecedente doloso e o evento "morte", era este imputado

---

<sup>17</sup> Para designar o *excesso de fim*, os práticos empregavam va-riada terminologia. FINZI (*Il delitto preterintenzionale*), cuja minu-ciosa exposição nos vem orientando, colige as seguintes expressões: *præter intentionem*, *præter voluntatem*, *præter opinionem*, *præter propositum*, *ultra cogitatum*, *extra intentionem*, *extra propositum*, *ultra intentionem*, *ultra propositum*, *extra voluntatem et proposi-tum*, *præter vel extra cogitatum*. Algumas vêzes, eram usadas peri-frases: *ubi, committens delictum, minus voluit delinquere et plus deliquit*, *delictum unius qualitate volens committens, et aliud com-mittens*.



a título de *culpa*. A rigidez de tal critério, porém, veio a ser atenuada, firmando-se o princípio de que a imputação do evento mais grave estava necessariamente condicionada à *probabilidade* do seu advento, apreciada segundo a experiência comum. Doutrinava SANTO TOMÁS DE AQUINO que o evento mais grave *non præcogitatus* só era imputável no caso em que fosse consequência natural e comum do fato doloso anterior: "*si per se sequitur ex tali actu, et ut in pluribus*"; e nenhuma responsabilidade devia ser reconhecida pelo evento mais grave se este ocorresse *per accidens, et ut in paucioribus*, pois, em tal caso, *eventus sequens non addit ad bonitatem, vel ad malitiam actus*. No mesmo sentido opinavam COVARRUVIAS, COEPOLAS, DE ACCOLTIS, CARERIO, RAFAEL DE CUMA, FARINACIO e CARPSOVIO. RAFAEL DE CUMA dizia que o *vulnerator* só deve ser punido por homicídio "*quando verisimiliter ex ictu potuit et debuit sequi homicidium*", pois, do contrário, responderá apenas *de vulnere*. DE ACCOLTIS formulava a seguinte hipótese típica de homicídio *præter voluntatem et intentionem*: um indivíduo, agredido por outro a soco, cai por terra e quebra a cabeça contra uma pedra, vindo a morrer; e resolvia o caso, dizendo que o agressor não devia responder *de occiso*, pois que "*non est præordinatum verisimiliter, ut ex eo debeat sequi id quod evenit*". A pena aplicável ao homicídio preterintencional (quando o evento "morte" tivesse podido ser ou devesse ter sido *præcogitatus*) devia, segundo alguns juristas, ser a mesma cominada ao homicídio voluntário, e, segundo outros, a correspondente ao homicídio culposo ou uma pena mitigada, na conformidade, aliás, do direito justinianeu. JULIUS CLARUS equiparava o preterdolo à culpa: "*dicitur etiam culposum homicidium quando quis citra animum occidendi alium percussit, ex qua tamen percussione ille mortuus est, cujus rei ut plurimum sole summi conjectura ex genere armorum, vel instrumenti, cum quo illata fuit percussio*". Esboçada por SANTO TOMÁS DE AQUINO, alcançou grande êxito a doutrina do *dolo indireto*, que justificava a punição do homicídio preterintencional como homicídio voluntário: quem quer um fato, do qual deriva, como

sua própria e imediata consequência, um determinado evento, quer indiretamente este.<sup>18</sup> Na sua *Summa Theologica*, discorria o famoso doutor da Igreja: "... *considerandum est, quod aliquid dicitur voluntarium directe, vel indirecte; directe quidem id, in quod voluntas fertur; indirecte autem illud quod voluntas potuit prohibere, sed non prohibet*". COVARRUVIAS ensinava: "*Directe enim fertur voluntas in homicidium, quando quis animus habet occidendi et hæc est perfecta propriaque homicidii malitia. Indirecte autem et per accidens, fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate et per se, non per accidens, homicidium sequitur*". CARPSOVIO (1595-1666), cuja influência foi preponderante, quanto à doutrina penal alemã, nos séculos XVII e XVIII, assim decidia: se alguém empreende uma ação punível, para ocasionar determinado resultado, e em virtude da ação ocorre um resultado mais grave do que o intencionado, deve responder por este, a título de dolo (indireto), se podia tê-lo previsto. A sombra ou a pretexto do dolo indireto, porém, continuou a ser imputado o evento mais grave ainda quando sobrevindo fortuitamente. Em célebre monografia, editada pela primeira vez em 1756, GLÄNZER contribuiu prestigiosamente para a restrição do conceito do *dolus indirectus* ou *intentio indirecta*. Dissertava ele, justificando a imputação do evento letal *præter voluntatem*: "*Requisita ad homicidium ex intentione indirecta commissum necessaria sunt; 1, homicidium ex facto quodam vel non facto nostro sponte admissio per se esse sequutum; 2, agentem animum nocendi habuisse; 3, directe eum non intendisse mortem; 4, ex facto vel non facto suo homicidium æque facile sequi potuisse ac id, quod directe intendit, eumque hoc scivisse*". Desde então, o conceito do dolo indireto firmou-se no sentido de que era necessário o conhecimento ou previsão da probabilidade do evento não querido ou, pelo menos, a fácil previsibilidade deste. Já no século XIX, generalizada a noção do

<sup>18</sup> Alguns doutores falavam, na espécie, em *dolo implicito* ou *tácito*.

*crime preterintencional*, mas sempre adstrita à concepção do dolo indireto, doutrinava CARMIGNANI: "Diz-se direta a intenção quando a vontade tende a um fim necessário; indireta quando tendente a um fim meramente possível. A intenção direta, por sua vez, se distingue em *positiva* e *negativa*: a primeira, quando é prevista a possibilidade do efeito; a segunda, quando, podendo calcular-se a possibilidade do efeito, deixa-se de prevê-lo". CARRARA e PESSINA, entretanto, defenderam a restrição do dolo indireto ao caso único em que haja *previsão* do evento não querido, e alhearam dessa espécie de dolo a noção da *preterintencionalidade*. A propósito do homicídio *præter intentionem*, dizia CARRARA, identificando a *intenção indireta positiva* com o *dolo indeterminado*: "... da forma do dolo indeterminado se destaca uma terceira figura de homicídio, que é exclusiva criação da equidade prática: o *homicídio preterintencional*. Pertence este à família dos homicídios dolosos, porque promana da intenção de *ofender fisicamente a pessoa*; mas, no que respeita à sua gravidade, ocupa uma posição de meio-termo entre os dolosos e os culposos. O homicídio preterintencional pressupõe, por necessidade absoluta, a intenção de ofender fisicamente a pessoa daquele a quem se mata, e isto é que o separa da família dos homicídios meramente culposos, para conservá-lo entre os homicídios dolosos; mas pressupõe igualmente que a morte, além de não ter sido querida, não foi, sequer, prevista, embora se pudesse prever". PESSINA, que também conceituava o dolo indireto como *previsão sem volição*, dissertava: "O homicídio preterintencional não é voluntário e torna-se circunstância agravante do delito menor, de lesão corporal ou vias de fato, em virtude da sentença — *danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ contra voluntatem ejus eveniunt*". Mas enquanto CARRARA sustentava que, se o evento não podia ser previsto, entrava na órbita do caso fortuito, limitando-se a imputação ao precedente doloso, pois "*giammai il versare in cosa illecita può produrre l'effetto di rendere responsabile nè in ragione di dolo, nè in ragione di colpa, di un evento che non solo non fu preveduto,*

*ma che neppure era prevedibile*", PESSINA, acentuando que "a consequência do fato doloso pode constituir ou uma culpa "ou um *casus*, segundo fosse, ou não, facilmente previsível "pelo autor do delito menor", entendia que "a consequência puramente casual deve agravar o delito com menor intensidade do que a consequência culposa".

Na Alemanha, FEUERBACH, repelindo por imprópria a locução "dolo indireto", via no crime preterintencional<sup>19</sup> um entrosamento de dolo e culpa: "o delinqüente está em dolo "relativamente à lesão jurídica que quis praticar, e está em culpa no tocante à lesão jurídica que ocorreu além de sua intenção; está em dolo porque quis imediatamente uma certa lesão jurídica, e está em culpa porque, com esse doloso propósito, empreendeu uma ação que determinou, segundo as leis naturais e princípios de probabilidade, uma outra lesão jurídica mais grave". Para indicar o elemento subjetivo do crime preterintencional, FEUERBACH adotou uma fórmula que até hoje se repete: *culpa dolo determinata* (*durch dolus bestimnte culpa*, culpa determinada pelo dolo). CARRARA usava a expressão *culpa informata a dolo*, e PESSINA preferia falar em *culpa mista a dolo*. Cada vez mais desprestigiada, a doutrina do dolo indireto acabou por ser completa-

---

<sup>19</sup> Na doutrina italiana, chama-se *crime preterintencional* todo aquele em que o resultado ultrapassa a intenção, mas não deixa de ser *homogêneo* com o visado pelo agente. Distingue-se entre crime preterintencional e "crime qualificado pelo resultado": no primeiro, há um evento único, mas excedente, quantitativamente, do fim colimado pelo agente; enquanto que, no segundo, há dois eventos, heterogêneos ou qualitativamente diversos, dos quais só um é visado pelo agente (ex.: estupro seguido de morte da ofendida). A noção restritiva da *preterintencionalidade* é, no entanto, rejeitada por alguns autores, entre outros, FINZI (ob. cit.) e DELITALA (*Il fatto nella teoria generale del reato*): não há inconveniente algum em ampliar-se o conceito do crime preterintencional, de modo a abranger não só o caso de um evento único exclusivo, como o do segundo evento involuntário, de espécie diversa do primeiro. Na doutrina alemã, fala-se, indistintamente, em "crime qualificado pelo resultado" ("*durch Erfolg qualifiziert Delikt*").

mente banida da ciência jurídico-penal moderna: só existe dolo quando a vontade se dirige positivamente ao resultado previsto (dolo direto) ou não recua ante a probabilidade do seu advento (dolo eventual); fora daí, está-se no terreno da culpa ou do caso fortuito. Chega a causar pasmo que o insigne FLORIAN, a exemplo da rotineira literatura penal francesa, ainda continue a falar, no seu *Trattato* de 1934, em dolo indireto, para incluí-lo no conceito da *preterintenção*. Se o agente prevê o resultado mais grave, mas não aquiesce no seu advento, o *quid pluris* é imputável a título de *culpa* (consciente), embora com pena especialmente agravada; se, ao contrário, prevê e aprova o resultado mais grave, o que se dá é o *dolo eventual* (não se podendo falar em *dolo indireto* ou *intenção indireta*, que representa uma *contradictio in adjectis*); finalmente, se o *majus delictum* deriva de caso fortuito, não é imputável ao agente.

Firmado no direito positivo de seus respectivos países, os autores germânicos e italianos, em sua grande maioria, opinam que, na *preterintenção*, o resultado mais grave é imputado independentemente de *culpabilidade* ou, o que vem a ser o mesmo, a culpabilidade quanto ao *majus delictum* é presumida *juris et de jure*. Trata-se — afirmam eles — de um caso de responsabilidade puramente objetiva (*Erfolgshaftung*, segundo a expressão alemã). Mesmo *de jure condito*, porém, tal opinião é combatida por escritores de nota, ou, como diz MAYER, “por um grupo diminuto, mas seletivo” (“*von einem kleinen, aber gewählten Kreis*”). Na Alemanha, BERNER, por exemplo, sustentava que as conseqüências de uma ação, quando imprevisíveis pelo homem de senso comum, não mantêm relação alguma com a vontade, e cessa, portanto, com referência a elas qualquer culpabilidade. No mesmo sentido se pronunciam HÄLSHNER, SCHÜTZE, BINDING, WACH, MEZGER. *De lege ferenda*, é unívoca a repulsa à *Erfolgshaftung*. SEUFFERT dizia que, em direito penal, o evento só é imputável quando causado com ciência e vontade ou por

grosseira imprevidência.<sup>20</sup> Foi este, aliás, o ponto de vista que, defendido pelo mesmo SEUFFERT, prevaleceu na assembléia geral da “União Internacional de Direito Penal”, reunida em São Petersburgo (Leningrado), em 1902: “*Personne n'est punissable à raison des consequences de ses actes que dans la mesure de celles qu'il a prévues ou pu prévoir*”.<sup>21</sup> Já vimos acima como LÖFFLER (perante o direito austríaco) e BELING estigmatizaram a responsabilidade sem culpa. Não menos veementes são LISZT e SCHMIDT: “Não subsiste dúvida “que esse resquício da velha *responsabilidade pelo resultado* “ não corresponde à consciência jurídica moderna, nem aos “ princípios de uma sensata política criminal”.<sup>22</sup>

Na Itália, ALIMENA (B.), contestando argumentos de IMPALLOMENI, assim dissertava, na interpretação do próprio *jus conditum*: “Para que um fato qualquer se diga voluntário... não basta que seja previsível, ou facilmente previsível: é necessário que seja previsto, ainda que com uma “ daquelas formas ambíguas, vacilantes e crepusculares de “ previsão... Uma coisa é dizer que, em razão do *sæpius* “ *accidit*, o facilmente ou muito facilmente previsível equi- “ vale ao previsto, e outro é dizer que o previsível ou facil- “ mente previsível tenha sido, em todos os casos, previsto e, “ portanto, querido”. Sustentando, a propósito do homicídio preterintencional, que o evento “morte” só era imputável a título de culpa, dizia ainda o professor da Universidade de Modena: “Se a morte, ocasionada pelo ferimento, não é “ imputável à culpa, como poderá, acaso, ser imputada? Diz “ IMPALLOMENI: pune-se o homicídio preterintencional me-

---

<sup>20</sup> *Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland*, 1902, pág. 50: “*Der Erfolg im Strafrecht nur Beachtung finden, wenn er willentlich, wissentlich oder fahrlässig verursacht wurde*”.

<sup>21</sup> *Bulletin de l'Union Intern. de Droit Pénal*, vol. XI.

<sup>22</sup> *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1927, pág. 224: “*Dass diese Überrest der alten Erfolgshaftung weder dem heutigen Rechtsbewusstsein noch den Grundsätzen einer vernünftigen Kriminalpolitik entspricht, sollte keinem Zweifel unterliegen*”.

“nos que o homicídio voluntário, precisamente porque o réu quis menos do que o ocorrido e revelou menor temibilidade. É isto verdade, mas não é tudo, pois que, com tal argumento, IMPALLOMENI justifica apenas o aspecto do homicídio preterintencional que menos precisa de justificação. Mas se o agente quer somente a lesão corporal, como e por que lhe deve ser imputada também a morte não querida?... Evidentemente, se não se quer punir apelando para uma frase ou para uma tradição, é necessário imputar-se a morte referindo-se à culpa... Se o homicídio preterintencional é constituído por uma culpa, que se origina do dolo, é natural que ele já não mais se apresente quando, segundo a ordem natural dos acontecimentos, a morte seja imprevisível. Se, em tal caso, quiséssemos identificar um homicídio além da intenção, estaríamos imputando, sem mais nem menos, o caso fortuito, só porque este derivou do dolo, retrocedendo-se, assim, ao vetusto aforismo: *eum qui dat operam rei illicitæ teneri de eo quod præter ejus intentionem et cogitationem contingit*”.

Não menos incisiva é a lição de VITROCOLONNA, sobre a preterintencionalidade em geral: “Demonstrada a imprevisibilidade ou não fácil previsibilidade do evento mais grave, a responsabilidade se restringe ao simples antecedente do caso... É absurdo sustentar que a voluntária violação da lei, representada pelo crime doloso, basta para constituir em culpa o agente, em relação ao evento mais grave... É uma lembrança de funestas aberrações do espírito humano a máxima *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*”.

Em idêntico sentido se exprimia LONGO: “A antiga máxima — *eum qui dat operam rei illicitæ teneri de eo quod præter ejus intentionem et cogitationem contingit*, talvez pudesse ter aplicação adequada, de regra, em matéria de responsabilidade civil, onde a culpa dos quase-delitos é, por vezes, presumida; mas não em matéria penal, onde a imputabilidade é condicionada pela necessidade de simultâ-



“neo concurso do elemento subjetivo e do elemento objetivo do crime”.

Tal foi o movimento doutrinário em oposição à sobrevivência do *versari in re illicita* (sobrevivência devida menos ao direito positivo que ao influxo de uma exegese anacrônica), que os Códigos Penais mais recentes acharam de bom aviso uma norma expressa no sentido da irrestrita abolição da responsabilidade objetiva. Uns a estabelecem de modo geral, outros em casos particulares.

O Código norueguês (1902) foi o primeiro que consagrou expressamente o princípio, dispondo no seu art. 43: “Quando a lei estabelece uma pena agravada para o caso em que um crime acarrete consequências involuntárias, o aumento de pena somente se aplica se o agente previu ou podia prever a possibilidade de tais consequências, ou não cuidou de evitá-las com os meios de que dispunha, logo que teve conhecimento do perigo”. O Código peruano (1924) preceitua, a propósito do crime de *lesiones* (art. 165, § 3.º, 2.ª alínea): “La pena será de penitenciaria, si la víctima hubiere muerto a consecuencia de la lesión y si el delincuente pudo prever este resultado”. O Código dinamarquês (1930) estatui, na parte geral (art. 20): “Se uma pena ou agravação de uma pena é condicionada pelo fato de que uma infração voluntária tenha acarretado uma certa consequência involuntária, a dita pena não será aplicada senão quando tal consequência é imputável à culpa do agente ou quando não haja, na medida dos seus meios, procurado afastá-la, depois de haver percebido o perigo”. O Código polonês (1932) igualmente contém a seguinte regra geral (art. 15, § 2.º): “As consequências do ato que importem uma pena agravada não são tomadas em consideração senão quando o agente as previu ou devia prevê-las”. O Código suíço (1937), no setor das *lesões corporais*, contém o seguinte preceito (artigo 124, 2): “La peine sera la réclusion si la victime est morte des suites de la lésion et si le délinquant avait pu le prévoir”. No seio das Comissões revisoras do Projeto Stroos, GAUTIER, criticando o critério até então dominante, assim

se exprimia: "As antigas legislações, cujo tipo é o Código "francês, empregam como critério único o resultado. O "delinqüente é responsável e punido não pelo que tencionou "fazer, mas pelo resultado que sua ação produziu. Assim "deve ser, segundo essas legislações, ainda quando o resultado não podia ser previsto. Isto vale por punir o mero "caso fortuito, o que o Código austríaco consagra com o "seu *dolo indireto* e a jurisprudência alemã denomina "*Erfolgshaftung*".<sup>23</sup>

Na Alemanha, o projeto de 1927, § 21, já repudiava a responsabilidade objetiva: "A pena agravada em razão de "determinada consequência do fato somente será aplicada "ao agente, se este houver dado causa, pelo menos culposamente, a essa consequência" ("*Die an eine besondere Folge der Tat geknüpfte höhere Strafe trifft den Täter nur, wenn er die Folge wenigstens fahrlässig herbeigeführt hat*"). Este dispositivo foi aceito, *ipsis litteris*, pela Comissão da reforma nacional-socialista do Código alemão.

Na Áustria, o repúdio à *Erfolgshaftung* iniciou-se com o projeto de reforma de 1912 (§ 1.º): "*Die erhöhten Strafen, die das Gesetz an den Eintritt bestimmter Folgen einer strafbaren Handlung knüpft, dürfen nur dann verhängt werden, wenn der Täter die Folgen fahrlässig herbeigeführt*" ("As "penas agravadas, que a lei subordina ao advento de determinadas consequências de uma ação punível, somente devem ser aplicadas se o agente causou culposamente tais "consequências").

O Código italiano de 1930, entretanto, não acolheu o critério de explícita declaração do *nulla poena sine culpa*. Vem daí que a maioria dos seus comentadores entende que preci-

---

<sup>23</sup> *Protokoll der zweite Expertenkommission*, vol. II, pág. 233. Na *Message* do Conselho Federal Suíço sobre o projeto de 1918, dizia-se: "*En ce qui concerne les lésions corporelles, le projet exclut la notion traditionnelle de la responsabilité basée sur le résultat atteint. En d'autres termes, le délinquant n'est punissable que pour la lésion qu'il a voulu causer ou du moins qu'il aurait pu prévoir; les conséquences purement fortuites n'entrent pas en ligne de compte*".

samente o crime preterintencional representa uma persistência da responsabilidade objetiva, a que o dito Código, despejadamente, chega a consagrar uma especial rubrica. MANZINI e MAGGIORE pretendem que, no crime *ultra intentionem*, o *majus delictum* não é imputado a título de responsabilidade objetiva, mas em *aplicação do principio da causalidade*. Ora, a responsabilidade subordinada ao simples nexo de causalidade física não é outra coisa que a responsabilidade objetiva. MAGGIORE vai ao extremo de doutrinar que o crime preterintencional não é mais do que um crime doloso em que intervém um elemento *fortuito* (!). É a nostalgia da Idade Média. Não faltam, porém, autores que negam tenha o Código italiano conservado a velharia da pena *senza colpevolezza*. Podemos citar, entre outros, GIULIO BATTAGLINI, GENARO MARCIANO, GIACOMO DELITALA e VINCENZO CAVALLO. MARCIANO,<sup>24</sup> depois de afirmar que “no homicídio preterintencional existe, substancialmente, um misto de dolo e de culpa”, formula uma hipótese de “*misto di dolo e di caso*” e assim se pronuncia: “... o caso fortuito, ainda que se esteja “incidindo *in re illicita*, não pode ser objeto de responsabilidade... Quando do ferimento resulta a morte por circunstâncias preexistentes e desconhecidas, ou supervenientes, “imprevistas e imprevisíveis, o evento letal não pode ser levado à conta do agente, que deverá responder exclusivamente “pelo fato doloso inicial”. BATTAGLINI assim opina:<sup>25</sup> “*Nella preterintenzione si ha una azione con unico evento. Ma questo è risultanza di dolo e di colpa. L'agente ha, sì, voluto soltanto un evento minore: però era prevedibile che la azione sorpassasse la mira a cui era rivolta, e tale prevedibilità non ha valso a trattenerlo*”. Referindo-se aos crimes qualificados pelo resultado (que distingue, sem razão, dos preterintencionais), em face do texto do art. 42, segunda alínea, do Código italiano (“*La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della*

<sup>24</sup> *Il nuovo Codice Penale*, págs. 40 e segs.

<sup>25</sup> *Diritto Penale*, 1937, pág. 149.

*sua azione o omissione*”), explica: “... estes casos entram “ numa disciplina de maior rigor que a do crime culposos como: é precisamente a disciplina da segunda alínea do “ art. 42, em face da qual se responde mesmo por culpa extremamente leve. Mas não além da culpa”. Em outro passo, diz o professor bolonhês: “... na segunda alínea do art. 42, “ não se trata senão de um grau de vontade menor do que se “ exige na figura do crime que se denomina culposos. Nesta “ não entra toda a culpa, pois é excluída a mínima. Um fato “ ilícito de caráter tão grave, como é o crime, não pode ser “ constituído pela omissão de cautelas que exorbitam da capacidade do homem médio. Em certos casos, porém, o legislador pode julgar suficiente uma culpa extremamente ligeira, mesmo em matéria penal. É a essas figuras excepcionais de voluntariedade mínima em relação à causa, que se “ refere precisamente o advérbio *diversamente (altrimenti)* “ (empregado na alínea do art. 42)”. VINCENZO CAVALLO,<sup>26</sup> ao demonstrar a inexistência da responsabilidade objetiva no Código Rocco, entende que, no caso do homicídio preterintencional, a imputação do evento “morte” depende de que tenha sido, pelo menos, *representável* ao espírito do agente.<sup>27</sup>

DELITALA igualmente rejeita a interferência do *casus* no conceito dos crimes em que o resultado ultrapassa a vontade do agente: “*Il reato preterintenzionale non è infatti a nostro avviso che un reato misto di dolo e di colpa*”.<sup>28</sup>

Entre nós, conforme observa COSTA SILVA,<sup>29</sup> os projetos de reforma da lei penal se mostraram “cegamente alheios” ao tema em questão. O Projeto SÁ PEREIRA, na sua primeira fase, continha o seguinte inverossímil dispositivo (art. 202): “Aquele que causou a morte, que não queria, *nem podia prever* como consequência dos seus atos, tendentes apenas a

<sup>26</sup> *La responsabilità obbiettiva nel diritto penale*, pág. 573.

<sup>27</sup> O autor distingue entre *representabilidade* e *previsibilidade*: a primeira refere-se ao que poderá verificar-se; a segunda ao que deverá verificar-se.

<sup>28</sup> *Il fatto nella teoria generale del reato*, pág. 98.

<sup>29</sup> *Código Penal*, 1930, I, pág. 145.

“produzir lesão corporal, descontar-se-á por um terço a pena “do homicídio”. Era, como disse COSTA E SILVA, “a responsabilidade pelo caso fortuito em sua maior rudez e repugnância”. O Projeto ALCÂNTARA imitava o Código italiano: ditava uma regra geral sobre a preterintencionalidade, de par com as referentes ao dolo e à culpa, mas só a aplicava nos crimes de *homicídio e de lesões*. Rezava o art. 11 desse projeto: “Diz-se o crime... II — preterintencional, quando “o resultado previsto e querido pelo agente é menos grave do que o produzido”. A Comissão Revisora acertadamente suprimiu este dispositivo, pois formular uma norma genérica sobre a *preterintenção*, distinta das fórmulas do dolo e da culpa, faz supor, erroneamente, que se trata de uma espécie autônoma de culpabilidade. Em face do Código (resultante da revisão do Projeto ALCÂNTARA), que não limitou o dolo à *intenção*, tornou-se, mesmo inadequada ou insuficiente a expressão “preterintencionalidade” para designar os casos de evento criminoso *ultra voluntatem*. O termo próprio é *preterdolo*.

Na primeira fase da revisão do Projeto ALCÂNTARA, COSTA E SILVA enviou à Comissão Revisora a seguinte nota: “Entendo que o futuro Código, para não incorrer na pecha de “atrasado, deve repelir toda responsabilidade sem culpa (a *Erfolgshaftung dos alemães*). Assim o aconselha uma sã “política criminal”. E terminava propondo esta fórmula: “Pelos resultados que agravam especialmente as penas só “responderá o agente que os houver causado pelo menos culpavelmente”. A Comissão assentiu, a princípio, em introduzir no projeto *substitutivo* (como o chamou ALCÂNTARA MACHADO), um preceito assim redigido (parágrafo do art. 12): “Pelos resultados que agravam especialmente as penas não responde o agente quando derivados de caso fortuito”. Era o categórico repúdio ao *qui in re illicita vertatur etiam pro casu tenetur*. Na sua profusa crítica ao *substitutivo*, ALCÂNTARA impugnou a fórmula: “Não se percebe” — dizia ele — “pelo menos à primeira vista, quais os resultados que agravam ou aumentam as penas”. A crítica mais parecia provir de um

leigo. É claro que o dispositivo se referia à hipótese dos *crimes qualificados pelo resultado*, pois, de outro modo, não teria sentido; e assim o defendeu a Comissão: "O § 2.º do "art. 12 do *substitutivo* extirpa, uma vez por todas, o escal-  
"racho da *responsabilidade objetiva*. O brocardo *nulla poena*  
"*sine culpa* deve ser o princípio orientador de qualquer re-  
"forma em matéria de legislação penal. Toda a vez que a  
"superveniência de um determinado *resultado* (não neces-  
"sário à consumação do crime) é *condição de maior punibi-*  
"*lidade ou agravante especial*, o aumento da pena não será  
"aplicado, se tal *resultado* derivar do caso fortuito, ou não  
"puder ser imputado ao agente, pelo menos a título de culpa  
"*stricto sensu*".

Na fase final de *mondagem* do *substitutivo*, o preceito em questão foi, porém, retirado, não figurando no projeto definitivo. E a razão disso foi a seguinte: concordou-se, no seio da Comissão, que se tratava de uma advertência supérflua. Não já porque deixara de ser repetida a vetusta fórmula do § 6.º do art. 27 do Código de 90, que só atribuía ao *casus* efeito excludente de pena quando o agente não estivesse incidindo *in facto illicito*; não já porque se repelira a culpa *ex lege*, ou não já porque se adotara o princípio de que, salvo os casos expressos de punibilidade a título de culpa, ninguém responde pelo crime senão a título de dolo,<sup>30</sup> mas porque, segundo o próprio critério firmado sobre a causalidade física, o resultado não pode ser imputado ao agente, quando produzido por causa sucessiva e independente. Em face do parág.

---

<sup>30</sup> Na sua *Exposição de motivos*, diz o ministro CAMPOS: "No  
"tocante à *culpabilidade* (ou elemento subjetivo do crime), o pro-  
"jeto não conhece outras formas além do *dolo* e da *culpa stricto*  
"*sensu*. Sem o pressuposto do *dolo* ou da *culpa stricto sensu*, ne-  
"nhuma pena será irrogada. *Nulla poena sine culpa*. Em nenhum  
"caso haverá presunção de culpa (entenda-se: presunção *absoluta*  
"ou *juris et de jure*). Assim, na definição da *culpa stricto sensu*, é  
"inteiramente abolido o dogmatismo da "inobservância de alguma  
"disposição regulamentar", pois nem sempre é *culposo* o evento  
"subseqüente".

único do art. 11, a intervenção do *caso fortuito*, rompendo o nexu causal inicial e incumbindo-se, sòzinho, do resultado, impede, primacialmente, que este seja materialmente atribuído ao agente (ressalvada a imputação pelos fatos anteriores, se constituírem crime). Devendo entender-se que tal norma é aplicável em qualquer caso (onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete distinguir), não havia necessidade de repeti-la na disciplina dos *crimes qualificados pelo resultado*. O agente responderá apenas pelo *antecedente doloso* ou pelo *minus delictum*, quando o evento mais grave (*excesso no fim*) tiver sido determinado por caso fortuito. Sem dúvida, o *exercitium rei illicitæ* pode fazer *presumir* a culpa pelo evento *proæter voluntatem*: mas trata-se de presunção relativa ou *juris tantum*: a prova em contrário limitará a responsabilidade ao *crime-base* (*Grunddelikt*, da doutrina alemã). Por outras palavras: a responsabilidade pelo *majus delictum* depende, como em relação a qualquer outro resultado antijurídico, da condição mínima de responsabilidade, isto é, da previsibilidade ou prevenibilidade desse resultado. Não só o o dispositivo formulado pela Comissão Revisora era ocioso: também o era o de COSTA E SILVA. Em face do que se assentara sobre a culpabilidade, tal como ficou definitivamente consagrado no Código, era inegável que pelo resultado antijurídico não devesse responder o agente, senão quando este lhe houvesse dado causa pelo menos culposamente. Convenha-se que, para imputação do *resultado mais grave não querido*, baste, excepcionalmente, como diz BATTAGLINI, a culpa levíssima (ou o grau mínimo da culpa *aquiliana*), embora o nosso Código não encerre dispositivo semelhante ao do art. 42 do Código italiano, que, além dos casos de dolo e de culpa, faz referência a “*i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente*”; mas o que não é possível, em face da letra e da sistemática do Código brasileiro, é aplicar uma pena pelo resultado oriundo do caso fortuito, isto é, pelo *id quod nullo humano ingenio prævideri potest*. Vá que em direito civil, em casos especiais, se consagre a responsabilidade objetiva ou pelo caso fortuito; mas em matéria penal, o *casus*



não pode ser jamais objeto de uma *imputatio juris*. Redunda num despropósito o afirmar-se que a *dolosidade* do *minus delictum* ou crime-base seja suficiente para constituir, sem admissão de prova em contrário, a culpa do agente em relação ao evento mais grave. Repita-se: o *versari in re illicita* pode fazer presumir a culpa (jamais o dolo) no tocante ao *majus delictum*, mas tão-somente *usque dum probetur contrarium*.

No crime preterdoloso há um concurso de dolo e culpa: dolo no antecedente (*minus delictum*) e culpa no subsequente (*majus delictum*). Trata-se de um crime complexo, *in partibus* doloso e *in partibus* culposo. A diferença que existe entre o crime preterdoloso e o crime culposo está apenas em que neste o evento antijurídico não querido resulta de um fato penalmente *indiferente* ou, quando muito, *contravencional*,<sup>31</sup> enquanto naquele o resultado involuntário deriva de um *crime doloso*.

É negada, principalmente, entre os autores italianos, a possibilidade de concurso simultâneo de dolo e culpa. Não se pode admitir, argumenta-se, a coexistência de dois estados de consciência contraditórios, quais sejam a *resolução* e a *ausência de resolução*. A esta objeção responde-se, vantajosamente, que é irrefutável, tratando-se de uma ação com dois ou mais efeitos, que um destes pode ser doloso, isto é, querido pelo agente, e os outros não. Para não irmos longe, basta dizer que o nosso Código, a exemplo, aliás, do Código italiano, admite explicitamente a compossibilidade de dolo e culpa. Referimo-nos ao caso da *aberratio delicti* (erro na execução), com resultado de natureza diversa da do pretendido pelo agente. Diz o art. 54: "Fora dos casos do artigo "antecedente (*aberratio* com homogeneidade entre o resultado pretendido e o ocorrido), quando, por acidente ou erro "na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pre-

---

<sup>31</sup> Como diz MILLER (*On Criminal Law*, 1934), nos crimes preterdolosos, o antecedente "*must be malum in se, and not merely malum prohibitum*". Se o antecedente é uma simples *contravenção*, o fato total será imputável como simples crime culposo.

“tendido, o agente responde por *culpa*, se o fato é previsto “como crime *culposo*; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do § 1.º do art. 51”. Aludindo a este dispositivo, a *Exposição de motivos* cita o exemplo formulado por MAGGIORE, do indivíduo que, querendo quebrar a janela alheia com uma pedrada, fere um transeunte. Suponha-se o caso de duplicidade de resultado, importando a existência de um *concurso formal de crimes*. Aí estarão, nitidamente, conjugados o dolo e a culpa, embora se trate de uma só ação: dolo no tocante ao dano, e culpa em relação à lesão corporal. Redargüindo a IMPALLOMENI, que sustentava a *incindibilidade* da ação em dolosa e culposa, ponderava justamente ALIMENA que a possibilidade de um evento mais grave culposo a resultar de uma ação dolosa é lição da experiência cotidiana, e a tal respeito só se pode suscitar dúvida “*per il troppo ragionare*”. Consoantes no mesmo ponto de vista são a doutrina e a jurisprudência francesas, que falam em *faute jointe au dol*, e entre os autores alemães sempre teve grande prestígio a fórmula *culpa dolo determinata* de FEUERBACH.

A condição mínima da culpabilidade é a *previsibilidade* ou *evitabilidade* do resultado antijurídico, tendo-se em conta *id quod plerumque accidit*. Se o advento desse resultado exorbitava da previsão e diligência do *homo medius* (que é um imprescindível *ponto de referência* do direito penal), e ainda que não se trate, rigorosamente, de *caso fortuito*, não há reconhecer-se um agente *culpado* ou incurso na reprovação jurídico-penal. Quando à ação (ou omissão) humana (conduta do agente) se alia o *caso fortuito*, incumbindo-se este, por sua conta exclusiva, do resultado objetivamente antijurídico, antes de falar-se em *exclusão de culpabilidade*, deve falar-se em *exclusão de causalidade*. Como diz GRISPIGNI,<sup>32</sup> “indubitavelmente, o caso fortuito exclui também o “elemento subjetivo (*culpa*); mas, do ponto de vista lógico-sistemático, exclui, antes disso, o nexo causal e, consequen-

<sup>32</sup> *Il nesso causale nel diritto penale, in Riv. ital. di dir. penale, 1935.*

"temente, torna inútil qualquer indagação sobre o elemento "subjetivo". Costuma-se distinguir entre *caso fortuito* e *força maior*: no primeiro, o resultado, se fosse previsível, seria evitável; na segunda, ainda que previsível ou previsto, o resultado é inevitável.<sup>33</sup> Juridicamente (ou para o efeito de isenção de punibilidade), porém, equiparam-se o *casus* e a *vis maior*: tanto faz não poder prever um evento, quanto prevê-lo ou poder prevê-lo, sem, entretanto, poder evitá-lo.

---

<sup>33</sup> Vários são os critérios propostos em doutrina para a distinção entre o caso fortuito e a força maior, resultando daí uma desconcertante confusão a respeito dos dois conceitos:

*Teoria do fato extraordinário*: caso fortuito é o fato *relativamente* extraordinário, ou seja, o fato que costuma ocorrer, mas não se sabe quando, onde e de que modo; força maior é o fato *absolutamente* extraordinário.

*Teoria da previsibilidade e irresistibilidade*: força maior é o *casus* que absolutamente não se pode prever, nem resistir.

*Teoria das forças naturais e fato de terceiro*: força maior é constituída por acontecimentos naturais alheios à ação humana (raio, ciclone etc.); caso fortuito é derivado de fato de terceiro.

*Teoria do conhecimento*: caso fortuito é o acontecimento cuja previsão escapa à nossa limitada experiência, e assume o nome de *força maior* quando deriva de forças naturais.

*Teoria do reflexo sobre a vontade humana*: o caso fortuito consiste na relação entre um fato e a incerteza do seu advento, enquanto a força maior consiste na relação entre a vontade de uma pessoa e os fatos que exercem sobre a vontade uma irresistível influência determinante ou impediante (o mesmo acontecimento pode ser caso fortuito ou força maior, segundo seja considerado pelo aspecto de incerteza de sua superveniência ou pelo aspecto da influência exercida sobre a vontade de uma pessoa).

MANZINI (*Trattato*, II, n.º 283) entende que "*la comune distinzione tra caso fortuito e forza maggiore non ha alcuna ragione di essere: essa è una delle tante frasi vuote e sonore di cui si compiace il gergo giudiziario*". E prossegue: "*Tutto al più si può dire che caso si riferisce alla considerazione statica dell'evento, e forza maggiore alla contemplazione dinamica dell'evento stesso, ancorché neppure ciò sia sempre esatto come quando l'energia causale si esercita non contro le forze individuali d'azione o di resistenza, ma esclusivamente sulle cose di cui l'individuo è centro sociale*".

O Projeto ALCÂNTARA, a exemplo do Código italiano, continha dispositivo expresso sobre a exclusão de punibilidade nas hipóteses de *caso fortuito* e *força maior*; mas a Comissão Revisora o suprimiu, por supérfluo. Com a intervenção do caso fortuito, a ação ou omissão humana passa a ser, em relação ao resultado, uma *não causa*, e com a interferência da força maior, o homem não é mais que um joguete da fatalidade: não é um *dominus*, mas um *servus* da energia causal; não *age*: é *agido* (*non agit, sed agitur*). Assim a impunibilidade, em tais casos, decorre, em toda a evidência, da própria regra fundamental sobre a causalidade (art. 11 e seu parág. único). Seria ocioso declará-la *expressis verbis*.

**75. Consciência da injuricidade.** O dolo não é só representação e vontade do resultado antijurídico: é, também, consciência de que se age contrariamente ao direito, ou, mais concisamente, *consciência da injuricidade*. Sem o entendimento de oposição ao dever jurídico ou de que se incide no *juízo de reprovação* que informa o preceito incriminador, não há falar-se em dolo. É este o postulado da chamada *teoria normativa* do dolo. De todo inaceitável é a *teoria psicológica*, já hoje quase totalmente repudiada,<sup>34</sup> segundo a qual para a existência do dolo basta a simples representação da importância do ato de vontade como causa, certa ou provável, de um resultado que corresponda objetivamente à típica essência de fato de um crime. Foi o insigne VON LISZT o mais obstinado defensor deste ponto de vista. Teve porém, poucos seguidores, notadamente entre os próprios autores alemães. Basta que se atente na flagrante antítese entre semelhante fórmula e o conceitual *subjektivismo* da culpabilidade, para

---

<sup>34</sup> Conforme assinala VON HIPPEL (ob. cit., II, pág. 342), “na atualidade, somente uma minoria rejeita a concepção normativa”. Entre nós, GALDINO SIQUEIRA (*Tratado de direito penal*, I), continua, anacronicamente, apegado à teoria psicológica, repetindo fielmente a lição de VON LISZT, bem como as monótonas e ultra-rebatidas objeções à teoria normativa.

que se torne evidente a sua falsidade ou deficiência. Se dolo, como quer von LISZT, é alheio à *importância ético-jurídica* da conduta, podendo referir-se tanto à conduta *lícita* quanto à *ilícita* (*passt in völlig gleicher Weise auf die rechtmässige wie auf die rechtswidrige Handlung*), ter-se-ia de chegar à estranha conclusão de que age *dolosamente* tanto aquele que estrangula uma criança, como aquele que dá uma esmola. Não vale argumentar, como GIVANOWITCH,<sup>35</sup> que é *superflua* a inserção da consciência da injuricidade no conceito do dolo, porque este, do ponto de vista jurídico, só tem relevo quando ligado a um fato *criminoso*, isto é, como um fato psíquico relacionado a um fato contrário à ordem jurídica e, assim, não deixa de assumir, ainda que somente a título indireto, cor *ético-jurídica*. Este pretenso *mimetismo* do dolo, a que também von LISZT fazia *alusão*,<sup>36</sup> é apenas uma vã tentativa de salvação do insustentável conceito de sua *neutralidade*. Como pode a *injuricidade* do fato *colorir* um estado de consciência que lhe é estranho? Se o dolo é, em si mesmo, neutro, não se compreende como possa adquirir *especial* tonalidade por sua ligação com um fato antijurídico. Nem mesmo há dizer que a representação subjetiva da correspondência formal do fato a um *modelo abstrato* de crime já importa, de si mesma, a consciência da injuricidade. Como já acentuamos (n.º 51), a *injuricidade* não é um infalível consectário da *tipicidade* (*Tatbestandsmässigkeit*, da doutrina alemã). Esta é apenas um *indício*, uma *presunção relativa* daquela. A despeito da tipicidade, pode falhar a injuricidade.<sup>37</sup> O indivíduo, por exem-

<sup>35</sup> *Les problèmes fondamentaux du droit pénal*, 1929, pág. 146.

<sup>36</sup> *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1908, pág. 175: "Dieser Vorsatzbegriff wird aber wesentlich dadurch erweitert, dass er sich als strafrechtlicher Vorsatz auf die rechtswidrige, vom Gesetz mit Straf bedrohte Handlung bezieht".

<sup>37</sup> M. E. MAYER, ob. cit., pág. 52: "Nur bis zum Beweis das Gegenteils ist der Schlusse von der Tatbestandsmässigkeit auf die Rechtswidrigkeit richtig. Der Gegenbeweis kann aber durch das Rechtssystem, also durch den Zusammenhang, in den jede gesetzlich Vorschrift eingegliedert ist, oder durch einen einzelnen Rechtssatz geführt werden".

plo, que, reagindo a uma agressão atual e injusta, mata o agressor, realiza intencionalmente o evento típico do crime de homicídio; no entanto, pratica um fato lícito. O emprego de força para impedir que alguém se suicide constitui objetivamente o crime de *constrangimento ilegal*, mas sua licitude é reconhecida pela própria lei penal (Código, art. 146, § 3.º II). O médico militar que revela oficialmente a moléstia vergonhosa do conscrito, longe de cometer o crime de violação do sigilo profissional, cumpre um dever jurídico. Há ainda casos, porém, em que a não-punibilidade do fato, apesar da sua coincidência objetiva com um *tipo* penal, não decorre, explicita ou implicitamente, de outra norma jurídica. E aqui está o insuperável escolho da teoria lisztcheana. Seria, acaso, punível o médico que, embora agindo com proficiência, ocasiona a morte de seu cliente no curso de uma operação *arriscada* (isto é, com previsão da probabilidade do resultado letal), mas aconselhado pela ciência como *último recurso*? Incorrerá, porventura, na pena da *læsio corporis* o pugilista que contunde *tecnicamente* o seu adversário, deixando-o *devastado* sobre o *ring*? Ou o *interno* de hospital que submete alguém a extração de sangue para transfusão, ou o descendente de Israel que circuncida o filho, ou a mãe que perfura as orelhas da filha para uso de brincos? Os exemplos podem multiplicar-se indefinidamente, mas fixemos ainda os seguintes: um repórter sensacionalista vai ter a um museu público e, para demonstrar a negligência dos respectivos guardas, subtrai dali uma estatueta, que mais tarde restituirá, depois de exhibi-la à curiosidade popular; o meu vizinho, por um gracejo de 1.º de abril, penetra sorrateiramente na antesala da minha casa e retira um objeto de valor; o litógrafo, *demonstrandí causa*, contrafaz uma cédula do Tesouro; o coletor de rendas, tendo esquecido sua bolsa em casa, serve-se momentaneamente do dinheiro do Fisco, para pagar o vendedor a prestações; o ginecologista, para poder formular um diagnóstico, vence o pudor de sua jovem cliente, devassando-lhe os *ima velamenta* e submetendo-a a tateios indiscretos; o meu amigo adquire a um gatuno, por preço vil, uma jóia

que sabe ter-me sido furtada, assegurando-me, assim, a sua restituição; o visitante incivil, ou avesso a etiquetas, penetra no domicílio do amigo sem se fazer anunciar; o diretor de colégio retém na “cafua” o discípulo insubordinado. Em qualquer destes casos, não obstante a existência concreta e a representação subjetiva dos elementos de fato pertinentes a tipos de crimes (*furto, moeda falsa, peculato, corrupção de menores, receptação, violação de domicílio, cárcere privado*), ninguém poderia identificar um fato punível. E desde que não ocorre, em qualquer deles, uma *causa objetiva de exclusão de injuricidade* (veja-se n.º 91), como explicar-se a imunidade, penal? Uma única solução se impõe: a impunibilidade, na espécie, decorre da carência de dolo, por isso mesmo que falta, *a parte subjecti*, a consciência de oposição ao dever jurídico, a consciência da injuricidade. Não há contornar a questão, como faz ANGIONI, dizendo que, em casos como os que foram acima figurados, o fato é *objetivamente* lícito porque não é prejudicado o *escopo prático* do preceito penal. Entende o citado autor que quando o fato, embora formalmente correspondente a um tipo de crime, “*non pregiudica il bene tutelato dalla norma, non cagiona cioè quel pericodo o quel danno che con l'incriminazione si vuole evitare, o, cio che è lostesso, non viola il precetto penale nel suo scopo pratico*”, deixa de ser punível.<sup>58</sup> Ora, com semelhante raciocínio, ter-se-ia de chegar, logicamente, à conclusão de que o gatuno que restitui a coisa subtraída não é punível a título de furto, porque, afinal, não foi praticamente contrariado o escopo da norma penal correspondente, qual seja o de tutelar a segurança patrimonial. A *ilicitude objetiva* de um fato volun-

<sup>58</sup> *Le cause che escludono l'illiceità obbiettiva penale*, pág. 69. O raciocínio de ANGIONI filia-se, evidentemente, a outro de VON LISZT (ob. cit., § 32, pág. 139): “A lesão ou periclitacão de um bem “juridico só é *materialmente antijuridica* quando contradiz o escopo “da ordem jurídica, que disciplina a vida em comum; não obstante “sua direção contra interesses juridicamente tutelados, é *materialmente conforme ao direito* desde que e enquanto corresponde ao “escopo da ordem jurídica e, portanto, à vida humana associada”.



tário e coincidente com o descrito no “molde” penal não é excluída senão nos casos excepcionais em que a lei (penal ou extrapenal), *apertis verbis*, o declare. Não se pode, portanto, recusar a ilação de que, em qualquer das pré-citadas hipóteses e outras análogas, o agente *extra reatum est* por ausência de dolo. É o que justamente acentua PAOLI,<sup>39</sup> referindo-se, precisamente, ao caso do repórter que subtrai a estatueta do museu, para comprovar a falta de vigilância dos guardas: *“Qui l'intenzione prava non si profila in nessun momento dell'attività del soggetto, qui la buona intenzione non comincia a funzionare dopo la consumazione del reato, ma anzi essa illumina tutto il fatto, rientra negli ambiti in cui il reato si contiene e ne esclude un elemento: lo scopo di lucro. Quindi, in tal caso, di reato non si potrà parlare, proprio perchè la intenzione buona, evidentemente incompatibile con la intenzione prava, esclude il dolo”*. O próprio ANGIONI, argumentando em torno ao mesmo caso, acaba por admitir, implicitamente, que a sua não-criminosidade deriva da ausência de propósito antijurídico do agente: *“Il fatto innegabilmente sembra modellato su quello del delitto; sembra ma non è. E non è, perchè lo scopo della norma a tal delitto corrispondente, che è quello di tutelare la sicurezza patrimoniale, fu anzi assunto dal reporter come meta del suo agire”*.<sup>40</sup> O que o ilustre autor devera sustentar, como constante critério de decisão, é que o que torna impunível o fato, em casos como esse, não é a ausência de sua contradição prática com o escopo da norma a que é referível, mas a falta do *animus* ou da direção da vontade do agente no sentido de tal contradição, ou seja, a inexistência de dolo, a carência daquela atitude psíquica que caracteriza a rebeldia da vontade individual contra a ordem jurídica.

A doutrina de VON LISZT, alheando do dolo qualquer juízo de valor da conduta (para reduzi-lo à mera consciência do nexo da causalidade entre o ato de vontade e o resultado),

<sup>39</sup> *Principii di diritto penale*, 1929, págs. 52-53.

<sup>40</sup> *Ob. cit.*, pág. 79.

conduziria, em muitos casos, à perplexidade. Se não se quer fazer aquela lógica abstrata, que, como dizia FERRI, procura construir o direito penal *nelle nuvole*, não é possível que se exclua da noção do dolo a relação psíquica do agente com o momento da injuricidade. Seria verdadeiro despropósito, segundo acusa BELING, que tal momento, tão relevante objetivamente, fosse tratado, do ponto de vista subjetivo, como *quantité négligeable*, não se podendo atinar em que consiste a falta (culpabilidade) de quem não teve, nem podia ter a consciência da injuricidade.<sup>41</sup>

O alheamento do dolo à representação subjetiva da injuricidade da conduta é reclamado como um corolário da velha máxima, explícita ou implicitamente consagrada nos Códigos Penais em geral, de que é irrelevante o desconhecimento da lei penal: *ignorantia juris criminalis non excusat*. ALTAVILLA, versando o tema em face do Código Penal italiano, assim repete o argumento:<sup>42</sup> “Já dissemos que o dolo importa “representação da capacidade causal da conduta a produzir “um evento, para o qual se dirige; mas é também necessária “a consciência da ilicitude jurídica dessa conduta? Que seja “preciso a consciência de violar um preceito penal, é negado “pelo direito positivo e pela doutrina”. Ninguém poderia, com ROMAGNOSI, definir o dolo como “consciência de infringir livremente o que a lei proíbe ou ordena”. Porque muito claro é o imperativo do art. 5.º: “Ninguém pode invocar “em sua própria escusa a ignorância da lei penal”. Qualquer tentativa no sentido da noção *normativa* do dolo, acrescenta o mesmo autor, colidiria com o princípio da irrelevância do *error juris*.

Ora, é falsa a premissa em que se funda a noção puramente *psicológica* do dolo. A inserção da consciência da injuricidade no conteúdo do dolo nada tem a ver com a inexcusabilidade da ignorância da lei penal. Como já vimos, um indivíduo pode ter a ciência de que tal ou qual conduta é

<sup>41</sup> *Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 180.

<sup>42</sup> *Teoria soggettiva del reato*, 1933, págs. 124-125.

incriminada *in abstracto* pela lei e não ter, entretanto, ao realizá-la no mundo objetivo, a consciência (entendimento, idéia) de se pôr em antítese com o escopo de utilidade social ou moral positiva<sup>43</sup> colimado pela norma penal, ou, por outras palavras, sem o *animus* de contrastar a reprovação ético-social que lastreia o *præceptum* penal. Com o incriminar um

---

<sup>43</sup> Como diz GRISPIGNI (*Introduzione alla sociologia criminale*, pág. 142), “quem quer que, abstraindo as próprias convicções filosóficas e religiosas relativas ao *dever ser* da moralidade, considere, “do ponto de vista científico, isto é, objetivo, o conteúdo que historicamente têm assumido os preceitos morais, ou, seja, a moral real “e positiva, deve reconhecer que os fatos por esta proibidos são os “nocivos à vida social”. O direito penal é informado pela necessidade ética (MELONI, *La colpa penale e la colpa civile*, pág. 20: “A “exigência ética, seja como for, é inegável, ainda quando se queira “verificá-la através uma análise dos dados psico-sociais. Como demonstrou WESTERMARK, ao estudar a origem e desenvolvimento das “idéias morais, são apenas os sentimentos éticos os que explicam e “justificam a existência das normas penais, do mesmo modo que “são os motores de toda a vida do direito na sua progressiva formação”).

Afirmava justamente STEINTHAL que “a ética é como um rio, e o direito é o leito desse rio”. Tem-se tentado negar essa íntima conexão do direito penal com a moral, argumentando-se que nem todas as normas penais são contemporaneamente normas morais; mas é incisiva a réplica de MANZINI: “*Ciò potrà apparire vero soltanto a chi concepisce la morale, malgrado l'evidenza della sua storia, come un verbo rivelato e assoluto; mas non certo a chi coltiva gli studi senza recitare alcun credo. È vero che l'interprete dell'opinione popolare può eccezionalmente errare nelle incriminazioni; ma è altrettanto sicuro che di regola tutti i reati, comprese le contravvenzioni, non sono che precetti morali coattivamente imposti*”. O postulado da chamada *escola penal humanista*, como se sabe, é a consubstancial unificação entre as órbitas do direito penal e da moral. Assim se exprime um de seus ilustres corifeus (VINCENZO LANZA): “Nesta afirmada unidade entre o ilícito penal e o ilícito “moral, o crime se apresenta como ilícito moral antes de ser ilícito “jurídico, precisamente porque, antes de ser violação de norma jurídica, é violação de nossos sentimentos morais. Vem daí que o juízo “de avaliação do crime, antes que como avaliação jurídica, é expresso “so como avaliação moral, consistindo o seu conteúdo ideal num

fato, descrevendo-lhe abstratamente o *corpus*,<sup>44</sup> a lei não quer significar que, toda a vez que se apresente *in concreto* uma ação voluntária realizando esse *corpus*, se deva sumariamente, sem admissão de prova em contrário, afirmar que o agente se propôs a um fim criminoso. Valeria isso por continuar a identificação do dolo ao seco objetivismo do *factum pro dolo accipitur*. A *præsumptio doli* é relativa. Dizia FEUERBACH que *facta læsione præsumitur dolus, donec probetur contrarium*, e esta regra não deve ser entendida, sequer, no sentido de importar uma inversão do *onus probandi* em desfavor do réu. Já que não se pode devassar o *foro interno*, tem-se de *presumir* o dolo quando as circunstâncias externas (meios empregados, relação entre o resultado e a ação, motivos averiguados, ocasião, conduta do agente antes, durante e depois do fato etc.) indicarem, segundo *id quod sæpius fit*, que o agente não podia ter deixado de querer o resultado; mas se vem a ser provada, por iniciativa ou não do réu,<sup>45</sup> alguma circunstância demonstrativa de que ele não quis o resultado antijurídico *como tal*, o juiz terá de reconhecer a ausência de dolo. É incontestável a afirmativa de GARÇON<sup>46</sup> sobre a ine-

<sup>44</sup> Com este termo, queremos significar o "conteúdo de fato" do crime, o *objektiv Tatbestand* da doutrina alemã, isto é, o conjunto das circunstâncias objetivas pertinentes à configuração legal do crime.

<sup>45</sup> Conf. SOLER (ob. cit., II, pág. 104): "Sobre la base de que ordinariamente el efecto de la presunción consiste en invertir el onus probandi, se ha concluido en la afirmación de que la ausencia de dolo debía ser probada por el imputado, lo cual constituye un grave error, no ya desde el punto de vista de la ley de fondo, sino del procedimiento penal, el cual no tiene por objeto la investigación de los cargos, sino el descubrimiento de la verdad".

<sup>46</sup> Code Pénal annoté, art. 1.º, n.º 76.

"juízo de *desaprovação*... Pela concepção humanista, a pena, constituindo o modo mais enérgico da *desaprovação* que o Estado manifesta sob a pressão das vocações morais dos indivíduos transformadas em norma jurídica, assume a mesma função que de nossa consciência recebe a *desaprovação*, como força mais enérgica de "educação moral" (*Umanesimo e diritto penale*, págs. 7-8).

xistência de “*aucun délit intentionnel où le fait d'avoir accompli l'acte matériel emportera nécessairement et dans tous les cas l'intention délictueuse*”. A consciência da injuricidade pode faltar não obstante o conhecimento específico da lei, do mesmo modo que pode ocorrer a despeito da ausência de tal conhecimento. Quando se diz consciência da injuricidade, o que se quer exprimir é a consciência da oposição ao dever ético-jurídico, e o conhecimento deste não está indeclinavelmente adstrito à prévia certeza de que um artigo da lei penal especialmente o reclama ou sanciona. Recordemos, aqui, o ensinamento de FERRI: <sup>47</sup> “... è altresì un errore tanto il fare consistere tutto il dolo nella sola coscienza dell'illecito quanto nel dire che questa coscienza non è elemento di dolo. Questa è certamente un elemento necessario nel dolo, perchè l'intenzione non può essere delittuosa se non si è consapevole che l'atto, che si stà per compiere, è illecito... anche se non si sa il numero dell'articolo di Codice che lo punisce”. A experiência da vida social faz com que o homem normal, ainda que analfabeto ou jamais tenha lido um exemplar de código penal, saiba o que é reprovado pela ordem jurídica.<sup>48</sup> Somente os loucos, os imaturos e o *homo sylvester* ignoram o mínimo ético cuja transgressão constitui o ilícito penal. Não é porque haja leis penais, argumenta BERNER, que existem crimes, mas porque há crimes é que existem leis penais. Em geral, um fato não se torna crime pela letra da lei: o fato, de si

---

<sup>47</sup> *Principii di diritto criminale*, pág. 427.

<sup>48</sup> Pode dizer-se que a grande maioria dos cidadãos nunca teve o cuidado de ler os artigos da lei penal, mas, a despeito disso, tem notícia, de modo mais ou menos preciso, do que é proibido ou indiferente sob o ponto de vista penal. O conhecimento geral da lei não está necessariamente adstrito a que todos leiam o seu texto. Apenas uma exceção se deve abrir em relação ao *homo rusticus* (à parte o alienado mental, o *infans* e o silvícola), desde que se trate de infrações que *atrocitatem facinoris non habent*, como já decidia o direito romano: *doli mali... quod si per imperitiam vel rusticitatem... aliquis fecerit, non tenetur* (D., de jurisdictione, 1. 7, § 4.º).

mesmo criminoso, é apenas declarado tal pela lei.<sup>49</sup> É o mesmo pensamento de GIERKE, quando, ao tratar da máxima *ignorare leges non licet*, diz que o fundamento desta “é menos a ficção do geral conhecimento da lei do que o raciocínio de que na lei é apenas expresso o que já existe ou “deve existir na consciência jurídica de cada indivíduo”.<sup>50</sup> Em suma: consciência da injuricidade, na contextura do dolo, é o juízo de valor pelo qual o agente reconhece na ação, que empreende, aquela mesma que a lei ou a *opinio juris* popular reprova como violação do dever de disciplina ético-social. Segundo acentua MEZGER,<sup>51</sup> para a existência do conhecimento da injuricidade, basta a representação subjetiva, sob o ponto de vista *profano*, do caráter proibido do fato. Igualmente, adverte von HIPPEL<sup>52</sup> que em geral se reconhece que a consciência da injuricidade “não exige um especial conhecimento “da lei (ou, seja, de tal ou qual artigo da lei), bastando o conhecimento que acerca do direito se adquire pela instrução “comum ou no traquejo social” (“...nicht einer Gesetzkennntnis im einzelnen (also eines Paragraphenswissens), sondern das allgemeine, durch Erziehung, Lebensfahrung und Beruf begründet Rechtskenntnis genügt”).<sup>53</sup> No mesmo sentido, e com clareza meridiana, JIMÉNEZ DE ASÚA:<sup>54</sup> “La objeción de que

<sup>49</sup> *Imputationslehre*, pág. 59: “Zum Verbrechen kann allgemeinen eine Handlung nicht durch den Buchstaben des Gesetz werden, sondern die an sich verbrerische Handlung wird in Strafgesetz nur als das, was ist, ausgesprochen”.

<sup>50</sup> *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 134: “Ist nicht etwa eine Fiktion allgemeiner Gesetzkennntnis, sondern der Gedanken, das im Gesetzrecht nur ir Worte gefasst ist, war in Rechtsbewusstsein eines jeden lebt oder leben sollte”.

<sup>51</sup> *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Muñoz, II, pág. 129.

<sup>52</sup> *Deutsches Strafrecht*, II, pág. 347.

<sup>53</sup> Dízia FINGER (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, I, página 230) que para a consciência da injuricidade basta “o fato, refletido na consciência do agente, da desaprovação da ação por parte do círculo de concidadãos em que ele vive” (“die in das Bewusstsein des Handelnden reflektierte Tatsache der Missbilligung der Handlung seitens des Kreises der Rechtsgenossen in den man lebt”).

<sup>54</sup> *La ley el delito*, pág. 455.

*sólo los técnicos podrían cometer infracciones con dolo, y que también podría invocarse en cuanto al conocimiento de la antijuricidad, queda desprovista de valor, si atinamos a fijar la índole del conocimiento de lo típico y de lo antijurídico. Todos, aun los más ignorantes en mecánica, sabemos lo que es un automóvil, y nadie ignora lo que es una pulmonía, aunque no se hayan hecho estudios médicos. Lo que nosotros sabemos del automóvil y la enfermedad, no es de la manera profunda y acabada como el técnico lo conoce. Nuestro conocimiento es profano. Pues bien, debemos exigir como elementos intelectuales del dolo el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica, de esa manera profana y no técnica".* Sem o conhecimento, ainda que profano, do cunho antijurídico da própria conduta, não se pode falar em dolo, a não ser que este deixe de ser um conceito jurídico, para confundir-se com o *processus* psíquico que preside às ações conscientes em geral. Agir dolosamente é agir conscientemente no sentido do ilícito. O direito penal teria de despedir-se do seu racional e vivificante subjetivismo, perdendo mesmo o seu fundamental sentido ético-social, se permitisse a concepção do dolo como simples previsão da causalidade entre o ato voluntário e o resultado objetivamente antijurídico.

Uma conduta punível deve ser, antes de tudo, uma conduta anti-social, e a medida desta sua desconformidade com o interesse social não é apenas o seu enquadramento formal num artigo da lei penal, mas também o fato subjetivo de uma vontade que se dirige conscientemente a um evento contrário à ordem jurídica, ou que, pelo menos, revele, ao produzi-lo, desatenção à disciplina social. A conduta *culpada* no sentido do direito penal não pode ser, na essência, diferente da conduta *culpada* no sentido ético. O direito positivo, de regra, somente proíbe e ameaça com a pena ações que já são reprovadas, eticamente, pela opinião pública, pela consciência coletiva. A *qualidade* em virtude da qual uma conduta incide sob ameaça de pena é inerente a ela independentemente do fato de estar sob a cominação penal, precedendo a esta no tempo, pois que remonta à fase pré-jurí-



dica ou moral prática. É o que JERSCHKE<sup>55</sup> incisivamente põe em relevo, aderindo à teoria das *normas de cultura* de MAX ERNST MAYER (veja-se n.º 51, nota 18). O objetivo do direito, isto é, a proteção de bens ou interesses humanos, não é exclusivo do direito, pois já depara imperativos na *cultura*, que serve de base à ordem jurídica. Não há ação proibida pelo Estado que a *cultura* já não tenha, antes, proibido. *Culpada*, no sentido ético, é a conduta que está em contradição com os deveres impostos ao agente pela *cultura* que o circunda. Qual seja a conduta antitética com o dever ético, indicam-no as proibições e mandamentos da *cultura* em cujo ambiente o indivíduo vive. Mas nem toda ação objetivamente contrária ao dever (ético, cultural) pode ser imputada ao agente como uma *falta*, ou a título de *culpabilidade*. Para que a ação materialmente em oposição ao dever seja imputável subjetivamente ao agente, ou para que este se torne responsável por sua conduta objetivamente contrária ao dever, é preciso que tenha tido a consciência ou possibilidade de consciência dessa antinomia com o dever. Sem a falta consciente ou grosseira desatenção ao dever, não se concebe, sob o prisma ético, ação *culpada*. Ora, os caracteres objetivos e subjetivos de todo fato imputável no sentido ético são também pressupostos de toda ação imputável no sentido jurídico. A ação imputável no sentido do direito penal não é senão uma espécie da ação imputável no sentido da moral positiva.<sup>56</sup> Acontece que nem todos os interesses reconhecidos e protegidos pelas normas da moral prática (ou *normas de cultura*, como quer MAYER), senão os interesses humanos mais relevantes e carecedores de eficiente salvaguarda, gozam também o militante amparo da ordem jurídica. Apenas um *minimum* de exigências da

<sup>55</sup> Die *Putativnotwehr*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fascículo 124.

<sup>56</sup> Conf. MONTALBANO (*Il fondamento dell'imputabilità*, página 126): "... possiamo affermare in maniera chiara e recisa la perfetta medesimezza del campo della morale e del campo del diritto penale, medesimezza la quale fa sì che la imputabilità, prima di essere imputabilità giuridica, è imputabilità etica".

ordem moral (isto é, somente aquelas que condicionam necessariamente a paz e a disciplina sociais) é *avalizado* pela ordem jurídica. O direito em geral, pelo conteúdo de seus preceitos, é o *mínimo ético*,<sup>57</sup> podendo dizer-se que o direito penal, em particular, é o *mínimo do mínimo ético*, isto, bem entendido, como nota SCHMOLLER, do ponto de vista do seu conteúdo e extensão, pois, do ponto de vista de sua eficácia e resultado, representa o *máximo ético*.<sup>58</sup> Segue-se daí que a conduta penalmente culpada diverge da eticamente culpada apenas em que acarreta um resultado *ilegal* ou em contraste com o direito positivo, isto é, com os deveres *morais* ou *culturais* coativamente reclamados pelo Estado, em sua ordem jurídica, sob a forma de normas penais.<sup>59</sup> A imputação de uma e a de outra

<sup>57</sup> MANZINI, *Trattato*, I, pág. 27. O conceito do direito como "mínimo ético" remonta a JELLINECK (*Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Straf*).

<sup>58</sup> MANZINI loc. cit.: "... o direito penal, em face das outras "disciplinas jurídicas e sob o aspecto moral, apresenta-se como o "mínimo da quantidade ética considerada indispensável e suficiente "para manter as condições necessárias a uma determinada organização social". No mesmo sentido GRISPIGNI (ob. cit., págs. 142-143): "Do ponto de vista da ciência social que tem por objeto o "fenômeno social da moral, o conteúdo dos preceitos desta consiste "no proibir o que é socialmente prejudicial e no prescrever o que é "socialmente útil. E precisamente em razão desse caráter dos preceitos morais, segue-se que os fatos criminosos são também fatos "ímorais, desde que uns e outros são fatos nocivos à vida social. A "única diferença entre eles é esta: enquanto os fatos criminosos "são os que "mais gravemente" ofendem as condições de existência "da vida associada, os atos ímorais, diversamente, compreendem todos os fatos contrários ao útil social, de modo que abrangem, de um "lado, mesmo as omissões de bondade e assistência para com os "outros associados e, de outro lado, os atos puramente internos, "porque uma intenção má ou um mau sentimento constituem já, "embora em menor grau, um dano ou um perigo social. Consequentemente, pode afirmar-se que os crimes são os *fatos ímorais que "apresentam maior gravidade*. E com toda razão, por isso mesmo, "se tem afirmado que as proibições penais representam o *mínimo "do mínimo ético*".

<sup>59</sup> M. E. MAYER (*Die schuldhaft Handlung*, pág. 106): "*Die schuldhaft Handlung im Sinne des Strafrechts ist eine pflichtwi-*

realizam-se sob as mesmas condições, não havendo razão alguma para que se decida de outro modo. Dir-se-á que, assim sendo, bastará para caracterizar o dolo a consciência do dever ético ou cultural, simplesmente como tal. E a esta conclusão chegam, entre outros, M. E. MAYER,<sup>60</sup> KOHLRAUSCH<sup>61</sup> e VAN CALKER. Este último assim se pronuncia: "O agente não precisa de saber que sua ação é desaprovada pelo direito, bastando saber que é imoral e socialmente nociva".<sup>62</sup> Ora, o dolo penal é um *conceito jurídico* e não há, portanto, referi-lo apenas ao dever ético-social, *tout court*, mas, sim, ao dever ético-social reconhecido e reclamado pela ordem jurídica. Como diz BELING, a fórmula de *consciência de oposição ao dever*, ou vale o mesmo que *consciência da injuricidade*, ou é uma concepção extra-jurídica e errônea.<sup>63</sup> A teoria da neutralidade ético-jurídica do dolo, formulada principalmente por von LISZT, não teve senão um êxito passageiro. Não a salvou do descrédito, mesmo entre os penalistas alemães, a marcante influência do famoso professor da Universidade de Berlim. A pura representação

---

<sup>60</sup> *Rechtsnormen und Kulturnormen*, pág. 74 (in *Strafrechtliche Abhandlungen*): "Die Zurechnung ist zweifellos berechtigt, wenn der Handelnde seine Willen mit Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit betätigt hat" ("A imputação é certamente autorizada, se o agente realizou sua vontade com a consciência da oposição ao dever").

<sup>61</sup> *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, pág. 37: "Voraussetzung der Schuld ist das Bewusstsein einer Pflichtwidrigkeit" ("Pressuposto da culpa é a consciência de que se infringe um dever").

<sup>62</sup> *Strafrecht (Grundriss)*, pág. 45: "Der Täter braucht keineswegs zu wissen, ob das Recht seine Tat missbilligt; es genügt, wenn er weiss, dass sie unsittlich und sozialschädlich ist".

<sup>63</sup> *Die Lehre von Verbrechen*, pág. 183: "Aber die neue Formel ist entweder trotz allen Bemühens, zwischen Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und dem der Pflichtwidrigkeit zu scheiden, genau identisch mit der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz fordernden Formel, oder sie ist grundunjuristisch und verwirrend".

---

*drige Willensbetätigung, die einen rechtswidrigen Erfolg zur Wirkung hat*" ("A conduta culpada, no sentido do direito penal, é uma exteriorização de vontade em oposição ao dever, que acarreta uma consequência antijurídica").

de um resultado, ainda que este importe lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse juridicamente protegido, não pode, *per se*, acarretar a culpabilidade do agente como consciente ou intencional infrator da ordem jurídica. No próprio *Tratado* de von LISZT atualizado por EBERHARD SCHMIDT (edição de 1927), já o dolo não se apresenta como uma noção indiferente sob o prisma ético-jurídico, ou exaurindo-se na simples previsão das circunstâncias de fato atinentes à configuração legal do crime. Já ali se diz que o dolo abrange o *conhecimento do caráter anti-social da conduta*, saiba ou não o agente que esta é especialmente incriminada. E eis, textualmente, a lição de LISZT-SCHMIDT, depois de acentuar que o dolo penal é um avatar do *dolus malus* romano (de cunho essencialmente ético e não pode, portanto, ser concebido como uma atitude psíquica alheia ao *valor da conduta*: “Neste sentido, só há falar-se em conduta dolosa quando, dada a sua injuricidade, é exercida com a representação subjetiva das circunstâncias de fato pertinentes ao molde penal e da sua *nocividade social*, posto que tenha sido exigível do agente uma conduta conforme ao direito, ao invés de ilícita.”<sup>64</sup> Ou mais concisamente: é culpado a título de dolo aquele que, em oposição ao dever, atua no prévio conhecimento da significação, de fato e de direito, da própria conduta” (págs. 237-238). E a seguir (pág. 242): “A representação subjetiva (para caracterizar o dolo) tem de abranger as circunstâncias de fato pertinentes ao tipo penal, não somente como tais senão também como elementos de uma ação socialmente nociva ou que não deve ser praticada. Por outras palavras: o dolo compreende o conhecimento do caráter anti-social do fato, no sentido de uma *previsão da importância jurídica da conduta*. Isto não significa que o agente deva conhecer a injuricidade formalmente declarada num determinado artigo de lei, pois tal conhecimento só de juristas seria exigível: basta o reconhecimento de que a

<sup>64</sup> Sobre a teoria da não-exigibilidade, veja-se n.º 52.

“ação, tal como é empreendida, contrasta com os fins sociais, “avaliando-a o agente, nesse sentido negativo, seja como “imoral ou repreensível, seja como ilícita, proibida, ilegal etc.”

Embora divirjam quanto à identificação do elemento *normativo* do dolo, os autores alemães,<sup>65</sup> em geral, acentuam a sua indeclinabilidade. A opinião dominante é no sentido de que o dolo compreende a *consciência da injuricidade*, ou, pelo menos, a possibilidade de tal consciência.<sup>66</sup> Entre outros, assim se pronunciavam BINDING,<sup>67</sup> BÜNGER, BIRLING, LÖNING, BELING,<sup>68</sup> BIRKMEYER, ALLFELD,<sup>69</sup> GERLAND, OLSHAUSEN,<sup>70</sup> MITTERMAIER, ENGELMANN, ORTLOFF,<sup>71</sup> BAUMGARTEN, HOFFMANN,<sup>72</sup> SAUER,<sup>73</sup> MEZGER,<sup>74</sup> VON HIPPEL,<sup>75</sup> SIEGERT.

---

<sup>65</sup> A mais profunda análise do conceito do dolo deve-se à doutrina alemã.

<sup>66</sup> Segundo o princípio de que *idem est scire leges, aut scire debuisse, aut scire potuisse*.

<sup>67</sup> *Grundriss des deutschen Strafrechts*, pág. 120: “Como já acontecia no direito romano, ainda hoje é essencial ao dolo a consciência da injuricidade”.

<sup>68</sup> *Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 180: “... não se pode abstrair no conceito da culpa a relação psíquica com o momento da injuricidade”.

<sup>69</sup> *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, pág. 166. Refere-se ALLFELD à consciência da “significação dos fatos em face da ordem jurídica”.

<sup>70</sup> *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, I, pág. 259: “A consciência da injuricidade é uma condição do dolo”.

<sup>71</sup> ORTLOFF refere-se à consciência da *punibilidade* (*Strafbarkeit*), e explica: “A consciência da punibilidade é apenas o conhecimento da criminalidade de uma ação, isto é, a consciência de que “esta incide ou, pelo menos, possa incidir na esfera de repressão do “Estado, em razão de sua injuricidade ou oposição à norma”.

<sup>72</sup> *Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestands im Strafrecht* (in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 272, pág. 48): “... quando especiais circunstâncias demonstram não ter havido a consciência da injuricidade, está o juiz adstrito a examinar a questão”.

<sup>73</sup> *Vorsatz, Irrtum, Rechtswidrigkeit*, in *Zeitschrift f. d. gesam. Strafrechtswissenschaft*, vol. 51, pág. 169: “Dolo é o conhecimento

Reclamam outros, entretanto, no conteúdo do dolo, apenas a *consciência de que se age em oposição ao dever moral ou cultural*, ou pelo menos, a possibilidade dessa consciência. Em tal sentido, LIEPMANN, HÄLSCHNER,<sup>76</sup> HEINZE, KOHLRAUSCH,<sup>77</sup> OETKER, GRAF ZU DOHNA, M. E. MAYER,<sup>78</sup> VAN CALKER,<sup>79</sup> MARTENS,<sup>80</sup> STURM,<sup>81</sup> GOLDSCHMIDT, GLEISPACH.<sup>82</sup>

<sup>76</sup> Segundo HÄLSCHNER, a ação penalmente ilícita é, no fundo, uma ação imoral. Uma ação contra o direito é uma ação contra os mandamentos da moral. A essência da moralidade ou da ação ética consiste precisamente em afeiçoar-se a conduta às exigências da moral, e a essência da *falta moral* está em que se desprezam tais exigências, ou se procede ao arrepio delas. Pressuposto da ação imoral é que se conhecem os mandamentos da moral como tais, isto é, os deveres impostos por esta. Os conceitos de *ação*, *imputação* e *culpabilidade* não são específicos do direito penal (de modo geral, não são apenas jurídicos, mas pertencem à psicologia e à ética). O termo *imputação* não quer dizer, no sentido penal, uma simples imputação formal, isto é, o mero juízo de que um acontecimento, como efeito, deve ser atribuído à vontade de um homem, como causa, mas significa também um juízo sobre o valor ético daquilo que se imputa como querido ("*ein Urteil über den ethischen Wert dessen, was als gewollt zuzurechnen ist*").

<sup>77</sup> Como já vimos, KOHLRAUSCH refere-se, no conceito do dolo, à consciência de oposição ao dever. Advirta-se, porém, que o mesmo autor alude à "consciência de que a ação é merecedora de pena" ("*Bewusstsein der Strafbarkeit*"), isto é, o conhecimento do caráter lesivo ou proibido da ação "*Kenntnis des Verbotensein oder der Schädlichkeit*").

<sup>78</sup> Ob. cit., pág. 235: "É essencial que o agente saiba que infringe um dever, pouco importando que o reconheça como dever jurídico".

<sup>79</sup> *Strafrecht*, págs. 44-45: "Segundo a opinião mais acertada, 'o dolo compreende a consciência da oposição ao dever (moral,

---

da ilicitude jurídica (ligado a uma conduta desconforme com o direito)''.

<sup>74</sup> Ob. cit., II, pág. 125: "A conduta dolosa exige, segundo o justo critério, o conhecimento da significação antijurídica da ação, pouco importando o conhecimento da punibilidade desta".

<sup>75</sup> Ob. cit., pág. 347: "... o que importa é se o agente, no caso concreto, tinha a possibilidade de conhecer a *injuricidade*, a *proibição* ou *ilicitude* de sua conduta".

Entre os autores italianos, prevalece igualmente a opinião de que, não obstante o *nemini licet ignorare legem*, é inseparável do conteúdo do dolo o elemento ético-jurídico. CARRARA ensinava que o dolo é “a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrário à lei”. ALIMENA assim define o dolo “consciência e vontade de cometer um fato ilícito”.<sup>83</sup> SETTI conceitua o dolo como “determinação de cometer uma ação cuja criminosidade se conhece”.<sup>84</sup> PESSINA entendia que a existência do dolo depende de que “*il fenomeno di negazione del diritto sia stato preveduto dall'essere operante e come negazione del diritto e come conseguenza, sia certa o sia probabile, di un movimento spontaneo del suo organismo*”.<sup>85</sup> FERRI, com o seu claro entendimento da realidade e sua irreconciliável aversão aos exageros do tecnicismo jurídico, assim opinava: “... a consciência do “ilícito é inseparável da intenção, que, para ser intenção criminosa (dolo), deve necessariamente contê-la. A diferença — moral e legal — entre quem dispara o fuzil com intenção, “por exemplo, de experimentar apenas a qualidade do cartucho ou de defender-se de um agressor, e quem o dispara “para ferir ou matar com o fim de vingança ou de roubo, está “inteira e somente na consciência de fazer coisa lícita ou il-

---

<sup>83</sup> *Principii di diritto penale*, I, pág. 295. ALIMENA identifica o dolo com a *voluntas sceleris*.

<sup>84</sup> *Dell'imputabilità*, pág. 246.

<sup>85</sup> *Elementi di diritto penale*, pág. 246.

---

“social). Quando não se apresenta, pelo menos, a possibilidade dessa “consciência, nenhuma reprovação pode ser formulada contra o “agente”.

<sup>80</sup> *Der Irrtum über Strafmilderungsgrund*, pág. 37 (in *Strafrechtliche Abhandlungen*”, fasc. 246): “... para caracterizar-se o dolo, basta que o agente saiba que sua conduta é moralmente reprovada, dispensando o preciso conhecimento de que seja contrária ao direito”

<sup>81</sup> *Die Schuldarten*, pág. 43.

<sup>82</sup> “*über der Schuld etc.*”, in *Monatsschrift f. Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1925, pág. 231: “Dolo é a consciência de nocividade social da própria conduta”.



“cita. E por esta consciência se determina se há, ou não, o “dolo, isto é, a intenção criminosa. O crime intencional (dolo), assim como não pode ser involuntário, também não “pode existir sem a consciência do ilícito”.<sup>86</sup> Eis a lição de MAGGIORE: “O dolo não implica a vontade de violar a lei, mas, certamente, a consciência da injuricidade da ação”.<sup>87</sup> CIVOLI<sup>88</sup> assim disserta: “... affinché si abbia la volizione di un fatto costituente reato... occorre che la volizione del fatto materiale sia avvenuta col concorso della scienza della illecità”. ANGIONE<sup>89</sup> afirma que, para a subsistência do dolo, “não basta dizer que o fato foi querido pelo agente, mas “cumpre, outrossim, afirmar e demonstrar que este tinha “consciência da criminalidade da ação que praticava”. E não há objectar, continua ele, que o princípio da inserção da consciência da injuricidade do conteúdo do dolo contrasta com o da inescusabilidade da ignorância da lei penal, pois os dois princípios “sono conciliabilissimi e tali che la mancanza della coscienza della illecità del fatto può essere utilmente eccepita se e quando l'eccezione non implichi il riconoscimento dell'altro principio”. PERGOLA<sup>90</sup> entende que “l'azione non può ritenersi dolosa se non quando alla nuda rappresentazione di ciò che si fa si aggiunga altresì la coscienza della sua illecità (in genere)”. Não é diversa a opinião de CEC-

---

<sup>86</sup> *Principii di diritto criminale*, pág. 427. E acrescenta à pág. 408: “La consapevolezza che l'atto è illecito e dannoso o pericoloso per altrui è condizione imprescindibile, tranne i casi di incoscienza o di colpa”. Já na sua *Sociologia Criminale* dizia FERRI: “Perchè vi sia responsabilità penale... non basta aver voluto il fatto, occorre di più un'intenzione lesiva del diritto altrui con scopo antisociale od anti-giuridico”.

<sup>87</sup> *Principii di diritto penale*, I, pág. 236.

<sup>88</sup> *Trattato di diritto penale*, I, pág. 348.

<sup>89</sup> *La volontarietà del fatto nei reati*, pág. 8.

<sup>90</sup> *Il reato*, pág. 310.

<sup>91</sup> Repetindo DE MARSICO, CECCHI entende por consciência da injuricidade o conhecimento do “antagonismo entre o ato e o dever social”, e, a seguir, declara que o requisito da consciência da injuricidade não colide com o *nemo censetur ignorare legem*, “perchè la

CHI:<sup>91</sup> “Para constituir o dolo... não basta a previsão e vontade do evento ou resultado, pois é necessário outro elemento: a consciência da ilicitude ou da injuricidade”. PAOLI<sup>92</sup> lobra no dolo a *prava intenzione* (a que tantas vezes alude CARRARA), que pressupõe a consciência de oposição à ordem jurídica: “*Prava intenzione è un’espressione che bisogna meditare, perchè in essa forse sta buona parte del contenuto psicologico dell’elemento soggettivo (dolo)*”. MANZINI, que, na última edição do seu *Trattato*, parece aderir à crua noção do *dolus facti* (na interpretação do Código Rocco), continua, entretanto, a dizer (vol. I, pág. 629), como outrora: “Determinado o conceito do dolo, apresenta-se clara e precisa, igualmente, a noção do seu oposto: a *boa-fé*. Por isso que aquêle é constituído pela previsão e vontade, ou seja, pela intenção de ocasionar um evento contrário ao direito, qualquer que seja o motivo ou fim do agente ou omitente, é manifesto que por *boa-fé* se deve entender a razoável crença na legitimidade do evento voluntariamente causado, isto é, o ter agido objetivamente de modo contrário ao direito penal, não apenas sem intenção de violar a lei penal (o que não excluiria o dolo, como já vimos), senão também *sem a intenção de cometer um fato ilícito*, desde que tal estado subjetivo não decorra de ignorância ou de erro sobre a existência e validade da norma penal”. Se a *boa-fé*, que é a consciência de não agir ilicitamente, exclui o dolo, segue-se que este, necessariamente, compreende a consciência da ilicitude da ação. É o que, aliás, já ensinava explicitamente o próprio MANZINI nas suas *Istituzioni di diritto penale* (pág. 69): “Ao dolo contrapõe-se a *boa-fé*, isto é, a razoável persuasão da legítimi-

<sup>92</sup> *Principii*, III, pág. 52.

---

*conscienza della illecità não ha nulla che vedere con la consapevolezza della illecità specifica, bastando invece all'uopo la coscienza della illecità in genere, quale è data della consapevolezza che l'azione stessa non può costituire per l'agente nè l'adempimento di un dovere nè l'esercizio di un diritto*”.

“dade do fato voluntariamente causado. Em tal caso, o fato, “apresenta-se antijurídico no seu aspecto objetivo, mas não é “tal subjetivamente, porque no agente faltou a consciência “da ilegitimidade”.

DE MARSICO<sup>93</sup> sustenta que o dolo não prescinde da *consciência do valor do ato*: “... noi riteniamo che la coscienza debba rimanere termine costitutivo della nozione (do dolo), ma come coscienza del valor dell'atto che si compie, non come coscienza dell'ato. Non basta ed è inutile dire che chi spara volendo sparare, sa di sparare; bisogna dire che di questo atto volontariamente compiuto in tanto lo si può tenere responsabile in quanto egli ne conosca il valore fisico, etico, legale: il potere lesivo del diritto altrui, il carattere contrastante col concetto del dovere, la illegalità”. Para que subsista o dolo, prossegue o insigne professor da Universidade de Nápoles, é preciso que se tenha consciência não somente do valor físico ou mecânico da ação, mas também do seu valor ético-social. Nenhuma antítese existe entre o princípio da inescusabilidade da ignorância da lei penal e a necessidade da consciência do valor do ato: não se trata de substituir a realidade por uma ficção ou uma presunção, mas de seguir um critério seguro de reconhecimento da realidade íntima do agente, pois que, com a maturidade psíquica e a experiência da vida, o homem sabe o que é imoral ou socialmente nocivo, e não pode supor que uma ação proibida pela lei moral possa, normalmente, ser permitida pela lei do Estado.

DELITALA<sup>94</sup> depois de afirmar que, de *jure condito*, “a consciência da injuricidade não é, em caso algum, um requisito do dolo”, reconhece, entretanto, que “*perchè il dolo sussista, non è sufficiente la semplice volontà degli elementi costitutivi del fatto, ma si richiedi per giunta che la possibilità che l'agente conosca l'antigiuridicità dell'azione non resti esclusa dalla falsa supposizione di una circostanza di leceità del fatto*”. O ilogismo é patente. Para concluir-se que o dolo

<sup>93</sup> *Conscienza e volontà nella nozione del dolo*, págs. 120 e segs.

<sup>94</sup> *Il fatto nella teoria generale del reato*, págs. 48 e segs.

é excluído desde que não tenha havido, em virtude da falsa suposição de uma circunstância de excepcional licitude da ação, a possibilidade de conhecimento da injuricidade desta, é imprescindível que se admita, como premissa, que o dolo está condicionado à consciência da injuricidade. A incoerência de DELITALA apresenta-se ainda mais chocante quando reconhece que “não há fatos absolutamente antijurídicos, pois qualquer fato, em determinadas circunstâncias, pode ser cometido *sine injuria*”.<sup>95</sup> É claro que fica imune de pena o fato que, malgrado sua tipicidade penal objetiva, é praticado *sine injuria*, e isto ocorre precisamente porque falha o *animus* da oposição ao dever ético-jurídico, a consciência da injuricidade, ou, seja, o dolo.<sup>96</sup>

Na doutrina penal franco-belga, é, do mesmo modo, reconhecido e proclamado o lastro ético-jurídico do dolo. NOR-

<sup>95</sup> Ob. cit., pág. 42.

<sup>96</sup> CARNELUTTI (*La teoria generale del reato*, pág. 181), dissertando sobre o tema do erro em direito penal, igualmente impugna a inclusão da consciência da injuricidade no conceito do dolo: “... *non vi è bisogno di ammettere che senza codesta coscienza no vi sia dolo per spiegare come l'errore sulla leceità, entro certi limiti, escluda il reato appunto perchè la inesistenza del reato deriva non dal difetto del dolo come elemento costitutivo, ma della presenza dell'errore come elemento impeditivo*”. Ora, não se compreende como possa o erro, alheado de sua tradicional reconhecida influência extintiva do dolo, ser considerado *elemento impeditivo* do crime, como se este (rejeitados os abstrusos critérios *privatísticos* de CARNELUTTI) pudesse ser assemelhado ao *contrato*, no campo do direito privado. O efeito obstativo do erro, sob ponto de vista penal, não se realiza com a eliminação da injuricidade objetiva do fato, mas tão-somente porque exclui o elemento subjetivo, isto é, o dolo, e mesmo a culpa *stricto sensu*, se se trata de erro inevitável. Além disso, não é somente do ponto de vista da relativa revelância do erro que se impõe a inserção da consciência da injuricidade no conteúdo do dolo: independentemente de qualquer erro ou falsa percepção do agente, pode faltar a este, *in concreto*, como já vimos, o propósito de se pôr em contraste com a finalidade ético-social do preceito que, *in abstracto*, declara punível a ação, sendo que a inexistência de crime, em tal caso, também só é explicável por carência de dolo, e precisamente porque este não pode deixar de conter a consciência da reprovação jurídica da ação.

MAND<sup>97</sup> ensina que o dolo consiste “*dans le fait d'avoir conscience d'accomplir volontairement l'acte qualifié delictueux, dans les termes que donne la définition légale, et contrevenir ainsi librement à ce que la loi ordonne ou défend*”. GARRAUD<sup>98</sup> assim se exprime: “As mais das vezes, o agente, tendo consciência da imoralidade, da ilegalidade do ato que pratica, ou melhor, das consequências lesivas que pode acarretar a bens tutelados pela lei, quer, entretanto, executá-lo apesar dessa previsão: diz-se então que age *intencionalmente* ou *dolosamente*, de modo que, em direito penal, a *intenção* ou o *dolo* consiste na vontade de praticar um ato que se sabe ser reprovável, punível. É a malignidade, a vontade de fazer mal, o *animus delinquendi*, o estado d'alma daquele que dirige sua vontade a violar a lei, ou antes, a lesar os bens jurídicos para cuja proteção intervém a sanção penal”.

Segundo VIDAL-MAGNOL,<sup>99</sup> o dolo (*intention criminelle*) consiste na “*volonté d'accomplir un acte avec la conscience qu'il est défendu ou de s'abstenir consciemment d'un acte ordonné par la loi, sans que d'ailleurs l'agent puisse invoquer l'ignorance de la loi*”. Doutrina Roux<sup>100</sup> que é responsável a título de dolo aquele que “*a agi de mauvaise foi... , sachant ce qu'il faisait, et voulant les conséquences antijuridiques de son acte*”. GARÇON<sup>101</sup> define o dolo como “*connaissance que l'agent possède qu'il accomplit un acte illicite*”. Sem qualquer restrição, tal conceito é adotado, em livro recentíssimo, por DONNEDIEU DE VABRES.<sup>102</sup> HAUS<sup>103</sup> conceitua o dolo, em sentido amplo, como “*la détermination de commettre une action dont on connaît la criminalité*”. Consoante a lição de NYPELS,<sup>104</sup> a lei,

<sup>97</sup> *Traité élémentaire de droit criminel*, n.º 716.

<sup>98</sup> *Traité théor. et prat. du droit pénal français* (1930), I, página 572.

<sup>99</sup> *Cours de droit criminel*, 1928, pág. 171.

<sup>100</sup> *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, 1920, pág. 112.

<sup>101</sup> *Code pénal annoté*, art. 1.º 77.

<sup>102</sup> *Traité de droit criminel*, 1947, pág. 79.

<sup>103</sup> *Principes généraux du droit pénal belge*, I, n.º 298.

<sup>104</sup> *Le Code Pénal belge*, I, art. 1.º, n.º 13.

em matéria penal, somente reconhece o dolo quando o agente procede "*avec intention de violer ses prescriptions*" (o que importa levar demasiadamente longe o *normativismo* do dolo).

Na doutrina hispano-latino-americana, igualmente, prevalece a noção normativa do dolo. CUELLO CALÓN<sup>105</sup> considera indispensável no conteúdo do dolo o "*conocimiento de la significación antijurídica de la acción u omisión*". No mesmo sentido, PUIG PEÑA:<sup>106</sup> "*Sin el conocimiento de la significación antijurídica del acto el dolo no puede concebirse*". JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>107</sup> entende que o dolo não prescinde do conhecimento, ainda que de *modo profano*,<sup>108</sup> da significação

<sup>105</sup> *Derecho Penal*, 6.ª ed., 1943, I, pág. 331.

<sup>106</sup> *Derecho Penal*, 1944, I, pág. 307.

<sup>107</sup> *La ley y el delito*, 1945, pág. 445.

<sup>108</sup> Cumpre insistir que *consciência da injuricidade* não quer dizer conhecimento específico da lei penal. Nem se pode dizer que o dolo é a intenção de violar a lei. Inaceitáveis são as velhas definições de PUCCIONI ("*intenzione di violare liberamente la legge*") e de CARMIGNANI ("*actus intentionis plus minusve perfectæ ad legem lædendam directus externisque signis prorumpens*"). Não se pode inserir no dolo o propósito de transgredir a lei, pois o geral conhecimento desta é uma presunção *juris et de jure*; nem deve ser exigido semelhante propósito, porque ninguém age pelo gosto de violar a lei. Criticando a definição de PUCCIONI, diz BIANCHERI (*Contributo alla teorica della colpa*, pág. 152): "Não creio exata esta definição, como não considero "acertadas todas aquelas que falam de intenção de cometer fatos "contrários à lei, por isso que não há quem proceda pelo simples "gosto de violar o preceito legislativo...; o dolo não está na intenção "de ofender a lei ou, o que vem a ser o mesmo, de cometer um fato "que se reconhece contrário a ela, mas na consciência de ofender "um bem tutelado pela lei penal e, portanto, no conhecimento da "contradição entre o próprio fato e o exigido pelo respeito ao direito "subjeto pertinente ao indivíduo ou à sociedade. Pouco importa "o estar ciente, ou não, de que se ofende a lei penal: o que é verdadeiramente relevante e necessário à existência do dolo é saber que "a própria ação visa a ofender um bem que devemos respeitar. O "dolo de quem mata, de quem rouba, de quem incendeia, não está "na intenção de violar a lei e de agir em oposição ao seu preceito, "que ordena ao indivíduo abster-se de matar, de roubar ou de ocasionar incêndio, mas na consciência de eliminar injustamente, *sine*

antijurídica do fato. E o insigne SEBASTIÁN SOLER assim se exprime: "...*el dolo presupone la conciencia de la criminalidad del acto*", pôsto que "*esa conciencia de la ilicitud del hecho no quiere decir además conocimiento concreto de su punibilidad*".<sup>109</sup>

No direito anglo-americano, do mesmo modo, o dolo é uma noção essencialmente ético-jurídica. Incluído no amplo conceito de *malice*, significa a intenção *criminosa* (*criminal intent*), a direção da vontade a um fim ilegal (*unlawful intent*) ou injusto (*wrongful intent*).<sup>110</sup>

Entre os autores pátrios, finalmente, sempre dominou o conceito de que o dolo encerra o conhecimento da injurici-

<sup>109</sup> *Derecho Penal Argentino*, ed. 1945, II, págs. 100 e 117.

<sup>110</sup> BISHOP, *New criminal law*, § 287; WHARTON, *Criminal law*, § 137; *On homicide*, cap. VII; STEPHEN, *Digest of criminal law* art. 223; *General view of the Common Law of England*, pág. 11; CLARK, *Criminal law*, pág. 46; MAC CLAIN, *On criminal law*, vol. I, § 112; HARRIS, *Principles of the criminal law*, pág. 11; CLARK-MARSCHAL, *The law of crime*, pág. 77; FOSTER, *Criminal law*, ns. 256 e 262; HOLMES JUNIOR, *The Common Law*, pág. 52; KENNY, *Outlines of criminal law* (1936), págs. 53-54; MILLER, *On criminal law* (1934), pág. 54.

"*jure*, uma vida humana ou de violar, com a própria ação, a propriedade individual e seu uso pacífico". No mesmo sentido, MANZINI (*Trattato*, I, n.º 249): "Não é a intenção de violar a lei penal que se deve ter em conta... Nada importa que o agente conheça, ou não, a norma que reprime o fato por ele cometido, porque os crimes, nos quais é exigido o dolo, não só representam violação de preceitos de moral mínima, conhecidos de toda a gente, como também constituem lesão ou periclituação de interesse alheios, de sorte que não é seriamente admissível que um indivíduo, dotado de capacidade de direito penal, ao praticar um fato previsto na lei como crime, possa agir, pelo menos, sem a dúvida sobre a ilegitimidade do mesmo fato. E o descaso no dirimir essa dúvida (nos poucos casos em que é concebível), antes de realizar o fato, constitui violação de um dever cívico e, no mesmo passo, um elemento suficiente para condicionar o dolo. Quem, em tais condições, voluntariamente pratica uma ação ou omissão, corre voluntariamente o risco de cometer um fato contrário ao direito penal, e quem arrisca, quer".



dade da conduta. FILINTO BASTOS<sup>111</sup> ensinava que há crime doloso quando “o agente, conhecendo o mal que à ordem jurídica resultará de seu ato positivo ou negativo, voluntariamente o pratica”. LIMA DRUMMOND<sup>112</sup> escoreitadamente doutrina: “Para que sobre o dolo assente a responsabilidade criminal, não basta ter o agente querido o fato em si mesmo: “é necessário ainda a intenção lesiva do direito alheio com um fim anti-social ou antijurídico”. MONIZ SODRÉ<sup>113</sup> assim discorria: “... toda a vez que alguém pratica um ato, cujos efeitos ele prevê, desejando que sobrevenham ou aceitando voluntariamente o seu advento, e sabendo ou devendo saber que viola um preceito de lei, tutelador de um direito, sob o amparo de uma sanção penal, tem cometido um crime doloso ou intencional... Cumpro observar, como faz MANZINI, que “não é necessário ao dolo saber-se que o fato que se comete é reprimido pela lei penal”, mas basta a ciência da violação de um interesse jurídico qualquer, isto é, de um interesse protegido pelo direito objetivo, pela lei em geral”.

Não pode suscitar dúvida que o nosso atual Código endossou a noção normativa do dolo. Basta acentuar simplesmente o seguinte: entre as causas de exclusão de dolo, expressamente menciona o erro (falsa suposição) sobre “situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Ora, pergunta-se: por que fica, em tal caso, excluído o dolo? A resposta somente pode ser uma: porque falta no agente a *consciência da injuricidade*. Logo, tal consciência é inerente ao dolo. A conclusão é tão evidente como a de que quatro é a soma de dois e dois. Admira, pois, que COSTA E SILVA<sup>114</sup> afirme o contrário (*quandoque bonus dormitat Homerus...*), acompanhado por GALCINO SIQUEIRA,<sup>115</sup> que ficou com a edição do *Tratado de von LISZT*, traduzido por JOSÉ HIGINO, e com

<sup>111</sup> *Breves lições de direito penal*, pág. 91.

<sup>112</sup> *Direito Criminal*, ed. 1908, pág. 50.

<sup>113</sup> *Curso de direito criminal*, pág. 383.

<sup>114</sup> *Código Penal*, 1943, I, pág. 107.

<sup>115</sup> *Tratado de Direito Penal*, 1947, I, n.º 410.

um voto precipitado da Conferência Brasileira de Criminologia, reunida no Rio em 1936, infenso à teoria normativa.

Os impugnadores da inclusão da consciência da injuricidade no contexto do dolo incidem em notável incongruência, quando reconhecem que, nos casos em que o preceito penal faz referência expressa à *injuricidade* ou a uma conduta *sine jure* (“sem justa causa”, “indevida”, “ilegal”, “arbitrária”),<sup>116</sup> o dolo fica subordinado à condição do especial conhecimento de tal injuricidade. Este ponto de vista, conducente à duplicidade no conceito do dolo, remonta a VON LISZT<sup>117</sup> e embora já não se encontre nas edições do *Tratado* lisztcheano atualizado por EB. SCHMIDT,<sup>118</sup> ainda é assumido por FLORIAN, que, depois de enjeitar a inserção da “*consapevolezza dell'illecito*” entre os elementos do dolo, ressalva:<sup>119</sup> “... *l'accenato fondamentale principio trova una eccezione salientissima nell'ipotesi di delitti, nel contenuto dei quali la legge ponga quella, che può dirsi la condizione di antigiudicizia speciale. In codesti casi, il delitto non sussiste se al dolo comune, desunto della volontà consapevole, non si aggiunga, nell'agente, la consapevolezza di operare senza diritto: occorre, cioè, sia*

<sup>116</sup> Exemplos: arts: 151, § 1.º, ns. I e II, 153, 154, 196, § 1.º, n.º VII, 246, 319 e 350, I, do Código.

<sup>117</sup> *Lehrbuch*, 13.ª ed., págs. 180-181: “Tôda a vez que a lei insere “na conceituação do crime a ilicitude jurídica como característico, “deve exigir-se, para identificação do dolo, a consciência dessa ilicitude por parte do agente”.

<sup>118</sup> Na 25.ª edição (1927), ensina-se coisa inteiramente diversa: “A injuricidade do crime, por evidente, não precisa de especial menção na lei (tanto assim que o contra-projeto de Código Penal “alemão sistematicamente a evita). O legislador, entretanto, achou “de incluir no “molde” de certos delitos o requisito da injuricidade. “Não se pode dar a isso maior importância. É possível que ao legislador tenha parecido necessário chamar a atenção para a especial “dificuldade que, no tocante a tais delitos, se apresenta para a delimitação entre casos lícitos e ilícitos; mas nenhum fundamento “jurídico existe para diverso tratamento desses delitos, em cotejo “com os demais”.

<sup>119</sup> *Trattato di diritto penale*, p. g., I, pág. 460.

*dimostrata la speciale coscienza dell'illecito*".<sup>120</sup> Ora, raciocinemos: para que se identifique um fato punível, é necessário, primordialmente, que se apresente um fato antijurídico. A injuricidade é pressuposto indeclinável, qualidade inerente a qualquer infração penal. Se a lei, num caso ou noutro, faz explícita menção da ilicitude jurídica do fato, não importa isso qualquer diferença substancial entre tais casos e aqueles outros em que tal menção é omitida. O que há a inferir é apenas o seguinte: o especial relevo da injuricidade, nos poucos casos em que isso se verifica, não passa de uma superfeição do *proceptum* penal. É a justa lição de ANGIONI:<sup>121</sup> "... poichè il legislatore segue la regola di considerare l'illegittimità della condotta come il presupposto sottinteso di ogni reato, non v'è ragione alcuna, se si vogliono evitare equivoci e se non si vuole sacrificare l'armonia del sistema dallo stesso legislatore adottato, di richiamare la nota dell'illegittimità nella norma che prevede un determinato reato". Assim, se a consciência da injuricidade é um elemento do dolo no tocante aos crimes em cujos "moldes" legais é explícita a condição de injuricidade, não há razão para que não aconteça o mesmo nos demais casos, em que tal condição está implícita. Ou a consciência da injuricidade é sempre um elemento do dolo, ou não o é em caso algum: não há lugar para um critério duplice ou bifronte. A solução contrária, adotada pelos que sustentam a nenhuma tonalidade ético-jurídica do dolo, é apenas um atestado do indisfarçável desacerto da teoria que defendem.

Se se limita o dolo ao simples fenómeno psicológico da representação do resultado a produzir-se com o movimento corpóreo (ou abstenção dêste) conseqüente ao *fiat* da vontade, não haveria razão plausível para que tivesse ele especial

<sup>120</sup> Também NINO LEVI (*Dolo e coscienza* etc. n.º 39), outro adversário da culpa *normativa*, entende que o direito positivo "*indica come requisito dell'elemento materiale, che diviene per riflesso anche requisito dell'elemento psichico del reato, la coscienza della illegittimità o della ingiustizia in taluni specifici reati*".

<sup>121</sup> Ob. cit., pág. 22.

significação no campo do direito penal, ou para fazer-se dele uma específica noção jurídica. Por que e para que cuidar-se de um particular *dolo penal*, se o nexó psíquico, que ele traduz, entre o agente e a ação, é alheio à *qualidade desta*, ou ao seu sentido ético-jurídico-penal, confundindo-se com o *processus psíquico* que antecede e preside as ações indiferentes ao direito repressivo? Mas, não é só. Se o dolo não compreende a consciência de que a ação, *in concreto*, é aquela mesma que a ordem ético-jurídica reprova *in abstracto*, onde estaria, acaso, o fundamento para a repressão penal do agente, quer se considere a pena como um fim em si mesma (*imperativo categórico, retribuição, expiação*), quer se lhe reconheça ou atribua um fim utilitário, fora de si mesma (*coação psicológica*,<sup>122</sup> *emenda, defesa jurídica, defesa social*)? Como explicar-se, dentro do postulado clássico da *responsabilidade moral*, que se possa imputar *subjetivamente*, a título de consciente *falta moral*, uma conduta que, embora antijurídica na sua objetividade, não foi querida como tal pelo agente? E afeiçoado o direito penal contemporâneo, até certo limite, ao critério do “estado perigoso” subjetivo, qual a *periculosidade* do indivíduo que, não obstante haja praticado uma ação formalmente ilegal, e posto que não tenha agido com omissão da diligência normal ou comum, não se propôs erguer a *bandeira vermelha* da indisciplina e rebeldia contra o império do direito?<sup>123</sup> Sem dúvida, não se pode olvidar que, aceito em suas últimas consequências, o *subjetivismo*, na órbita do direito penal, po-

---

<sup>122</sup> Como diz DE MARSICO (ob. cit., pág. 129), “*la sanzione penale dev'essere applicata quando avrebbe dovuto agire e non ha agito da contropinta alla infrazione; ma siccome da contropinta non può agire senza la conoscenza almeno della illegalità del fatto, la sanzione non può essere applicata quante volte si abbia invece, sobbene per errore, salda e precisa coscienza della legalità del fatto*”

<sup>123</sup> A pretendida *neutralidade* do dolo faz *tabula rasa* do postulado de psicologia criminal a que se ajusta o movimento de reforma das legislações penais modernas: “quanto menos um crime corresponde à estrutura psico-ética do seu autor, tanto menor periculosidade revela”.

derá conduzir a um *individualismo* colidente com o interesse da defesa social. Assim é que se não pode deixar de apoiar, por exemplo, a presunção do conhecimento geral da lei, ainda que não corresponda à realidade, pois, de outro modo, estaria seriamente embaraçada a função da justiça penal. A *razão política*, porém, não pode ir além da *utilidade* colimada, *contra tenorem rationis*. Ora, em face do puro senso jurídico, e sem que se abstraia o *ignorantia legis neminem excusat*, não há contestar que, para reconhecimento de uma ação punível informada de culpabilidade no seu mais alto grau, não basta a averiguação de um *corpus delicti* ou de um evento penalmente típico na sua materialidade: é preciso, também, averiguar se o agente previu e quis o resultado criminoso ou antijurídico *como tal*. Se, como diz MELONI,<sup>124</sup> “*é intenzione il campo su cui la valutazione si ferma ad indagare e ad intendere il disvalore del fatto delittuoso*”, é inadmissível que se não faça conta, na concepção do dolo, da *qualidade* da intenção do agente. *Actus non facit reum, nisi mens sit rea*. Para identificar-se um crime, considerado este, como deve ser, *em função do delinqüente*, é indispensável que se apure se o agente teve realmente a consciência de praticar a ação que a norma penal reprova e proíbe, e não outro; ou, o que vale o mesmo: é necessário averiguar se houve, da parte do agente, vontade *criminosa* (que abrange, implicitamente, a consciência da ilicitude jurídica).

**76. Distinções do dolo.** Já conhecemos a primeira divisão do dolo em *direto* e *eventual*. O Código equipara as duas *species*, sob o ponto de vista da integração do crime; mas, no tocante à graduação da pena *in concreto* (art. 42), cumpre reconhecer que o dolo eventual é um *minus* de intensidade em relação ao dolo direto. Várias outras distinções tradicionalmente se fazem a respeito do dolo. Deixando de margem as que já perderam o seu prestígio (como a que separa

---

<sup>124</sup> *La colpa civile e la colpa penale*, pág. 20.

entre *dolo determinado* e *dolo indeterminado*), somente citaremos as que apresentam relêvo técnico-jurídico.

Deve caber primazia à distinção entre *dolo de dano* e *dolo de perigo*. Este é peculiar aos *crimes de perigo*, diferenciando-os dos crimes tentados de dano e dos crimes formais. Eis a lição de LANG: “Deve identificar-se um crime de perigo, “segundo penso, somente no caso em que o dolo do agente “abrange apenas a causação do perigo. . . Quem age com dolo “de dano necessariamente não deixa de querer, ao mesmo “tempo, causar um perigo; mas seu intento é ir além, isto é, “causar um dano. A recíproca, entretanto, não é verdadeira: “quem quer criar uma situação de perigo, nem sempre tem, “simultaneamente, a intenção de causar um dano, no sentido da lei penal”.<sup>125</sup> A doutrina do dolo de perigo foi, a princípio, incerta e confusa. A tentativa de Stroos<sup>126</sup> em tal sentido, há meio século, não foi coroada de êxito. Figurava Stroos o caso de um caçador que atira contra a caça, prevendo poder atingir o guarda-mato, que se acha próximo, e distinguia: se o guarda-mato é atingido, dá-se um crime culposos; se, porém, fica incólume, e como não seja admissível que se deixe impune uma situação de perigo conscientemente ocasionada, deve reconhecer-se um especial estado de culpabilidade, que não é simples culpa, nem dolo pleno ou direto, ou seja, precisamente, o *dolo de perigo*. Ora, se não existe relação entre a vontade e o *eventus periculi*, posto que *prever* ou *estar consciente* não é o mesmo que querer, não se pode falar em dolo. BINDING e LÖFFLER, por sua vez, confundiam o dolo de perigo com o dolo eventual de dano. Dizia BINDING<sup>127</sup> que “*der Gefährdungsvorsatz schliesse den eventuellen Verletzungsvorsatz in sich*” (isto é, “o dolo de perigo encerra em si o dolo eventual de dano”). LÖFFLER, que, com a sua teoria

---

<sup>125</sup> *Protokol der zweite Expertenkommission* (na revisão do projeto de Código Penal suíço), V, pág. 35.

<sup>126</sup> *In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (vol. 15, 1895, págs. 199-201).

<sup>127</sup> *Die Normen und ihre Übertretung*, IV, 1919, pág. 405.



sobre a bipartição da *vontade* em *intenção* ou *dolo direto* (*Absicht*) e simples *consciência* (*Winssentlichkeit*), identificada esta com o *dolo de perigo* (que seria a previsão do resultado antijurídico como provável, previsão que, embora não seja *motivo*, também não é *contraste* à ação ou omissão), declarava:<sup>128</sup> “O dolo de perigo não é outra coisa que o *dolus eventualis*, ou, mais precisamente, a *consciência*... Os crimes dolosos de perigo não são mais que tentativas de crimes de dano com o chamado *dolus eventualis*” (“*Der Gefährdungsvorsatz ist nichts als der dolus eventualis, genauer gesprochen die Wissentlichkeit... Die vorsätzlichen Gefährdungsverbrechen sind nichts als unvollendete Verletzungsverbrechen mit sog. dolus eventualis*”).

O nítido conceito do dolo de perigo veio a ser fixado, porém, entre outros, por ARTURO ROCCO:<sup>129</sup> “O dolo que se encontra nos crimes de perigo se chama *dolo de perigo*. Consiste ele na vontade consciente de expor a perigo um bem ou interesse humano. Distingue-se do dolo de dano ou de lesão, precisamente porque, neste, o que se quis é um dano “e, naquele, somente um perigo”.

Dolo de perigo, assim, é a vontade de criar tão-somente um evento de perigo. É certo que o agente, querendo o *eventus periculi*, necessariamente prevê o *eventus damni*; mas este transcende à sua volição. Sua vontade consciente, como diz HAFTER, visa a uma situação de perigo e não a um ulterior resultado lesivo, pois, se o último é também visado, o que se apresentará é, conforme o caso, um crime de dano consumado ou tentado.<sup>130</sup> O dolo de perigo é, dessarte, reconhecível como uma autêntica *species* do dolo, por isso que é a *voluntas* conscientemente dirigida à ameaça concreta de um bem jurídico,

<sup>128</sup> Apud HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht, bes. Teil*, 1937, página 50, nota I.

<sup>129</sup> *L'oggetto del reato*, 1932, pág. 330.

<sup>130</sup> Ob. cit., pág. 50: “*Sein Wissen und Wollen richtet sich auf eine Gefährdung, nicht auf einem weiteren verletzenden Erfolg. Trifft hingegen das letztere zu, so kommt je nachdem Vollendung oder Versuch eines Verletzungsdelikte in Frage*”.



ou, como se exprimem SALTELLI-DI FALCO,<sup>131</sup> “a vontade consciente de produzir, com a própria ação ou omissão, uma situação perigosa relativamente a um bem ou interesse penalmente tutelado”. Como o dolo de dano, pode ser *direto* ou *eventual*, isto é, a vontade do agente pode ter por *movens* a representação subjetiva do evento de perigo ou exercer-se apesar dessa representação. A diferença entre os *crimes dolosos de perigo*, de um lado, e os *crimes tentados de dano* ou os *crimes formais*, de outro, é a seguinte: nos últimos, o evento de perigo está aquém da vontade; naqueles, corresponde, precisamente, à vontade. Por outras palavras: nos crimes tentados de dano ou nos crimes formais, há um evento de perigo com dolo de dano; nos crimes de perigo, há um evento de perigo com dolo de perigo.

Como se distingue do dolo de dano (direto ou eventual), também o dolo de perigo se diferencia da culpa *stricto sensu*, inconsciente (sem previsão) ou consciente (com previsão). Na culpa inconsciente, o *eventus damni* não é, sequer, previsto; na culpa consciente, é previsto o *eventus damni*, mas o agente *confia* em que não sobreviverá; no dolo de perigo, o agente também não quer o *previsto* evento de dano, mas quer a situação de fato que o possibilita.<sup>132</sup>

MADUREIRA DE PINHO pretende que “mais expressivo que outro qualquer, na caracterização específica do dolo de perigo, é o exemplo citado por CARRARA e referido por NÉLSON HUNGRIA, do vigia de linha que, para obter o prêmio instaurado pela companhia ferroviária a favor do empregado que impedisse algum desastre, simulou uma situação de perigo, deslocando um trilho da linha e, a seguir, correu a dar o

---

<sup>131</sup> *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, I, 1.ª parte, pág. 262.

<sup>132</sup> RATIGLIA (*Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, pág. 194): “Nel reato colposo cosciente, il soggetto vuole l'azione o l'omissione, ma non appetisce il contenuto di minaccia che è connesso alla condotta; nel dolo di pericolo egli vuole intenzionalmente l'azione o l'omissione nel suo contenuto di minaccia”.

“sinal de alarma ao comboio que se aproximava”.<sup>123</sup> Há flagrante equívoco em tal parecer. Não houve, no caso, dolo de perigo: *simular* um perigo não é *querê-lo*. Dolo de perigo é a vontade conscientemente dirigida a um perigo *sério*, e não um simulacro de perigo. *Fingir* um perigo é ação indifferente ao direito penal, salvo se, traduzindo em si mesma uma imprudência, der causa ao evento lesivo, pois, em tal hipótese, configurar-se-á um crime culposos (se a título de culpa fôr punível o fato). Este raciocínio escapou a MADUREIRA DE PINHO ao impugnar a seguinte observação nossa<sup>124</sup> em torno ao caso citado por CARRARA: “Suponhamos que, por uma circunstância excepcional, o sinal não fosse percebido pelo maquinista e sobreviesse o desastre: somente a título de culpa poderia ser este imputado ao agente, de vez que não houve a representação subjetiva do evento lesivo”. Assim argumenta o exímio professor: “De logo vale acentuar que a *representação do evento lesivo* não poderia faltar na hipótese, já que, consistindo o perigo na probabilidade ou simples possibilidade de um dano, é impossível querer o perigo sem representar subjetivamente o dano provável ou possível. O que se pode verificar, como no exemplo em causa, é a vontade do evento de perigo e não o evento lesivo. . . O crime é, portanto, . . . imputável a título de dolo, de dolo de perigo”. Ora, na *simulação* de um perigo, está excluída, necessariamente, a direção da vontade no sentido da efetiva probabilidade ou possibilidade de dano, pois é claro que, se tal não fosse, não haveria falar-se em *simulação* de perigo. No hipotético desdobramento do exemplo de CARRARA inexistente, sem dúvida alguma, o dolo de perigo: longe de *querer* o perigo, o agente tomou as precauções que julgou necessárias para que ele não se apresentasse *realmente*. O inesperado evento lesivo só a título de culpa lhe poderia ser imputado. Se o agente não queria, sequer, o efetivo perigo, como poderia ter a representação subjetiva do evento de dano?

<sup>123</sup> O valor do perigo no direito penal, pág. 124.

<sup>124</sup> Compêndio de direito penal, parte especial, vol. I, pág. 205.

Outra relevante distinção do dolo é a que se faz entre *dolo genérico* e *dolo específico*. O dolo, conceitualmente, é a vontade a exercer-se *por causa* ou *apesar* do previsto resultado antijurídico. Acontece, porém, que, freqüentemente, ao incriminar um fato, a lei menciona ou pressupõe um *fin especial* ou *determinado*, de modo que este passa a ser elemento integrante do dolo do crime *in specie*. Em tais casos, o dolo se diz *específico*, em contraposição ao dolo alheio a qualquer fim particular *a parte subjecti* e que se chama dolo *genérico*. O dolo específico é, muitas vezes, o traço distintivo entre crimes de idêntica materialidade ou afins *a parte objecti*. Assim, a subtração de uma menor de 18 anos, consciente, deixa de se enquadrar no art. 249 do Código, se o agente é movido por *fin libidinoso* ou *de casamento*, pois que, em tais hipóteses, responderá por crime de *rapto consensual* (art. 220) ou *raptus privilegiatus* (art. 221). Entende MANZINI que, quando o fim determinado é a própria *ratio essendi* da incriminação, só se pode falar de dolo genérico, isto é, “da vontade de cometer um fato contrário ao direito penal objetivo, na sua única forma punível”.<sup>135</sup> Não vemos, entretanto, inconveniente algum na extensão do conceito do dolo específico a essa hipótese: desde que se exige, além da vontade referida ao resultado, um determinado fim do agente, o dolo se *especifica*. Asúa é infenso ao discríme entre dolo genérico e dolo específico (também denominado *com intenção ulterior*) e assim disserta:<sup>136</sup> “El dolo con intención ulterior, al que los viejos autores denominaban dolo específico, es el que lleva en sí una intención calificada, a la que los alemanes llaman Absicht. A nuestro juicio, no puede hablarse de dolo específico, porque es imposible construir el mal llamado dolo genérico. Todo dolo, al conectarse con la imagen rectora del tipo, se adapta a ella exactamente y constituye un tipo de culpabilidad. El llamado dolo con intención ulterior, que es el que expresa un fin (el rapto es el robo de una mujer para casarse con ella o

<sup>135</sup> *Tratado*, vol. I, pág. 624

<sup>136</sup> *La ley y el delito*, pág. 460.

para corromperla), *así como el animus que ciertos delitos exigen* (como *el lucrandi en el hurto*), *no son propiamente dolos con intención ulterior, sino elementos subjetivos de lo injusto, que ya hemos estudiado al hablar de la tipicidad*". A argumentação não convence. Pôsto que o dolo ora ocorre com a simples correspondência entre o resultado e a vontade (e esta é a regra geral), ora exige, como um *quid pluris*, determinado fim do agente, não é de se desprezar a tradicional distinção entre dolo genérico e dolo específico, para falar-se tão-somente em *dolo típico*.

Costuma-se também distinguir o dolo, quanto à sua intensidade, em *dolo de propósito* ou de *premeditação* (*propositum, dolus deliberatus* ou *præmeditatus*) e *dolo de ímpeto* ou *passional* (*impetus, dolus repentinus*). Esta distinção, que remonta ao direito romano, já não tem o relevo que outrora se lhe atribuía. Certamente, o dolo tem uma escala, que vai desde uma intervenção mínima de consciência e vontade até o pleno domínio da inteligência sobre a volição; mas não se pode dizer, aprioristicamente, que no extremo inferior dessa escala esteja o dolo de ímpeto e no extremo superior o dolo premeditado. Nem sempre a premeditação é indício de maior afirmação da *mens rea*, do mesmo modo que o *impetus* não revela, em todos os casos, menor perversidade. O nosso Código nem mesmo inclui a *premeditação* entre as agravantes genéricas *obrigatórias*, deixando-a entre as circunstâncias *inominadas* ou *indeterminadas* do art. 42, para ser apreciada, de caso em caso, pelo juiz. Havia razões de sobra para tal critério. Já antes do advento da "escola positiva" (que pleiteia o radical cancelamento da agravante da premeditação), HOLTZENDORFF evidenciara que a premeditação, ao contrário do conceito tradicional, não revela, por si mesma, perversidade ou abjeção de caráter, senão resistência à idéia criminosa. É mais perverso aquele que mata *ex improviso*, mas por um motivo imoral, do que aquele que mata depois de longa reflexão, mas por um motivo de valor moral ou social. O indivíduo ponderado, cujo poder de auto-inibição oferece resistência aos motivos determinantes de uma conduta anti-

social, não é mais capaz de crime do que o indivíduo impulsivo, que não sabe *sobrestar antes de começar*. Segundo a clássica definição de CARMIGNANI, a premeditação caracteriza-se pelo *intervalo de tempo (mora habens)* e a *frieza e calma de ânimo (frigidus pacatusque animus)*. Ora, o primeiro elemento é tudo quanto há de mais arbitrário e inconcludente. Quanto ao segundo, não passa, como acentua COSTA, de um atributo da personalidade psicofísica ou psicofisiológica do agente, e nada tem a ver com o processo volitivo. A frieza ou calma de ânimo é um modo de ser do temperamento. Com frieza ou calma de ânimo, tanto se pode cometer um crime quanto uma ação nobilíssima (FERRI). Na tentativa de reabilitar a premeditação como agravante, cuidou-se de ampliar o seu conceito: deve ser referida à índole moral dos motivos determinantes e à escolha de meios que tornam mais fácil ou menos aleatória a execução do crime. Tal critério, porém, levou à conclusão lógica de que se devia abolir, por inexpressiva e inútil, a agravante em questão, bastando que se formulassem agravantes referidas aos motivos e aos meios empregados ou modo de execução. Não impediu o descrédito da *premeditação* a defesa que lhe fez Rocco (ALF.), na *Relazione* sobre o projeto definitivo do atual Código italiano (devendo notar-se que nos anteprojetos não figurava essa agravante): “*Vi sarebbe ragione di escluderla, se la premeditazione non fosse altro che quella specie di dolo che si contrapone al dolo d'impeto. Ma nel dolo vi è una scala, che sale per gradi, dal cosiddetto dolo d'impeto, alla riflessione normale, ed infine alla premeditazione. Questa aggiunge un quid pluris a quel grado di riflessione, che è comune alla maggior parte delle azioni delittuose*”. Mas, que é o *quid pluris* a que se refere Rocco? Para ANGIONI, a *tensão do propósito até a fixação* é que constitui esse *quid pluris*, em cotejo com o grau de reflexão comum à maior parte das ações delituosas.<sup>137</sup> Ora, semelhante *tensão*, sobre ser inaférivel, não significa outra coisa senão a continuada predominância do

<sup>137</sup> *La premeditazione*, 1933.

*motivo mais forte*; de modo que este sim, é que deve ser apreciado na sua qualidade, para dele se deduzir a maior ou menor punibilidade do agente. Quando da elaboração do projeto do Código Penal suíço, com toda razão observou GAUTIER:<sup>138</sup> “*La préméditation est un critère qui manque tout-à-fait de précision, puisque l'on a pas pu, jusqu'ici, se mettre d'accord sur le sens de ce mot. C'est un critère extrêmement incertain aussi pour la raison que la préméditation, qu'on l'entende dans l'un ou dans l'autre sens, est toujours un fait purement intérieur et qui peut fort bien ne pas se traduire par des actes perceptibles. C'est de plus un critère faux et incomplet, en ce qu'il ne denote pas avec certitude et dans tous les cas sans exception un caractère criminel particulièrement dangereux*”. Entre os autores pátrios, a *premeditação* conta com adversários declarados. OSMÃ LOUREIRO<sup>139</sup> acentua e aplaude a tendência moderna no sentido de “proscrever dos Códigos a premeditação, como agravante, por se confundir com simples mecanismo da vontade criminosa, substituindo-se esta indicação pela investigação dos motivos”. COSTA E SILVA<sup>140</sup> assim se pronuncia: “Os modernos autores de psicologia criminal despiram a premeditação de sua antiga importância. Hoje ela nem sempre indica, na pessoa do delinquente, grau mais elevado de depravação moral”. Ponto de vista contrário é defendido por CÂNDIDO MOTA FILHO, na sua monografia *Da premeditação* (1937); mas esta foi o *canto de cisne* da velha agravante do direito brasileiro. A premeditação é desconhecida dos Códigos de data mais recente, entre outros, o peruano, o argentino, o soviético, o dinamarquês e o polonês. O Código suíço mantém a premeditação como *qualificativa* do homicídio (art. 112), mas sob a condição de que revele efetivamente, da parte do delinquente, “uma particular periculosidade ou perversidade”. Os Projetos GALDINO, SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA já a haviam abolido, quer como agravante

<sup>138</sup> *Protokoll der zweite Expertenkommission*, II, pág. 149,

<sup>139</sup> *Modificativos da pena no direito brasileiro*, 2.<sup>a</sup> tiragem.

<sup>140</sup> *Código Penal*, 1930.

genérica, quer, como qualificativa ou majorante. O Código de 40 não tinha outro caminho a seguir. Na visão de conjunto do fato criminoso *in concreto*, a premeditação poderá eventualmente ser levada em conta pelo juiz; mas deixou de ser uma circunstância apriorística de exasperação de pena.

No tocante ao *impetus*, igualmente, já não tem este o prestígio que lhe era conferido em outros tempos e chegava ao extremo, com a teoria do hipotético *dolus indeterminatus*, de exclusão do *conatus*. Somente em especiais circunstâncias é tomado em consideração, funcionando como atenuante ou minorante. Assim, perante o nosso Código, figura entre as atenuantes genéricas (art. 48, IV, letra c, *in fine*) e torna *privilegiado* o crime de homicídio ou de lesão corporal a circunstância de ter o agente procedido “sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima” para o reconhecimento do *privilegium* é, além disso, exigido expressamente que a reação se exerça *in continenti* e não *ex intervallo*: “logo em seguida a injusta provocação da vítima” (arts. 121, § 1.º e 119, § 4.º). É de notar-se ainda que, nos casos de *injúria* subsequente a provocação direta (face a face) e de “retorsão imediata” de uma *injúria* por outra *injúria*, o Código autoriza o “perdão judicial” (art. 140, § 1.º, I e II). Para que se reconheça a *degradação* do dolo, é necessário o *impetus iusti doloris* (*simplex iracundiæ calor non excusat, nisi iusta causa præcedat*).

Outra distinção que vem do direito romano é a que contrapõe ao *dolus malus* o *dolus bonus*. Relacionada à *qualidade* dos *motivos* determinantes, esta diferenciação pode ter relevo no setor da medida da pena *in concreto* (art. 42). No caso em que a *bonitas* do dolo resulta de “motivo de relevante valor social ou moral”, o nosso Código manda reconhecer uma atenuante genérica (art. 48, IV, letra a) ou um *privilegium* (arts. 121, § 1.º, e 129, § 4.º).

Também não diz com a essência do dolo, mas com a sua maior ou menor intensidade, deduzida do *modus operandi* do agente, a distinção entre *dolus velatus* e *dolus apertus*.



O modo insidioso da conduta criminosa, por isso mesmo que revela um alto grau de perversidade, pode constituir até mesmo uma agravante genérica (art. 44, II, letra d) ou uma *qualificativa* (art. 121, § 2.º, IV).

Por último, há uma distinção de valor técnico: é a que divide o dolo em *precedente* (*inicial* ou *preordenado*), *subseqüente* e *geral*. Fala-se em *dolo precedente* quando: a) no curso do *iter criminis*, o agente se arrepende, mas *já não pode* ou não consegue evitar a consumação (arrependimento ineficaz): o dolo existente de início é bastante para que o evento criminoso lhe seja plenamente imputável a esse título; b) nas chamadas *actiones liberae in causa seu ad libertatem relatae* (veja-se n.º 83). Dá-se o *dolo subseqüente* (ou *sucessivo*) quando o agente, tendo empreendido uma ação com intuito honesto, passa, em seguida, a proceder com má-fé e pratica um crime (ex.: o caixeiro-viajante recebe o dinheiro da clientela, com o propósito de recolhê-lo a uma agência de banco, em nome do patrão, mas, a seguir, arrisca-o em apostas de jogo), ou, vindo a conhecer *post factum* a ilegitimidade de sua conduta, não procura evitar suas conseqüências (ex.: um indivíduo vem a saber que a cédula com que, em boa-fé, pagou o seu credor é falsa, e não cuida de substituí-la, mantendo-se reticente). Finalmente, fala-se em *dolo geral* (*dolus generalis*) quando o agente, julgando ter obtido o resultado intencionado, pratica segunda ação com diverso propósito e só então é que efetivamente o dito resultado se produz. Exemplo: um indivíduo, depois de haver *occidendi animo*, golpeado outro e, supondo erroneamente que este já está sem vida, atira o presumido cadáver a um rio, vindo a verificar-se, pela autópsia, que a morte ocorreu por afogamento e não em conseqüência da lesão anterior. Como argumenta VANNINI,<sup>141</sup> tratando do caso que vem de ser figurado, embora se apresente um erro essencial (versando sobre condição essencial de fato, isto é, a existência do objeto jurídico do homicídio), há um nexo causal doloso entre o evento “morte” e a ação

<sup>141</sup> *Il delitto di omicidio*, pág. 29.

do réu; a segunda ação (lançamento do suposto cadáver ao rio) não é em si mesma dolosa, mas isto em razão de erro derivado da situação de fato criada pela primeira ação, entendida *necandi animo*; de modo que o evento “morte” se liga, ainda que mediatamente, à vontade criminosa. Deve admitir-se, segundo WEBER (a quem se atribui a fixação do conceito do *dolus generalis*), que existe, correspondentemente à vontade criminosa revelada na totalidade do processo executivo, um homicídio doloso consumado. O agente quis matar um homem, e matou. Advirta-se, entretanto, que grande número de autores (notadamente alemães) vê no exemplo dado uma tentativa de homicídio, de par com um homicídio culposo.

**77. Culpa (stricto sensu).** Ao invés de fixar uma noção unitária da *culpa*, o Código preferiu declarar que o crime é culposo “quando o agente deu causa ao resultado por *imprudência, negligência ou imperícia*”. A Comissão Revisora do Projeto ALCÂNTARA não se deixou seduzir pela fórmula do Projeto SÁ PEREIRA (segunda fase): “Age culposamente quem “o faz sem o cuidado a que é obrigado e do qual é capaz segundo as circunstâncias e as suas condições pessoais, e por “isso não prevê que o conteúdo do crime pode realizar-se ou, “julgando-o possível, confia em que essa realização não se “dará”.

Tampouco mereceu aprovação a fórmula, menos difusa, proposta por COSTA E SILVA no seio da Comissão: “Diz-se o “crime culposo quando o agente, deixando de observar a diligência a que era obrigado, não prevê o resultado que podia “prever; ou, prevenendo-o, confia em que ele não se verifique”. Sobre oferecer o flanco a objeções, nenhuma dessas fórmulas era *exaustiva*. Ficavam à margem delas os casos excepcionais de culpa *por extensão* (hipóteses de inescusável erro de fato nas chamadas “descriminantes putativas” e no excesso de legítima defesa”), em que o resultado, além de previsto, é *querido*. A fórmula vencedora não exprime, como entendeu

COSTA E SILVA,<sup>142</sup> o receio de escolher entre as teorias que seriamente se disputam o acerto na caracterização essencial da culpa, isto é, a *da previsibilidade* e a *da causa eficiente*. A adoção do critério da *previsibilidade* como linha de fronteira entre a culpa e o caso fortuito está implícita na tricotomia “imprudência, negligência, imperícia”, tendo sido, portanto, enjeitada a teoria de STOPPATO ou *da causa eficiente* (também chamada *objetiva* ou *dos meios antijurídicos*). Dizendo-se que a culpa consiste em imprudência, negligência ou imperícia como causa do resultado, emite-se um conceito singelo, acessível ao entendimento vulgar, e não excludente dos casos em que o acento tônico da culpa incide, não no erro sobre a causalidade da ação (ou omissão), mas no erro que faz o agente supor-se *autorizado* a produzir o resultado.

O limite inferior, o mínimo necessário da culpa (e, portanto, da culpabilidade em geral) é a *previsibilidade* do resultado. Esta é a linha de fronteira, além da qual começa o império das forças cegas e incalculáveis, a órbita do *caso fortuito*, e *nullum crimen est in casu*. A *species* primária e mais freqüente da culpa é a *culpa inconsciente* ou *sem previsão* (*culpa ex ignorantia*): o agente deixa de prever o resultado, que, entretanto, segundo a lição da experiência comum, podia prever. Mas há também simples culpa (e não dolo) quando o agente: a) tendo previsto a possibilidade do resultado, não o quis, nem aceitou o risco de produzi-lo, esperando inconscientemente que não ocorresse ou repelindo a idéia do seu possível advento; b) além de ter previsto, também quis o resultado, mas sem reconhecer previamente, por inescusável erro de fato, a sua injuricidade. Na primeira dessas variantes, dá-se a *culpa consciente* ou *com previsão* (*culpa ex lascivia*); na segunda, a culpa *por extensão* ou *por assimilação*. Sob o ponto de vista da *censurabilidade*, todas as modalidades de culpa se equivalem, não se podendo distingui-las, pelo menos aprioristicamente, para diverso tratamento penal: tanto faz

<sup>142</sup> Cons. N. HUNGRIA, “Costa e Silva, penalista”, in *Novas questões jurídico-penais*, pág. 310.

prever o resultado previsível, quanto prevê-lo, mas confiando levemente em que não sobrevirá, ou mesmo querê-lo, mas supondo-o, por precipitada e errônea apreciação das circunstâncias, não contrário ao direito. Há em todas estas hipóteses uma predominante nota comum: omissão do dever de precaução ou diligência, a que se está adstrito, na medida ordinária, para não ocasionar a lesão de bens ou interesses alheios.<sup>143</sup> No crime doloso, o resultado antijurídico é conscientemente querido; no crime culposos, o resultado antijurídico não é jamais querido, ou não é querido como tal, mas o agente deixa de abster-se da ação (ou omissão) que, se tivesse procedido com a atenção ou cautela exigível do *homo medius*, teria reconhecido como conducente ao evento contrário ao direito.

Para definir a culpa, pode ser repetida a velha fórmula de RAYNALDO: *incircumspecta deviatio ab ea diligentia quam communiter adhibent homines*. E para identificar-se essa *incircumspecta deviatio* ou falta de precaução, é condição mínima ou suficiente a que já consignava o ensinamento reportado por PAULO (Dig., 9, 1. 31): *Mucius dixit culpam esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denunciatum esset, cum periculum evitari non posset*. Nem há excogitar outro critério para distinguir entre culpa e *casus*. Tem sido impropícia a tentativa de formulação de teorias com fundamento diverso. Todas estas, no fundo, redundam implicitamente no critério da previsibilidade. Vejamos, por exemplo, a já citada teoria de STOPPATO, que chegou a ter grande sucesso. Assim criticava esse autor a doutrina tradicional:<sup>144</sup> “Com o critério da previsibilidade, deve apreciar-se o evento lesivo *a posteriori*. Quando o evento se verifica,

---

<sup>143</sup> STROOS (*Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 1910, página 95): “Todo homem tem o dever de orientar sua conduta de modo a não ocasionar consequências malélicas. Este dever não pode razoavelmente ultrapassar a capacidade e o poder de evitar o mal segundo o curso ordinário das coisas”.

<sup>144</sup> *L'evento punibile*, págs. 137 e segs.

“acompanhado de várias circunstâncias, julgamos com o espírito voltado para estas. Do seu modo de apresentar-se, da sua concatenação, do seu complexo e, muitas vezes, obscuro enredo, deduzimos o nosso juízo sobre a previsibilidade ou imprevisibilidade do evento. Assim, vimos a colocar o agente na condição de ser julgado segundo o critério de nossa experiência e, o que é pior, de uma experiência que, se bem que nos figuremos o contrário, não sabemos se teria aconselhado e orientado a nós mesmos a agir diversamente. Essa experiência é fruto da observação material de fatos que estavam ou podiam estar fora da consciência do agente, como, muito provavelmente, teriam estado fora da nossa consciência. Ora, não creio que isso possa fornecer um justo e exclusivo critério para legitimar a repressão dos eventos lesivos. A experiência do passado nem sempre dá garantia na previsão do futuro”. Segundo STOPPATO, para que um evento lesivo seja penalmente atribuído a alguém, basta que este tenha sido, com o seu ato voluntário, *causa eficiente* do evento e haja empregado *meios antijurídicos*, isto é, não consentâneos com os fins jurídicos. Não há necessidade de pesquisar-se um elemento moral específico. Mas é o próprio STOPPATO que, infiel à sua teoria, não prescinde do critério da previsibilidade. Diz ele <sup>145</sup> que deve ser punido “quem age voluntariamente, produzindo eventos lesivos com meios aberrantes dos fins jurídicos, *sem cuidar das conseqüências do próprio ato*”. Vê-se, por esta última frase, que o elemento *previsibilidade*, que STOPPATO qualifica de *empírico*, *incerto* e *equivoco*, voltou a impor-se ao seu próprio raciocínio, para informar a justificação da punibilidade da culpa. Também o ilustre autor de *L'evento punibile* disserta que “a culpa se incrimina porque à vontade humana não pode ser consentida uma independência absoluta na escolha dos meios”, ao que ALIMENA redargui: “Como, acaso, se podem escolher certos meios, de preferência a outros; como se pode ter o dever de escolhê-los; como se pode ser culpado por não os ter escolhido, se não são sus-

<sup>145</sup> Ob. cit., pág. 196.

“certíveis (na opinião de STOPPATO) de uma avaliação subjetiva?” CAMPILI,<sup>146</sup> do mesmo modo que STOPPATO, repele o critério da previsibilidade, a que faz acerba crítica, dizendo o imaginado para, no tocante aos crimes culposos, salvar o princípio da responsabilidade moral, e nobilitar, atingindo as fontes da ética, a “prosaica razão de punir”. Segundo ele, para a incriminação da culpa, é suficiente, de par com a *causalidade voluntária*, a *periculosidade do ato*. Ora, só se pode dizer perigoso um ato quando se apresenta, à luz da experiência comum, como capaz de produzir um evento lesivo. Assim, quem pratica voluntariamente um *ato perigoso* pratica um ato de que devia abster-se, de vez que podia e devia prever suas conseqüências maléficas. Na essência, a teoria de CAMPILI vai aliar-se à da previsibilidade.

Examinemos, por último, a chamada “teoria psico-sociológica”, de ANGIOLINI<sup>147</sup> e ALTAVILLA.<sup>148</sup> Partindo do princípio positivístico de que “não há responsabilidade sem periculosidade subjetiva”, declara ANGIOLINI que não há indagar se o autor do dano foi ou não imprevidente ou desatento, mas, sim, ter-se em vista se os seus antecedentes psico-sociais revelam nele um *indivíduo perigoso*; e a sociedade deve defender-se segundo o grau dessa periculosidade. Os delinquentes culposos são classificados por ANGIOLINI em quatro categorias: 1.ª, os que o são por efeito do senso moral ou altruísmo, em cujas ações é conscientemente querida a causa imediata que dá origem ao evento lesivo, e até mesmo é este previsto, embora se esperando que não ocorresse; 2.ª, os que o são por inexperiência, imperícia, inaptidão etc., não prevenindo o evento lesivo e não tendo, sequer, consciência da causa imediata que o determina; 3.ª, os que o são por defeito do mecanismo da atenção ou das faculdades associativas, conscientes da causa e sem previsão do evento lesivo; e, finalmente, 4.ª, os que o são por influência do ambiente ou por sur-

<sup>146</sup> *Condizioni e limiti di punibilità della colpa*, pág. 92.

<sup>147</sup> *Del delitti colposi*, págs. 155 e segs.

<sup>148</sup> *Delitti contro la persona*, 1921, pág. 129.

*menage física* e intelectual (não prevendo o evento e não tendo consciência da causa), de modo que não são temíveis ou o são em grau diminuto. Esta teoria, em última análise, não formula um novo conceito de culpa, visando apenas, com a classificação que propõe, a facilitar a individualização da pena em face dos delinquentes culposos. Vê-se que ANGIOLINI, ao *esquematizar* os tipos de delinquência culposa, valeu-se do critério da previsibilidade. ALTAVILLA, que adere à teoria de ANGIOLINI, respondendo a uma objeção de MANZINI em tal sentido, é o primeiro a reconhecê-lo, acrescenta que “a teoria da previsibilidade é a única que pode justificar a incriminação da culpa”.<sup>149</sup>

Em suma: a teoria da previsibilidade, originária da inexcusável sabedoria romana, ainda não foi desacreditada e continua predominante. A própria “escola positiva”, que andou renegando a torto e a direito os postulados do direito penal clássico, deu-lhe carta de fiança. São de FERRI<sup>150</sup> estas palavras: “A culpa consiste, inegavelmente, em um estado de desatenção e imprudência, e é um erro a exclusão de previsibilidade do evento da noção da culpa, para reduzi-la à só “causalidade voluntária”.

Mas, que é *previsibilidade*, como conceito jurídico-penal?

Existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência geral, ter-se representado, como possíveis, as consequências do seu ato. Previsível é o fato cuja possível superveniência não escape à perspicácia comum. Por outras palavras: é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social.<sup>151</sup>

<sup>149</sup> *Teoria soggettiva del reato*, pág. 114.

<sup>150</sup> *Principii*, pág. 447.

<sup>151</sup> O direito penal não é formulado tendo-se em vista o *super-homem*, o *herói*, o *santo*; mas o *homo medius*, o homem normal. Sobre este já escrevemos alhures: “O homem normal deve ser entendido sob um ponto de vista estatístico, isto é, tendo-se em conta *id quod plerumque accidit*. Não interessa ao nosso tema saber se há



No tocante à identificação da culpa *stricto sensu*, é perfeitamente aceitável o critério da *não-exigibilidade* (*Nichtzumutbarkeit*) como causa de exclusão de culpabilidade (veja-se n.º 52): se o pressuposto desta (como *falta moral*) é a *censurabilidade* da ação, segue-se que ela exprime a violação de um dever de conduta, do ponto de vista social; mas, conduta social não pode ser senão aquela que, sendo exigível de um indivíduo, não é seguida por este. A *censurabilidade* deixa de existir quando um indivíduo falta à observância de uma conduta que se apresentava impraticável no caso concreto (*ultra posse nemo tenetur*) ou particularmente difícil, não exigível do *homo medius*, do comum dos homens. A justiça penal somente chama a contas o imprevidente ou desatento normal ou cuja deficiência ético-social não tenha causa mórbida. É de rejeitar-se, porém, a opinião segundo a qual a previsibilidade deve ser referida à individualidade subjetiva do agente, e não ao tipo psicológico médio. O que decide não é a aten-

---

um homem *rigorosamente normal*, segundo um tipo ideal psicológico; mas apenas que há um *homem normal* como símbolo e medida de diligência ordinária. Segundo Dr TULLIO, o homem normal é “aquele que consegue atingir e adquirir, pela influência da educação e de ambiente, uma suficiente capacidade de prever, de avaliar e de inibir-se, de modo a poder facilmente adaptar-se às exigências complexas da vida social e, pelo menos, às restrições da moral cotidiana”. Frequentemente, é metido à bulha. O homem médio, LOMBROSO assim o definia: “*buon mangiatore e lavoratore ordinato, abitudinario e misonista, paziente, rispettoso d'ogni autorità, animale addomesticato*”. É o mesmo *Philister* de VICTOR HEHN: “produto do hábito, desprovido de fantasia, razoável, ornado de todas as virtudes da mediocridade, levando uma vida honesta graças à moderação de suas exigências intelectuais, suportando, com paciência comovedora, todo o fardo de preconceitos de seus antepassados”. FERRI (*Studi sulla criminalità*) assim o farpela: “*L'uomo normale — che ricorda il taglio degli abiti fatti, che si vendono nei grandi magazzini, buoni per coprire, ma non a dare un abito personale — l'uomo normale non è dunque che una specie di pasta vivente, di plasma continuativo — e anonimo — che trasmette la vita e le abitudini e l'incrostazione tradizionale dei pregiudizii attorno alle verità elementari,*

ção habitual do agente ou a diligência que ele costuma empregar *in rebus suis*, mas a atenção e diligência próprias do comum dos homens; não a previsibilidade individual, mas a medida objetiva média de precaução imposta ou reclamada pela vida social. De modo geral, a culpa, como diz FAUCONNET, é "*tout ce qui révèle une adresse ou une prudence inférieure à la moyenne, à la diligence du bon père de famille*". A imprevisão ou o erro de cálculo que condicionam a culpa são somente aqueles que podem ser superados com a diligência ordinária, com o atilamento comum, com a reflexão inerente à média capacidade humana, com a lição da experiência vulgar. Pouco importa o temperamento pessoal do agente: também o delinquente doloso é movido ao crime pela sua índole própria, e nem por isso se há de pretender que deixe de ser punível. O Projeto SÁ PEREIRA, inspirando-se no Projeto Stoos (de Código Penal para a Suíça), falava em *atenção* de que o

---

*di generazione in generazione... Il gregge degli uomini normali passa nei secoli senza nome e senza numero. Per ricordare il pensiero di un grande anormale — Napoleone I — si potrebbe dire che l'uomo normale è la fanteria dell'eterna armata umana*". Mas... convenhamos: o *homem normal* é a personificação do bom-senso, do equilíbrio moral. É ele quem sempre reconduz ao justo ponto de equidistância entre os *extremos* o pêndulo da evolução humana. Por que cobri-lo de ironias e até mesmo de apodos, como fez, por exemplo, INGENIEROS? Reconheça-se que é no seio dos *anormais* que costumam germinar os heróis à CARLYLE, mas nem por isso se deve obscurecer o grande mérito do *homo medius*. Dos *anormais* já dissemos o seguinte, impugnando a *emasculatio* dos criminosos sexuais de tonalidade psicopática, como medida eugenética e penal: "... ao lado dos psicopatas parasitários ou inúteis, formando o triste rebanho dos *sub-homens*, há, em compensação, aqueles outros dos quais se pode dizer que são o *sal da terra*, peregrinos semeadores de beleza, requintados artistas da idéia e da expressão, pioneiros das grandes conquistas científicas, vanguardeiros da civilização, rasgadores de "clareiras e novos horizontes ao espírito humano"; mas isto não nos impede de fazer também a apologia do *homo medius*: é ele o *corretivo*, a benéfica força de resistência aos fcaros que tentam abstrair a irremediável contingência humana..." E como quer que seja, ridicularizado ou não, o *homem normal* é um paradigma de que não pode prescindir o direito penal.

agente “por suas condições pessoais, pudesse ser capaz”. Tal critério, na sua amplitude, redundaria, como adverte von BAR, numa recompensa aos lerdos e descuidados,<sup>152</sup> quando são estes, precisamente, os que mais necessitam do estímulo da ameaça penal ou da influência corretiva da pena. Não teria sido por outro motivo que a derradeira *Comissão de direito penal na Alemanha*, repelindo, neste particular, os projetos anteriores (em que se via a fórmula suíça), propôs o seguinte dispositivo: “Age culposamente aquele que, por omissão da cautela ou atenção a que estava obrigado (*“aus Mangel an der pflichtgemässen Sorgfalt”*), não prevê que dá causa ao evento”. A previsibilidade deve ser apreciada *objetivamente*, isto é: não do ponto de vista individual do agente,<sup>153</sup> mas do ponto de vista do homem comum, em face da lição da experiência relativa ao que freqüentemente acontece. A *individualidade* deve estar subordinada ao interesse coletivo, e não este àquela. A parte os *imbecis* da atenção ou os verdadeiros *enfermos das faculdades associativas*, a reclamarem o manicomio, ao invés da prisão comum, deve ser punido todo indivíduo que, ocasionando um evento lesivo a outrem, por grosseira desatenção, revele, por isso mesmo, um *desajustamento* com as normas jurídicas de disciplina e coordenação sociais. A pena cominada aos crimes culposos é um *memento* aos desatentos e, quando efetivamente aplicada, é uma medida peda-

<sup>152</sup> *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, II, pág. 450: “Eine Prämie sein würde für diejenigen, welche nicht Neigung fühlen, sich um den Zusammenhang der Dinge, um Naturgesetze und um das, was neben ihnen vorgeht, zu kümmern” (“Uma recompensa aos que por índole não se preocupam com a relação das coisas, as leis naturais e o que acontece em torno deles”).

<sup>153</sup> LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, 1900, pág. 151: “Nicht die individuelle Vorhersehbarkeit, sondern ein durchschnittlich angesetztes zur Erhaltung des gesellschaftlichen Lebens auf einer bestimmten Kulturstufe unumgängliches objektiv Mass an Sorgfalt bestimmt den Grad der rechtlichen Verantwortlichkeit” (“O que determina a responsabilidade jurídica não é a previsibilidade individual, mas a indeclinável medida objetiva média de cautela imposta pela vida social em um dado grau de civilização”).

gógica, pois a sua dolorosa experiência se transfundirá na psique individual como um vigilante motivo inibitório ou contrário à tendência para a desatenção, afeiçoando, dessarte, o indivíduo ao ritmo normal da vida em sociedade. O desatento (abstraídas as formas patológicas) é um indivíduo que, no dizer de MELONI,<sup>154</sup> *"ha riserva di energie volitive dentro di sé, di cui si defrauda e si dispoglia o che lascia inoperose ed inerti, per aver ignorato o disconosciuto il valore etico-sociale dell'attenzione"*, de modo que deve ser estimulado pela pena, para o efeito da aquisição daquela *"sfera superiore di potere, che caratterizza l'assidua e volontaria disciplina dell'attenzione"*. Não se trata de um indivíduo irreconhecível sob o prisma da psicologia normal: a sua deficiência ético-social é, principalmente, uma resultante de causas exógenas (maus hábitos, educação mal orientada etc.), e, assim, pode ser corrigida pela atuação artificial de outras causas externas, entre as quais, sem dúvida, a pena ressaí.<sup>155</sup>

<sup>154</sup> *La colpa penale e la colpa civile*, págs. 124-125.

<sup>155</sup> Recente doutrinarismo sociológico insiste no paradoxo da abolição da pena, ou mais precisamente, da pena de prisão, que, dada sua argüida inutilidade, deveria ser substituída, de futuro, por medidas de tutela, tratamento e educação readaptativa dos criminosos, sem nenhum caráter *afitivo*. A idéia não é de hoje. Já estava em embrião no *correcionalismo* (*Besserungstheorie*) de RÖDER, bem como dentro da lógica da chamada "escola penal positiva" e fora tratada *ex professo* e apostolicamente defendida por PEDRO DORADO, no seu livro *El derecho protector de los criminales*, deixando-se à parte, pelo seu cunho de pura fantasia, as lucubrações psicanalíticas de FRITZ WITTELS no seu *Die Welt ohne Zuchthaus* ("O mundo sem penitenciária"). Ao que se alega, o regime penal vigente (ou, o que vem a ser o mesmo, o *penitenciarismo*) teria aberto falência. O moderno sistema de execução penal atenuou a crueldade da prisão, mas nada teria alcançado no sentido da colimada eliminação ou redução da delinquência. Deve ser, conseqüentemente, desmontado desde a cúpula até os alicerces, aproveitando-se na pavimentação do inferno o material dos estabelecimentos penais arrasados... Acentua-se que a penitenciária teria falhado no seu próprio país de origem, isto é, os Estados Unidos, onde, precisamente, se encetou a nova cruzada pelo repúdio da pena privativa de liberdade. Depois de haver ensi-

Tem-se discutido sobre a legitimidade da incriminação da culpa, por incompatível, ao que se diz com a fórmula tradicional da responsabilidade psíquica. PUGLIA (*La psicologia*

nado ao mundo os seus tão preconizados sistemas penitenciários, inspirados no idealismo *quaker* da regeneração dos delinquentes, a grande República norte-americana, atestando a inanidade de sua própria obra, teve de inventar a cadeira elétrica, instituir os *G-men* e construir as *malebolgi* da ilha de Alcatraz, que sobrepuja as bastilhas medievais no tratamento *more bellico* dos seus reclusos. O insucesso da penitenciária, pondera-se, vem de que ela persistiu no critério errôneo de *castigar*, ao invés de propor-se, exclusivamente, a finalidade de uma reeducação racional. Conjugando fins antagônicos, quais sejam *castigo* e *reforma*, redundou num hibridismo infecundo. Verifica-se que há, irremediavelmente, na sua técnica, qualquer coisa que esteriliza, deforma e encrua a alma dos seus hóspedes forçados (BARNES e TEETERS, *New horizons in criminology*, 1943). O rigor da sua disciplina extirpa o que ainda existe de aproveitável e de bom no criminoso. Longe de conseguir o objetivo de reabilitação, é uma incubadeira de reincidentes. Os estabelecimentos da atualidade não passam — afirma-se — de monumentos de estupidez. Para reajustar homens à vida social, invertem os processos lógicos de socialização: impõem silêncio ao único animal que fala; obrigam a regras que eliminam qualquer esforço de reconstrução moral para a vida livre de amanhã; induzem a um passivismo hipócrita pelo medo do castigo disciplinar, ao invés de remodelar caracteres ao influxo de nobres e elevados motivos; aviltam e desfibram, ao invés de incutirem o espírito de hombridade, o sentimento de amor próprio; pretendem, paradoxalmente, preparar para a liberdade mediante um sistema de cativeiro.\* Dobrado à rígida disciplina, não é senão apa-

\* Presentemente, está-se preconizando a chamada "prisão aberta", que é a abolição do regime de escravidão carcerária e uma conciliação entre a pena tradicional e a continuidade do contato do condenado com a vida livre. Postula-se que ensinar a viver em liberdade é o único meio racional de preparar para a liberdade, a que terá de ser devolvido o prisioneiro. A "prisão fechada", com o seu regime de ferrenha disciplina, é contraproducente, porque, suprimindo o espírito de iniciativa e a coragem de viver por si mesmo, agrava o desajuste social do criminoso. Ao término da pena, volta ele a um mundo que se lhe tornou estranho e que o recebe com desconfiança e desprezo. É um indivíduo totalmente fracassado na competição da vida e a quem o destino coloca numa encruzilhada: ou a mendicância, ou a vadiagem, ou o suicídio, ou a recaída no crime. Esta última é a solução freqüentemente adotada, e para a qual o contágio da desvergonha e insensibilidade moral de seus ex-companheiros de prisão o preparou. Na "prisão aberta" (desprovida de grades, de tranças, de muralhas, de circunvalações), os condenados vivem num regime de *self government* e de cooperativismo,



della colpa, págs. 135 e segs.) postulava a radical exclusão do ilícito culposos da esfera penal. FERRI, embora defendendo a punibilidade da culpa com fundamento na necessidade da

---

rentemente que o recluso demonstra a sua regeneração: posto em liberdade, ainda que *sub conditione*, ei-lo de novo na senda do crime. A sua intercorrente prisão foi apenas um *acidente no trabalho*... E por aí vai, acompanhado de objuratórias de profeta bíblico, o pessimismo dos adversários da penitenciária. Será, porém, verdade que haja resultado inteiramente improficuo todo o imenso e custoso esforço de mais de um século de penitenciário? É o que formalmente devemos contestar. Não se justifica o acrimonioso libelo formulado pelo transbordante *humanitarismo* de certos poetas líricos a serviço da causa de combate à delinquência. Não pode ser trazido à balha, para descrédito do regime penitenciário, o exemplo dos Estados Unidos, com o seu espantoso recrudescimento de criminalidade. Há toda uma série de causas *extraordinárias* que explicam, sem argumentar-se com a pretendida ineficiência do sistema penitenciário, o fenômeno desse alarmante surto de delinquência, que, aliás, mesmo antes da última guerra mundial, já se achava em franco declínio, dada a aplicação de medidas excepcionalmente drásticas. O regime penitenciário serve ao objetivo de reduzir ao *minimum* a atividade criminosa dentro das condições sociais normais. Não possui, nem alardeia possuir o condão mirífico de uma infalível e onímoda *vis medicatrix*. O que se passa, ou, melhor, o que se passou no país dos *yankees* foi uma resultante de singulares fatores criminógenos, irreduzíveis, na sua transitória exacerbação, aos processos comuns de repressão e prevenção da delinquência. Apontemo-los, de relance. A torvelinhante caudal da *strennuous life* norte-americana criou uma vertiginosa *steeple-chase* pelo dinheiro. A fome de ouro lavrou espíritos e corações. A improvisação de imensas fortunas pelos meios reputados legais fez despertar a cobiça daqueles que, incapazes de êxito pelos processos regulares ou consentidos, recorreram a toda espécie de meios ilícitos e criminosos. Difundiu-se a estranha filosofia do *something for nothing*. Para enriquecer depressa, e facilmente, os

---

chegando o sistema de semiliberdade ao extremo de permitir aos mais dignos o trabalho fora do estabelecimento penal, em lavouras ou fábricas da circunvizinhança, de onde somente retornam para o pernoite.

A "prisão aberta" tem sido aplicada, com maior ou menor êxito, na Inglaterra, Canadá, Suécia e Suíça. No Brasil, já houve uma tímida experiência em São Paulo e Alagoas. Ao que parece, os resultados não foram muito animadores, mas, nada obstante, o atual projeto de Código Penitenciário contém todo um capítulo consagrado à disciplina do novo regime penal.

defesa social, assim argumentava, em contraposição ao postulado clássico: “Se o fato criminoso se pune porque efeito “de livre escolha ou mesmo de simples voluntariedade, não

---

*corredores sem handicap*, oriundos notadamente do seio dos inassimilados filhos de imigrantes, lançaram mão do *racketeering*, do crime organizado, do *gangsterismo*, do *kidnapping*, do *blackmail*. Nesse meio tempo, veio a famosa *Lei Seca*, que, fraudada sistematicamente, não conseguiu impedir o uso do álcool e deu ensejo ao contrabando em grande escala e à formação de *partidos* de contrabandistas, que, mutuamente hostis, chegavam a guerrear-se a metralhadora na própria via pública. Ajudava-os, para maior incremento do flagelo, segundo denuncia J. E. Hoover, diretor do Federal Bureau of Investigation, a “untuosa convivência de políticos venais”. Revogada supervenientemente a proibição do álcool, os seus *aproveitadores* passaram, derivativamente, a *rackets*, a salteadores de bancos, a extorsionários, formando uma verdadeira legião de *cães danados* (*mad dogs*, como dizem os americanos do norte) e fazendo subir o coeficiente da criminalidade a um grau jamais atingido. E foi então que surgiram Alcatraz e os *G-men*, para enterrar vivos ou matar sumariamente os Al Capone, os Dillinger e os *Baby Face* Nelson. É explicável que, para contrabalançar a penalogia *machine-gun* ou *treat them rough*, haja surgido nos Estados Unidos a criminologia “pão-de-ló” ou *cream puff*, cujos postulados o citado Hoover qualifica de *moo-cow sentimentalities* (ao pé da letra: “sentimentalismos de vaca mugidora”). A contenda entre as posições extremadas é o prelúdio de sempre ao advento ou retorno do meio termo, que é a expressão do equilíbrio ou da justa medida.

Não se pode repudiar, irrestritamente, o sistema ético-jurídico da pena, cuja modalidade principal é a prisão. A *compensatio mali cum malo* é ditada por uma lei da natureza e depara justificação em nossa própria consciência. Não há argumentar que a pena-retribuição é resquício do talião primitivo. O *modus faciendi* da punição tem evoluído no sentido da brandura e da estilizada proporção, mas a idéia da retorsão do mal pelo mal continua inscrita e viva na razão humana, tal como no tempo do “olho por olho, dente por dente”. Surgiu com os primeiros homens e há de ser pedagogia de todos os tempos a correspondência entre o mal e o castigo, entre o bem e o prêmio. A pena, como sofrimento imposto aos que delinquem ou como contragolpe do crime (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*), traduz, primacialmente, um princípio humano por excelência, que é o da justa recompensa: cada um deve ter o que merece. Além disso, é reparação, é disciplina e é escarmento. É repa-



“será possível dar uma explicação lógica e jurídica da punição dos crimes culposos, especialmente quando consistem numa omissão involuntária, por exemplo, quando o guarda

ração porque restabelece a ordem jurídica violada pelo crime, aplaca a indignação contra o criminoso e reintegra a consciência jurídica da coletividade. É disciplina porque reafirma o princípio da autoridade, que o criminoso desrespeitou. É escarmento porque representa um indelével *memento* para o criminoso que a sofre e um indireto contramotivo aos possíveis criminosos de amanhã. Sem dúvida alguma, a pena não deve ser um castigo infligido exclusivamente por amor ao castigo. O direito penal não é construído no plano da “razão pura” de KANT. Não visa à justiça absoluta, não atende apenas a um imperativo ético. A pena não é somente um *fin em si*, senão também um meio de utilidade social. É repressiva e preventiva: *quia peccatum est et ne peccetur*. Destina-se a punir o mal pretérito e a evitar o mal futuro. Retribuindo o mal pelo mal, é, simultaneamente, um meio profilático da *james peccati*. Do ponto de vista relativo, a pena é incontestavelmente um meio de emenda, um instrumento de regeneração e um freio contra o crime. Não vale dizer que a pena é impotente para conjurar uma grande percentagem de reincidentes, assim como não impede a delinqüência primária. A ilação a tirar-se daí não é que a pena seja *ineficiente*, mas, sim, que é, em muitos casos, *insuficiente*. Os seres humanos não são impelidos pelo prazer ou repelidos pela dor de modo invariável ou uniforme, como asseguram os hedonistas. O êxito da pena, assim, não pode ser infalível em todos os casos. Não é justo nem leal argüir-se o nenhum efeito da pena, tendo-se em vista somente os que delinqüem e os que reincidem; porque se abstraem, dessarte, em favor de um estreito unilateralismo, a infinidade dos que não vão ao crime *formidine poenae* e o copioso número dos que, escarmentados ou emendados pela pena, não retornam ao crime. Suprima-se a pena (*quod Deus avertat*) e o crime seria, talvez, a lei da maioria. É indubitável a eficácia inibidora do castigo. A propósito, raciocina com *humour* o Prof. THORNDYKE (*Man and his works*, 1943): “Se certo prazer, por exemplo, o de beber um copo de cerveja, é acompanhado de certa punição, digamos, pagar alguns niqueis, o hábito, em determinado indivíduo, pode estabilizar-se na ingestão de três copos de cerveja por dia; mas, se a cerveja vem a ser-lhe fornecida de graça, rapidamente passará a beber uma dúzia de copos “diários”.... Afastada a ameaça da pena e a crer-se, segundo quer PATRIZI, que no fundo de cada um de nós há um criminoso nato, estaria implantada no convívio social a lei da *jungle*. Pondera-se,

“ferroviário, na cabina de bloqueio, *esquece* de dar passagem  
“livre ao comboio que chega e, por sua omissão, vai colidir  
“com outro. Neste caso, não se pode, sequer, dizer que seja

---

é certo, que a pena seria substituída por outras medidas, inteiramente isentas da idéia de expiação ou sofrimento, mas com maior virtude anticriminógena. Em primeiro lugar, se se renuncia ao efeito intimidativo da pena, ter-se-ia abolido a política de *prevenção geral* contra o crime. Em segundo lugar, pergunta-se: quais serão as medidas radical e vantajosamente substitutivas da pena? Estamos, a tal respeito, como reconhecia o próprio DORADO, em pleno domínio da alquimia. Tateios e ensaios. Fala-se em processos de cura, de tutela, de reeducação. Dever-se-ão tratar os criminosos adultos como já são tratados os delinquentes juvenis. O pensamento que construiu o Reformatório de Elmira deve ser irrestritamente ampliado e sob moldes que façam esquecer por completo a prisão tradicional. Ao invés de prisões, tão-somente hospitais, manicômios, educandários, reformatórios. Ao invés de carcereiros e guardas, médicos, psiquiatras, psicólogos e pedagogos. As urtigas com todas as variantes do *Panopticon* de BENTHAM e seus *gardes-chiourme*!

Não nos enganemos, porém, com a criminologia dos visionários e utopistas. O objetivo da reforma dos delinquentes deve ser perseguido sem tréguas, pelos processos menos aleatórios que a experiência tem preconizado; mas seria aventura insensata a abolição da pena. Suprimir totalmente o caráter aflitivo e intimidante da sanção contra o crime, seria deixar à solta a alcateia dos instintos inferiores. A delinquência é diátese cancerosa para a qual ainda não se encontrou, nem talvez se encontrará jamais remédio específico. Nasceu com Caim e há de acompanhar o homem na terra. O que se pode exercer contra ela são paliativos, recursos para coibir-lhe a latitude, expedientes destinados a reduzi-la ao menor coeficiente possível. A penologia vigente está certa ou, pelo menos, é prudente: não se abalança a destruir no solo firme para construir no espaço aéreo. É cautelosamente pragmática. Não avança demais no nevoeiro. No seu louvável ecletismo, não se filia a critérios rígidos ou a dogmas intratáveis, nem se prende indefinidamente à lógica de tal ou qual princípio. Assenta seus fundamentos naquela “*punte de todos los rios*”, a que se referia o cigano de GARCIA LORCA. Faz justiça e faz política. Atende, a um só tempo, à moral pura e à moral prática. Ora admite a culpa moral, com o seu corolário da pena-retribuição; ora prescinde dela, para aceitar, sem rebuços, o princípio puramente utilitário da defesa social. Atribui à pena uma dupla função: expiatória ou repressiva e finalística ou preventiva; e, ao lado da pena,

“voluntário o ato inicial de que deriva o dano”.<sup>156</sup> Ora, o ferroviário, no exemplo dado, omitiu a devida atenção ao seu dever, e como a atenção é governada pela vontade, não se pode negar que ele deu causa *voluntária* ao evento lesivo. Não lhe faltou a possibilidade de estar atento e não ignorava que sua desatenção poderia ocasionar o desastre; de modo que o seu

---

<sup>156</sup> Na *Relazione* sobre o seu famoso Projeto de 1921, dizia FERRI que, se a impunibilidade da culpa era conclusão lógica das premissas tradicionais da imputabilidade humana, tal conclusão “*era troppo contraria alle più evidenti necessità della vita sociale, crescenti anzi col complicarsi vertiginoso della civiltà moderna, fomentatrice di delitti colposi*”.

---

como seu substitutivo ou complemento, a *medida de segurança*. A pena olha, simultaneamente, para o passado (*quia peccatum est*) e para o futuro (*ne peccetur*); a medida de segurança olha somente para o futuro. Para uma, o crime *acontecido* é fundamento necessário e suficiente; para outra, é apenas *ocasião*, pois o seu fundamento essencial é a *periculosidade* do autor do crime. Para a incidência na pena, basta o crime, pois somente na medida do seu *quantum* é que se tem em conta a pessoa do criminoso. Para a medida de segurança, o crime é apenas um eventual sintoma ou indício de periculosidade subjetiva, que é a sua condição *sine qua non*. A pena é reação ético-jurídica (choque de retorno do crime, mal infligido ao indivíduo que, culpadamente, violou a lei) e, no mesmo passo, *prevenção especial* (segregação, escarmento ou emenda do criminoso) e *prevenção geral* (*controsptinta* à prática de futuros crimes por outros membros da coletividade). A medida de segurança, diversamente, não é um mal ou castigo, mas um meio curativo ou reeducativo, de hospitalização, de internação benéfica, de possível readaptação: sua única *ratio essendi* é a *prevenção especial*, isto é, o objetivo de conjurar a probabilidade de novos malefícios por parte do indivíduo, procurando-se recuperá-lo para o seu próprio bem e para o bem da sociedade. A pena só é aplicável aos *responsáveis*; a medida de segurança somente se impõe aos perigosos, sejam responsáveis ou irresponsáveis, posto que no primeiro caso a pena haja resultado insuficiente. A pena tem em conta o que o indivíduo fez; a medida de segurança, o que ele é.

esquecimento resultou de *não ter querido estar atento*.<sup>157</sup> Houve, de sua parte, uma recusa de atenção e, portanto, um ato de vontade, uma causa voluntária inicial do evento lesivo. IMPALLOMENI figura e resolve a seguinte hipótese: “Se “ não se provê às obras necessárias para remover o perigo de ruína de um edifício, e este vem a desabar, fazendo vítimas, “o proprietário, que revele não ter tido conhecimento de tal “perigo por descuidar de inspecionar sua propriedade, será “responsável por homicídio culposo, tal como se tivesse tido “conhecimento do perigo”. É que em tal caso, não obstante a inconsciência da omissão, imediatamente produtiva do evento, houve uma precedente omissão voluntária, qual a de não procurar o proprietário certificar-se do estado de sua casa. MEZGER<sup>158</sup> fala, aqui, em voluntariedade referível ao “momento antecedente”: a falta censurável do delinqüente culposo por omissão está em ter deixado de prestar *antes*, quando ainda presente em seu espírito o dever de diligência, a atenção suficiente para *não esquecer* as cautelas que devia ter para com o interesse alheio.<sup>159</sup> KÖHLER refere-se ao “motivo de advertência” (*warnendes Motiv*), que é a “solicitação concreta que se apresenta à psique do agente, convidando-o

<sup>157</sup> JANNITTI DI GUYANGA (*Concorso di più persone e valore del pericolo nei delitti colposi*, pág. 345) argumenta: “Il guardiano incorre in una colpa non perdonabile, in quanto, pur avendo accettato un incarico delicatissimo per le possibili conseguenze di una facile disattenzione e pur essendosi reso conto di siffatta importanza, dimostra col fatto di non aver voluto eccitare convenevolmente l'attenzione e le facoltà mnemoniche sino ad avvertire la pericolosità di una omissione e imprudenza, in cui fosse stato eventualmente per incorrere qualche istante prima dell'arrivo del treno”.

<sup>158</sup> Ob. cit., II, pág. 160.

<sup>159</sup> Alguns autores entendem que, nos crimes culposos por omissão, deve falar-se, de preferência, em *inércia da vontade*; mas, se a inércia é involuntária, voluntária é a conduta *diversa*, que se substitui à conduta obrigatória, tornando esta impossível. O indivíduo não agiu como devia, mas diversamente, e nesta *ação substitutiva* é que se encontra o elemento da voluntariedade, indispensável à imputação da culpa. É a teoria do *aliud facere*, que remonta a LUDEN.



a pensar no perigo e a evitá-lo com uma conduta adequada”, e diz que a culpa reside na indiferença em face de tal motivo. E assim disserta o professor da Universidade de Erlangen: “Se partimos da idéia de um homem mentalmente sã e vígil, e o aferirmos pela experiência que temos dos homens da civilização atual, uma solicitação ou obstáculo que segundo essa experiência seja digno de consideração deve provocar uma determinação e uma conduta conformes ao direito. Se tais motivos se apresentaram a uma pessoa dotada de discernimento e, contra a razoável expectativa, deixaram de agir, é natural a dedução de que encontraram uma *resistência psíquica*. A resistência pode constituir numa lentidão de raciocínio ou de ação, ou na tendência a discrepar do pensamento comum, ou, finalmente, no despreço ao *motivo de advertência*. Em todos estes casos, o agente não chega já mais a querer o evento que, se atendesse à advertência, deveria procurar evitar. Nem mesmo é necessário que o motivo de advertência se tenha apresentado de modo a fazer prever o evento nas suas características individuais; basta que tenha havido para o agente a solicitação no sentido de tornar-se consciente daquele gênero de possíveis danos dentro dos quais se enquadra o evento lesivo ocorrido... Há culpa quando o agente abstrai sem justo motivo a solicitação no sentido de representar-se e evitar o perigo do evento que produziu sem querer (ou de um evento da mesma espécie)... Se se quer dar um nome ao fato pelo qual um motivo, que em outras pessoas faz surgir a solicitação para estar de sobreaviso, não exerce o mesmo influxo sobre uma determinada pessoa, pode-se indicar tal resistência como uma recusa à atenção devida e, conseqüentemente, como um ato de vontade”.<sup>160</sup>

É de notar-se que a voluntariedade da *precedente* conduta causal do evento não deixa de existir pelo fato de que

<sup>160</sup> “Dolo, colpa e errore”, in *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, II, págs. 242 e segs.; *Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, § 10.

no momento da realização deste se encontre o agente em estado de inconsciência (por exemplo, a dormir). Tem inteira aplicação ao crime culposos a teoria da *actio libera in causa* (n.º 83). De incontestável acerto foi a decisão do Tribunal Imperial alemão (citada por KÖHLER) ao reconhecer, com aplicação dessa teoria, a culpa de um motorista que, não obstante ter-se dado conta da própria fadiga e prostração, continuou a guiar o carro e, acabando por dormir sobre o volante, veio a atropelar e matar um transeunte.

Não se deve esquecer que, no crime culposos, a imputação psíquica diz respeito à conduta causal, e não ao seu efeito objetivo, que é apenas uma *condição de punibilidade*.<sup>161</sup> E sendo sempre tal conduta referível à vontade, não há antinomia entre a culpa e o postulado da responsabilidade psíquica.

A ordem jurídica não pode renunciar à punibilidade do delinqüente culposos; é este um *desajustado* à disciplina social. Falta-lhe constância na preocupação que, no convívio social, deve ter todo homem responsável, no sentido do *ne-minem lædere* ou de evitar a lesão ou periclitacão do interesse de seus concidadãos. Não só a ofensa intencional ou voluntária da incolumidade ou segurança alheia é antijurídica, senão também aquela que, embora involuntária, deriva de uma conduta voluntária e desconforme com a circunspecção ou ponderação do comum dos homens, e vai atingir direitos e interesses da maior relevância individual e social.<sup>162</sup>

<sup>161</sup> Via de regra, a *efetiva* lesão do interesse ou bem jurídico (evento de dano) é condição à punibilidade do crime culposos; mas, excepcionalmente, basta a simples possibilidade de dano (evento de perigo), como, por exemplo, na forma culposa do crime de "contágio venéreo" (art. 130: "Expor alguém por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso a contágio de moléstia venérea, de que deve saber que está contaminado").

<sup>162</sup> Segundo observa RATIGLIA (ob. cit., pág. 173), "*vi sono, nella vita di ognuno e di tutti i consociati, beni e interessi diversi per natura, entità e vulnerabilità, la difesa dei quali non si appaga del divieto delle offese volontarie; vi sono, in questo grande, unitario, ma eterogeneo e dinamico mondo sociale in cui viviamo e siamo*

78. **Graus da culpa.** Costuma-se dividir a culpa em *lata* ou *grave* (falta da atenção elementar), *leve* (falta da atenção do *homo medius*) e *levíssima* (falta de *extraordinária* atenção), e dizer que esta última é penalmente irrelevante. Em tal sentido, a clássica lição de CARRARA:<sup>163</sup> "... como a "lei humana não pode levar suas exigências ao ponto de "impor aos cidadãos coisas insólitas extraordinárias, assim é "fora de dúvida que a culpa *levíssima* não é imputável por "princípio de justiça". A imunidade penal do grau mínimo da culpa *aquiliiana* (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*) não deve ser, porém, um princípio absoluto. Casos há em que, excepcionalmente, cumpre admitir sua imputação. É o que ocorre, *v. g.*, quando o agente, ao ocasionar involuntariamente o evento lesivo, já estava incidindo *in facto illicito*.

A distinção dos graus da culpa tem relevância no tocante à medida da pena *in concreto* (art. 42); mas é de notar que com ela não tem coincidência a partição da culpa em *inconsciente* e *consciente*. Tal como o Código anterior, o atual não distingue aprioristicamente, para diverso tratamento, entre uma e outra dessas *species* de culpa. É um critério acertado. Já não queremos argumentar com a dificuldade prática (*adducere inconveniens non est resolvere argumentum*) em averiguar, na maioria dos casos, qual delas ocorreu. O que vale ponderar é que pouca ou nenhuma diferença faz não prever um resultado antijurídico, quanto prever a possibilidade do seu advento, mas confiando levemente em que não ocorra, de tal modo que essa confiança é *decisiva* para o empreendimento ou abstenção do ato. Pode mesmo dizer-se que a culpa *consciente*, muitas vezes, será indício de menos obtusidade ou insensibilidade ético-social. Muito bem diz KÖHLER

<sup>163</sup> *Programma*, I, pág. 98.

*presi ogni giorno sempre più, manifestazioni e relazioni che sono bensì il prodotto di una civiltà che ascende geometricamente, ma che si traducono, necessariamente, in sempre nuovi motivi di regole giuridiche all'operare individuale*". Já disse alguém que o progresso está sempre criando novos meios de malefícios involuntários.



que “mais culpado é aquele que não cuidou de olhar o caminho diante de si, em cotejo com aquele que teve esse cuidado, “mas credulamente se persuadiu de que o obstáculo se afastaria a tempo”. Remonta a FEUERBACH a construção teórica do discrimine entre essas duas variantes de culpa, para reputar-se a culpa consciente (*bewusste Fahrlässigkeit*) um *plus* em relação à culpa inconsciente (*unbewusste Fahrlässigkeit*); mas é de enjeitar-se tal critério, pelo menos como um apriorismo. Ao juiz, de preferência, ao aplicar a pena, é que deve ser deixada, de caso em caso, a livre apreciação da maior ou menor gravidade da culpa. O Projeto ALCÂNTARA, imitando o Código italiano, incluía entre as agravantes genéricas a “previsão do evento, em se tratando de crime culposo”; mas a Comissão Revisora, com toda razão, restabeleceu, implicitamente, neste ponto, a solução do Projeto SÁ PEREIRA. Equiparava este, *apertis verbis*, a culpa consciente à culpa inconsciente: “Responde por culpa aquele que, agindo sem a atenção ordinária ou atenção especial a que fosse obrigado ou a de que, segundo as suas condições pessoais e as circunstâncias, pudesse ser capaz, não prevê as consequências possíveis “do seu ato, ou confia do acaso que elas se não produzam”.

**79. Imprudência, negligência, imperícia.** Com esta *trilogia*, o inciso II do art. 15 resume a casuística da culpa. Só há culpa onde há *imprudência*, *negligência* ou *imperícia*. Trata-se, como diz VANNINI, de sutis distinções nominais de uma situação culposa substancialmente idêntica, isto é, omissão, insuficiência, inaptidão grosseira no avaliar as consequências lesivas do próprio ato. Tanto na *imprudência* quanto na *negligência* há inobservância das cautelas aconselhadas pela experiência comum em relação à prática de certos atos ou emprego de certas coisas; mas, enquanto a *imprudência* tem caráter *militante* ou *comissivo*, a *negligência* é o desleixo, a inação, a torpidez. Uma é *imprevisão ativa* (culpa *in committendo*), outra é a *imprevisão passiva* (culpa *in omittendo*). A *imperícia*, de seu lado, não é mais do que uma forma especial de *imprudência* ou de *negligência*: é a inobservância, por

despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos técnicos, das cautelas específicas no exercício de uma arte, ofício ou profissão. Tão imperito é o cirurgião que, pouco versado em anatomia topográfica, pinça o pneumogástrico ao paciente ou corta-lhe um vaso sangüíneo de grosso calibre, quanto o engenheiro que, por erro técnico, constrói uma ponte sem a devida resistência, vindo ela a desabar sob o peso que devera suportar.

Como observam VON HIPPEL e MEZGER, há numerosas atividades ou profissões que encerram, ainda que exercidas com prudência, um certo e, às vezes, considerável perigo, como, por exemplo, a exploração de uma ferrovia ou de uma mina, a exploração de pedreiras em lugares próximos de centros urbanos, o tráfego de automóveis, a profissão médico-cirúrgica etc. Em tais casos, pelas necessidades da vida, permite-se um certo *risco*, isto é, não se proíbe o *perigo* que essas atividades, em si mesmas, traduzem. Somente se pode identificar a culpa quando, no exercício individual da atividade de que se trata, o agente falta com a atenção e cuidado *especiais* que tem o *dever de empregar*. É claro que quanto mais perigosa for a atividade, maior deve ser a prudência e vigilância do agente, não só de acordo com os ditames dos regulamentos legais, como também segundo as sugestões da experiência científica ou da vida prática.

**80. Erro profissional.** Não deve ser confundido com a *imperícia* o *erro profissional* devido à imperfeição mesma da ciência humana. A questão do erro profissional tem sido muito debatida, principalmente no que respeita à responsabilidade dos médicos e cirurgiões. O direito romano punia o médico imperito: "*Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet*" (Dig., de off. præsidi., 1. 6, § 7.º); "*Imperitia quoque culpæ adnumeratur; veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit*" (Just., Inst., liv. IV, tit. III, § 7.º); e na Idade Média eram também severamente punidos os mé-

dicos que, por sua incapacidade, ocasionavam eventos letais. Não raras vezes, porém, imputava-se como culpa o que era apenas atestado da precariedade da arte de curar. Foi MONTESQUIEU quem iniciou uma nova corrente de idéias no sentido de afastar de sobre a cabeça dos médicos a *espada de Dâmoçles* da sanção penal. Desde então começou a ser reconhecida uma certa liberdade de iniciativa dos médicos e a necessidade de tolerância para com os erros devidos à própria imperfeição da ciência hipocrática. E é preciso admitir, com BORRI e CEVIDALI,<sup>164</sup> que, se não fosse essa transigência, não teria sido possível, notadamente, o progresso da cirurgia: “... *i miracoli odierni non sarebbero realizzabili qualora l'arte operativa avesse dovuto aggirarsi inderogabilmente entro i rigidi confini di un sistematismo dottrinalmente prestabilito*”. O médico não tem *carta branca*, mas não pode comprimir a sua atividade dentro de dogmas intratáveis. Não é ele infalível, e desde que agiu racionalmente, obediente aos preceitos fundamentais da ciência, ou ainda que desviando-se deles, mas por motivos plausíveis, não deve ser chamado a contas pela justiça penal, se vem a ocorrer um evento funesto. BRILLON chegava a dizer que em uma só hipótese pode haver ação contra os médicos, isto é, quando tenha havido dolo, porque, então, temos um verdadeiro crime. Não deve ser lançado tão longe o disco. O médico que, por erro grosseiro, causa a morte do paciente, é um criminoso. Ninguém duvida, por exemplo, da punibilidade do médico que, por ignorância, cloroformiza um cardíaco ou ministra ao doente uma dose excessiva de estricnina, ocasionando-lhe a morte. Não há um direito ao erro; mas este será desculpável, quando invencível à mediana cultura médica e tendo-se em vista as circunstâncias do caso concreto. Este critério de *meio-termo* foi bem fixado por DUVERGIE: “Quanto a nós, não admitimos senão a responsabilidade que resulta na negligência do médico para com o doente, do abandono deste em circunstância em que carecia dos seus cuidados, ou, enfim, de uma *falta de tal maneira grave*,

<sup>164</sup> *Trattato di Medicina Legale*, IV, pág. 223.

“que denote a mais completa ignorância de princípios consagrados pelos tempos e pela experiência”. Cada caso concreto tem de ser apreciado de um ponto de vista relativo. Um médico da roça que, alheado ao progresso científico, emprega, num caso de urgência, um processo operatório já condenado, e vem a causar a morte do paciente, deve ser considerado isento de culpa. Em caso idêntico, entretanto, não se eximirá de pena, a título de culpa, um especialista citadino, que não pode deixar de ter o ouvido atento ao *último grito da ciência*.

Cumprido notar que nada tem a ver a questão do erro profissional propriamente dito com as experiências *in anima nobili*, que resultem funestas: em tal caso, há imperdoável *imprudência*, no seu conceito genérico, quando não autêntico *dolo eventual* (desde que se evidencie ter o cientista assumido o risco do provável evento lesivo).

81. **Culpa presumida.** O Código vigente aboliu a chamada *culpa presumida*, ou reconhecível *juris et de jure*, segundo o Código anterior, pelo simples fato de “inobservância de alguma disposição regulamentar”. A este propósito, adverte o ministro CAMPOS, na sua *Exposição de motivos*: “Sem o pressuposto do dolo ou da culpa *stricto sensu*, nenhuma pena será irrogada. *Nulla poena sine culpa*. Em nenhum caso, haverá *presunção* de culpa. Assim, na definição da culpa *stricto sensu*, é inteiramente abolido o dogmatismo da inobservância de alguma disposição regulamentar, pois nem sempre é culposo o evento subsequente”. No regime do antigo Código, já dizíamos, relativamente à distinção entre *culpa efetiva* e *culpa presumida*.<sup>165</sup> “Não é de impugnar-se a distinção desde que a *presunção* de culpa não seja entendida *juris et de jure*, isto é, de modo a excluir, irrestritamente, a prova em contrário. Segundo nossa opinião, no caso de inobservância de disposição regulamentar, dá-se apenas uma inversão do *onus probandi* (falávamos ao tempo em que ao juiz não cabia iniciativa alguma na produção das provas): ao réu incumbe demonstrar a ausência de culpa para eximir-se

<sup>165</sup> *Compêndio de direito penal*, p. e., vol. II.

à condenação, diversamente do que ocorre nos demais casos, em que o ônus da prova cabe à acusação, sob pena de absolvição do réu. Se há disposições regulamentares que são, em si mesmas, indeclináveis normas de cautela e atenção ditadas pela experiência, outras há que não têm esse caráter. O princípio a ser fixado é o seguinte: não vingará a presunção de culpa, se se provar que a inobservância da disposição regulamentar não foi *causa*, mas simples *ocasião* ao evento lesivo. Figuremos um exemplo. Certo indivíduo, guiando um automóvel, em que não está matriculado e cuja direção lhe foi momentaneamente confiada pelo respectivo motorista, atropela e mata um transeunte: presume-se a culpa, não só do indivíduo que estava no volante, como a do motorista matriculado no carro, porque ambos estavam infringindo disposições regulamentares; mas, se vier a ser plenamente provado que o primeiro é um hábil *chauffeur*, tendo sido o fato inteiramente casual, é força reconhecer-se a ausência de culpa. Decidir de outro modo (como não raramente se vê em decisões de nossos juízes e tribunais) é afirmar uma responsabilidade meramente *objetiva*, segundo o arcaico princípio de *qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur*".

Em crítica ao Código de 40, GALDINO SIQUEIRA<sup>168</sup> impugna o critério adotado, invocando o medieval *versari in re illicita* ou a necessidade, na intensidade da vida contemporânea, de rigorosas normas disciplinadoras da conduta individual. A crítica é feita por amor de si mesma, pois não é crível que o ilustre autor ignore o formal repúdio, no direito penal moderno, do *exercitium rei illicitæ*, que vinha mantendo nos Códigos a detestável *responsabilidade objetiva*. Nem se pode compreender que a civilização contemporânea, para corrigir a sua própria intensidade, redundasse nesse lastimoso resultado para o direito penal: o retorno à *responsabilidade sem culpa*, ou seja, à fase primitiva ou embrionária desse ramo do direito. Cedendo à unívoca impugnação doutrinária, os

<sup>168</sup> Código Penal Brasileiro (1941) e Tratado de Direito Penal (1947), vol. I.

mais recentes Códigos entenderam mesmo de ressaltar, com todas as letras, o princípio de que *não há pena sem culpa*. Se tivesse ficado fiel ao *qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur*, o nosso atual Código não seria um Código do seu tempo.

**82. Compensação de culpas.** Discute-se em doutrina se deve ser excluída a punibilidade a título de culpa, quando, com a ação culposa do agente, concorra a da vítima. É a questão da *compensação de culpas*. Figuremos o seguinte caso: um motorista, ao passar num cruzamento de ruas, após a *abertura do sinal* (os motoristas, ao que parece, entendem que, com o *sinal aberto*, adquirem o *direito de matar* quem quer que passe à frente do veículo), imprime ao carro uma arrancada brusca, indo colher e esmagar um pedestre que, desatento ao sinal, empreendia a travessia do local. Indaga-se: dada a convergência de condutas culposas, a do motorista fica *neutralizada* pela da vítima, alheando-se o fato à órbita da repressão penal? CARRARA responderia afirmativamente, pois, segundo ele, "*chi è causa del suo proprio male pianga sè stesso*". A opinião prevalente, porém, é no sentido de que, em direito penal, diversamente do que ocorre em direito civil, as culpas recíprocas do ofensor e do ofendido não se extinguem *quoad concurrentem quantitatem*. In *pœnalibus*, não tem cabimento o critério privatístico da *debiti et crediti inter se contributio* para extinção de obrigações. Já os práticos repeliem a intromissão, em matéria penal, da regra romanística de que *paria delicta mutua pensatione dissolvuntur*. JACOBUS DE ARENA ensinava: "*In criminibus fit compensatio quantum ad executionem civilem; sed quantum ad criminalem executionem, non*". No mesmo sentido NICOLAU DE TUDESCHIS: "*delictum unius non tollitur per peccatum alterius, imo cujuslibet delictum pœna condigna puniri debet*". Mesmo no caso singular da *retorsão de injúrias* (art. 140, § 1.º, II), o que justifica o facultativo *perdão judicial* não é, propriamente, a *compensabilidade* das injúrias recíprocas, mas a consideração de que o primeiro injuriado, ao revidar a ofensa, cede



a um *impetus doloris* até certo ponto desculpável (critério psicológico), enquanto que o primeiro ofensor, de sua parte, vem a sofrer, com a injúria em revide, uma como punição infligida, *ex auctoritate propria*, pelo primeiro injuriado (critério político: *retorsio moderata extrajudiciale remedium reparandæ famæ est*). A teoria de CARRARA contrasta, evidentemente, com a necessidade da tutela e segurança da convivência civil. Se os desatentos pudessem matar ou estropiar-se impunemente, estaria implantada, na vida social, a lei do mato virgem. Além disso, é incoerente a doutrina carrariana.<sup>167</sup> Se, na hipótese de concurso de duas pessoas na ação culposa contra um terceiro, ninguém duvida que ambos devem responder, por que há de ficar impune o ofensor, no caso de concorrência de culpa do ofendido? Este é punido, muitas vezes, com a própria morte, e não se compreende a razão por que há de ficar a coberto de pena o ofensor, tão culpado quanto o ofendido. A teoria da compensação de culpas, em face de um Código, como o nosso, que proclama a *equivalência dos antecedentes causais*, redundaria num flagrante contra-senso. O ofensor só se eximirá de punição quando a culpa tenha sido exclusiva do ofendido, porque, então, o evento lesivo foi, em relação àquele, mera *infelicitas fati*. Admita-se que o juiz, na aplicação da pena (art. 42), tenha em conta a *contribuição* de culpa da vítima (tanto menor será a culpa do ofensor quanto maior for a do ofendido); mas a pena não pode deixar de ser imposta.

---

<sup>167</sup> Assim discorria o célebre professor da Universidade de Pisa: "Quando l'offeso con la propria imperdonabile negligenza fu la prima causa del proprio danno, non può dirsi che la punizione dell'offensore reprima il malo esempio dato agli scioperati: anzi il malo esempio se ne incoraggisca per la pena e per le indennità, non essendo strano che nei calcoli delle umane speculazioni possa entrare anche quello di farsi stroppiare da un ricco signore. Quando poi all'allarme dei buoni, esso è nullo in tali ipotesi, perché la sentenza del poeta: chi è causa del suo proprio male pianga sè stesso, non è che l'espressione di un sentimento universale della pubblica coscienza" (*Programma*, p. g., I, n.º 1.100).



83. "*Actiones liberae in causa*". Como já foi acentuado (n.º 52), a culpabilidade pressupõe a *responsabilidade* ou capacidade de direito penal. Antes de reconhecer a culpabilidade, cumpre indagar se, no momento da ação ou omissão, o indivíduo se achava em *estado de responsabilidade*. Somente no caso afirmativo é que se passa a averiguar se agiu com dolo ou culpa. Responsabilidade e culpabilidade são referíveis, exclusivamente, ao *momento da ação ou omissão*: não entra em linha de conta o *momento do resultado* (que pode suceder à distância daquele). Segundo a lição de von LISZT,<sup>168</sup> "o que regula é o momento em que o movimento "corpóreo voluntário foi empreendido (ou, se se trata de uma "omissão ilegal, devia ser empreendido): pouco importa o "estado mental do agente no momento em que o resultado "se produz". Não é necessário que a consciência e vontade estejam presentes ainda depois que a *causa física* tenha sido posta em movimento. Assim, se alguém predispõe uma armadilha mortífera para colher o seu inimigo, é indiferente que, ao tempo do ulterior funcionamento dela, esteja imerso no mais profundo sono: responderá por homicídio doloso (consumado ou tentado, conforme o caso). Do mesmo modo, se alguém deixa um revólver ao alcance de crianças, e uma destas, ao manejá-lo por curiosidade, é vitimada por um disparo, responderá a título de culpa pelo evento, ainda que nessa ocasião sucessiva se achasse em estado de letargia alcoólica. Em tais casos e muitíssimos outros que se poderiam figurar, o reconhecimento do dolo ou da culpa é solução pacífica. A controvérsia surge, entretanto, quando o *estado de inconsciência* (ou de *perda de autogoverno*) antecede à ação ou omissão, mas verificando-se que foi *preordenado* (procurado intencionalmente) para a prática do crime, ou voluntariamente não foi evitado, em contraste com o dever jurídico, ou, em geral, sabendo o indivíduo que criava a possibilidade do resultado antijurídico (aceitando o risco de produzi-lo ou esperando levianamente que não ocorresse), ou

<sup>168</sup> *Tratado*, trad. de J. HIGINO, § 36, III.

mesmo quando, não tendo previsto essa possibilidade, podia e devia tê-la previsto. Apresentam-se, aqui, as chamadas *actiones liberæ in causa seu ad libertatem relatæ*, cuja teoria remonta aos *práticos* italianos, embora sem a amplitude com que é hoje formulada.<sup>169</sup> No direito penal moderno, o conceito das *actiones liberæ in causa* é o fixado, com precisão, por NARCÉLIO DE QUEIRÓS:<sup>170</sup> “São os casos em que alguém “no estado de não-imputabilidade é causador, por ação ou “omissão, de algum resultado punível, tendo-se colocado na- “quele estado, ou propositadamente, com a intenção de pro- “duzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo pre- “visto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando a po- “dia ou devia prever”.

Tem-se contestado a punibilidade das *actiones* em ques- tão, mesmo quando *preordenado* o estado de irresponsabili- dade. Argüi-se que a capacidade penal deve ser concomi- tante à consumação do crime ou à conduta diretamente cau- sadora do evento antijurídico, ou que não é possível relação causal psicológica entre o estado de consciência e o de incons- ciência, de modo que a *preordenação* não passa de mero *pro- pósito* (*cogitatio*), penalmente indiferente. Segundo teorias intermédias, a punibilidade só deve ser admitida, e a título de dolo, no caso de *preordenação*, ou somente a título de culpa, em qualquer caso.

<sup>169</sup> Os *práticos* limitavam-se a considerar o crime cometido pelo *ebrius* ou pelo *dormiens*, e decidiam uns pela punibilidade a título de dolo, se o estado de inconsciência tivesse sido *preordenado* (*ebrietas affectata*), ou soubesse o agente de sua propensão a malefícios em tal estado; e outros pela punibilidade a título de simples culpa. Neste último sentido se manifestava JULIUS CLARUS (que teve a prestigiosa adesão de CARPSOVIO): “... *committens delictum tempore quo est ebrius... excusatur a dolo, sed non a culpa*”; “... *aliquis dormiendo delinquat ... non enim erat tempore delicti compos mentis; ideo de eo tamquam de furioso videtur iudicandum. Hoc tamen intellige, ut procedat, quando alias ei dormienti tali evenire non solet: sed si aliquando id ei contingere soleret... tunc si ipse non prœcavisset... diceretur esse in culpa*” (*Practica Criminalis*, quæst. 60, ns. 11 e 12).

<sup>170</sup> *Teoria da actio libera in causa*, pág. 40.

Por outro lado, vários são os fundamentos com que se tem procurado justificar essa punibilidade, chegando mesmo a falar-se em *responsabilidade objetiva*, ditada por critério de política criminal, no sentido da defesa social. Não há necessidade de apêlo a êsse recurso extremo e incompatível com o direito penal de gente civilizada. O que legitima a punição na espécie, sem abstração do *nulla poena sine culpa*, é a inegável *referência* da ação ou omissão imediatamente produtiva do resultado antijurídico ao momento em que o agente se coloca em estado de inconsciência ou de abolição de *self control*. Nos casos em que o evento resulta de *omissão* (crimes omissivos próprios ou comissivos por omissão), essa relação é de toda evidência: ninguém pode duvidar, por exemplo, que o guarda ferroviário que propositadamente se embriaga para, descumprindo o dever de dispor os binários, causar uma colisão de comboios, ou inadvertidamente se deixa dominar pelo sono, dando causa ao mesmo resultado, deva responder, no primeiro caso, por desastre *doloso* e, no segundo, por desastre *culposo*. Nos casos de *comissão*, também não deixa de existir esse nexo de causalidade. Conforme observa MANZINI,<sup>171</sup> desde que o estado de perturbação da consciência não suprime a faculdade de movimento corpóreo, sempre fica, segundo a lição científica, um resquício de subconsciência, bastante para que a ação, ao invés de um puro *fortuito* psicológico, se ligue à vontade originária. E assim conclui o insigne tratadista, cuidando da hipótese da *preordenação*: "... segue-se que o indivíduo que se colocou ou se "fêz colocar em tal estado, com o fim de facilitar a execução "de um crime ou de preparar-se uma escusa, é plenamente "responsável, porque se serviu de si mesmo como de um instrumento para cometer o fato. E no tornar-se ou fazer-se "tornar a si mesmo um meio atualmente inconsciente da "própria vontade a princípio consciente, está a concomitância do dolo com um momento da execução do crime — o "que basta para a imputação deste". E mesmo quando não

<sup>171</sup> *Trattato*, I, pág. 618.

haja *preordenação*, não fica excluída, nos crimes comissivos, a responsabilidade a título de dolo, desde que, ao colocar-se voluntariamente em estado de conturbação psíquica, o indivíduo soube que estava criando o risco, que aceitou, de ocasionar resultados antijurídicos. Posto que haja relação causal entre o *voluntário* estado de inconsciência e a conduta produtiva do evento lesivo, não há por que desconhecer a culpabilidade: sob a forma do dolo, se o evento corresponde à vontade conturbada, que se alia à atitude psíquica inicial de *aceitação do risco*; sob a forma de culpa *stricto sensu*, se o evento resulta de transitória perda do poder de atenção inerente ou conseqüente ao estado de perturbação mental voluntariamente provocado.

A teoria da *actio libera in causa* é modernamente utilizada em variados casos, até mesmo para justificar a punibilidade dos crimes praticados em estado de *emoção violenta*. Assim argumenta NARCÉLIO, apoiando esse critério ampliativo: “Se o delito resultou de um estado emocional que podia “ter sido evitado e só foi possível pela falta de disciplina do “agente... , não pode haver dúvida de que o ato por ele praticado possa ser, de certa maneira, considerado como voluntário na sua causa. E a punição dos crimes assim praticados, no estado de perturbação emocional, deve encontrar “a sua justificação, não na chamada *responsabilidade objetiva*, ou *legal*, mas na teoria da *actio libera in causa*”.<sup>172</sup>

O nosso Código, como adiante veremos (ns. 109 e 110), adotou em toda a sua plenitude, a respeito dos crimes praticados em estado de *embriaguez* (pelo álcool ou substância de efeitos análogos) e de *emoção* ou *paixão*, a teoria da *actio libera in causa*. Nos demais casos (sono natural, automatismo sonambúlico, estado hipnótico etc.), somente a título de culpa *stricto sensu* poderá ser admitida a punibilidade. No caso de embriaguez preordenada (*affectata*) é reconhecida uma agravante genérica (art. 44, II, letra c).

<sup>172</sup> Ob. cit., pág. 77.

**84. Punibilidade excepcional dos fatos culposos.** A punibilidade a título de culpa tem caráter excepcional. Segundo generalizado critério de política jurídico-penal, a culpa só é incriminada quando se trata da salvaguarda de relevantes interesses ou bens jurídicos, e de eventos *efetivamente* lesivos ou extremamente perigosos à sua segurança ou incolumidade. Como exceção à *regra geral* da punibilidade, a título de dolo, a punibilidade de culpa só é reconhecível nos “casos expressos”. Neste exclusivo sentido é que deve ser interpretado o parág. único do art. 15: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Já se pretendeu que este dispositivo autoriza a *responsabilidade objetiva*, isto é, a sua ressalva abrange também os possíveis “casos expressos” de imputação sem culpa. Esquece-se, porém, que se trata de um *parágrafo*, ou, seja, de um *complemento* do art. 15, em cujo texto só há referência ao dolo e à culpa (como formas únicas da imprescindível causalidade psíquica) e a que está substancialmente adstrito ou subordinado. Não se pode considerar *implícita* no parágrafo a hipótese de responsabilidade objetiva, que o *caput* desconhece (e que a sistemática do Código, aliás, irrestritamente, repudia). O nosso Código não imitou o péssimo exemplo do Código italiano que, no seu art. 42, depois de referir-se ao dolo, à preterintenção e à culpa, acrescenta: “A lei determina os casos em que o evento é, *de outro modo*, levado à conta do agente como consequência da sua ação ou omissão”.

Ignorância  
ou erro de  
direito

**Art. 16.** *A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.*

Erro de fato

**Art. 17.** *É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.*

**Erro culposo**            § 1.º *Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.*

**Erro determinado por terceiro**            § 2.º *Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.*

**Erro sobre a pessoa**            § 3.º *O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.*

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* italiano, arts. 5.º, 47 e 48 suíço, arts. 19 e 20; polonês, art. 20, §§ 1.º e 2.º; português, arts. 29, ns. 1 a 6, e 44, n. 6; dinamarquês, art. 84, 3.º; noruegês, § 57; letão, art. 41; russo, art. 48, letra g; argentino, art. 34, § 1.º; colombiano, arts. 14 e 23; §§ 2.º e 3.º; mexicano, art. 9.º, ns. III, IV e V; cubano, arts. 31, 33, 35, H, e 37, F; chileno, art. 1.º, última alínea; nicaraguense, art. 3.º; costa-riquense, arts. 22 e 24; equatoriano, arts. 29, n.º VIII, e 36; guatemalteco, art. 12; panamenho, art. 42; paraguaio, arts. 15, 17 e 21, n.º I; peruano, arts. 84 e 87; salvadoreense, art. 1.º, última alínea; uruguaio, arts. 22 e 25; venezuelano, arts. 60 e 68.

**BIBLIOGRAFIA** (especial). FROSALI (R. A.), *L'errore nella teoria del diritto penale*, 1933; KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbe-griff im Strafrecht* (Erro e culpa em direito penal), 1903; WEIZ, *Die Arten des Irrtum* (As espécies do erro), in *Strafrechtliche Abhand-lugen*, fasc. 296; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Reflexiones sobre el error de de-recho en materia penal*, 1942; CARRARA, *Della ignoranza como scusa*, in *Opuscoli*, VII; BROCHARD, *De l'erreur*, 1926; ENGELMANN, *Irrtum und Schuld* (Erro e culpa), 1922; VON HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum* (Dolo, culpa, erro), in *Vergleichende Darstellung*, p. g., vol. III; GRAF ZU DOHNA, *Recht und Irrtum* (Direito e erro), 1925; PALAZZO, *L'ignorantia juris et facti nel diritto romano e nel diritto odierno*, in *Scuola Positiva*, 1921, I; SIEGERT, *Notstand und Putativnotwehr* (Legítima defesa e estado de necessidade putativos), 1931; JERSCHKE, *Die Putativnotwehr* (A legítima defesa putativa), in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 124; MARTENS, *Der Irrtum über Straframilderun-gsrunde*, idem, fasc. 246; GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, 1928; LERCH, *Zur Lehre von Rechtsirrtum im Strafrecht* (Para a doutrina

do erro de direito em matéria penal), 1928; DE GENNARO, *Ignoranza e errore di diritto non penale*, in *Riv. Penale*, supl., 1919; ALLFELD, *Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht* (A significação do erro de direito em matéria penal), 1909; SAUER, *Vorsatz, Irrtum, Rechtswidrigkeit (Dolo, erro, injuricidade)*, in *Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, 1930, vol. 51; THURMAYR, *Die Grenzen zwischen error in objecto und aberratio (Limites entre error in persona e aberratio)*, 1932; KÖHLER, *Dolo, culpa, errore*, in *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, I, págs. 215 e segs.; KAHN (O.), *Der ausserstrafrechtlich Rechtsirrtum (O erro de direito extrapenal)*, in *Strafrecht. Abhandl.*, fasc. 30; PENSO (G.), *Ignoranza ed errore nel diritto penale*, 1926; e *La difesa legittima*, 1939 (cap. sobre a legítima defesa putativa); ATAVILLA (E.), *Errore ed ignoranza*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V; SINGER, *Über den Einfluss des Rechtsirrtums auf dem Vorsatz in deutschen Strafrecht (Sobre a influência do erro de direito no direito penal alemão)*, 1909; SCHWEIZER, *Zur Lehre von Irrtum in Strafrecht*, 1906; LIEPMANN, *Rechtsirrtum*, in *Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, 1916; vol. 38; BATTAGLINI, *Errore su legge diversa della legge penale*, in *Giustizia Penale*, 1933, II; HUNGRIA, *A legítima defesa putativa*, 1936; LEONE (G.), *Il reato aberrante*, 1940; BETTIOL, *Sul reato aberrante*, in *Scritti giuridici in memoria de E. MASSARI*, 1938; HACKEL, *Error in objecto und aberratio ictus in italienischen Strafrecht*, 1935.

#### COMENTARIO

85. Ignorância ou erro de direito. No art. 16, o Código declara irrelevantes a ignorância da lei (desconhecimento da existência da lei) ou o erro de direito (errada compreensão da lei), colocando-os em pé de igualdade.<sup>1</sup> Praticamente, tanto faz a ausência total de conhecimento (ignorância) quanto o conhecimento desconforme com a realidade (erro). Não há por que distinguir, para diverso tratamento jurídico, entre o *nenhum* e o *falso* conhecimento da lei, entre a *ignorantia legis* e o *error juris*, entre o não-conhecer e o conhecer mal a norma legal. A *ignorantia legis*

<sup>1</sup> O art. 16 do Código corresponde, na intenção, ao art. 14 do Projeto ALCÂNTARA: "Não exime de pena o agente o erro ou ignorância da lei penal". A Comissão Revisora não podia conformar-se com esta péssima redação: o que é irrelevante não é o erro da lei penal, mas o erro no entendimento da lei penal.



não deixa de ser um *error juris* em sentido lato, pois vale o mesmo que *falsa convicção* de inexistência da lei. Não há, portanto, inconveniente ou impropriedade de técnica com o empregar-se na espécie, em caráter genérico, a expressão “êrro de direito”.

O Código vigente permaneceu fiel ao princípio tradicional de que *error juris nocet*,<sup>2</sup> e somente condescende em atribuir ao erro de direito, quando escusável, influência atenuadora da pena (art. 48, III). Censurando ao legislador brasileiro essa escassa transigência com a rigidez do velho princípio, ASÚA<sup>3</sup> chama à colação, para um cotejo desfavorável ao Código, o Projeto SÁ PEREIRA, que, sob certas condições, admitia a relevância do *error juris* em matéria de infrações *meramente convencionais*. Percebe-se, porém, que o insigne penalista, ao tempo de sua crítica, ainda não conhecia a

---

<sup>2</sup> Já o direito romano sentenciava: *juris quidem ignorantiam non excusat* (Dig., 22, 6, 1. 9). Somente se eximiam à severidade da regra, em certos casos, as mulheres, os menores, os *tyrones* (soldados bisonhos) e os *rustici*. Na Idade Média, predominava o mesmo critério: *regulariter juris error non excusat* (ARETINUS). O direito estatutário condescendia com a ignorância do *direito local*, mas não com a do chamado *jus naturale vel divinum: ignorantia juris naturalis vel divini neminen excusat... etiam si sit paganus vel homo syvester semper in montanis nutritus, ita quod nunquam ad eum prædicatio pervenerit, nam in omnem terram exivit sonus Apostolorum*.

Modernamente, os Códigos Penais em geral (expressamente ou segundo a interpretação jurisprudencial) persistem na inescusabilidade do erro de direito, ora irrestritamente, ora admitindo-a a respeito das infrações de pura criação política ou que, como dizem as fontes romanas, *atrocitatem facinoris non habent*. O Código da Letônia (1933), entretanto, não distingue entre erro de direito e erro de fato (escusáveis) para a exclusão do dolo (art. 41). O Código suíço (1937) permite ao juiz diminuir livremente ou deixar de aplicar a pena no caso em que o agente tinha *razões suficientes* para acreditar lícita a sua conduta (art. 20). Idêntico é o critério de decisão do Código norueguês (1902), § 57: “Se o autor de uma infração julgava não transgredir a lei, a pena poderá ser reduzida abaixo do “mínimo, ou substituída por outra, quando não for o caso de absolvição”.

<sup>3</sup> *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*, pág. 61.

nossa Lei das Contravenções Penais, para onde foram transladadas, na sua quase totalidade, as infrações de mera criação política (ou meramente convencionais), e cujo art. 8.º dispõe, com mais amplitude que o Projeto SÁ PEREIRA: “No caso de ignorância ou errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada”.<sup>4</sup>

GALDINO SIQUEIRA opina que o dispositivo sobre a irrelevância do erro de direito devia estar no setor da “aplicação da lei penal”, e não no que cuida da *culpabilidade*. Ora, o erro de direito, se fosse atendível, seria uma *causa de exclusão de culpabilidade*. Entre estas se acha, por sinal, a “obediência à ordem de superior hierárquico”, que é um caso excepcional em que se admite a relevância do *error juris*. Inexiste, portanto, a argüida falha de técnica. Assevera ainda o ilustre censor, com ares de quem emite um conceito axiomático, que já “não há distinguir entre erro de direito e erro de fato para a “isenção da pena, ou, como diz VON LISZT, não há que distinguir se o erro consiste na inexata apreciação dos fatos ou “na errônea inteligência das disposições de direito em questão, ou na errônea aplicação destas àquelas, na errônea “compreensão dos fatos sob a lei (subsunção)”.<sup>5</sup> Em primeiro lugar, isolando um conceito de VON LISZT, não obstante sua ligação com outros, que o explicam, GALDINO foi infiel ao seu oráculo. O que VON LISZT dizia, na interpretação do

<sup>4</sup> Era este o dispositivo do Projeto SÁ PEREIRA (art. 30): “A ignorância da lei penal não exclui a responsabilidade; a ela, porém, “atenderá o juiz nas infrações meramente convencionais, verificando que: I — a ilegalidade é elementar na qualificação da infração; II — a ignorância é devida a força maior, ou impossibilidade manifesta; III — o infrator é analfabeto, ou estrangeiro ainda não familiarizado com a língua do país e seus costumes. “Parágrafo único. A responsabilidade será excluída: I, verificada “qualquer das hipóteses no n.º II; II, concorrendo com a hipótese “do n.º I qualquer das previstas no n.º III. Fora destes casos, a “pena poderá ser livremente atenuada”.

<sup>5</sup> Código Penal Brasileiro, pág. 85. A crítica é repetida no *Tratado de Direito Penal*, vol. I.

*debatido* § 59 do Código alemão, é que, ressalvado o erro concernente à ilegalidade da ação, será impraticável uma nítida distinção entre erro de direito e erro de fato, pois um sempre envolve o outro. Assim, somente a ignorância da lei é irrelevante. Semelhante ponto de vista, contrário à jurisprudência do próprio Tribunal Imperial alemão, é de todo inaceitável, mesmo *de jure condendo*, por demasiadamente extensivo da noção do erro relevante. VON LISZT declarava relevante, por exemplo, o erro de subsunção ou erro de enquadramento do fato sob a lei. Se um indivíduo falsifica um *escrito*, ignorando que se trata de um *documento*, no sentido do dispositivo que incrimina a *falsidade documental*, não pratica um crime doloso. Não padece dúvida que o raciocínio lisztchiano, a ser adotado pelo direito positivo, seria profundamente *desconfortante* para o interesse da defesa social. Acontece, porém, que tal raciocínio não foi acolhido nem mesmo na Alemanha. Repeliu-o o Tribunal Imperial (que sempre distinguiu, com precisão, entre as duas espécies de erro, somente equiparando ao erro de fato o “erro sobre lei extrapenal”), e no próprio *Tratado* de von LISZT, atualizado por EBERHARD SCHMIDT, já não se admite a relevância do chamado *erro de subsunção*, embora, na atualidade, grande parte de autores alemães se pronuncie (na interpretação de preceito da lei penal de seu país) no sentido de que, quando o erro versa sobre características do crime, é indiferente, para o efeito de exclusão do dolo e mesmo da culpa *stricto sensu* (se invencível o erro), que se trate de erro de fato ou de direito.

Manifestando-se, *de lege ferenda*, pela razoabilidade dessa tese, SOLER (ob. cit., t. II, pág. 81) argumenta que não há diferença essencial, por exemplo, entre o fato do indivíduo que entra ilícitamente num escritório porque julga ser este um *lugar público* e o do indivíduo que o faz porque julga que um escritório não é “domicílio”, no sentido legal. Realmente, não há diferença alguma, sob o ponto de vista prático; mas SOLER declara que, no primeiro caso, se pretende que haja um *erro de fato*. Ora, isto é argumentar com um dado falso. Ninguém poderá sustentar, com êxito, que o in-

divíduo que supõe um escritório *lugar público* (conceito jurídico) comete um erro de fato: o que ele comete é um autêntico erro de direito, isto é, um erro sobre o que seja, em face da lei, um *lugar público*. Erro de fato praticaria ele se entrasse no escritório supondo falsamente que se tratasse, por exemplo, de uma sala de espera.

Nessa controvérsia sobre equiparação entre o *error facti* e o *error juris*, cumpre evitar a influência doutrinária de certos autores alemães, que gravitam em torno do famoso § 59 do Código germânico, tentando resolver um problema de construção dogmática, e não de política criminal ou de direito penal *in fieri*. A essa influência, entretanto, não se esquivou, entre outros, o provector Asúa (defensor da radical equivalência das duas modalidades de erro), inadvertido de que os penalistas tedescos debatem sobre texto de lei nacional, cuja insuficiente explicitude parece permitir a defesa da tese de unificação: "Se alguém, ao praticar uma ação pu-  
" nível, não conhecia a existência de circunstâncias atinentes  
" à configuração do crime ou agravantes da penalidade, não  
" lhe serão elas imputadas".<sup>6</sup> Acresce que a interpretação dêste dispositivo, no sentido da extensibilidade da relevância do erro de direito, não seria, talvez, politicamente desaconselhável na Alemanha, onde, pela generalização de uma disciplinada *opinio juris*, dificilmente viável seria a alegação de falta de consciência de injuricidade por erro de direito.

Esta consideração é que, naturalmente, explica a tendência, nos sucessivos projetos de novo Código alemão, para a abolição da diversidade de tratamento entre erro de direito e erro de fato.<sup>7</sup> Em países, porém, como o Brasil, onde im-

<sup>6</sup> "Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumsständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen".

Este dispositivo, apesar de ser um *caput tempestarum*, foi trasladado por GALDINO para o seu projeto de 1913 (art. 12).

<sup>7</sup> Assim, os projetos de 1927 e 1930: "Se o agente procede intencionalmente, mas por escusável erro de direito, que lhe não

pera o analfabetismo e em cuja vastidão a consciência jurídica do povo escasseia à proporção que se distancia do litoral, seria erro gravíssimo a admissão da generalizada relevância do erro de direito. Afora o caso de crimes que *atrocitatem facinoris habent*, estaria criado para a gente inculta dos “morros” e do remoto sertão, com o elastério da escusativa, um verdadeiro *bill* de indenidade contra a justiça penal.

Certamente, a *consciência da injuricidade*, integrante do dolo, deveria ser excluída pelo erro de direito, quanto o é pelo erro de fato; mas o erro de direito deve ser declarado inescusável, pelo menos em países com diversidade de graus de adiantamento cultural, por isso que, além de prover da omissão do dever cívico de conhecer as proibições impostas pela necessidade da disciplina social, importaria, se considerado relevante, a impunidade de extenso número de delinquentes, em cuja defesa se invocaria sempre, e com árdua dificuldade de prova em contrário, a ignorância da lei.

Justificando a manutenção do *error juris nocet*, em matéria de crimes, diz o ministro CAMPOS, na sua *Exposição de motivos*: “O art. 16 dispõe sobre a irrelevância do erro de direito. Não cedeu a Comissão Revisora, em matéria de crimes, aos argumentos em prol da restrição a esse princípio. O *error juris nocet* é, antes de tudo, uma exigência de política criminal. Se fosse permitido invocar como escusa a ignorância da lei, estaria seriamente embaraçada a ação social contra o crime, pois ter-se-ia criado para os malfeitores um pretexto elástico e dificilmente contestável. Impraticável seria, em grande número de casos, a prova contrária à exceção do réu, fundada na insciência da lei. Conforme pondera VON HIPPEL (*Deutsche Strafrecht*, vol. II,

---

“permite conhecer a injuricidade da ação, fica isento de pena; se o erro é inescusável, não se dará isenção de pena, mas esta deve ser atenuada”. Ao tempo do nazismo, as propostas de reforma do Código alemão também não distinguiram entre as espécies de erro, reconhecendo-se que não há culpabilidade quando o agente, orientado pelo *são sentimento do povo*, não tem consciência de praticar coisa injusta.



“pág. 348), pelo menos a prova dos *dolus eventualis* teria de “ser oposta ao réu, mas, ainda assim, redundaria, muitas vezes, num *non liquet*, que frustraria a ação repressiva. Aos piores delinquentes, quase sempre originários das classes sociais mais desprovidas de cultura, ficaria assegurada “a impunidade. É a justa advertência de WHARTON (*Criminal Law*, vol. I, pág. 134): “*If ignorance of a law were defence for breaking such law, there is not law of which a villain not be scrupulously ignorant. The more brutal, in this view, a man becomes the more irresponsible would be in the eyes of the law, and the worst classes of society would be the most privileged*”. E ainda mesmo que se abstraia o “ponto de vista da utilidade social, o *nemo censetur ignorare legem* não traduz uma injustiça, quando se tem em atenção a gênese sociológica da lei, notadamente da lei penal. É de inteira procedência a argumentação de VON BAR (*Gesetz und Schuld*, vol. 2.º, pág. 393): “Do ponto de vista do indivíduo, não há injustiça em que lhe não aproveite o erro de direito. Cresce ele como membro da comunhão social, “a cuja consciência jurídica deve corresponder a lei penal, “e por isso tem, de regra, a clara intuição do que deve evitar “para não violar a ordem jurídica”. É certo que nem sempre “a lei é um reflexo da consciência jurídica coletiva, representando apenas conveniências políticas de momento. A tais “casos, porém, atende o projeto, na medida do possível, incluindo entre as “circunstâncias que sempre atenuam a “pena” o “escusável erro de direito”.

Costuma-se distinguir entre *erro de direito penal* e *erro de direito extrapenal*, para equiparar-se este último ao erro de fato (excludente da culpabilidade, quando insuperável). Pretende-se que *error juris non criminalis excusat*. Tal critério de decisão, entretanto, não é aceitável, sob pena de se abrir larga brecha no princípio político-jurídico-penal do *error juris nocet*. Não o endossou o nosso Código, e assim argumenta, irrefutavelmente, o ministro CAMPOS: “... quando uma norma penal faz remissão a uma norma não-penal “ou a pressupõe, esta fica fazendo parte integrante daquela

“e, conseqüentemente, o erro a seu respeito é um irrelevante “*error juris criminalis*”. Referindo-se a este trecho da *Exposição de motivos*, entende ASÚA<sup>8</sup> que ele “*sienta una doctrina inadmisibile*”, pois “desde o direito romano aos mais recentes Códigos e autores, o erro sobre lei não-penal funciona como erro de fato”. Ora, o ministro CAMPOS não fez mais do que repetir uma noção corriqueira na doutrina penal moderna. Começemos pelo ensinamento dos autores alemães. Assim se pronuncia LISZT-SCHMIDT (em antagonismo com o ponto de vista do Tribunal Imperial): “Inteiramente falso... é distinguir entre erro sobre a lei penal e erro sobre outras leis, e colocar o último, isto é, o erro de direito extrapenal, “em igualdade com o erro de fato”.<sup>9</sup> OLSHAUSEN<sup>10</sup> igualmente disserta, mostrando o ilogismo da tese contrária: “Não se compreende por que o erro sobre matéria não pertinente ao direito penal não deva ser considerado como erro de direito, “e sim como erro de fato. Se semelhante erro exclui a culpabilidade, como se reconhece por esta interpretação restritiva do princípio *error juris nocet*, a lógica exige que se dê “o mesmo efeito ao erro de direito no campo do direito penal”. VAN CALKER<sup>11</sup> sentencia: “A distinção entre erro de direito penal e erro de direito extrapenal é arbitrária, insegura e ilógica”. Consultem-se ainda GERLAND<sup>12</sup> e KÖHLER.<sup>13</sup> Na Itália, MANZINI<sup>14</sup> declara errônea a opinião segundo a qual “se considera útil ao acusado a ignorância de leis diversas (civis, comerciais, constitucionais, administrativas) da lei penal que se quer aplicar ao caso concreto”. MASSARI<sup>15</sup> não é menos categórico: “Deve considerar-se, como regra geral, “que o dever peremptório do conhecimento abrange, não

<sup>8</sup> Ob. cit., pág. 45.

<sup>9</sup> *Lehrbuch*, 1927, pág. 249.

<sup>10</sup> *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1927.

<sup>11</sup> *Strafrecht*, 1927, pág. 48.

<sup>12</sup> *Deutsches Strafrecht*, 1922, pág. 105.

<sup>13</sup> *Deutsches Strafrecht*, 1917, pág. 298.

<sup>14</sup> *Trattato*, II, pág. 297.

<sup>15</sup> *Le dottrine generali del diritto penale*, 1930, pág. 149.



“apenas o *præceptum juris* (esteja inserto no Código Penal “ou em outras leis penais gerais ou especiais, ou no corpo “de leis não-penais), mas também todas as várias normas “que, em função de esclarecimento, de pressuposto, de elemento constitutivo do crime, acedem ao *præceptum juris* “(sejam elas de direito civil, administrativo etc., derivadas “da lei ou do direito costumeiro). Na verdade, tais normas, “pelo fato de que acedem ao *præceptum juris*, concorrem “todas na formação da norma penal, e todas têm, em relação “a esta, valor essencialmente constitutivo; de modo que, “quanto a elas, deve ter aplicação o princípio *nemo censetur “ignorare legem*”. No mesmo sentido, DE MARSICO<sup>16</sup> e DELITALA.<sup>17</sup>

Nem há distinguir, para solução diversa, o caso em que o erro de direito extrapenal, acarreta erro sobre o fato que constitui o crime, segundo o que dispõe o art. 4 7do Código italiano, que aceitou, neste particular, a jurisprudência do Tribunal Imperial alemão e a doutrina de CARRARA e FRANK. Os próprios exemplos formulados por MANZINI, em explicação do dito artigo, demonstram a inadmissibilidade lógica de tal critério, e é em vão que o ilustre tratadista procura iludir o princípio do *error juris nocet* em tais casos figurados, com o raciocínio de ausência do elemento subjetivo próprio do crime.<sup>18</sup> pois tal ausência ocorreria precisamente em virtude de erro de direito, que é irrelevante (a não ser que a lei transija, como faz o Código italiano). Tomemos dois desses exemplos: o do credor que supõe falsamente poder apropriar-se do objeto dado em penhor, no caso de impontualidade do devedor, e o legatário que se apodera da coisa legada *ex auctoritate propria*, julgando que podia fazê-lo. Entende MANZINI que em tais hipóteses não há fato punível. Evidentemente, é intolerável semelhante solução. No primeiro caso, o agente cometeu, sem dúvida alguma, o crime de *apropriação indébita* e, no segundo, o de *exercício arbitrário das próprias ra-*

<sup>16</sup> *Diritto Penale*, pág. 304.

<sup>17</sup> *Il fatto nella teoria generale del reato*, pág. 191.

<sup>18</sup> Ob. cit., II, pág. 43.

zões. Em ambos os casos, não há erro sobre o fato constitutivo do crime, mas sobre a norma jurídica que define o crime, isto é, um inconfundível erro de direito. Qualquer transigência com a regra de irrelevância deste, à parte as infrações de pura criação política, evidencia-se incompatível com as injunções da política criminal. Mesmo o desconcertante exemplo de CARRARA — do indivíduo que *passa* papel-moeda cuja circulação foi suspensa por lei que ignorava, dada sua intercorrente ausência do país — não desconvence do critério de intransigência, pois ao agente se poderá redarguir que faltou ao dever de indagar sobre a continuidade de circulação das cédulas, desde que reingressara no território nacional.

O argumento que reputamos decisivo contra o critério que ora estamos refutando é o seguinte: não se pode admitir a relevância de erro sobre lei não-penal, integradora do preceito incriminador, quando tal relevância não é admissível ainda quando se considere essa lei fora da órbita jurídico-penal. A Lei de Introdução do nosso Código Civil consagra um princípio universal ao dispor, no seu art. 3.º, que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que a não conhece”.

Nem mesmo pode ser invocado, para quebrar a rigidez do princípio, o *error communis facit jus* ou a interpretação aberrante dos juízes e tribunais em casos anteriores. As decisões judiciais só valem para o caso concreto (desde que constituam *res judicata*), não importando, quando errôneas, salvoconduto para ulteriores violações da lei. Com maioria de razão, não pode colher êxito o apelo a decisões ou instruções de *autoridade administrativa*, que hajam interpretado erroneamente a lei.

**86. Erro de fato.** Entre as causas de exclusão de culpabilidade, o Código contempla em primeiro lugar o *erro de fato* (seguindo-se a *coação* e a *obediência a ordem de superior hierárquico*). O *error facti* penalmente relevante é o que faz supor a inexistência de elemento de fato integrante do crime ou a existência de situação de fato excludente da injuricidade

da ação. Em ambos os casos, pode falar-se em *erro essencial*, que sempre exclui o dolo e, se *invencível* (*inevitável, excusável*, não atribuível a imprudência, negligência ou imperícia do agente), também a culpa. Dispõe o art. 17: "É isento de de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima".<sup>19</sup> E ressalva o § 1.º: "Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo". O erro concernente ao fato constitutivo do crime é o que importa o desconhecimento de qualquer das circunstâncias ou condições que representam o conteúdo de fato da figura delituosa. Exemplos: o professor de anatomia golpeia mortalmente o corpo humano vivo, trazido ao anfiteatro, supondo tratar-se de um cadáver (não é

---

<sup>19</sup> O Projeto ALCÂNTARA limitava-se a dizer, no seu art. 13: "Não será punível a ação, ou omissão, praticada em consequência de erro substancial sobre o fato que constitui o crime". Quando de sua primeira fase, o substitutivo da Comissão Revisora continha, repartidos entre o *caput* do art. 14 e seu § 1.º, os mesmos preceitos que vieram afinal a ser englobados no *caput* do art. 17 do Código. Na sua crítica ao trabalho da Comissão, dizia ALCÂNTARA MACHADO: "*Erro substancial*, como diz o projeto, e não simplesmente *erro*, como propõe o substitutivo, abrangendo assim o *acidental*. *Per consenso unanime l'errore accidentale, detto anche concomitante, non reca a colui che ha errato alcun beneficio di scusa, giacchè egli ha voluto commettere il reato e lo ha commesso* (FLORIAN, 396). O *substancial*, ao contrário, recai sobre os elementos constitutivos do delito, de modo que, se reconhecesse a realidade, o agente não cometeria o crime. Escusado é o § 1.º, que é o da chamada legítima defesa putativa, ou do estado de necessidade putativo. Basta a *regra da cabeça do artigo*". A resposta da Comissão foi, como não podia deixar de ser, sumaríssima: "A crítica do Professor ALCÂNTARA foi, aqui, mais uma vez, infeliz. Se o erro versa sobre fato *constitutivo* do crime, para que o adjetivo *substancial*? É o próprio senhor ALCÂNTARA que reconhece, na sua crítica, que erro *substancial* é o que *recai sobre os elementos constitutivos do delito*". Não é escusado o § 1.º do art. 14 do "substitutivo", pois na hipótese aí prevista (*discriminantes putativas*) o erro não incide sobre fatos *constitutivos*, mas sobre fatos *excludentes* do crime".

punível por homicídio doloso e, se invencível o erro, nem mesmo por homicídio culposo); o visitante leva consigo, ao retirar-se, confundindo-o com o seu, o chapéu de sol do dono da casa (não é punível a título de furto); o namorado de uma menor de 18 anos, supondo-a com idade superior a esta, em face de certidão cuja falsidade ignora, tem com ela conjunção carnal, desvirginando-a (não é punível por “sedução” ou “corrupção de menores”). Cumpre advertir que, muitas vezes, o erro sobre circunstância essencial de determinado crime não exclui a punibilidade por crime diverso (ex.: o indivíduo que dirige impropérios a outro, ignorando que este é um funcionário público *in officio*, não comete o crime de *desacato*, mas o de simples *injúria*). Com maioria de razão, o erro sobre circunstância *qualificativa* não isenta de pena pelo *tipo fundamental* do crime (aquele que favorece a prostituição da própria filha, mais insciente desta sua qualidade, não é punível por *lenocinium qualificatum*, mas por lenocínio simples).

Diz-se *invencível* o erro (e, portanto, *excludente* quer de dolo, quer de culpa) quando não podia ser evitado com a atenção, ponderação, perspicácia ou diligência ordinária, própria do comum dos homens. No aferir-se a *invencibilidade* do erro, tem-se de adotar o mesmo critério objetivo de reconhecimento da *imprevisibilidade* na órbita da culpa *stricto sensu* (n.º 77). Deve ter-se em conta, como paradigma, o tipo psicológico médio, e não o agente em função de si mesmo, apreciado na sua conduta habitual, ou segundo seu maior ou menor poder de atenção, sua maior ou menor impressionalidade. Tem-se de figurar a situação de fato ou o conjunto das circunstâncias objetivas em que ocorreu o erro e indagar como teria procedido o homem de tipo comum ou normal: se não se depara *desconformidade* alguma, o erro deve ser considerado *invencível* (impediente de qualquer culpabilidade); caso contrário, será declarado *vencível*, excluindo a punibilidade a título de dolo, mas não a título de culpa em sentido estrito.

A teoria do *erro de fato*, como diz M. E. MAYER,<sup>20</sup> não é mais do que o *reverso da teoria da culpabilidade* (*die Kehrseit der Schuldlehre*) ou a própria teoria da culpabilidade considera “de um ponto de vista negativo” (*die von negativen Standpunkt aus betrachtete Schuldlehre*). Viciando o processo psicológico, o *error facti* cria representações ou motivos que determinam uma conduta diversa da que o agente teria seguido, se tivesse conhecido a realidade. A sua relevância jurídico-penal assenta num princípio central da teoria da culpabilidade: *non rei veritas, sed reorum opinio inspicitur*. A *ignorantia facti*, quando insuperável, acarreta uma atitude psíquica oposta à da culpabilidade, isto é, falta de *consciência da injuricidade* (ausência de dolo) e da própria *possibilidade* de tal consciência (ausência de culpa). Quando inexistente a consciência da injuricidade (que, como já vimos, nada tem a ver com a obrigatória *scientia legis*), não é reconhecível o dolo, e desde que inexistente até mesmo a possibilidade de reconhecer a ilicitude da ação (ou omissão), entra-se no domínio do *caso fortuito*. Não pode ser reconhecido *culpado* o agente, quando lhe era impossível cuidar que estava incorrendo no *juízo de reprovação* que informa o preceito incriminador. A inevitabilidade do erro coincide com a impossibilidade de consciência da injuricidade e, portanto, com a ausência de qualquer das formas de culpabilidade.

É bem de ver que o erro deve ser tal, que acarrete a sincera persuasão, a *certeza subjetiva* no sentido contrário ao da realidade. É preciso que ocorra, efetivamente, aquele *status intellectus quo veritatis notio ab aliqua falsitate obscuratur*, de que falava RUGGIERI. Se o agente procede na *dúvida*, nenhuma escusa poderá invocar, pois gravitou na órbita do *dolo eventual*.

Se a relevância do erro de fato vem de que ele exclui a consciência da injuricidade, não podia deixar, logicamente, de compreender o caso em que o agente supõe encontrar-se em situação de fato que, se realmente ocorresse, expungiria

<sup>20</sup> Ob. cit., pág. 316.



a ilicitude da ação. Também, em tal caso, o erro suprime a relação entre a consciência do agente e a ilegitimidade da conduta. Apresentam-se, aqui, as chamadas *descreminantes putativas*. Exemplos: um indivíduo, por errônea apreciação de circunstâncias de fato, julga-se na iminência de ser injustamente agredido por outro, e contra este exerce violência (*legítima defesa putativa*); ao falso alarma de incêndio numa casa de diversões, os espectadores, tomados de pânico, disputam-se a retirada, e alguns deles, para se garantirem caminho, empregam violência, sacrificando outros (*estado de necessidade putativo*); a sentinela avançada mata com um tiro de fuzil, supondo tratar-se de um inimigo, o companheiro d'armas que, feito prisioneiro, consegue fugir e vem de retorno ao acampamento (*putativo cumprimento de dever legal*); o adquirente de um prédio rural, enganado sobre a respectiva linha de limite, corta ramos da árvore frutífera do prédio vizinho, supondo erroneamente que avançam sobre sua propriedade, além do plano vertical divisório (*putativo exercício regular de direito*). Precavidamente, ou como uma advertência ao juiz criminal (não obstante sua faculdade de *livre convencimento*) o Código exige que, em tais hipóteses, o erro seja "*plenamente justificado pelas circunstâncias*", para que tenha como efeito a completa isenção de pena. A prova deve ser de molde a permitir a reconstrução do fato em todas as suas circunstâncias (antecedentes ou concomitantes), deixando evidente que o réu, segundo *id quo plerumque accidit*, não podia libertar-se do erro que motivou a sua conduta. O caso mais freqüente, e merecedor de detido exame, é o da *legítima defesa putativa* (*suposta, imaginária*), a cujo respeito já assim dissertamos:<sup>21</sup>

"Dá-se a legítima defesa putativa quando alguém erradamente se julga em face de uma agressão iminente ou atual e injusta e, portanto, legalmente autorizado a reação, que

---

<sup>21</sup> A *legítima defesa putativa em face do novo Código Penal* (excerto e adaptação de nossa monografia *A legítima defesa putativa*, 1936).

empreende, O nosso Código Penal resolve expressamente o caso, ao cuidar, no seu art. 17, do *error facti* chamado *essencial* ou *substancial*. Aq invés de equiparar a legítima defesa putativa à legítima defesa autêntica, disciplinando-a entre as causas excludentes de injuricidade, o Código, acertadamente, deu solução ao problema na sua sede própria, isto é, no setor das causas excludentes de culpabilidade ou, mais precisamente, ao disciplinar o *erro de fato*, que é uma causa incondicional de exclusão do dolo e condicional de exclusão da culpa *stricto sensu*. Se o dolo é a vontade livre e conscientemente dirigida a um fim ou resultado contrário ao direito, segue-se, necessariamente, que, intervindo erro sobre *situação de fato*, de modo a impedir a consciência dessa injuricidade, não é reconhecível essa forma do elemento subjetivo do crime. O *erro de fato* tanto pode fazer supor a inexistência de circunstâncias objetivas do crime, quanto a existência de circunstâncias objetivas que tornam excepcionalmente lícito o fato incriminado *in abstracto*. Em qualquer dos casos, fica excluída a *consciência da injuricidade*, que é imprescindível elemento do dolo. Costuma-se dizer, e com toda razão, que a teoria do erro é o lado avesso da teoria do dolo. Não há negar que o dolo é excluído não somente pelo erro sobre elementos de fato essenciais à configuração do crime, mas também pelo que, sem importar o desconhecimento da lei (pois *error juris nocet*), impeça o agente de representar-se mentalmente a sua ação como sendo aquela mesma que a lei incrimina. Se ao dolo é indispensável a relação psíquica entre o agente e o caráter antijurídico da conduta, e se um erro, qualquer que ele seja, insuperável ou não, intercepta essa relação, não há falar-se em crime doloso: ao invés da *mens rea*, o que se apresenta é uma atitude psíquica de conformidade com o direito. É relevante o erro, no sentido da exclusão do dolo, toda vez que obstrui o exato *juízo de valor* acerca da ação, ou o reconhecimento da sua injuricidade, e isto ocorre não somente quando o erro importa a suposição da ausência de circunstâncias de fato que condicionam a existência do crime, como quando gera a suposição



da presença de condições de fato que motivam a excepcional licitude penal da ação. Não se pode cogitar de dolo, ou, seja, de uma vontade conscientemente dirigida a um fim antijurídico, quando se verifica que precisamente a persuasão de que estava juridicamente autorizado à ação é que determinou o agente a empreendê-la. Se, não obstante a representação dos *essentialia* objetivos que ajustam a ação a um molde penal, intervém um erro que leva o agente a acreditar na existência daquela situação de fato que a lei prevê como exceção à regra da criminalidade da ação, poderá haver, tal seja o caso, punibilidade a título de culpa, jamais a título de dolo. Pode acontecer que o erro seja *inescusável*: o agente, se tivesse procedido com a devida atenção ou ponderação, podia ter evitado o erro, ou, por outras palavras: as circunstâncias não afastavam a *possibilidade* de consciência da ilicitude de sua conduta. Nem por isso deixará de ficar excluído o dolo (que pressupõe a *efetiva* consciência da injuricidade), mas não ficará excluída a culpa, e a este título responderá o agente, se o fato é punível como crime culposos.

Abstraído o aspecto subjetivo, a legítima defesa putativa nada tem de comum com a legítima defesa autêntica, senão no nome. Dentro da lógica jurídica, e a não ser que a lei arbitrariamente (como faz o atual Código Penal italiano) intervenha com uma *ficção* em sentido contrário, será erro grosseiro o confundir-se uma com a outra. Na genuína legítima defesa, a ação é *objetivamente lícita*; na legítima defesa putativa, ao contrário, a ação é *objetivamente ilícita*. Naquela inexistente punibilidade porque, preliminarmente, inexistente crime *a parte objecti*; nesta, há injuricidade *a parte objecti*, mas a punibilidade é excluída (salvo o caso de erro culposos) por carência de uma condição indispensável *a parte subjecti*, isto é, o dolo. Por mais que se transija em que deva ser apreciada *subjetivamente* a *necessidade* que condiciona a legítima defesa autêntica, não se pode dispensar, para o seu reconhecimento, um *princípio* de realidade objetiva. Para a legítima defesa propriamente tal, não basta a *crença* ou *opinião* do agente, de se achar na atual necessidade de violar o direito

alheio para preservar o próprio (ou de terceiro): é imprescindível que ela se baseie sobre alguma coisa que se apresente como *efetivo* perigo ou *realidade* de uma agressão (injusta). Se há erro do agente no calcular a gravidade desse perigo ou dessa realidade, o que se poderá identificar é *excesso de legítima defesa* (que será penalmente indiferente, se deriva de erro escusável), e não legítima defesa putativa. Nesta o *quid pro quo* é completo: o erro do agente não diz respeito à gravidade ou importância, mas à existência mesma do perigo ou atualidade da agressão. Não é esta, aqui, uma *entidade concreta*, mas um *ens imaginationis*, uma hipótese a que não corresponde qualquer *veracidade* ou consistência no mundo objetivo. Vem daí que para afirmar-se a imunidade penal da legítima defesa putativa, não há equipará-la à legítima defesa autêntica, emprestando-se-lhe, artificialmente, a função de causa excludente da injuricidade objetiva. O agente fica isento de pena, não porque a errônea presunção de um *periculum praesens* o colocou juridicamente na situação de legítima defesa, mas, sim, porque tal suposição obstou que tivesse consciência da injuricidade de sua conduta, acarretando, portanto, a ausência de dolo.

Tratando do tema da legítima defesa, em face do vigente Código italiano, disserta MANZINI:<sup>22</sup> “Posto que ação defensiva constitui um fato jurídico-penal que, como outro qualquer, deve ser avaliado tanto no seu elemento objetivo quanto no elemento subjetivo, segue-se que a suposição errônea, não culposa, da necessidade da defesa (legítima defesa *putativa*) equivale, para o efeito da justificação, à real “necessidade dela”. Esta solução é um corolário do art. 59, segunda alínea, do Código Rocco: “*Se l'agente ritiene per errore che esistono circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui*”. Com semelhante fórmula criam-se, ao lado das *discriminantes reais*, e a estas plenamente equiparadas, as *discriminantes putativas*. Ora, por que e para que esse recurso a uma *fictio juris*, quando

<sup>22</sup> *Trattato*, II, n.º 407.

bastava reconhecer-se, *realisticamente*, que o dolo não prescinde da consciência da injuricidade, de modo que fica excluído pelo erro que induz a suposição da excepcional liceidade da ação?<sup>23</sup>

Na divergência entre a realidade e a sua representação na *mens* do agente — como justamente dizia DE MARSICO antes da vigência do Código Rocco<sup>24</sup> — é que se plasma a consciência do valor do fato, que passa a ser figurado como um fato permitido pela lei, de modo que, ao invés da aplicação da discriminante, deve falar-se, mais propriamente, em ausência de dolo. Exemplificava o mesmo autor: aquele que, sem agir em efetivo estado de legítima defesa, mata outrem, acreditando, no entanto, por uma falsa percepção da realidade, que atende à necessidade de repelir uma violência atual e injusta, comete uma ação cuja representação subjetiva não coincide com a figurada *in abstracto* como homicídio

---

<sup>23</sup> O critério da *assimilação*, sobre ser inaceitável do ponto de vista técnico-jurídico, levaria, em face de nossa legislação sobre o dano *ex delicto*, às mais graves injustiças. Dispõe o Código Civil, art. 1.540: “As disposições precedentes” (sobre reparação do dano no caso de homicídio e lesões corporais) “se aplicam ainda no caso “em que a morte, ou lesão, resulte do ato considerado crime justificável, se não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa de agressão “do ofendido”. A lei n.º 387, de 27 de janeiro de 1937 (sobre o amparo das famílias dos funcionários vitimados no cumprimento do dever), estatui, no seu art. 2.º: “A pensão a que se refere o art. 1.º “desta lei será paga depois do julgamento final do autor do crime “e somente quando não for o mesmo absolvido *pelo reconhecimento “da justificativa da legítima defesa*”. Ora, equiparada a legítima defesa putativa à legítima defesa autêntica, isto é, identificada a reação contra uma agressão imaginária à reação contra uma agressão real, estaria frustrado o direito assegurado pelos dispositivos acima citados.

<sup>24</sup> Já nas suas *Lezioni universitarie* (1935) DE MARSICO ensina diversamente: “... *il caso della legittima difesa opinata, in cui si dice comunemente che manchi il dolo, mentre più corretto è dire (secondo il Codice che lo sottopone alle norme sulle estimenti) che manca l'antigiuridicità*”.

punível. A consciência que tem o agente acerca do valor ético-jurídico da sua ação é, portanto, diversa daquela que condiciona o dolo, isto é, não de antítese, mas de consonância com a moral e com a lei. Ora, isto não cria uma discriminante, mas elide, indubitavelmente, o dolo, e só por isto é que se deve reconhecer, no caso, a isenção de pena. No mesmo sentido já opinava BIANCHEDI:<sup>25</sup> a violência praticada no caso de legítima defesa putativa fica imune de pena por carência de dolo, e não porque o fato não transcenda o campo da legítima defesa, pois que *"la legittima difesa, a prescindere d'altro, come a suo presupposto, vuole una violenza che richiama una violenza, un male minacciato che suscita un male chi minaccia, una ingiusta azione cui risponde una reazione, vuole, in una parola, un aggredito e un aggressore"*.<sup>26</sup> O princípio de que, em matéria criminal, o *putativo equivale ao real* só é inteligível na esfera da teoria da culpabilidade. Por mais razoável que seja, a errônea crença do agente na licitude da ação não pode fazer com que esta, na sua objetividade, passe de ilícita a lícita. Somente do ponto de vista subjetivo é que o *putativo equivale ao real*, justificando a impunibilidade. Fica isento de pena tanto quem age em legítima defesa como quem, por erro escusável, supõe fazê-lo; mas, no primeiro caso, a não-punibilidade da ação decorre da sua legitimidade objetiva, enquanto no segundo deriva da ausência do ele-

<sup>25</sup> Ob. cit., n.º 14.

<sup>26</sup> Ao mesmo critério atende PAOLI (*Principi di diritto penale*, 1929, pág. 116), que assim figura e resolve um caso típico de legítima defesa putativa: *"Suppongasi che io tornando a casa di notte, mi imbatta in una comitiva di amici miei che, per farmi uno scherzo di cattivo genere, pur senza intenzione di nuocermi menomamente, mi si slancino contro: è, ripeto, uno scherzo, ma io penso (e chi non vi penserebbe?) a un'aggressione: sparo, ferisco e uccido; in realtà non c'è violenza nè quindi necessità di difendermi; in realtà io non corro nessun pericolo effettivo, ma poichè alla violenza ho logicamente creduto, e poichè sono stato posto in condizione da dover ritenere la necessità della difesa diretta, non è dubbio ch'io debba andare impunito per la completa assenza in me di volontà criminosa"*.

mento psicológico (dolo ou culpa).<sup>27</sup> A hipótese da legítima defesa putativa é estranha ao quadro das *causas excludentes de injuricidade* (impropriamente chamadas *justificativas*), devendo ser tratada, como faz o Código brasileiro, no setor consagrado à disciplina do *erro de fato essencial*, excludente da culpabilidade. O nosso legislador de 40, no tocante às descriminantes putativas, inspirou-se na fórmula proposta, na Alemanha, pela antiga *Strafrechtsausschuss*, em sua sessão de 20 de novembro de 1828, e que era assim concebida: “Quem “supõe erradamente uma situação de fato que tornaria a “ação legítima ou isentaria de pena o agente, não será punido “a título de dolo, mas de culpa, se se trata de erro culposo”.<sup>28</sup>

VERGARA,<sup>29</sup> ao tempo do Código de 90, incluía a legítima defesa putativa na casuística da que ele chama *legítima defesa subjetiva*, assim doutrinando, um tanto obscuramente: “O excesso... quando o agente, por uma agressão putativa, “pratica mais do que era necessário à sua defesa, na con-“vicção de que fazia o que era preciso fazer, não tem um “sentido jurídico, porque... o excesso aí se confunde com a “própria legítima defesa”. Se a agressão é *putativa*, como pode a *pseudo-reação* confundir-se com a legítima defesa, posto que esta é inconcebível sem a realidade objetiva de uma efetiva agressão atual? Quando a *necessidade* da defesa é meramente *suposta*, a violência empregada contra o suposto agressor não é *legítima defesa* ou *excesso de legítima*

---

<sup>27</sup> O próprio MANZINI, em outra passagem do seu *Trattato* (vol. I, pág. 602), diz que no caso de errônea suposição de uma causa excludente de injuricidade, deve ficar o agente isento de pena porque “*manca la volontà di commettere un fatto contrario al diritto penale*” e, o que é mais interessante, invoca, nesse ponto, o apoio da própria *Relazione* sobre o vigente Código Penal italiano: “*Si agisce, sia pur per errore, nel ragionevole convincimento della esistenza di una circostanza d'esclusione della pena, ad es. legittima difesa putativa, e perciò sostanzialmente non si commette reato per difetto dell'elemento psicologico*”.

<sup>28</sup> Consulte-se WEIZ, “Die Arten des Irrtum”, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 286.

<sup>29</sup> Da *legítima defesa subjetiva*.



defesa, mais coisa inteiramente diversa, isto é, *legítima defesa putativa*. Entende VERGARA que a legítima defesa “é e “tem de ser, por força, um fenômeno subjetivo” e “não se “pode falar em legítima defesa subjetiva, para opô-la, com “requisitos distintos, próprios, à legítima defesa objetiva”. Ora, a *verdadeira* legítima defesa, por isso mesmo que é uma causa *objetiva* de exclusão de injuricidade, só pode existir *objetivamente*, isto é, quando ocorrem, efetivamente, os seus pressupostos *objetivos*. Fora daí, em boa lógica, o que há é sempre *excesso de legítima defesa*, que poderá deixar de ser punido, se deriva de um erro escusável, e não porque se deva considerar não ultrapassado o limite próprio da legítima defesa. A chamada *interpretação subjetiva* dos requisitos da legítima defesa é um critério *extralegal*, uma *trovata curialesca*, que não pode servir à construção jurídica do instituto da legítima defesa, na sua genuinidade. Como irrefutavelmente sustenta POZZOLINI,<sup>30</sup> a formulação e sistematização técnicas dos denominados *casos de justificação* (melhor diria *discriminantes*, ou *causas excludentes de injuricidade*) não admitem a possibilidade de que nelas se compreendam aquelas situações de fato em que, ausentes os requisitos objetivos enumerados na lei, o agente, entretanto, procede na falsa representação deles. Os *casos de justificação* são inconciliáveis com a *interpretação subjetiva*. E prossegue o citado autor: “Pareceria à primeira vista que esta formulação sistemática “apresentasse uma lacuna impreenchível, posto que se não “pode negar que há situações de fato nas quais a *juricidade* “do motivo deve funcionar como elidente da sanção penal, e “não como simples atenuação, através o instituto do *excesso*. “Difícilimo é, na prática, estabelecer a diferença entre a sub- “jetividade e o *excesso*; mas a justiça reclama que em tais “casos se reconheça que, embora não existindo as condições “objetivas da justificação, o agente, tendo atuado por um “motivo cuja origem se encontra numa situação de justifi- “cativa que mentalmente se representou, deve ficar isento

<sup>30</sup> *I casi di giustificazione come causa di esclusione di reato.*

“de pena. Qual será, então, a solução jurídica do caso? Parece-me que ela se encontra, nítida, na órbita do *erro de fato*. “A representação mental de uma situação de justificativa não “corresponde à realidade objetiva, mas determinante da “ação, é um caso de *erro de fato* e deve ser tratada com os “critérios jurídicos do *erro de fato*. Se essa representação “mental é decorrente de um erro invencível, que a teria de- “terminado em quem quer que se achasse nas mesmas con- “dições dadas, isto é, se quem quer que estivesse no lugar do “agente, tendo-se em vista a mentalidade e, em geral, a cons- “tituição psíquica da média dos homens, não deixaria de “ter, razoavelmente, a representação mental da situação ob- “jetiva de justificação, a ação é realizada em condições de “erro de fato e, como tal, não punível”.

Nos casos em que alguém, por escusável erro de cálculo em face de uma agressão atual e injusta, *pratica mais do que era necessário à sua defesa*, costuma-se falar em *legítima defesa subjetiva*, reconhecendo-se que o fato não deixa de con- ter-se dentro da esfera legal da legítima defesa; mas, se esta solução é admissível de um ponto de vista prático (quer se reconheça ficticiamente a descriminante, quer se afirme a ausência de dolo e culpa, o resultado é o mesmo: absolvição do acusado), nem por isso deixa de ser antagônica com o rigorismo técnico, com a lógica jurídica. Como quer que seja, porém, ou se equipare a *legítima defesa subjetiva* à legítima defesa objetiva (autêntica legítima defesa), ou seja ela considerada, segundo postula VERGARA, como uma noção *inseparável* ou *consustanciada* com o próprio instituto da legítima defesa, o certo é que não pode prescindir da *verdade concreta* de uma antecedente agressão ou antecedente perigo de agressão, e, conseqüentemente, não pode abranger o caso da legítima defesa putativa, em que a agressão ou perigo de agressão não passa de uma ilusão do agente. A legítima defesa putativa não pode ser, de modo algum, considerada uma *species* de legítima defesa.



LEMOS SOBRINHO,<sup>31</sup> do mesmo modo, não distinguia entre a legítima defesa putativa (isto é, “o caso de estar o indivíduo inicialmente enganado acerca da realidade da agressão, agindo na suposição de um perigo inexistente, ou, por outra, não ter objetividade o que subjetivamente se afigurou “ao suposto agredido”) e o *excesso* não culposos de defesa. Este seria o *genus* e aquela uma *species*. O equívoco é flagrante. O *excessus defensionis* pressupõe, necessariamente, uma agressão iminente ou atual e injusta, ou, seja, uma situação inicial de legítima defesa. Na legítima defesa putativa, ao revés, não preexiste, como realidade, uma violência contra a qual se tenha a faculdade legal de reagir. O chamado *excesso de legítima defesa* não é mais do que uma *defesa* que, originariamente *legítima*, ultrapassa, a seguir, a medida de sua necessidade.<sup>32</sup> Na legítima defesa pu-

<sup>31</sup> *Da legítima defesa*, pág. 152.

<sup>32</sup> JORGE SEVERIANO (*Justificativas penais*, pág. 216) acoima de *dislate* o emprego da expressão *excesso de legítima defesa*. Mera preocupação de discrepar, sem ir além da *superfície*. BIANCHEDI, um dos mais claros e perspicazes autores que já trataram do assunto, sentencia (ob. cit., pág. 165): “... *resta sempre fondamentale quel concetto che non si può da alcuno impugnare, essere cioè l'eccesso una legítima difesa eccessiva*”. Nem podia ser de outro modo. A locução “excesso de legítima defesa” não quer dizer senão *excesso no ato de legítima defesa*. O excesso de legítima defesa importa necessariamente a existência de um prévio estado de legítima defesa, isto é, uma situação de necessidade de conjurar uma agressão iminente ou atual e injusta. Se falha inicialmente esta condição da legítima defesa, ou o indivíduo age maliciosamente, a *pretexto* de legítima defesa, e o fato é *ab initio* um crime doloso, ou procede na errônea suposição de estar sendo agredido, e dá-se, então, a *legítima defesa putativa* (que nada tem a ver com o *excesso de legítima defesa*). O *cochilo* de JORGE SEVERIANO (cuja agudeza intelectual, entretanto, não podemos pôr em dúvida) vem de que ele perdeu de vista o seguinte: o *excesso de legítima defesa*, sob o ponto de vista jurídico-penal, está circunscrito ao *modo* de reação de quem se encontra em legítima defesa. É ainda o que elucida BIANCHEDI (ob. cit., pág. 161): “*Quando si parla di eccesso, vuolsi aver presente che esso non consiste nel fine, ma nei mezzi, cioè a dire che sta nella sproporzione tra il mezzo usato a proteggere la nostra incolumità e quello*

tativa, não há *defesa contra um ataque precedente* senão na imaginação do agente. No excesso de legítima defesa, há um efetivo *agressor* em face de um *agredido*, ao passo que na legítima defesa putativa o *suposto* agredido é o único agressor. No excesso, reconhece-se que era necessária uma *defesa*, embora não a defesa realmente exercida; na legítima defesa putativa, a desnecessidade de qualquer defesa se apresenta *ab initio*. Não se pode dizer que se *defende* quem não foi, de modo algum, agredido, e, muito menos, que *excede os limites da legítima defesa* aquele que, investindo *moinhos de vento*, não tinha violência alguma a repulsar. O excesso de legítima defesa pode ser doloso; a legítima defesa putativa exclui conceitualmente a idéia de dolo, embora doloso possa ser, por sua vez, o seu *excesso*, isto é, a exorbitância da pretensa *reação* contra a imaginária agressão. É certo que, quando resultante de um erro do agente, o excesso de legítima defesa confunde-se, no seu tratamento, com a legítima defesa putativa, isto é, em ambos os casos, o agente não é punível, quer a título de dolo, quer a título de culpa, se o erro é escusável; mas isso não autoriza a identificação das duas noções. A consideração mesma de ser perfeitamente concebível o *excesso* na legítima defesa putativa deixa evidente que se não pode admitir a paridade ontológica entre esta e o excesso de legítima defesa, pois teríamos de incidir no absurdo de reconhecer a possibilidade de um *excesso de excesso*.

Em torno da legítima defesa putativa podem ser formuladas, em resumo, as seguintes regras: a) se o agente, em consequência de um erro invencível, supõe achar-se em face de uma agressão iminente ou atual e injusta, ficará isento de qualquer pena, posto que se tenha contido dentro dos limites da reação que seria necessária contra a suposta agressão; b) se o agente é induzido à mesma suposição por erro superável (inescusável), será punível a título de culpa *stricto*

---

*che era sufficiente, in quella contingenza, a tutelarla*". Fala-se em *excesso de legítima defesa* do mesmo modo que se fala em *excesso de poder*, *abuso de direito* etc.

*sensu* pelo evento lesivo (homicídio, lesões corporais); c) se o agente excede, conscientemente, a *medida* da defesa que seria necessária contra a imaginária agressão, responderá pelo *plus* a título de dolo; d) se tal excesso é inconsciente, mas resultante de erro inescusável, responderá o agente pelo *plus* a título de culpa; e) se o excesso é inconsciente e resultante de erro escusável, nenhuma é a punibilidade do fato.

O erro que importa a imunidade penal da ação praticada em legítima defesa putativa é tão-somente, repita-se, o que versa sobre os pressupostos objetivos da legítima defesa. Trata-se de uma aberrante percepção da realidade, que induz o agente a supor que a sua ação se enquadra nesse caso de excepcional exclusão de injuricidade. Se o agente erra, não sobre as condições de fato, *in concreto*, da legítima defesa, mas acerca da respectiva noção jurídica, como, por exemplo, se supõe que seja legítima a reação ainda contra uma agressão finda ou futura, seu erro é irrelevante, porque é um erro de direito, e *error juris nocet*. No reconhecimento da legítima defesa putativa, o que importa averiguar é se o agente, em razão do erro de representação subjetiva das circunstâncias, teve a *certeza moral* de que agia na situação de fato a que a lei subordina a excepcional licitude da ação, a título de legítima defesa. Evidentemente, não é de confundir-se a legítima defesa putativa com o chamado *pretexto de legítima defesa*, em que o indivíduo ardilosamente cria a situação de fato condicionante da legítima defesa, para praticar um crime planejado de antemão. E ainda mesmo que o agente proceda na *dúvida* sobre a identidade entre a sua ação e a ação autorizada *in abstracto* pela lei, já não há falar-se em legítima defesa putativa: apresenta-se, também em tal caso, um crime doloso, pois que, como diz DE MARSICO, *chi arrischia vuole* (dolo eventual). O que exclui o dolo é tão-somente a atitude psíquica consistente na *certeza subjetiva* de que se não age *contra jus*. A legítima defesa putativa supõe que o agente atuou na *sincera e íntima convicção* da *necessidade* de debelar uma agressão atual (ou iminente) e injusta. Cum-

pre, entretanto, examinar se o erro era ou não vencível, ou, o que vale o mesmo, se ao agente *faltou, ou não*, nas circunstâncias dadas, a *possibilidade* de consciência de injuricidade da ação: no primeiro caso, não há crime doloso ou culposos, mas o *casus*, uma *infelicitas fati*, um evento indiferente ao direito penal; no segundo, resta um crime culposos. Como aferir-se, porém, na prática, da natureza do erro? Um critério único deve ser prefixado: é de presumir-se, *usque dum probetur contrarium*, que o erro obstou, invencivelmente, a possibilidade de conhecimento da injuricidade da ação, quando se verifica que à errônea impressão do agente (falsa apreciação dos fatos), nas mesmas circunstâncias ou condições em que este se encontrou, não teria escapado uma pessoa de atenção e calma comuns. O *ponto de referência* é o *homo medius*, e não o agente em função de si mesmo, apreciado na sua conduta habitual, segundo o seu temperamento mais ou menos emotivo, sua maior ou menor coragem pessoal, seu maior ou menor poder de atenção, sua maior ou menor impressionabilidade ou reatividade. Ainda mesmo que advenha de uma excitação ou perturbação momentânea, o erro será inescusável, se tal estado de ânimo não for justificado pelas circunstâncias, tendo-se sempre em vista a resistência psíquica do comum dos homens, e não a do agente. É o justo critério adotado pela Corte de Cassação italiana, em aresto citado por MANZINI:<sup>33</sup> “*Non basta il timore di un danno imminente, ma è indispensabile la ragionevolezza di tale timore per la media dell’umana sensibilità e delle normali circostanze degli avvenimenti*”.<sup>34</sup> Convenha-se em que o erro, em qualquer

<sup>33</sup> *Trattato*, II, pág. 302, nota 2.

<sup>34</sup> Segundo reporta WHARTON (*Criminal law*, vol. I, pág. 786), é este o ponto de vista também dominante na legislação e jurisprudência penais norte-americanas: o medo escusativo, na *supposed self-defense*, “*must be the fear of a reasonable person*”, ou “*must be a reasonable fear, and the killing must have been under the influence of these fears*”. Notadamente, “*coward’s unreasonable fear for his own safety will not justify a homicide*”.

caso, exclui o dolo: mas não excluirá a culpa, se se apresenta como uma *anormalidade* em face da experiência comum. O direito penal não pode negar-se a si mesmo, para deixar inteiramente à margem de suas sanções os indivíduos *assustados*, *pusilânimes* ou *nervosos*, facilmente propensos a tomar *espectros* pela realidade, ou a *fare legge di un sogno* com sacrifício de seus concidadãos e da ordem jurídica. A não ser que se identifique no fato o efeito ou índice de autêntica enfermidade mental, a pena, em tais casos, como nos crimes culposos em geral, se impõe e justifica (à parte a sua eficiência como *prevenção geral*) porque a lembrança do *malum passionis* será sempre um *contra-motivo* à exagerada impressionabilidade ou imponderação do indivíduo, no sentido de afeiçoá-lo ao ritmo normal da vida social. Na consideração do erro de cálculo na legítima defesa putativa, dever ser empregado o mesmo critério genérico de avaliação do erro de observação que lastreia a culpa em sentido estrito: não é a atenção habitual do agente ou a diligência que ele costuma empregar *in rebus suis*, mas a atenção e diligência próprias do homem *estatisticamente normal* (veja-se n.º 77). Em síntese: para que, na legítima defesa putativa, seja excluída *qualquer* culpabilidade, é necessário que, reconstituídas todas as circunstâncias objetivas, antecedentes ou concomitantes da ação,<sup>35</sup> e aferidas, não segundo a opinião do agente, mas segundo o entendimento comum, se verifique que era realmente impossível àquele libertar-se do seu erro.

Extensa é a casuística da legítima defesa putativa, mas registremos, para o respectivo *diagnóstico*, as seguintes hipóteses, figuradas ou reportadas, respectivamente, por CARRARA, LÖFFLER, STEPHEN, BIANCHEDI e JERSCHKE:

---

<sup>35</sup> Assim, por exemplo, não devem ser indiferentes as condições de tempo (se é de dia ou de noite) ou de lugar (se o fato ocorre em lugar ermo ou freqüentado, no tumulto de um conflito ou num pacífico *match* de futebol, as relações anteriores entre o acusado e o suposto agressor, a índole deste (se impetuosa ou moderada, se perversa ou não), conhecida daquele etc.

a) Certo indivíduo, vendo-se encalçado por um inimigo, que empunha, visando-o, uma arma de fogo, saca de seu revólver, dispara e mata-o. Verifica-se, a seguir, que a vítima trazia sua arma descarregada e tencionava apenas ameaçar o seu desafeto.

b) A. atravessa, à noite, uma floresta, onde sabe que costuma acoitar-se um bandido perigoso, e é repentinamente surpreendido com a intimativa de alguém que, de arma em punho, lhe barra o caminho: “a bolsa ou a vida!”. Sem perder o sangue frio, consegue distrair por um momento o presumido *salteador* e, sacando de um revólver, abate-o com um tiro. Constata-se, posteriormente, que todo o episódio anterior não passava de um gracejo, preparado por um amigo de A., para experimentar-lhe a coragem.

c) A., armado de um sabre, persegue o ladrão noturno que lhe invadiu a casa e, percebendo um vulto a ocultar-se num canto, toma-o pelo ladrão, quando, na realidade, era um doméstico, e prosta-o com um golpe.

d) A. desperta pela madrugada com um ruído no seu aposento e vê um homem a penetrar pela janela. Ao crepúsculo matutino, toma-o por um ladrão e, servindo-se de uma pistola que tem à mesa de cabeceira, desfecha-lhe certo tiro. Vem-se depois a averiguar que se tratava de um operário ajustado, sem que A. o soubesse, para um reparo na janela e que, para melhor certificar-se da obra a fazer, achara de penetrar no quarto, julgando-o desocupado.

e) Um habitante da cidade de Forlì (Itália), em dia de Carnaval, vê irromper por sua casa adentro dois mascarados e, julgando-se em face de agressores, investe e mata um deles com um trinchete.

f) Um francês (digno patricio do *Tartarin*, de DAUDET...), penetrando numa floresta da Sicília, com o espírito saturado de histórias sobre um imaginário *brigantaggio* siciliano, divisa dois guardas campestres armados, que pacificamente percorriam a mata, e, tomando-os por bandidos, dispara repetidamente a sua espingarda, matando-os.



g) A. procura B. em sua casa para ultimar um negócio, e sobrevém uma discussão entre os dois, que mutuamente se injuriam. B. intima A. a retirar-se, mas só depois de alguma relutância, e sem que cesse o bate-boca, é atendida a intimação, dirigindo-se A. para a porta da rua. Segue-o B. e de novo o defronta no vestíbulo. A., julgando que vai ser agredido, puxa de uma faca e fere o seu antagonista.

Nos casos sob *a* e *b*, é incontestável a ausência de qualquer culpabilidade: a *aparência* do *periculum præsens* era de molde, sem dúvida alguma, a iludir qualquer pessoa de mediana prudência ou ponderação. Em qualquer deles, as circunstâncias se acumpliciavam, unívocas, para gerar no espírito do agente a *certeza* de que se achava naquela precisa situação de fato em que é legítimo o emprego de violência contra outrem. Não havia *sobrestar com siso antes de começar*, ou *refletir sobre a primeira impressão*: a necessidade da reação afigurava-se com a evidência mesma da realidade. Também nos casos sob *c* e *d*, não se pode, sem excesso de rigor, impugnar a *razoabilidade* do erro como motivo de exculpação, tendo-se em vista que o estado emocional consequente à impressão de insegurança experimentada por um homem de resistência psíquica média com a presença de um ladrão em sua casa é de jeito a privá-lo do seu habitual senso de escrupulosa circunspeção.<sup>36</sup> Os casos restantes, se afas-

---

<sup>36</sup> Tratando de caso análogo ao figurado acima sob *d*, WHARTON (*The law of homicide*, n.º 229) faz o seguinte comentário: "*If belief of danger and necessity of kill is imputable to negligence, it does not justify killing in self-defense, however honest it may be. In Lovett's Case, for instance, which is the crucial case in this branch of the law, we find a man who, suddenly aroused from sleep, under information wholly false, kills another whom he supposes to be a burglar, acquitted on the ground that in the circumstances he acted under an innocent error of fact. But FOSTER tells us that possibly it (the case in question) might have been ruled manslaughter (homicídio culposo), when, at common law, due circumspection not having been used. Judge BROWN, in commenting on this passage, says: He (FOSTER) calls it nothing more than a case of manslaughter, when, if a man may not act upon appearances, it was a plain case of mur-*



tam a hipótese de crimes dolosos, não excluem, entretanto, a punibilidade a título de culpa. Ajusta-se-lhes como uma luva esta advertência de BIANCHEDI: "... se o erro nasce de "uma ilusão da inteligência, da qual o homem, com o empregar cautamente os sentidos e a razão, podia libertar-se, não sabemos como eximi-lo de responsabilidade, e temos de lhe imputar, a título de culpa, a conduta precipitada e irrefletida, que foi causa de um mal irreparável, não obstante sua fácil evitabilidade, e que não depara justificação, especialmente no caso de quem, levianamente, obedecendo aos vãos da fantasia, se aventura sem pretexto razoável a eliminar a vida de seus semelhantes... A suposta necessidade defensiva diz que não se trata de um perverso, mas a precipitação, a irreflexão, a inobservância do devido respeito à vida humana, que manda agir com prudência, e com conhecimento de causa, antes de ocasionar dano, e proíbe que se ceda prontamente a uma primeira impressão, demonstram que esse indivíduo, são e maduro de espírito, é um ser perigoso à vida dos cidadãos e à segurança da ordem jurídica".

Um dos casos de legítima defesa putativa mais frequentes na prática é o que se apresenta quando um indivíduo, no calor de uma discussão, faz emprego de violência contra seu adversário, ao perceber que este leva a mão à cintura ou ao bôlso traseiro da calça, no gesto de quem vai sacar uma arma, e vem-se depois a verificar que a vítima se achava desarmada ou trazia uma arma ineficiente, não tendo passado o seu gesto de uma pura encenação.<sup>37</sup> O tratamento do caso varia,

<sup>37</sup> Quando se constata que a vítima era realmente portadora de uma arma ofensiva, costuma-se reconhecer em favor do acusado a própria legítima defesa, ainda mesmo que não haja certeza sobre se a vítima chegaria a usar efetivamente da arma. O critério mais acertado, entretanto, seria o reconhecimento da ausência de dolo,

*der (homicídio culposo). In other words, when a man kills another in an honest error of fact, murder is out of question. The only issue is: was the error negligent or non negligent? If negligent the killing is manslaughter. If non negligent, excusable homicide".*

naturalmente, com as circunstâncias. Primacialmente tem-se de indagar do caráter da vítima e do conhecimento ou informação que, a respeito, possuía o acusado. Se este sabia o seu antagonista um indivíduo violento e habituado a andar armado, já se depara um elemento de convicção no sentido da *plausibilidade* da suposição do iminente perigo de agressão. Cumpre ainda perquirir dos pródromos do fato: natureza da dissensão, atitudes anteriores da vítima para com o acusado, ameaças acaso proferidas por aquela contra este, tensão da hostilidade entre ambos etc. Por último, devem ser apreciadas as circunstâncias imediatamente anteriores ao fato, como, por exemplo, se a vítima, simultaneamente ao gesto de sacar a arma, avançava decididamente para o acusado, ou se, ao contrário, deixava transparecer que apenas queria inspirar medo, fazer bravata, não passar da ameaça; se era possível à vítima realizar a ameaça, ou se logo acorreram circunstantes a intervir etc. Se as circunstâncias, no seu conjunto, examinadas segundo *id quod plerumque fit*, não evidenciarem a razoabilidade ou *normalidade* da sua *crença no periculum præsens*, o acusado não poderá eximir-se da pena a título de culpa, se não for o caso, bem entendido, de identificar-se um dissimulado crime *doloso*, ou o denominado *pretexto de legítima defesa*.

**87. Erro provocado.** O erro de fato pode ser *espontâneo* ou *provocado*, isto é, determinado por outrem. Dispõe o § 2.º do art. 17 que “responde pelo crime o terceiro que determina o erro”. A determinação ao erro pode ser *dolosa* ou *culposa*. Se o erro foi *preordenado* ao crime, o terceiro responderá por este a título de dolo, enquanto o agente imediato ficará isento de pena, salvo se procedeu com leviana credibilidade, caso em que responderá a título de culpa (se a este título é punível o fato). Se o terceiro agiu com simples culpa, por esta será punível, isoladamente ou em con-

---

ou de *culpabilidade*. O que se tem a verificar é se foi razoável a suposição do agente, de achar-se na iminência de uma agressão injusta, e isto basta para excluir qualquer punibilidade.

curso com o agente imediato (se este também procedeu sem a devida circunspeção).

Suponha-se que Tício, introduzindo insidiosamente balas na pistola pertencente a Mévio, faz com que este, convencido de que a arma continua descarregada e de que apenas serve a um gracejo, dê ao gatilho, visando a Caio, que vem a ser atingido e morto pelo tiro disparado. Tício responderá por homicídio doloso, enquanto Mévio ficará isento de pena, salvo se tivesse razões para desconfiar da sugestão de Tício e eximir-se ao erro provocado (caso em que responderia a título de culpa). Figure-se agora que Tício fosse o próprio dono da arma, e, inadvertidamente, supondo-a descarregada, assim o informasse a Mévio, que, sem maior exame, apertasse o gatilho, seguindo-se o disparo do tiro e a morte de Caio; ambos responderão, em concurso, por homicídio culposo. O § 2.º do art. 17 não é mais do que uma aplicação das regras gerais sobre a causalidade (com fundamento na equivalência dos antecedentes causais) e a culpabilidade.

**88. Erro accidental. "Error in persona". "Aberratio ictus". "Aberratio delicti".** Irrelevante é o erro chamado *accidental*, isto é, o erro que versa, não sobre elementos integrantes do crime, mas sobre circunstâncias acessórias ou alheias à essência do crime. O Código reconhece expressamente essa irrelevância em duas hipóteses: na do *error in persona* (§ 3.º do art. 17) e na *aberratio ictus seu actus* (erro na execução, sem troca de *objeto jurídico*). Distingue-se o *error in persona* da *aberratio*: no primeiro, há um erro de representação, que faz tomar uma pessoa por outra; na segunda, há um erro no emprego dos meios de execução, ocasionando que seja atingida pelo *ictus* uma pessoa por outra. Idêntico, porém, é o tratamento penal de ambos os casos, no sentido da *não-exclusão do dolo* e da *unidade de crime* (posto que na *aberratio* não seja também atingida a pessoa visada). Quanto ao *error in persona*, a solução pelo crime doloso único é pacífica. A opinião contrária de GEIB e BOEHLAU, que viam na espécie um crime duplo (crime doloso tentado con-

tra a pessoa *desejada* e crime culposos consumados contra a pessoa realmente atingida) ficou inteiramente sem repercussão. Ao incriminar um fato, a lei protege tal ou qual bem ou interesse jurídico, sem ter em linha de conta quem seja o seu titular. Assim, ao incriminar o *homicídio*, o que ela procura resguardar não é a vida de Pedro, ou a de Sancho, ou a de Martinho, mas a *vida humana*, a vida do homem *in genere*. Igualmente, ao declarar penalmente ilícito o *furto*, não leva em atenção este ou aquele *dominus da res*, mas a *propriedade individual* considerada de modo geral. O erro sobre a *identidade* da vítima é, assim, meramente acidental (atinente ao objeto material, e não ao *objeto jurídico*, que é o bem ou interesse penalmente protegido) e, portanto, irrelevante, isto é, não excludente do dolo.<sup>38</sup> Se Tício, na *tocaia* noturna, confunde o seu amigo Mévio com seu inimigo Caio e o mata, responde por homicídio doloso, pois o que importa, no caso, é a vontade dirigida à eliminação da vida de um homem, e não a de um “inimigo”. Tício quis matar um homem, e efetivamente matou. Do mesmo modo, é de todo indiferente, no que concerne à punibilidade a título de furto, que o ladrão subtraia o dinheiro de um operário, supondo subtrair o do patrão, dada a identidade entre o objeto jurídico e o que se pretendia atingir.<sup>39</sup>

No tocante à *aberratio ictus*, entretanto, a solução dada pelo Código não é tranqüila. Entre os autores alemães é predominante a opinião de que, na *aberratio*, há dois crimes

<sup>38</sup> Como diz ANGIONI (*La volontarietà del fatto nel reato*, página 207), o decurso causal pode divergir nos seus detalhes, do que fora previsto pelo agente, sem que por isso deixe o evento de ser querido.

Sobre o erro chamado *sucessivo*, que, apesar de incidir sobre condição essencial de fato ou sobre a existência do *objeto jurídico* do crime, é irrelevante, veja-se n.º 76, no ponto relativo ao *dolus generalis*.

<sup>39</sup> Com maioria de razão, é inócuo o erro sobre a *qualidade* ou *valor da res furtiva*: não deixa de ser punível por furto aquele que subtrai um escrínio contendo jóias baratas, supondo que encerra pedras preciosas.

ou um concurso formal de crimes: um crime doloso, em relação à pessoa visada, e outro culposo, em relação à pessoa realmente atingida. Já entre os autores italianos, porém, prevalece a opinião de que há, no caso, tal como no *error in persona*, um crime único doloso; e tal ponto de vista foi explicitamente consagrado pelo Código Rocco, em que se inspirou o nosso.<sup>40</sup> Na própria Alemanha, o critério unitário tem adeptos do mais subido prestígio, como sejam, entre outros, VON LISZT, WÄCHTER, BELING e MAX ERNST MAYER. Na doutrina italiana, ninguém o defendeu melhor que IMPALLOMENI,<sup>41</sup> que assim expõe e refuta a opinião contrária: “Diz-se que o efeito homicida (na *aberratio*) não pode ser imputado a título de dolo, de vez que se realizou sobre objeto diverso do que fora representado ao espírito do agente, não se tratando, portanto, do efeito por este querido, ao contrário do que acontece no simples *error in corpore* ou *in persona*, em que há plena correspondência entre o objeto e a intenção, versando o erro apenas sobre a identidade da pessoa. Há, então, uma tentativa de homicídio, já que o propósito doloso não foi alcançado por circunstâncias fortuitas, e, contemporaneamente, um homicídio culposo, porque tinha o agente a obrigação de prever que, disparando contra Tício, outra pessoa podia vir a passar na linha de direção do tiro: *culpa dolo determinata*. Mas a distinção é arbitrária... O agente quis matar um homem, e matou: eis o que é essencial. Não há erro quanto ao objeto representado quando se mata Tício supondo que se mata Semprônio (*error in persona*), porque isso não exclui que

---

<sup>40</sup> Na Idade Média, também divergiam os doutores. BALDO opinava irrestritamente pela exclusão do dolo (*factum excedit voluntatem in diversa persona, et ideo non punitur de dolo, sed de lata culpa*), enquanto BARTOLO reconhecia o dolo quando o resultado era provável (*se cogitatum tendit verisimiliter ad finem secutum*). CARP-sovrio e, depois dêle, a maioria dos doutrinadores inclinavam-se, entretanto, pela existência incondicional de crime doloso, equiparando a *aberratio* ao *error in persona*.

<sup>41</sup> *L'omicídio*, págs. 179-180.

“tenha sido querida a morte de um homem; e pela mesma razão, quando, desviando-se o golpe dirigido contra Sem-prônio, resulte a morte de Tício, não há erro sobre o objeto “*vida humana*”, que é somente o que importa para a imputação penal do homicídio. Concorrem, aqui, de fato, os três elementos necessários à imputação de tal crime: o propósito de matar um homem, a morte de um homem e o nexo de causalidade entre a ação e o evento letal. Pouco importa que o agente não tivesse consciência de produzir a morte de Tício. Teve ele a consciência de produzir a morte de um homem, e basta: este é o fato previsto pela lei como crime de homicídio. Em vão diria o acusado: “vós me imputais a morte de Tício, pela casualidade de haver este passado na linha de direção do tiro”. Porque assim lhe seria retrucado: teríeis podido renunciar ao benefício do feliz acaso do desvio de golpe, se a má sorte de Tício não o colocasse na direção do tiro? Como quereis que a fatalidade vos favoreça, se ela não contribuiu, em coisa alguma, para mudar aquilo que de essencialmente criminoso havia no vosso desígnio? De que vos queixais, se fostes a causa única da morte ocorrida? Foi indubitavelmente dolosa a vossa ação homicida, e por que, então, não seria doloso o homicídio que cometestes?”

Entre nós, no regime anterior ao Código de 40, divergiam a doutrina e a jurisprudência, no tratamento da *aberratio*, apesar de que BATISTA PEREIRA, autor intelectual do primeiro Código republicano, tivesse sustentado que o critério por este adotado fora o do *crime único*. O Código atual dissipa qualquer discussão, resolvendo, *expressis verbis*, o problema. Ora vê na *aberratio* uma *unidade simples* (no caso de não ser também atingida a pessoa visada), ora uma *unidade complexa* (no caso de ser também atingida a pessoa visada), mandando aplicar, nesta última hipótese, a regra do concurso formal. Assim dispõe o art. 53: “Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime



“contra aquela, atendendo-se ao disposto no art. 17, § 3.º, 2.ª parte. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do § 1.º do art. 51”. Explica a *Exposição de motivos*: “No art. 53, é disciplina a *aberratio ictus seu actus*, que eventualmente pode redundar num concurso de crimes. O projeto vê na *aberratio* uma unidade substancial de crimes, ou, seja, um só crime doloso (absorvida por este a *tentativa* contra a pessoa visada pelo agente), ou, no caso de ser também atingida a pessoa visada, um concurso formal de crimes. Na primeira hipótese, o erro sobre o *objeto material* (e não sobre o *objeto jurídico*) é acidental e, portanto, irrelevante. Na segunda hipótese, a solução dada se justifica pela *unidade* da atividade criminosa”.

Exemplifiquemos. Suponha-se que Tício, armado de fuzil, desfecha um tiro contra Mévio, *necandi animo*, mas o projétil: a) atinge e mata Caio, que, no momento, passava junto a Mévio; ou b) atinge Caio, que fica apenas ferido; ou c) atinge Mévio e Caio, matando ambos; ou d) atinge Mévio, ferindo-o, e também Caio, que vem a morrer; ou e) atinge Mévio e Caio, matando aquele e ferindo este; ou f) atinge Mévio e Caio, ferindo ambos. Em face do artigo acima transcrito, Tício responderá: na hipótese sob a, por homicídio doloso consumado (abstraída a tentativa de homicídio contra Mévio); na hipótese sob b, por um só homicídio tentado; nas hipóteses sob c, d e e, por um só homicídio doloso consumado, mas aumentada a pena correspondente, de um sexto até metade (regra do art. 51, § 1.º); na hipótese sob f, por um só homicídio tentado, mas também com a pena aumentada, entre os mesmos limites.

É bem de ver que, em qualquer dessas hipóteses, se Tício previu a possibilidade da morte de Caio, aquiescendo no advento de tal resultado (dolo eventual), haverá não obstante a unidade da ação, um *concurso material* de crimes, aplicando-se as penas cumulativamente (art. 51, § 1.º, *in fine*).<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Tome-se o exemplo clássico do indivíduo que atira contra a mulher que traz ao colo uma criança, vindo esta a ser atingida e



Diverso é o tratamento da *aberratio* quando não se dá a *persona in personam*, mas a *persona in rem* ou a *re in personam*, isto é, quando o bem jurídico atingido não é da mesma espécie do bem jurídico visado. Fala-se neste caso em *aberratio delicti*, que é assim disciplinada pelo art. 54 do Código: "Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do § 1.º do art. 51". Suponha-se que Tício desfecha um tiro para quebrar a vitrina da casa comercial do seu inimigo Mévio, e atinge um transeunte, matando-o: responderá por homicídio culposos (posto que a morte do transeunte não tenha sido *eventualmente* querida); e se ocorre também a destruição da vitrina, responderá por crime de dano e homicídio culposos, em concurso formal, isto é, a pena aplicável será a mais grave (correspondente ao homicídio culposos), aumentada de um sexto até metade.

Para a graduação da pena, quer no *error in persona*, quer na *aberratio a persona in personam*, devem ser levadas em conta, pró ou contra o réu, não as condições ou qualidades da pessoa atingida, mas as da pessoa contra a qual o réu supunha ou pretendia dirigir a ação. *Non rei veritas, sed reorum opinio inspicitur*. Assim, se a vítima é *ascendente* do agente ou um *velho*, diversamente do que ocorre com a pessoa contra a qual o agente queria praticar o crime, não será reconhecida a agravante da letra *f* ou da letra *i* do n.º II do art. 44; e, ao contrário, será computada uma ou outra agravante, se a pessoa que devia ser vítima, diversamente da que

---

morta. Se o agente é um atirador inábil, não padece dúvida que teria previsto tal resultado e, disparando o tiro *apesar* dessa previsão, responderá pela morte da criança a título de dolo eventual, em concurso material com tentativa de homicídio (em relação à mulher visada).

realmente o foi, reveste uma ou outra das ditas qualidades ou condições.<sup>43</sup>

Nenhuma exceção sofre a regra do *erro accidental* no caso de *concurso delinquentium*: os co-participes (instigadores ou auxiliares) respondem pela morte da *alia et diversa persona* do mesmo modo que o executor direto, que, em relação àqueles, não é mais do que uma *longa manus* (n.º 114).

*Quid juris*, se o *ictus* partiu de alguém que se achava em situação de legítima defesa e foi, por *aberratio*, atingir pessoa diversa do agressor? O agente é sempre julgado como se tivesse praticado a ação contra a pessoa visada; logo, na hipótese acima, não é criminoso.

Coação irresistível e obediência hierárquica

**Art. 18.** *Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.*

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* italiano, arts. 46, 51 e 54, última parte; alemão, §§ 52 e 59; suíço, arts. 32, 34 e 64, alíneas 2.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup>; norueguês, § 44; holandês, arts. 40 e 43; francês, arts. 64, 114, 190 e 191; dinamarquês, arts. 14 e 84, I, n.º 5.º, e 2.º; português, art. 44, ns. 1, 2 e 3; espanhol, art. 8.º, ns. 9, 10 e 12; polonês, artigos 19 e 20, § 2.º; húngaro, §§ 77 e 80; argentino, art. 34, ns. 2.º e 5.º; colombiano, arts. 13, 1.º, e 25, 1.º; chileno, art. 10, n.º 9.º; equatorialiano, art. 18; cubano, arts. 35, *F* e *G*, e 36, *J*; costa-riquense, art. 26, ns. 1.º e 2.º; guatemalteco, art. 21, ns. 4.º, e 5.º e 11; hondurense, art. 7.º, ns. 10 e 12; uruguaio, arts. 27 e 29; mexicano, art. 15, ns. I e VII; nicaraguense, art. 21, ns. 9 e 11; panamenho, arts. 47 e 51; paraguaio, art. 21, ns. 2 e 6; salvatoriano, art. 8.º, ns. 9, 10 e 12; venezuelano, art. 65, ns. 2.º e 4.º.

<sup>43</sup> É de notar-se que, segundo a regra geral sobre o erro de fato, se este versa sobre qualidade ou condição da vítima a que esteja subordinada a existência do crime, fica o agente, quanto a este, isento de pena. Assim, se alguém, no calor de uma rixa, exerce violência contra o agente de polícia que intervém para separar e prender os contendores, não responderá a título de *resistência*, se ignorava essa qualidade da vítima.

**BIBLIOGRAFIA** (especial). WINKLER (E.), *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 85 (A noção do constrangimento em direito penal); HUG, *Die Drohung im Strafrecht* (A ameaça em direito penal), 1924; ALTAVILLA, *Costringimento físico*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IV; JORGE SEVERIANO, *Justificativas Penais*, 1936; LOBATO GUIMARÃES (M. N.), *Causas de justificação do fato*, 1946; TIESSEN (F.), *Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls* (Os efeitos penais da ordem ilegal), 1911; MAYER (M. E.), *Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten*, in *Festschrift für Laband* (A ordem ilegal do superior), 1908; ROTERMUND, *Befehl in Dienstsachen* (Ordem em matéria de serviço), 1926; VON KALLINA, *Notwehr gegenüber Amsthandlung* (Legítima defesa contra atos da autoridade), 1898; GIRIODI, *I pubblici ufficiali e la gerarchia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* de ORLANDO, vol. I; BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, 1934; GIRGINOFF, *Der bindende Befehl* (A ordem vinculante), 1904; MERSMANN, *Der Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung* (A noção de legalidade do exercício de função pública), in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 96; BADENBERG, *Das auf Befehl begangene Verbrechen* (O crime praticado mediante ordem), idem, fasc. 189; VON AMMON (W.), *Der bindende rechtswidrige Befehl* (A ordem ilegal vinculante), idem, fasc. 217; VACCHELLI, *Il limite all'obbedienza gerarchica e l'art. 51 Codice Penale*, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1932; LONGHI (S.), *La legittimità della resistenza*, ed. Vallardi (sem data); CAPALLOZZA, *L'obbedienza gerarchica come causa escludente dell'imputabilità*, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1932; SANTORO (A.), "L'ordine del superiore nel diritto penale", 1957.

#### COMENTARIO

**89. Coação irresistível.** No setor das causas excludentes de culpabilidade, o Código contempla, em seguida ao *erro de fato* essencial (n.º 84), a *coação irresistível* e a *obediência a ordem de superior hierárquico*. Respeitada a ordem com que figura no texto do art. 18, trataremos em primeiro lugar da *coação irresistível*.

Entende-se por *coação* o emprego de violência física (*vis atrox*, *vis absoluta*, *vis corpori illata*) ou moral (*vis compulsiva*, *vis conditionalis*, *vis animo illata*) para constranger alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Diz-se *irresistível* quando não pode ser vencida pelo coagido, suprimindo-lhe a possibilidade física ou a liberdade de agir contra

a vontade do coator. Entende SOLER<sup>1</sup> que somente o constrangimento moral deve ser chamado “coação”, não compreendendo esta a violência física: “Há que distinguir, firmemente, a *coação (vis compulsiva)* da *violência física (vis absoluta)*, pois, neste último caso, supõe-se que o violentado “atua exclusivamente como corpo, como objeto passivo ou “como instrumento, por meio do qual um terceiro executa “o crime”. Parece-nos, entretanto, que tal distinção colide com o próprio sentido léxico da palavra “coação”. *Coagir* (do latim *coagere*) é constranger alguém, por meios físicos ou morais, a um *facere* ou um *non facere*. Mesmo no caso em que a violência física determina e dirige o movimento corpóreo de quem a sofre (como na hipótese exótica do indivíduo que segura e impele violentamente a mão de outro para o golpe contra a vítima), está havendo *coação*. E a propriedade do termo é ainda menos contestável no caso em que a violência física é empregada para obrigar o violentado a uma omissão. Ninguém pode deixar de dizer *coagido*, por exemplo, o guarda ferroviário que se vê obrigado, mediante força física, a abster-se de dispor os binários para evitar uma colisão de comboios.

Diversa é a questão de saber se a *coação física* deve ser considerada separadamente da *coação moral*, para o efeito de se reconhecer na primeira a inexistência do próprio nexo de causalidade material entre o coagido e o evento, e na segunda apenas uma causa de exclusão de culpabilidade.

Na *coação física irresistível (vis absoluta)*, o coagido deixa de ser *agente*, para ser exclusivamente *paciente*. *Non agit, sed agitur*. Não se pode falar, aqui, nem mesmo em *ação* (ou *omissão*) por parte do coagido, pois sua faculdade de agir (ou não agir) é inteiramente tolhida, não passando de um títere à mercê do coator. Tem-se de convir em que é ocioso falar-se, na espécie, em exclusão de culpabilidade, bastando dizer-se, para evidenciar a impunibilidade do coagido, que o evento não lhe pode ser imputado *fisicamente*. A so-

---

<sup>1</sup> *Derecho Penal Argentino*, II, pág. 95.

lução do caso fica na *órbita da causalidade*, não atingindo a da *culpabilidade*.

Assim, somente a *coação moral* (irresistível) entra, propriamente, no quadro das causas de inculpabilidade.<sup>2</sup> Em tal caso, o coagido contribui com a sua vontade (*coactus, tamen voluit*); mas, como esta não é *livre*, deixa de ser *cen-surável* e, portanto, *culpável*.

O Projeto ALCÂNTARA cuidava, especialmente, apenas da "violência física irresistível" (por entender, talvez, sob influência do Código Penal italiano, que a *coação moral* estava compreendida na fórmula do "estado de necessidade"). No seio da Comissão Revisora fomos infensos a que se fizesse qualquer referência expressa à "coação física irresistível" como causa de exculpação. Reputamo-la supérflua, de conformidade, aliás, com a crítica que fizéramos anteriormente ao primitivo anteprojeto (do professor paulista): "... no tocante aos crimes por ação, é inconcebível que alguém, a não ser que se trate de um louco, empregue a *vis absoluta* para constranger outrem, de modo imediato, ao movimento corpóreo causador do crime; mas, ainda que assim não fosse, é intoleravelmente ocioso dizer que um *agido* não é *agente*... Nenhum juiz, por mais bisonho, se lembraria de identificar como autor punível de um crime quem foi apenas um *instrumento passivo* de sua execução. Quer em relação aos crimes comissivos, quer em relação aos omissivos puros ou comissivos por omissão, a disposição em apreço é supervacânea. Em face dos arts. 9.º e 10 (sobre causalidade física e psíquica), combinados, do anteprojeto, é de toda evidência que não há fato punível sem um *voluntário* movimento corpóreo ou uma *voluntária* abstenção de tal movimento. Por que, então, declarar-se, a seguir, que não será passível de pena quem praticar o crime mediante coação física irresistível?". A maioria da Comissão, porém, entendeu que se devia adotar

<sup>2</sup> M. E. MAYER, *Der allg. Teil des deutschen Strafrechts*, páginas 312 e segs.; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, pág. 269; MEZGER, ob. cit., II, § 48, II; HAFTER, ob. cit., pág. 179; SOLER, ob. cit., II, pág. 95.

a fórmula que hoje figura no art. 18 do Código, compreensiva da coação física e da coação moral, prestando, assim, uma homenagem à tradição do direito pátrio.<sup>3</sup> É de notar, entretanto, que o texto legal não exclui a interpretação de que ele só se refere à *coação moral* ou a ilação de que o caso da *coação física* tem solução implícita no art. 11.

Criticando o critério de classificação do Código, pretende GALDINO SIQUEIRA que a “coação irresistível” é causa de exclusão da injuricidade objetiva (*justificativa, discriminante*), e não de culpabilidade. Nada menos sustentável. Redundaria num flagrante despropósito o admitir-se que o crime praticado pelo *coactus* se transforme, pela só virtude da coação, em fato objetivamente lícito, e o que é mais: lícito em relação apenas ao coagido, pois continua ilícito em relação ao coator. Este ponto de vista, que faz *de quadro rotundum* e assume estranho bifrontismo, pode ser tudo, menos uma noção digna de figurar num sistema jurídico. Ao contrário do que ocorre com as discriminantes, a coação irresistível não elimina a injuricidade *a parte objecti*. Nas primeiras, o fato é *sempre* lícito, quer em relação a quem se acha na situação que as concretiza, quer em relação a quem com ele coopere, moral ou materialmente; na última, ao revés, o fato não deixa de ser objetivamente ilícito, tanto assim que por ele responde o coator.<sup>4</sup> A isenção de pena decorre, aqui, tão-somente da ausência de culpabilidade, por inexistência de vontade livre, isto é, de uma condição indispensável, *sub species juris*, ao nexo de causalidade psíquica. A adotar-se a opinião de GALDINO, chegar-se-ia a esta absurda conclusão: quem reagisse contra a agressão praticada por um coagido não poderia invocar legítima defesa, pois esta não é admissível con-

<sup>3</sup> O Código de 1830 (art. 10) falava em “força e medo irresistíveis” e o Código de 1890 em “violência física irresistível, ou ameaças acompanhadas de perigo atual” (art. 27, § 5.º).

<sup>4</sup> Como diz MEZGER (ob. cit., II, pág. 176), se a conduta do coagido é *conforme ao direito*, como pretende a tese contrária, a punição do coator seria um ilogismo: ninguém pode ser punido por cooperação em fato lícito.

tra atos lícitos. A semelhante desconchavo não poderia afeiçoar-se o Código.

Se para avaliar a *irresistibilidade* da coação física, cumpre ter em atenção o grau de resistência material do coagido, já na coação moral o critério é diverso: o ponto de referência é o *homo medius*. Nem o *herói*, o *homo constantissimus*, de GAIO, ou o *tenax propositi vir*, de HORÁCIO, nem o pusilânime ou o indivíduo que tem o medo à flor da pele. É irresistível a coação moral, diz MAYER,<sup>5</sup> quando não pode ser superada senão com uma energia extraordinária e, portanto, juridicamente inexigível.

A coação física, como já ficou acentuado, é somente a empregada corporalmente sobre a pessoa do coagido, substanciando-se com o próprio movimento corpóreo dirigido ao evento criminoso. Pode dizer-se que, à parte casos raríssimos, a coação física só é concebível nos crimes omissivos próprios ou comissivos por omissão. Não é de confundir-se com a coação física a coação moral de que é famulativo o emprego de meios físicos. Assim não é reconhecível a *vis absoluta*, mas a *vis compulsiva* no caso do indivíduo que, espancado pelo coator, comete, por exemplo, um *falsum* documental, pois não é o espancamento, propriamente, mas a pressão do *receio* de continuar a ser espancado que o leva à prática da ação criminosa. Não era outra a decisão do direito romano (D., IV, 2, I): "*Ait praetor: quod metus causa gestum erit, ratum non habeo. Olim ita edicebatur: Quod vi metusve causa; vis enim fiebat mentio, propter necessitatem impositam contrariam voluntati; metus, instantis, vel futuri periculi causa mentis trepidatione: sed postea defracta est vis mentio: (ideo) quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur*" ("Disse o pretor: não aprovarei o que "for feito por medo. Outrora, o édito dizia: *Do que é feito*

<sup>5</sup> Ob. cit., pág. 313: "*Nimmt man den Begriff im ethischen Sinne, so ist diejenige Gewalt, deren Überwindung eine abnorme Energie erfordert und daher vom Rechte nicht verlangt werden kann, unwiderstehlich (vis compulsiva)*".



“*pela violência ou pelo medo*; fazia-se menção da violência “como necessidade contrária imposta à vontade, e do medo “como abalo do espírito em razão de algum perigo iminente “ou futuro, mas, posteriormente, foi suprimida a menção à “violência, pois tudo que se faz em razão da violência deve “ser considerado como feito também por medo”).

A coação moral exerce-se pela *intimidação*, pela *ameaça* de um mal grave, que o coagido não possa arrostar ou cuja *paciência* não lhe possa ser razoavelmente exigível. Para ser *irresistível*, como é óbvio, deve ser acompanhada de perigo sério e atual, de que ao coagido não é possível eximir-se, ou que *extraordinariamente* difícil lhe seria suportar.

No conceito da coação em geral compreende-se o emprego de quaisquer meios físicos que reduzam o indivíduo à incapacidade de agir ou, pelo menos, de agir *compos sui*, como sejam: inebriantes, entorpecentes, gases, tóxicos etc. Em doutrina, considera-se *species* do *genus* coação a *sugestão hipnótica*.<sup>6</sup> Muito se tem discutido, porém, sobre o *hipnotismo*, como possível meio de levar alguém, contra sua própria vontade, a cometer crime. Não há em ciência, a tal respeito, conclusões definitivas. Os raros casos concretos registrados pela crônica judiciária não afastam a suspeita de que, neles, a invocada sugestão hipnótica não passava de um expediente de defesa. Veja-se, entretanto, H. E. HAMMER-SCHLAG, *Hypnotism and crime*, trad. inglesa de J. COHEN, 1956.

Conforme expressamente declara o art. 18, somente responde o coator pelo crime executado pelo coagido. Advirta-se que a pena do coator é especialmente agravada (art. 45,

---

<sup>6</sup> ALCÂNTARA MACHADO, em crítica à primeira edição do Projeto Revisto, disse que a fórmula por este adotada sobre a inimizabilidade era incompleta, porque não abrangia, entre outros casos, o sonambulismo provocado. Respondendo à objeção, assim nos pronunciamos: “Quanto ao sonambulismo provocado, ou hipnose, admitindo-se que um indivíduo normal cometa crime em tal estado, por influência do hipnotizador, a hipótese deveria ser identificada, com mais propriedade, entre as *species* do *genus* “coação irresistível”.

n.º II) e ainda terá ele de responder, em concurso formal, pelo crime de *constrangimento ilegal* (art. 146).

90. **Obediência hierárquica.** Acertado foi também o critério do legislador de 40 ao classificar como causa de exculpação, e não como causa excludente de injuricidade objetiva, a *obediência a ordem de superior hierárquico*.<sup>7</sup> Não se pode perder de vista que se trata de obediência a ordem *ilegal*, embora, *prima facie* ou de modo manifesto, não se apresente tal. Se assim não fosse, não haveria razão para destacar-se a hipótese em apreço do conceito do “cumprimento de dever legal” (art. 19, III), que é, autenticamente, este sim, uma causa de exclusão de injuricidade objetiva. De um ponto de vista rigorosamente jurídico, repellido o princípio da *obediência cega* (o passivismo do *perinde ac cadaver* preconizado por INÁCIO DE LOIOLA), uma ordem *ilegal*, ainda que a ilegalidade não seja reconhecível *ictu oculi*, não deveria jamais ser cumprida. O ato praticado em execução dela, quando correspondente a um tipo legal de crime, não perde, objetivamente, o seu caráter ilícito ou antijurídico. Tão-somente em obséquio ao interesse da disciplina administrativa e ao princípio da autoridade é que a *política criminal* aconselha e o direito positivo prescreve que, em tal caso, se transija com o *error juris neminem excusat*, e nenhuma pena sofra o executor, se devida a obediência, respondendo pelo crime apenas o superior que expediu a ordem. Na sua *Exposição de motivos*, assim se exprime o ministro CAMPOS: “A ordem de superior hierárquico (isto é, emanada de autoridade pública, “pressupondo uma relação de direito administrativo) só “isenta de pena o executor, se não é *manifestamente ilegal*. “Outorga-se assim ao inferior hierárquico, tal como no direito vigente, uma relativa faculdade de indagação da legalidade da ordem. Como observa DE MARSICO, se o princípio fundamental do Estado moderno é a autoridade, não é

<sup>7</sup> Em sentido contrário, GALDINO SIQUEIRA (*Código Penal Brasileiro*, pág. 87, e *Tratado de direito penal*, I, pág. 361).

“menos certo que o Estado é uma organização jurídica, e não  
“pode autorizar a obediência cega do inferior hierárquico.  
“De um lado, um excesso de poder na indagação da legali-  
“dade da ordem quebraria o princípio de autoridade, mas,  
“de outro, um excesso do dever de obediência quebraria o  
“princípio do direito”.<sup>8</sup>

O critério de classificação do Código, neste particular, é o dominante na moderna doutrina penal (à parte os autores italianos, adstritos ao direito positivo de seu país).<sup>9</sup> A obediência a ordem ilegal de superior hierárquico não expunge de injuricidade, em caso algum, o fato praticado em razão dela, tanto assim que por este responde o expedidor

---

<sup>8</sup> O Estatuto dos Funcionários Cíveis, no seu art. 224, dispõe que é dever do funcionário “cumprir as ordens dos superiores”, mas “representando quando forem manifestamente ilegais”. Nem mesmo no direito militar, cujo *leit-motiv* é a disciplina, se prescreve a obediência passiva ou irrestrita. O Código Penal Militar, art. 28, assim estatui: “Se o crime é cometido em estrita obediência a ordem de superior hierárquico, em matéria de serviço... só é punível o autor da ordem. § 1.º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso... é punível também o inferior”.

<sup>9</sup> M. E. MAYER foi dos primeiros a demonstrar que a obediência devida é causa de exculpação (*Entschuldigungsgrund*), e não de exclusão de injuricidade (*Rechtfertigungsgrund*), pois “a execução de uma ordem antijurídica é, em quaisquer circunstâncias, uma ação antijurídica” (“*die Ausführung eines rechtswidrigen Befehls ist unter allen Umständen eine rechtswidrige Handlung*”) (ob. cit., pág. 334). No mesmo sentido, MEZGER (ob. cit., I, pág. 370); JIMÉNEZ DE ASÚA (*Teoría jurídica del delito*, pág. 152; artigo publicado em *La Ley*, de Buenos Aires, de 16 de julho de 1941, e *La ley y el delito*, pág. 508); SOLER, ob. cit., I, pág. 386; LISZT-SCHMIDT, ob. cit., pág. 198; VIDAL-MAGNOL, *Cours de droit criminel*, pág. 319; HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, parte geral, pág. 180: “Se a ordem do superior visa à prática de um crime, que o inferior executa, é absurda a opinião de que este não tenha agido contrariamente ao direito. A injuricidade objetiva subsiste em qualquer caso” (“*Zielt der Befehl des Vorgesetzten auf die Verübung eines Deliktes ab, das der Untergebene ausführt, so geht die Annahme, der Befehlsempfänger habe nicht rechtswidrig gehandelt, gegen alle Vernunft. Die objektive Rechtswidrigkeit besteht in jedem Fall*”).

da ordem e a oposição que se faça ao executor não constitui crime de *resistência*. O que fica excluído, no caso de não ser a ordem *manifestamente* ilegal, é a *culpabilidade*, porque o executor, por *erro de direito*, aqui excepcionalmente relevante,<sup>10</sup> supõe a legalidade da ordem. Exemplo: um bisonho soldado de polícia, por ordem do comandante da escolta, mata com um tiro de fuzil, supondo agir por obediência devida, o criminoso que tenta fugir ou opõe resistência *passiva* ao mandado de prisão. Não se deve confundir esta causa de exculpação com o caso em que o inferior cumpre uma ordem ilegal por *erro de fato*. Suponha-se que um guarda-civil, em tempo de agitação pública, atendendo à ordem do delegado de polícia, dispersa a tiros uma multidão que se dirige, com certo tumulto, ao palácio do Governo, supondo que se trata de um bando de sediciosos, quando, na realidade, eram populares que iam protestar sua adesão ao Presidente da República. A regra a aplicar-se, aqui, é a do art. 17, 2.<sup>a</sup> parte: o agente, iludido pelas circunstâncias de fato, supõe estar cumprindo um dever legal. Se vem a ser atingido e morto um dos populares, o guarda-civil (do mesmo modo que o delegado, se este também laborou em erro) não responderá pelo homicídio a título de dolo, e nem mesmo a título de culpa, se o erro era escusável.

Na apreciação dos casos concretos deve ter-se em conta, entre outras circunstâncias, o grau de instrução do executor

<sup>10</sup> VON BAR (*Gesetz und Schuld im Strafrecht*, III, pág. 115): "*Streng juristisch betrachtet erscheint die Straflosigkeit des Beamtens auf Grund eines gesetzwidrigen Befehls als Entschuldigung eines Rechtsirrtums, welche vom Gesetz als eine Art Privileg gewährt, wenn nötig auch ohne Verzug, sicherzustellen, ein Privileg, das zugleich sich daraus ergibt, dass die Staatsordnung den Untergebenen im allgemeinen der Autorität des Vorgesetzten unterstellt*" (isto é, "sob o ponto de vista rigorosamente jurídico, o fundamento da impunidade do executor de ordem ilegal está na exculpação de um erro de direito, que a lei assegura como uma espécie de privilégio, exatamente para garantir o cumprimento de ordens legais — privilégio que decorre do fato da organização política subordinar geralmente o inferior à autoridade do superior").

e o tempo que teve para refletir sobre a legalidade ou ilegalidade da ordem. É de negar-se, indubitavelmente, o dever de obediência (e, portanto, a ausência de culpabilidade ou isenção de pena) quando se trate de ordem cuja execução não podia deixar, *prima facie*, de afigurar-se crime mesmo aos olhos do *homo rusticus*. Era já este o critério romanístico, a propósito do *servus* que praticasse uma ação ilícita em obediência ao *dominus*: “*Ad ea, quæ non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis, vel his, qui vice dominorum sunt, obtemperaverit*” (“Perdoam-se aos escravos as ações que não tenham a atrocidade de um crime, se as praticaram em obediência ao senhor ou ao que suas vezes faz”). Idêntica era a decisão do direito intermédio: “*in delictis atrocibus mandatum superioris nunquam excusat*”.<sup>11</sup>

A impunibilidade decorrente da obediência devida pressupõe, além disso: a) uma relação *oficial* (de direito público) de subordinação; b) ordem emanada de autoridade superior, nos limites de sua competência, em face do subordinado, e c) forma legal da ordem (isto é, preenchimento dos requisitos mediante os quais a ordem se impõe à obediência).

O texto legal fala em “*estrita* obediência a ordem”, o que vale dizer: o inferior não está isento de culpa e pena, se se *excede* na execução da ordem. Em tal caso, responderá pelo evento criminoso sem qualquer atenuação, enquanto o expedidor da ordem será tratado na conformidade do parágrafo único do art. 48.

Exclusão  
de crimi-  
nalidade

Art. 19. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I — em estado de necessidade;

II — em legítima defesa;

III — em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

<sup>11</sup> JULIUS CLARUS, *Practica Criminalis, quæstio*, LX, ns. 15 e 16.

**Estado de  
necessidade**

*Art. 20. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.*

§ 1.º *Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.*

§ 2.º *Embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena, de um a dois terços.*

**Legítima  
defesa**

*Art. 21. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.*

**Excesso  
culposo**

*Parág. único. O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa responde pelo fato, se este é punível como crime culposos.*

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos penais: italiano, arts. 51, 52, 54 e 55; alemão, §§ 53 e 54; francês, arts. 328 e 329; polonês, arts. 21, §§ 1.º e 2.º, e 22, §§ 1.º a 4.º; dinamarquês, arts. 13, ns. 1 a 3, e 14; português, arts. 44 a 46; holandês, arts. 40 a 42; suíço, arts. 32 a 34; norueguês, §§ 47 e 48; húngaro, §§ 79 e 80; espanhol, arts. 8.º, números 4 a 7, 10 e 11; soviético, art. 13; argentino, art. 34, ns. 3 a 7, e 35; chileno, art. 10, ns. 4 a 10; mexicano, arts. 15, ns. III, IV, V e VIII, e 16; uruguaio, arts. 26 e 27; venezuelano, arts. 65, ns. 1, 3 e 4, 66 e 73; boliviano, art. 13, n.º 6; colombiano, arts. 25, ns. 1 a 3, e 27; equatoriano, arts. 18 a 27; peruano, arts. 85, ns. 2 a 5, e 90; paraguaio, arts. 21, ns. 3, 5 e 7, e 25 a 27; cubano, arts. 35, G, e 36, A e E, G e L; costa-riquense, art. 26, ns. 4 a 7, e 27; guatemalteco,*



art. 21, ns. 6 a 10 e 12; hondurense, art. 7.º, ns. 5 a 8, 11 a 13; nicara-güense, art. 21, ns. 4 a 7, 10 e 12; panamenho, arts. 47 a 50; salvatoriano, art. 8.º, ns. 4 a 7, 10, 11 e 13; porto-riquense, §§ 52 a 55.

**BIBLIOGRAFIA** (especial). PENSO (G.), *La difesa legittima*, 1939; CONTIERI (E.), *Lo stato di necessità*, 1939; LA MEDICA (V.), *O direito de defesa*, trad. port. de F. MIRANDA, 1942; ALTAVILLA (E.), *Difesa legittima e Stato di necessità*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vols. IV e VIII; CORSONELLO, *Teoria delle cause oggettive di cessazione del reato*, 1941; ANGIONI (M.), *Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale*, §930; CARRARA (F.), *Diritto della difesa pubblica e privata*, in *Opuscoli*, I, 1878; CIVOLI (C.), *Legittima difesa e stato di necessità*, supl. da *Riv. Penale*, I; *Intorno alla legittima difesa ed allo stato di necessità*, in *Riv. Penale*, XLVII; BRASIELLO, *Lo stato di necessità nel diritto romano e nel sistema legislativo vigente*, 1903; BRANCATO, *Studio critico sulla legittima difesa*, 1896; BATTAGLINI, *Il pericolo di offesa nella legittima difesa*, supl. da *Riv. Penale*, 1911; *Sulla legittima difesa*, in *Riv. Ital. di Dir. Penale*, 1933; BONUCCI, *Il reato come fatto illecito e come fatto punibile*, in *Riv. di Dir. e Proc. Penale*, 1919; NOTARISTEFANI, *Intorno alla legittima difesa*, supl. da *Riv. Penale*, II; FIORETI-ZERBOGLIO, *Su la legittima difesa*, 1896; FLORIAN, *I motivi determinanti e la legittima difesa*, in *Scuola Positiva*, IV; PERGOLA, *Lo stato di necessità nella storia e nella legislazione comparata*, in *Riv. Penale*, LXX; *Fondamento giustificativo dello stato di necessità*, idem, II; *I requisiti dello stato di necessità e l'eccesso scusabile*, supl. da *Riv. Penale*, XVIII; POZZOLINI, *I casi di giustificazione come cause di esclusione del reato nella legislazione italiana*, in *Scritti in onore de E. FERRI*, 1929; MORIAUD, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, 1899; MARCHAND, *De l'état de nécessité*, 1903; ROUX (J. A.), *L'état de nécessité et de délit nécessaire*, in *Revue Penitenciaire*, 1910; SERMET, *L'état de nécessité en matière pénale*, 1903; RATIGLIA, *Nuove teorie sullo stato di necessità*, 1923; CAVALLLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, 1939; TOBLER, *Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr (Os limites entre o estado de necessidade e a legitima defesa)*, 1894; GEYER, *Die Lehre von der Notwehr (A doutrina da legitima defesa)*, 1857; OETKER, *Notwehr und Notstand (Legittima defesa e estado de necessidade)*, in *Vergleichende Darstellung*, p. g., II; PAOLI, *(Sulla legittima difesa. La fuga)*, in *Riv. Penale*, 1927; MINTSCHEW (M. G.), *Der strafrechtliche Notstand (O estado de necessidade juridico-penal)*, 1914; HENKEL (H.), *Die Rechtsnatur des Notstandes (A natureza jurídica do estado de necessidade)*, 1927; BAUMGARTER, *Notstand und Notwehr*, 1911; VON BURI, *Stato di necessità e legittima difesa*, in *Riv. Penale*, XIII; FERRI, *Legittima difesa reciproca*, in *Scuola*



*Positiva*, 1893; KLEINFELLER, *Amtsrecht, Amts-und Dienstpflichte* (Direitos funcionais, deveres de função e de serviço), in *Vergleichende Darstellung*, parte geral, I; VON KALLINA (E. F.), *Notwehr gegenüber Amtshandlungen* (Legítima defesa contra atos da autoridade), 1898; BRÄGGER, *Der Notstand in schweizerisches Strafrecht* (O estado de necessidade no direito penal suíço), 1937; JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado de necesidad en materia penal*, 1922; *Estado de necesidad y hurto famélico*, in *Criminalista*, III, 1943; WURZBURGER, *Das strafrechtlich Notstand vor und nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuch* (O estado de necessidade jurídico-penal antes e depois da vigência do Código Civil), in *Strafrechtlich Abhandlungen* fasc. 48; SIEGERT (K.), *Notstand und Putativnotstand* (Estado de necessidade autêntico e putativo), 1931; KÖHLER, *Der Notstand in künftig Strafrecht* (O estado de necessidade no futuro direito penal), 1926; MARCETUS, *Der Gedanke der Zumutbarkeit* (A idéia da exigibilidade), in *Strafr. Abhandlungen*, fasc. 243; PERMACI, *Lo stato di necessità causato dall'indigenza, dispetto ai reati di accantonaggio e di furto*, in *Riv. Penale*, 1938; PAYEN, *De l'emploi d'engins automatiques pour la défense des propriétés et de la responsabilité pénale*, 1905; MASSARI, *Congegni offensivi a scopo di difesa*, in *Scuola Positiva*, I; BENEDETTI, *Gli ordigni o offendicula e la difesa dei beni*, in *Annali di dir. e proc. Penale*, 1932; CAPALLOZZA, *La questione degli offendicula secondo il Codice Rocco*, in *Rev. ital. di dir. penale*, 1933; DANTE, *Sulla difesa della proprietà con mezzi meccanici*, in *Il pensiero giuridico-penale*, 1935; BONINI, *L'eccesso colposo e la legittima difesa*, in *Il nuovo diritto*, 1936; GALLO, *L'eccesso scusabile nel nuovo codice penale*, in *Riv. Penale*, 1932; LOBATO GUIMARÃES (M. N.), *Causas de justificação do fato* (Lições de direito penal), Coimbra, 1946; LEMOS SOBRINHO, *Da legítima defesa*, 1931; VERGARA (Pedro), *Da legítima defesa subjetiva*, 1929; D'ANIELLO, *Legittima difesa ed attentati al diritto di proprietà*, in *Annali di dir. e proc. Penale*, 1935; MOTA FILHO (C.), *Do estado de necessidade*, 1938; JORGE SEVERIANO, *Justificativas penais*, 1936.

#### COMENTARIO

**91. Generalidades.** Como já vimos, o caráter essencial do crime é ser um fato contrário ao direito, é a sua relação de desconformidade ou de contradição com a lei, numa palavra: a sua *injuricidade*. Diz esta com a existência objetiva do crime, devendo ser apreciada, portanto, de um ponto de vista estritamente objetivo, sem qualquer indagação *a parte subjecti*. É referida à vontade da lei, e não à consciência

ou opinião do agente: não deixa de existir ainda quando este não tenha tido consciência dela (por erro de direito ou erro de fato) ou careça de discernimento para compreendê-la. A consciência da injuricidade ou possibilidade de tal consciência (abstraido sempre o erro de direito, que é irrelevante) constitui requisito da *culpabilidade*, e não da *injuricidade*. Como diz MAGGIORE,<sup>1</sup> “nenhuma consideração subjetiva pode transformar em juridicamente lícita a ação que nega o direito”. É de todo indiferente na espécie a capacidade penal ou culpabilidade do agente: as causas de exclusão da primeira (*doença ou deficiência mental, imaturidade, embriaguez fortuita*) ou da segunda (*erro de fato, coação irresistível, obediência devida*) deixam intata a injuricidade do fato. Esta, só é excluída quando o fato incriminado *in genere* é, excepcionalmente, *permitido* ou *ordenado* por outra norma jurídica, penal ou extrapenal (posto que o direito penal não pode colidir com os outros ramos do direito). Em tais hipóteses, o fato deixa de ser *crime*, para ser *objetivamente lícito*. Fala-se, aqui, tradicionalmente, em “justificativas” (ou “causas de justificação”), mas a denominação mais própria é a de *discriminantes*, ou “causas objetivas de exclusão de crime” (MASSARI), ou “causas excludentes de ilicitude objetiva” (ANGIONI), ou “causas de inexistência de crime” (CAVALLO). Os autores alemães preferem a locução “causas excludentes de ilicitude jurídica ou injuricidade” (*Unrechtsausschließungsgründe*). Com a presença de tais causas, o fato surge *lícito, intrinsecamente lícito* (e não apenas “justificado” *in concreto*: pode ser *justificado* o que é *injusto*, e não o que é *congenitamente justo*): inexistente crime, como diz ANGIONI,<sup>2</sup> quer concreta, quer *abstratamente*. Este ponto de vista, que elimina *in casu* qualquer interferência do “estado psicológico” do agente, é o dominante na doutrina penal moderna. Eis a lição de MASSARI:<sup>3</sup> “... pode suceder que na lei se depare um *præ-*

<sup>1</sup> *Principii*, I, pág. 171.

<sup>2</sup> *Le cause che escludono l'illicità obiettiva penale*, pág. 120.

<sup>3</sup> *Le dottrine generali del diritto penale*, pág. 71.

“*ceptum juris* (incriminador), mas também se encontrem outras normas que, sob determinadas condições, autorizam em casos particulares a conduta proibida pela norma geral, de que constituem, portanto, uma derrogação ou exceção. Quando tal concurso de normas derogatórias se verifica, delinham-se as que chamamos... causas objetivas de exclusão de crime”. É o que também acentua VON HIPPEL: “Ha casos em que uma ação penalmente proibida e, portanto, essencialmente antijurídica, pode ser, por motivos particulares, legalmente permitida ou mesmo ordenada. Quando se apresentam tais casos, falha a injuricidade, não existe um crime, apesar da genérica ameaça penal”.<sup>4</sup> No mesmo sentido POZZOLINI,<sup>5</sup> embora mantendo a nomenclatura tradicional: “*L'azione che ha esternamente i caratteri di azione criminosa diviene legittima per il concorso di quella determinata situazione di fatto costituita dai cosiddetti casi di giustificazione. Ogni concetto di imputabilità e di elemento soggettivo è estraneo a questa definitiva concezione del caso di giustificazione: è la natura intrinseca oggettivamente considerata dell'azione che la fa legittima in sé e per sé*”.

Como causas excludentes de injuricidade ou “descriminantes”, o Código enumera o “estado de necessidade”, a “legítima defesa”, o “estrito cumprimento de dever legal” e o “exercício regular de direito”. Em tais hipóteses, segundo declara o art. 19, “não há crime”.

O Projeto ALCÂNTARA (art. 15, n.º I), a exemplo do Código italiano, incluía entre as causas excludentes de injuricidade o *consentimento do ofendido*, ou *in verbis*, o “prévio consentimento de quem possa validamente dispor do bem jurídico ofendido ou ameaçado”. O dispositivo era evidente-

<sup>4</sup> Ob. cit., II, pág. 185: “*Es gibt Fälle in denen eine bei Strafe verbotene, also grundsätzlich rechtswidrige Handlung aus besonderen Gründen erlaubt oder gar rechtlich geboten sein kann. Liegt ein solcher Fall vor, so fehlt die objektive Rechtswidrigkeit, ein Verbrechen ist trotz der allgemeinen Strandrohung nicht vorhanden*”.

<sup>5</sup> “*I casi di giustificazione*” etc., in *Scritti in onore di E. Ferri*, pág. 384.

mente supérfluo, e assim entendeu a Comissão Revisora, que o suprimiu. Como é elementar, o direito penal não protege direitos individuais por si mesmos, senão porque e enquanto coincidentes com o interesse público ou social; mas, em certos casos, por exceção, condiciona a existência do crime ao *dis-senso do lesado*. Assim, nos crimes patrimoniais e, em geral, naqueles em que o *constrangimento*, o *engano* ou o *arbitrio* por parte do agente entram como condições essenciais. Em tais casos, o não consentimento do ofendido é *elemento constitutivo* do crime. Ora, se o inciso n.º I do art. 15 do Projeto ALCÂNTARA a eles se referia, sua superfluidade chegava a ser incomodativa. É meridianamente claro que se não pode reconhecer a criminalidade de um fato que carece de uma das condições *sine quibus* da sua qualificação legal como crime. O axioma não precisava de ser trazido para o texto da lei. Em crítica ao Projeto Revisto, porém, ALCÂNTARA MACHADO argumentou que podem apresentar-se outros casos em que o consentimento do ofendido seja excludente do crime. Quais seriam eles? Por isso mesmo que se trata de uma exceção ao caráter *publicístico* do direito penal, só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse jurídico *renunciável* ou *disponível*, a exclusivo arbitrio do seu titular, nos estritos casos em que a própria lei penal, explícita ou implicitamente, o reconheça. Não há investigar alhures as hipóteses de *livre disponibilidade* de direitos (bens, interesses) penalmente tutelados. É este o ponto intransponível para os que, seduzidos pelas chamadas *questões elegantes* de interpretação do *jus positum* em matéria penal, defendem o critério aceito pelo ilustre projetista. Fez esta alusão especial à *violência esportiva* e ao *dano*. Ora, no primeiro caso, não é o consentimento do ofendido que exclui o crime: ou as consequências lesivas decorrem necessária ou normalmente de *golpes* permitidos (o esporte violento é autorizado e regulado pela própria lei do Estado), e o fato é *objetivamente lícito* (exercício regular de um direito), ou as consequências são *anormais* (morte, lesão corporal grave), e o fato só poderá deixar de ser *punível* por *ausência de culpabilidade*



(n.º 100); no segundo caso, o consentimento do ofendido exclui a injuricidade, é certo, mas porque o *dano* é crime patrimonial, que pressupõe, *per definitionem*, a vontade contrária do lesado. A razão está com PAOLI:<sup>6</sup> "... o consentimento do ofendido não tem jamais o prestígio de excluir a ilicitude da lesão de um bem jurídico protegido pela lei penal senão quando esta assim o disponha, e isso em razão do interesse público, sempre direto e imediato, que a lastreia".

**92. Estado de necessidade.** É a discriminante contemplada pelo Código em primeiro lugar. Nem o direito romano, nem os canonistas ou os práticos medievais chegaram a elaborar uma verdadeira doutrina sobre o *estado de necessidade*. Admitia-se que *necessitas caret legem*, mas este princípio só era aplicado em casos particulares (furto famélico, aborto para salvar a vida da gestante). Os jusnaturalistas é que fizeram do "estado de necessidade" uma noção geral, e esta foi transplantada para o direito penal. Surgiram, entretanto, divergências quanto ao efeito jurídico penal da *necessitas cogens*: diziam uns que era excluída a *imputabilidade* ou a *culpabilidade* do agente (dada a sua conseqüente perturbação de ânimo ou coação psicológica), e não a *injuricidade* do fato (*necessitas non facit licitum, quod jure naturæ est illicitum*); outros, porém, entendiam que era suprimida a injuricidade: desde que, no conflito de interesses, era posto a salvo o *preponderante*, o estado de necessidade tornava *factum licitum* o sacrifício (ainda que violento) do direito menos valioso. A doutrina dominante, por largo tempo, orientou-se no sentido da primeira corrente de opinião. Não obstante, era esta insustentável, por colidir com o próprio direito positivo e ser de manifesta insuficiência: considerava supressa a imputabilidade ou culpabilidade onde a fórmula da

---

<sup>6</sup> "Il consenso dell'offeso nel progetto preliminare Rocco", in *Scuola Positiva*, 1928, págs. 297, e segs. Veja-se, sobre o tema, O. STEVENSON, *Da exclusão de crime*, págs. 113 e segs.

lei pressupõe um indivíduo *compos sui*, calculando e agindo comedidamente, e não explicava os casos que MASSARI denomina de colaboração com a função estatal de *assistência* ao indivíduo, isto é, os casos de permitida ação em socorro de terceiro, nos quais não se apresenta a *necessitas cogens* reconhecível na salvaguarda dos próprios interesses ou bens. Ulteriormente, passando-se a distinguir entre *imputabilidade* e *responsabilidade*, foi o estado de necessidade considerado excludente da última (a imputabilidade, como a injuricidade, permanece, mas o fato é *politicamente* tolerado e declarado impunível). Na atualidade, entretanto, já repudiada a bizantina distinção entre imputabilidade e responsabilidade, pode dizer-se que a solução pacífica e definitiva é a de que, no estado de necessidade, não há crime, o que vale dizer: o fato necessitado é *objetivamente lícito*. Foi este o ponto de vista consagrado pelo nosso Código, que, acertadamente, destacou da fórmula do estado de necessidade a “coação irresistível” (exercida diretamente de homem para homem), pois não se pode dizer que esta elimine a injuricidade objetiva do fato conseqüente, desde que subsiste, em razão dele, a punibilidade do coator (n.º 89). ERERHARD SCHMIDT (que atualizou o *Tratado* de VON LISZT), ao entrosar o critério da *inexigibilidade* (*Unzumutbarkeit*) no conceito do estado de necessidade (como faz o nosso Código), volta a insistir em que este não exclui a ilicitude objetiva, mas a culpabilidade.<sup>7</sup> Ora, a inexigibilidade é, precisamente, o fundamento central da *licitude* que na espécie se reconhece e declara.<sup>8</sup> Não é pre-

<sup>7</sup> *Lehrbuch*, ed 25.ª, pág. 269.

<sup>8</sup> Em crítica à fórmula do Anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO sobre o estado de necessidade, assim nos pronunciamos, replicando ao professor da Faculdade de São Paulo: “... o anteprojeto, truncando o projeto da Comissão Legislativa (SÁ PEREIRA-MORAIS-BULHÕES), omite a cláusula de que o “sacrifício do bem ameaçado não possa ser razoavelmente exigido do agente”. Neste ponto da minha crítica, dissera eu que tal cláusula era o próprio cerne da discriminante em apreço na sua formulação hodierna, e tal era, do ponto de vista ético-jurídico, o seu relevo, que está evoluindo no sentido de tornar-se um critério informativo da culpabilidade penal, *in genere*, como se de-

ciso referi-la à culpabilidade, cuja existência ficaria tolhida. Como acentua HELMUT MAYER, o que não pode ser razoavelmente exigido a um homem, não lhe pode ser imposto pelo direito positivo.<sup>9</sup> A inexigibilidade só se apresenta em particulares circunstâncias de fato e, portanto, entende também com o lado objetivo da conduta. O que se dá, em tal caso, é, simplesmente, uma ação lícita ou não proibida juridicamente. Não se apresenta um crime, nem mesmo do ponto de vista abstrato. No estado de necessidade, entrando em conflito bens ou interesses que merecem igualmente a proteção jurídica, é concedida a *faculdade* da própria ação violenta para o salvamento de qualquer deles. *Faculdade*, e não propriamente *direito*, porque a este deve corresponder necessariamente uma obrigação (*jus et obligatio sunt correlata*) e, no caso, nenhum dos titulares dos bens ou interesses em colisão está *obrigado* a suportar o sacrifício do seu. A lei, aqui, assume uma atitude de *neutralidade* e declara sem crime o *vencedor* (seja este o mais forte ou o mais feliz).

---

<sup>9</sup> *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, pág. 230: "Was einem Menschen nicht zugemutet wird, das wird ihm auch nicht geboten".

---

preende da teoria da *Nichtzumutbarkeit*, dos modernos penalistas alemães. O Sr. ALCÂNTARA não procurou investigar detidamente o tema e deu-me uma resposta precipitada: desde o *Código de Manu*, diz ele, que o estado de necessidade é disciplinado sem a referida cláusula e só agora, mercê da moderna teoria teutônica (o pejorativo vai por conta do Sr. ALCÂNTARA), é que tende a fixar-se como postulado inconcusso. E continua: "Tão recente é essa tendência, que não se lhe percebe o reflexo em *nenhum dos Códigos contemporâneos*, e "dentre os projetos, só o da Comissão Legislativa se ressentir de sua "influência". É preciso que nos entendamos: a teoria da *não-exigibilidade* como *causa supralegal de exclusão de culpa* é novíssima, mas a inserção da cláusula em questão no conceito do estado de necessidade não é propriamente uma "criança de peito". Já figurava ela no Projeto Stroos para a Suíça. (1896), no projeto alemão de 1925 e no austríaco de 1927 ("*nach den Umständen nicht zumuten war, den drohenden Schaden zu dulden*"), e está no art. 85, n.º 3, do Código do Peru (de 1924) e no art. 34 do Código suíço (1937).



Assim conceitua o Código o estado de necessidade (artigo 20): “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

São, pois, requisitos da descriminante:

- a) perigo atual, não provocado voluntariamente pelo agente;
- b) salvamento de direito do próprio agente ou de outrem;
- c) impossibilidade de evitar por outro modo o perigo;
- d) razoável inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado.

Sobre o que seja perigo, vejam-se págs. 13 e segs. Deve tratar-se de perigo presente, concreto, imediato, reconhecida objetivamente, ou segundo *id quod plerumque accidit*, a probabilidade de tornar-se em dano efetivo. Não se apresenta a *necessitas cogens* quando o perigo é remoto ou incerto, e deixa de existir quando cessa o perigo. Não há *fato necessitado* sem a premência da necessidade objetiva. Se o perigo é erroneamente suposto, o que ocorre é o *estado de necessidade putativo*, aplicando-se a regra do art. 17 e seu § 1.º: o agente ficará isento de pena por ausência de culpabilidade, salvo se inescusável o erro, pois, em tal caso, responderá a título de culpa *stricto sensu*, se a este título for punível o fato (veja-se n.º 86).

Cumpra que a situação de perigo seja alheia à vontade do agente, isto é, que este não a tenha provocado intencionalmente ou por grosseira inadvertência ou levandade. Neste último caso, deve entender-se (para não estreitar demasiadamente os limites do estado de necessidade, com abstração do instintivo *serva te ipsum*) que o agente não só podia e devia ter previsto o advento do perigo, como também a conseqüente

*necessidade de violar o direito alheio.*<sup>10</sup> Mesmo no caso de salvamento de direito de terceiro, o perigo deve não ter sido voluntariamente provocado por este: se o foi, mas o agente ignorava tal circunstância, a isenção de pena poderá ser reconhecida também neste caso, por carência de culpabilidade (estado de necessidade putativo), e não por exclusão de injuricidade.<sup>11</sup> O perigo pode provir de ação humana (antijurídica ou não, imputável ou imputável, culpada ou inocente) do fato de um irracional, de força da natureza, enfim: de qualquer acontecimento desfavorável (*in exemplis*: incêndio, desabamento, inundação, desastre ferroviário, naufrágio, fome, peste, investida de touro bravo etc.). Deve ameaçar a incolumidade de algum *direito*, criando a necessidade urgente de salvá-lo. O vocábulo “direito”, empregado no texto do art. 20, é referível a qualquer *bem ou interesse juridicamente tutelado*: vida, integridade física, liberdade, pudor, honra, propriedade, em suma: tudo quanto gravita na *esfera jurídica da pessoa*. Deve notar-se que, se não é concebível a *ação necessitada* por parte de uma *pessoa jurídica* (de direito público ou privado), é perfeitamente admissível que uma pessoa

<sup>10</sup> FRANK, *Das Strafgesetzbuch f. das deutsche Reich*, 1908, página 120; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, pág. 260; VON HIPPEL, ob. cit., II, pág. 223; OETKER, in *Vergleichende Darstellung*, p. g., II, 344; OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 54; THORMANN-OVERBECK, ob. cit., pág. 146.

<sup>11</sup> HAFTER (ob. cit., p. g., pág. 155) entende que, em tal caso, não há, sequer, indagar se o periclitante foi ou não culpado do perigo: “*Dabei kommt es für den Notstandshelfer nicht darauf an, ob der in Not Geratene seinem Zustand verschuldet oder nicht verschuldet hat. Das kann für den Nothelfer keine Rolle spielen. Oft wird er auch gar nicht in der Lage sein, zu erkennen, ob der, dem er seine Hilfe zuteil werden lässt, durch eigene Schuld oder durch Zufall in Not geraten ist*” (“Não importa, para quem presta socorro ao necessitado, se este “foi ou não culpado de sua situação. Isto nada tem a ver com o pro-“tutor interventor, que, aliás, muitas vezes, não está em condições “de saber se o socorrido ficou exposto à necessidade por sua própria “culpa ou casualmente”).

física intervenha para resguardar de lesão seus direitos periclitantes (*legítimo socorro a terceiro*). Não subordina o Código a legitimidade do fato necessitado à relevância *hierárquica* do direito posto a salvo (como faz, por exemplo, o Código alemão, que, adstrito a um critério obsoleto, apenas se refere a perigo para a *vida* ou para o *corpo*). Nenhum direito, por mais modesto, deve ficar incondicionalmente exposto a lesão, ainda que reparável. Sejam traçados limites jurídicos ao estado de necessidade, notadamente quanto à *ponderação dos interesses em conflito*, mas não se pode exilar do seu conceito o salvamento dos interesses de relevo secundário.

O direito posto a salvo (ou que se pretendeu salvar) pode ser do próprio agente ou de outrem. Nesta última hipótese (*socorro a terceiro*, *Notstandshilfe*, do direito alemão), a lei penal não podia deixar de reconhecer que, na impossibilidade de imediata e eficiente *assistência* do poder de polícia do Estado, deve ser outorgada (em acréscimo à permissão de autotutela do indivíduo) a faculdade de intervenção protetora de um particular em favor de outro, pouco importando que haja, ou não, uma relação especial entre ambos (parentesco, amizade, subordinação).<sup>12</sup> Além disso, é atendido, com essa autorização, o nobre princípio de caridade e solidariedade humanas inscrito nos Evangelhos: *Prout vultis ut faciant vobis homines, et vos facite illis similiter*.

Diz-se *defensivo* o fato necessitado que sacrifica direito de quem produziu ou contribuiu para produzir o perigo; diz-se *agressivo*, quando é sacrificado direito de um inocente.

---

<sup>12</sup> JORGE SEVERIANO (*in Tratado de direito penal, dir. por O. TENÓRIO, II, pág. 214*), de retorno à fase pré-histórica do direito, entende que devia ser abolido o “estado de necessidade” para salvamento do direito de terceiro, a não ser que se trate de *parente* do agente. Pela sua lógica, aquele que vê um *estranho* atacado por um touro bravo, e o socorre, abatendo com um tiro o animal, comete o... crime de *dano*. Entre a vida de um homem e a vida de um touro, devia ter preferido a última.

Exige o Código que o perigo não possa ser evitado por *outro modo*, isto é, sem o sacrifício (total ou parcial) do direito alheio. O estado de necessidade, contrariamente ao que ocorre com a *legítima defesa* (n.º 93), é, eminentemente, *subsidiário*: não existe se o agente podia conjurar o perigo com o emprego de meio não ofensivo do direito de outrem. A própria possibilidade de fuga (recaindo o perigo sobre bem ou interesse inerente à pessoa) exclui o estado de necessidade, pois tal recurso, aqui, não representa uma pusilanimidade ou conduta infamante. A *inevitabilidade por outro modo* (distinta da necessidade criada pelo perigo) deve ser entendida no sentido *relativo*, e não *absoluto*. Tem de ser reconhecida de um ponto de vista objetivo, e diz também com a adequação da conduta do agente à entidade do perigo. Se o meio empregado é desproporcionado ou excessivo, é claro que o perigo podia ser evitado por outro modo, posto que este se achasse ao alcance do agente. Se o excesso resulta de erro, aplica-se a regra geral sobre o *error facti* (art. 17 e seu § 1.º). Ao juiz incumbe apreciar os fatos *ex ante*, e não *ex post*, para decidir se havia possibilidade de outro recurso para debelar o perigo e se ao seu emprego estava adstrito, em idênticas condições, o *homo medius*, o homem de tipo comum.

*Evitar* o perigo não quer dizer *preveni-lo*, mas impedir que se verifique o dano ameaçado pelo perigo já surgido. Se o agente não provocou voluntariamente o perigo, não há exigir-lhe uma conduta anterior de prevenção deste.<sup>13</sup> A *idoneidade* do meio empregado deve ser reconhecida *in abstracto*, pouco importando que, no caso concreto, não tenha sido suficiente para salvar o bem ameaçado.

Igualmente em discrepância com a legítima defesa, o estado de necessidade prescinde da *injustiça* (injuricidade) da ofensa em perspectiva (a que se contrapõe o fato necessitado). É controvertido se a agressão de um *inimputável* (louco,

<sup>13</sup> CONTIERI, *Lo stato di necessità*, pág. 60.

criança, silvícola) coloca o agredido em situação de legítima defesa ou em estado de necessidade. Inclina-mo-nos pela última solução. É certo que a *injustiça* da agressão, como requisito da legítima defesa, deve ser considerada objetivamente; mas, além de outras considerações, a admitir-se a legítima defesa no caso em questão, já não seria exigível que o ameaçado se eximisse, se possível, por meio da fuga, apesar de não ter caráter vexatório (veja-se n.º 94).

Ao definir o estado de necessidade, o Código, corrigindo estreito critério da legislação penal anterior, aboliu a rigorosa condição de *preponderância* do interesse posto a salvo, em cotejo com o interesse sacrificado. A ação necessitada não deixa de ser legítima porque os interesses em conflito sejam de valor idêntico ou aproximadamente equivalentes. Eis como se exprime a *Exposição de motivos*: “No tocante “ao estado de necessidade, é igualmente abolido o critério “anti-humano com o que o direito atual lhe traça os limites. “Não se exige que o direito sacrificado seja *inferior* ao direito posto a salvo, nem tampouco se reclama a “falta “*absoluta* de outro meio menos prejudicial”. O critério adotado é outro: identifica-se o estado de necessidade sempre “que, nas circunstâncias em que a ação foi praticada, não “era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado. O estado de necessidade não é um conceito absoluto: “deve ser reconhecido desde que ao indivíduo era *extraordinariamente* difícil um procedimento diverso do que teve. “O crime é um fato *reprovável*, por ser a violação de um “dever de conduta, do ponto de vista da disciplina social ou “da ordem jurídica. Ora, essa *reprovação* deixa de existir e “não há crime a punir, quando, em face das circunstâncias “em que se encontrou o agente, uma conduta diversa “da que teve não podia ser exigida do *homo medius*, do comum dos homens. A abnegação em face do perigo só é “exigível quando corresponde a um *especial dever jurídico*”.

Já não mais se fala, como no Código de 90, no condicionante afastamento de “mal maior”. Assim, o naufrago



que arrebatava a *tábua de salvação* (*tabula unius capax*) a outro, que vem a perecer, pode invocar o estado de necessidade, se outro meio não havia para a sua salvação.<sup>14</sup> A *razoável inexigibilidade* (de renúncia ao bem ou interesse ameaçado), a que o Código subordina o estado de necessidade, não pode prescindir de um cotejo ponderativo entre os bens ou interesses em conflito (*Güterabwägung*, *Interessenabwägung*, da doutrina alemã); mas a descriminante só deixará de existir se o bem ou interesse posto a salvo, em comparação com o que foi sacrificado, representa, manifestamente, um *minus*. A avaliação deve ser feita do ponto de vista objetivo, mas sem total abstração do prisma subjetivo. Cumpre que se tenha em conta não apenas o valor *impessoal* do direito socorrido, mas também o que este significa *especialmente*, como utilidade, para o seu titular. Igualmente, não se pode abstrair o estado de ânimo do agente, cujo abalo está na proporção da entidade e instância do perigo. O ponto de referência, também aqui, é o tipo do homem comum ou normal (*Durchschnitts-Staatsbürgertyp*, como dizem os autores tedescos). A inexigibilidade diz também com a proporção objetiva entre o *quantum* do perigo e o fato necessitado. Assim, se um pequeno sacrifício parcial do bem ameaçado só pode ser evitado com a destruição *total* do bem alheio, apresenta-se aquele como *razoavelmente exigível*. Em

---

<sup>14</sup> Sobre arrepiantes casos de estado de necessidade, veja-se MANZINI, *Trattato*, II, pág. 325, nota 4. Um deles é realmente atroz: à margem de um riacho no território de Toroukhaus (Sibéria Oriental), Procópio Kelenine estabeleceu o seu acampamento juntamente com seus irmãos Nikita, Davi e Maria, esta uma menina de 11 anos. Viviam com o produto da pesca, que, entretanto, veio a faltar depois de algum tempo. Davi pôs-se a caminho para encontrar lugar mais propício. Os três restantes sentiram-se morrer de fome, e então Procópio matou a irmãzinha, comendo-lhes as carnes, juntamente com Nikita. Mais tarde, salvos afinal os dois irmãos, Procópio confessou o fato e foi condenado a vários anos de trabalhos forçados (absolvido Nikita, por estranho ao trucidamento da irmã). Por mais cruel que se apresente o ato de Procópio, não poderia este ser condenado perante o art. 20 do nosso Código.

suma: o juiz deve colocar-se hipoteticamente, na situação em que se encontrou o agente e, apreciando em conjunto as circunstâncias, decidir como teria procedido, em idênticas condições, um homem de tipo médio. O seu cálculo deve ser desprovido de qualquer *formalismo* e dispensar uma precisão matemática. Muito justa, a respeito, é a advertência de GAUTIER: “*Il faut résoudre les difficultés non par des règles de droit rigides, mais à force de mesure et de tact. Nous sommes ici sous le règne de la tolerance*”. Assim quando se verifique, objetivamente, a exigibilidade do sacrifício do bem ameaçado, não deve ser excluído o *estado de necessidade putativo* (art. 17), se as circunstâncias demonstram que o agente, por erro de fato, não pôde reconhecê-la.

Na hipótese de razoável exigibilidade, não fica expungido de ilicitude o fato necessitado, mas a pena aplicável (mesmo abstraído o caso de erro culposos) *pode* ser diminuída. É o que dispõe o § 2.º do art. 20: “Embora reconheça que era razoável o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena, de um a dois terços”.

Uma ressalva à descriminante é feita no § 1.º do citado artigo, demonstrando que o direito positivo não se submete incondicionalmente ao *necessitas caret legem*: “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”. O direito é um complexo harmonioso de normas, não admitindo conflitos, realmente tais, em seu seio. Assim, uma norma penal não podia declarar lícito o sacrifício do direito alheio, para salvar de perigo o próprio direito, por parte de quem, em virtude de outra norma jurídica, é obrigado a expor-se ao perigo. Trata-se de dever imposto pela lei. O texto do Código não permite extensão ao dever resultante simplesmente de *contrato*. COSTA E SILVA,<sup>15</sup> GALDINO SIQUEIRA<sup>16</sup> e BENTO DE FARIA<sup>17</sup> entendem, entretanto, que é abrangido o dever *contratual*. Ora, onde o Código fala

<sup>15</sup> Código Penal, 1943. pág. 163.

<sup>16</sup> Tratado, I, pág. 358.

<sup>17</sup> Código Penal Brasileiro, II, pág. 252.



apenas em *lei*, não se pode ler também *contrato*. O dever de que aqui se cogita é tão-somente o que se apresenta diretamente imposto *ex lege*. O equívoco de interpretação dos autores acima citados vem naturalmente de leitura de comentários ao Código italiano; mas este, diversamente do nosso, refere-se, de modo genérico, a “dever jurídico”. *Dever legal* é somente aquele que o Estado impõe, normativamente, em matéria de serviço de utilidade pública ou na defesa de interesse da comunhão social. Exemplo: o capitão do navio sinistrado é *legalmente* obrigado a arrostar o perigo de permanecer a bordo até a saída do último passageiro. Se mata alguém que tenta impedi-lo de entrar no bote de salvação, antes dos restantes passageiros, não poderá invocar o estado de necessidade. Igualmente, dever legal é o que ocorre ao soldado ou ao bombeiro, de enfrentar os perigos próprios ou específicos de sua profissão. Há casos em que o dever legal deriva do próprio direito penal. Exemplo: a gestante é penalmente obrigada a suportar os perigos *normais* do parto, abstendo-se de provocar aborto (somente o *aborto terapêutico* ou de *mulher estuprada* fica isento de injuricidade penal, segundo o art. 128 do Código).

É de notar-se que o nosso Código civil, depois de declarar, no art. 160, II, que “não constitui *ato ilícito* a deterioração da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente” contraditoriamente, ao tratar das “obrigações por *atos ilícitos*”, dispõe (art. 1.519) que “se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á indenização do prejuízo, que sofreu”, e (art. 1.520 e seu parágrafo único) que por tal indenização responde o *autor do dano*, ainda que não culpado do perigo, apenas ressalvado direito regressivo contra o culpado ou o beneficiário do fato. A solução lógica seria tão-somente a ação direta contra o culpado do perigo; mas... *legem habemus*.

**93. Legítima defesa.** Em seguida ao “estado de necessidade”, a que se liga por parentesco próximo, figura entre as descriminantes contempladas pelo Código a *legítima de-*

fesa, cuja noção é assim fixada no art. 21: “Entende-se em “legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios “necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a “direito seu ou de outrem”.

A repulsa da violência pela violência é ditada pelo próprio *instinto de conservação*, mas não é este, no seu cru *primitivismo*, que fundamenta o *instituto jurídico* da legítima defesa. O direito, como produto da cultura, é disciplina de instintos, e somente declara legítima a defesa privada quando, afeiçoada à vida social, representa um meio de oportuna e adequada proteção de bens ou interesses jurídicos arbitrariamente atacados ou ameaçados. Desde que adaptada, assim, à própria finalidade da ordem jurídica, a defesa privada, relegada a posto secundário o que ela tem de instintivo, não pode deixar de ser consentida pela lei do Estado. Tanto não é o *tenerrimus affectus* da própria conservação a *ratio essendi* da legítima defesa, que esta é condicionada à *injustiça* da agressão e não se limita à autoproteção do indivíduo, ampliando-se à proteção de indivíduo a indivíduo.

A lei do Estado, que não é a lei da selva, está adstrita, logicamente, a aprovar toda ação defensiva individual que, condicionada pela urgência e dentro da justa medida, e embora não seja ditame da “*non scripta sed nata lex*”, de que falava CÍCERO, colabore na consecução de um dos fins do próprio Estado, qual a tutela dos bens ou interesses jurídicos. Não se pode dizer, com GEIB, que a legítima defesa não tem história. Ela nasceu quando o Estado deixou de se conformar com a instintiva e ilimitada oposição da força contra a força. Chamando a si o *poder* de proteção aos direitos individuais, o Estado teve de abrir uma exceção, permitindo que o indivíduo o substituísse quando a debelação de *injusto* ataque aos direitos assegurados exigisse reação *in continenti*.

Já no direito romano se encontra, quase com as mesmas linhas que lhe traça o direito moderno, o instituto da legítima defesa. A injustiça da agressão (*aggressio injusta*)

e a atualidade desta (*periculum praesens*), a necessidade da reação violenta (se outro recurso não podia ser empregado *sine periculo*) e a moderação do contra-ataque (*moderatio tutelæ*) já eram, como hoje, condições à licitude da defesa privada. Afora o desforço imediato contra o esbulho possessorio, a *inculcata tutela* era limitada ao amparo dos bens jurídicos eminentemente pessoais (vida, integridade física, liberdade sexual). Bastava, em certos casos, o justo receio de ataque à pessoa. Assim, declarava-se legítima a ocisão do *fur nocturnus* ou a do *fur diurnus* munido de armas. Admitia-se a legítima defesa de terceiro, e se os textos parecem restringi-la ao caso em que o agredido fosse membro da família do defensor, não está excluída, como observa FALCHI,<sup>18</sup> a suposição de que, se os jurisconsultos romanos tivessem cuidado expressamente da hipótese da defesa de estranhos, a decisão seria pela sua licitude.

O direito canônico seguiu na trilha aberta pelo direito romano, mas imprimindo maior relevo ao requisito da moderação da repulsa (dava mesmo à legítima defesa o nome de *moderamen inculpatæ tutelæ*) e reconhecendo expressamente a indistinta defesa de terceiro. Assim discorria SANTO TOMÁS DE AQUINO: "*Si aliquis ad defendendam propriam vitam utatur majori violentia quam oporteat, erit illicitum; si vero moderate violentiam repellat, erit licita defensio. Nam secundum jura, vim vi repellere licet cum moderamine inculpatæ tutelæ*". A defesa de outrem (quando possível) era considerada um autêntico dever: "... *Et quidem cuc liceat cuilibet suo vicino vel proximo pro repellenda ipsius injuria suum impertiri auxilium, immo, si potest et negligit, videatur injuriantem fovere*".

No direito secular intermédio, a legítima defesa foi ampliada à proteção dos bens patrimoniais: cabe a repulsa *non solum pro defensione vitæ, et corporis sui, sed etiam pro defensione rerum suarum*. A defesa alheia foi igualmente autorizada de modo extensivo: *ipse potest a me impune occidi*

<sup>18</sup> *Diritto penale romano*, vol. I, pág. 177.

*pro mea defensione: non solum pro mea, sed etiam propin-  
quorum, immo etiam extraneorum.*

Várias são as teorias que, do ponto de vista filosófico, moral, psicológico, político ou jurídico, têm procurado fundamento à impunidade ou legitimidade da defesa privada. Uma das mais antigas é a que invoca o *instinto de conservação*: deve ser tolerada a defesa privada porque é expressão do inelutável instinto que impele o homem *ad se conservandum*. Como já vimos acima, tal critério não se compadece com o *jus positum*, pois levaria, logicamente, a admitir-se como legítima ainda mesmo a defesa contra uma agressão *justa* e a declarar ilegítimo o socorro a terceiros ou o contra-ataque em proteção de direitos outros que não os atinentes à vida ou integridade corporal do próprio agente.

Com a “teoria do instinto de conservação” têm grande afinidade as teorias da “perturbação de ânimo ou coação moral” (PUFENDORF) e da “inutilidade da ameaça penal” (KANT). Segundo a primeira, o indivíduo que vê periclitar sua própria incolumidade, é empolgado pelo medo, e este lhe conturba o espírito e o coage, necessariamente, à reação; segundo a última, ainda que a lei punisse a defesa privada, esta não seria contida pela ameaça penal, porque *necessitas caret legem*. Ambas estas teorias são, como a anterior, insuficientes, e passíveis das mesmas objeções: não explicariam por que só é declarada legítima a defesa contra um ataque *injusto* e por que se reconhece a impunidade da defesa alheia. A legítima defesa, no seu perfil jurídico, não é concedida somente aos que se perturbam diante do perigo, senão também ao varão horaciano. É facultada não somente aos *hiperemotivos*, mas também aos *hipoemotivos*.

Se a *perturbatio animi* fosse a *ratio* da legítima defesa, não se compreenderia que se reclamasse a *moderação* desta e se punisse o excesso de reação. Por outro lado, se se fundasse a legítima defesa na *necessitas cogens*, somente os direitos inerentes à pessoa seriam tuteláveis por ela.

Também não merece crédito a “teoria da retribuição do mal pelo mal” (GEYER), que assim argumenta: a defesa privada é, em si mesma, injusta (pois somente ao Estado cabe reprimir as ofensas à ordem jurídica), mas, como quem se defende retribui o mal com um mal igual, a pena viria a ser um *novo* mal, e inútil, porque nada mais haveria que retribuir. Ora, se a reação não está condicionada à efetividade da ofensa (bastando o simples perigo de ofensa), não há falar em *compensação* integral de males (dada a desigualdade dos respectivos *quantas*). Além disso, admitindo-se que o mal ocasionado pela defesa é retribuição suficiente, não se compreenderia que o agressor sobrevivente continuasse passível de pena pelo mal que haja efetivamente causado ao defensor.

Esta mesma objeção é de ser formulada à teoria chamada da “negação da negação do direito” (HEGEL): se, conforme o seu postulado, a defesa privada *nega* a ofensa, que *negou* o direito, a residual punição do agressor seria um *bis in idem*.

Não colhe melhor êxito a teoria da “colisão de direitos” (VON BURI): quando dois direitos entram em conflito, de modo que um não pode subsistir sem o sacrifício do outro, o Estado deve permitir o sacrifício do “menos importante”, que, no caso, passa a ser o do agressor, pelo fato mesmo da agressão. Ora, não há direitos mais ou menos importantes senão do ponto de vista de seu objeto ou conteúdo. É um puro artifício dizer-se que o fato da agressão *diminui* a importância do direito do agressor em face do direito do agredido-defensor.

Inaceitável é, igualmente, a teoria da “defesa pública subsidiária” ou da “cessação do direito de punir” (CARRARA), que assim se exprime: a defesa privada é um *direito originário*, enquanto a defesa pública é *subsidiária*, de modo que quando aquela pode ser eficaz, no momento em que esta se achava ausente ou foi impotente, deve entender-se que o indivíduo retoma o seu direito de autodefesa, e cessa, portanto,



o *jus puniendi* por parte do Estado. Como facilmente se percebe, tal teoria assenta na fábula do “Contrato social” ou na absurda concepção individualística de direitos pré-estatais, e não merece maior atenção.

Incompatível com o direito positivo é também a teoria da “moralidade do motivo determinante” (FERRI e seus prosélitos): se se aceita que a licitude da defesa privada assenta na moralidade do motivo de agir, ter-se-ia de convir que todo fato definido como crime deixaria de o ser quando impellido o agente por motivos moralmente louváveis, e este não é o critério da atual realidade jurídica.

Não é mais afortunada a teoria da “ausência de periculosidade do defensor” (FIORETTI): a ausência de “estado perigoso subjetivo” (ainda que restrito à *capacidade de delinqüir* revelada no crime), *de jure constituto*, influi na redução da pena e, excepcionalmente, pode ir até o *perdão judicial*; mas não é causa excludente de ilicitude penal.

Não se exime à coima de artificiosa a teoria da “delegação do poder de polícia” (MANZINI). Segundo esta teoria, a legítima defesa representa uma delegação hipotética e condicionada do poder de polícia do Estado (desde que este não pode intervir oportuna e eficazmente). Ora, é pura fantasia dizer-se que o defensor não age *nomine proprio*, mas como *delegado* do poder público. Não se concebe um *mandatário* sem a vontade consciente de exercer o *mandato*. Além disso, o Estado, para evitar a violação de direitos, não tem necessidade de ir ao extremo da cruenta violência, como a defesa privada, de modo que esta redundaria num ilegítimo *excesso de mandato*.

Vejamos, agora, as teorias de cunho estritamente jurídico.

*Teoria da legitimidade absoluta* (JHERING): a legítima defesa representa um *direito* e um *dever*, posto que o homem existe para si mesmo e para o mundo. É de objetar-se que não se pode reconhecer, na espécie, propriamente um *direito*, e muito menos um *dever*. Não há direito a que não corresponda uma obrigação, e seria absurdo dizer-se que o agres-

sor tenha a *obrigação* de se deixar matar ou espancar.<sup>19</sup> Nem há falar-se em *dever* (do ponto de vista jurídico), desde que a defesa privada não é imposta coativamente pela lei. O que ocorre é, apenas, uma *faculdade* ou *autorização* legal.

*Teoria do direito público subjetivo* (BINDING): a legítima defesa é um direito subjetivo de caráter público, outorgado a todo indivíduo e que se harmoniza com a função de polícia do Estado. Não escapa esta teoria à mesma objeção articulada contra a teoria precedente: não há *direito* sem o correlativo de uma *obrigação*. A defesa privada protege tal ou qual direito subjetivo atacado, mas não importa no *dever* de passiva *obediência* do agressor ao facultativo emprego de violência por parte do agredido.

*Teoria da ausência de injuricidade da ação defensiva* (autores alemães em geral): a defesa privada não é contrária ao direito, pois coincide com o próprio fim do direito, que é a incolumidade dos bens ou interesses que coloca sob sua tutela. Realiza a vontade primária da lei, colabora na manutenção da ordem jurídica. E assim não pode deixar de ser *autorizada* ou *facultada*, ou declarada, pela própria lei, *objetivamente lícita*. A defesa privada (nos limites traçados pela lei) falta, pois, uma qualidade essencial à existência de um crime: a injuricidade *a parte objecti*. Esta teoria é a única aceitável, e é a que o nosso Código consagra.

<sup>19</sup> Conf. MARSICH (*L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni nel diritto penale*, pág. 142): "*Se al diritto è correlativo il dovere e se fosse certo parlare di diritto di uccidere per difendersi, dovrebbe anche parlarsi del dovere di lasciarsi uccidere per altrui difesa, ciò che è ripugnante ed assurdo: esiste la semplice facoltà, non la potestà giuridica, non il diritto di uccidere per difendersi*". MAGALHÃES DRUMOND (in vol. IX destes Comentários, pág. 12) impugnando este raciocínio, diz que o agressor perde o direito à proteção legal, e assim argumenta: "... conceber-se-á obrigação tão pesada, tão onerosa quanto essa da perda da proteção à vida, pois que inapenável, por "inincriminável, a morte do agressor pelo agredido, se necessariamente defensiva?". É evidente o sofisma. Não tem sentido dizer-se que o agressor tem a obrigação de "perder a proteção legal"; mas ainda que se admitisse semelhante desconchavo, a obrigação seria para com o Estado, e não para com o agredido.



94. **Requisitos da legítima defesa.** Em face do art. 21, são requisitos da legítima defesa:

- I — agressão atual ou iminente e injusta;
- II — preservação de um direito, próprio ou de outrem;
- III — emprego moderado dos meios necessários à defesa.

Cotejado o Código atual com o anterior, verifica-se que profunda é a diferença entre um e outro na fixação das condições objetivas de legitimação da defesa privada. Foi suprimida a exigência de “impossibilidade de prevenir ou obstar a ação ou de invocar e receber socorro da autoridade pública”, bem como de “ausência de provocação que ocasionasse a agressão”; e ao invés de “emprego de meios *adequados* para evitar o mal e em proporção da agressão”, passou-se a falar apenas em uso *moderado* dos meios *necessários*. Tal como é atualmente perfilada, a legítima defesa apresenta-se ampliada na sua órbita jurídica e razoavelmente ajustada à contingência das situações de fato. Não mais se reclama a *previnibilidade* ou *evitabilidade* da ação agressiva. A reação deixou de ser subordinada à *necessitas inevitabilis* que o direito canônico sugerira ao direito secular e já não tem caráter algum de *subsidiariedade*.<sup>20</sup> Não há contemporizar com o perigo resultante de uma injusta agressão, ainda que, no

---

<sup>20</sup> COSTA E SILVA, em crítica ao Código anterior, foi dos primeiros, entre nós, a impugnar a função supletiva da legítima defesa (*Código Penal*, 1930, pág. 261): “O caráter subsidiário conferido à legítima defesa pelo nosso Código é erro que a ciência hoje em dia reprova. O apelo a terceira pessoas, como meio de prevenir ou obstar a agressão, carece de valor prático e teórico: nos verdadeiros casos de legítima defesa, a rapidez da reação nem sempre permite pensar nele; e só o poder público, e não os particulares, tem obrigação de atender ao pedido de auxílio. A fuga não pode ser imposta ao agredido ou ameaçado, embora sem perigo e sem humilhação. Só mal-entendida moral cristã (*charitas christiana*) pode pretender que por essa forma se avilte o direito perante a injustiça. Pode o prudente aconselhar ao fraco que se dobre covardemente à injustiça; mas ao Estado não fica bem exigir dos cidadãos que assim procedam, pois seria arvorar a poltroneria em dever jurídico”.

momento, possa ser invocado e prestado o socorro da autoridade pública ou de terceiros em geral. Se a autoridade pública não intervém espontaneamente, conjurando o perigo, o agredido não está adstrito ao “*adeste, comilitones!*” ou ao “*aquí d’el Rey!*”. O ministro CAMPOS, na sua *Exposição de motivos*, fixou nítida e concisamente o critério que, neste ponto, inspirou o Código: “Na defesa de um direito, seu ou de outrem, injustamente atacado ou ameaçado, *omnis civis est miles*, ficando autorizado à repulsa imediata”.<sup>21</sup>

Não exige o Código a *necessidade inevitável* da defesa, contentando-se com a *atualidade ou iminência da agressão*: basta a presença concreta do perigo para que surja, sem qualquer outra indagação, a *necessidade* da defesa. Segundo a justa lição de BATTAGLINI, a legítima defesa deve ser, ao lado da ameaça penal, um contra-motivo do crime. Quem se dispõe a delinquir deve ter em conta dois perigos, igualmente temíveis: o perigo da defesa privada e o da reação penal do Estado. Não há indagar se a agressão podia ser prevenida ou evitada sem perigo ou sem desonra. A lei penal não pode exigir que, sob a máscara da prudência, se disfarce

---

<sup>21</sup> GALDINO SIQUEIRA (*Tratado*, I, pág. 327), inteiramente alheado ao moderno conceito da legítima defesa, continua falando em “reação necessária” contra “agressão inevitável”, e vai ao cúmulo de repetir CARRARA e o “comentário oficial” do finado Código da Baviera: não há legítima defesa, se a agressão, além de ter podido ser evitada por “expedientes concomitantes”, podia ter sido *prevista e prevenida*. Assim, o indivíduo avisado de que o seu inimigo está à sua espera em determinado lugar, para agredi-lo, deve abster-se de sair de casa ou mudar de caminho, se não pode receber socorro da autoridade pública; do contrário, se tiver de reagir contra a agressão esperada, não lhe será dado invocar legítima defesa. Também não poderá alegar a descriminante o defensor que podia ter obtido a intervenção de terceiros, *gritando por socorro* (o exemplo é de GALDINO). Evidentemente, nada disso tem relação com o nosso Código. E se representa uma crítica a este, poderíamos observar que GALDINO, para maior prestígio do seu ponto de vista, devia ter chamado à colação o *Sermão da Montanha*: “*Si quis te percussit in dexteram maxillam tuam, proeibe illi et alteram*” ...

a renúncia própria dos covardes ou dos animais de sangue frio. Em face de uma agressão atual (ou iminente) e injusta, todo cidadão é quase como um *policia*l, e tem a faculdade legal (além do dever moral ou político) de obstar *in conti-*  
*nenti* e *ex proprio Marte* o exercício da violência ou da atividade injusta.

Rompeu também o Código com a meticulosidade de disciplina do *modus defensionis*. Diz a *Exposição de motivos*: “Também é dispensada a rigorosa *propriedade* dos meios empregados, ou sua *proporcionalidade* com a agressão. “Uma reação *ex improviso* não permite uma escrupulosa es-  
colha de meios, nem comporta cálculos dosimétricos: o que “se exige é apenas a *moderação* do revide, o exercício da de-  
fesa no limite razoável da necessidade”. Já não há cogitar da rigorosa adequação ou proporção entre os meios da reação e os da agressão, mas da *necessidade* e *moderação* dos meios empregados pelo defensor.

A legítima defesa, por isso mesmo que é uma causa *objetiva* de exclusão de injuricidade, só pode existir *objetivamente*, isto é, quando ocorrem, efetivamente, os seus pressupostos *objetivos*. Nada têm estes a ver com a *opinião* ou *crença* do agredido ou do agressor. Devem ser reconhecidos de um ponto de vista estritamente objetivo. Como diz Rocco, “*se uno agisce in stato di legittima difesa, ma non sa di agire in tale stato, egli dev'essere ritenuto non responsabile, perchè anche se non lo sa, è in realtà nell'ambito del diritto*”. Assim, se Tício, ao voltar à noite para casa, percebe que dois indivíduos procuram barrar-lhe o passo em atitude hostil, e os abate a tiros, supondo-os policiais que o vão prender por um crime anteriormente praticado, quando na verdade são ladrões que o querem despojar, não se lhe pode negar a legítima defesa.

Costuma-se falar em *legítima defesa subjetiva*, mas o que se designa com este nome não é outra coisa senão o *excesso de legítima defesa por erro escusável*, e, em tal caso, já não se trata de causa elidente de injuricidade, mas de causa excludente de culpabilidade (insuperável erro de fato). So-

mente para se saber se o *excessus defensionis* é *doloso*, *culposo* ou *isento de qualquer culpabilidade* é que se pode investigar a *subjetividade* da reação. Também consagrada é a locução “legítima defesa putativa”, quando o erro de fato versa sobre a condição precípua da legítima defesa, isto é, quando o agente supõe erroneamente a existência de uma agressão atual (ou iminente); mas, também aqui, como já vimos (n.º 86), não se trata de *discriminante*, mas de um caso de inculpabilidade (se o erro é escusável). Quer num, quer noutro caso, não se apresentam *species* de legítima defesa, pois o princípio “*non rei veritas, sed reorum opinio inspicitur*” só tem cabimento na órbita da teoria da culpabilidade. A chamada *interpretação subjetiva* dos requisitos da legítima defesa, no sentido de se incluírem o *excessus defensionis* não culposo e a escusável legítima defesa putativa na esfera da autêntica legítima defesa é um critério extralegal, que redundaria na grosseira confusão de causa excludente de culpabilidade (elemento subjetivo do crime) com causa excludente de injuricidade (qualidade inerente ao crime *a parte objecti*).

Analisemos, separadamente, na ordem em que ficaram acima enumerados, os pressupostos objetivos da legítima defesa.

95. **Agressão atual ou iminente e injusta.** A primeira condição da legítima defesa é que seja dirigida contra uma *agressão atual* ou *iminente*. Entende-se por *agressão* toda atividade tendente a uma ofensa, seja ou não violenta. Pode ser considerada na sua fase militantemente ofensiva (agressão atual) ou na sua fase de imediata predisposição objetiva (agressão iminente): em qualquer destas hipóteses, está-se na órbita de legitimidade da reação. O que é preciso é que se apresente um perigo concreto, que não permita demora à repulsa; e tal perigo existe não só quando a agressão, já iniciada, *perdura* (perigo de continuada ou maior ofensa), como quando está a pique de iniciar-se. Não é necessário aguardar a *laesio inchoata*. *Nemo tenetur expectare donec*

*percutiatur*. Já sentenciava o direito romano: *eum qui cum armis venit, possumus armis repellere*. A situação de perigo não está condicionada ao começo da ofensa. Idêntico ao resultado da agressão que *continua* é o perigo que deriva da agressão iminente. A reação é, em qualquer hipótese, *preventiva*: preventiva do começo de ofensa ou preventiva de maior ofensa. Não é, assim, admissível legítima defesa contra uma agressão que já cessou, ou contra uma agressão futura, ou contra uma simples *ameaça* desacompanhada de perigo concreto e imediato.<sup>22</sup> Finda a agressão, já não existe um perigo a ser conjurado (e em tal caso, o *remedium* é a reparação do dano, a ser pleiteada perante os órgãos jurisdicionais do Estado).<sup>23</sup> Como diz MARCIANO, “se a ofensa já se realizou, o

<sup>22</sup> Contra, G. PENSO (*La difesa legittima*, pág. 108), que pretende distinguir entre *iminência da lesão* e *atualidade do perigo*, a que imprime um sentido extensivo: “Afirma-se geralmente que deve “ser iminente o realizar-se da lesão. Não somos deste parecer. O “que interessa é que o *perigo seja atual*. Se deste deriva uma iminência da lesão, não importa. Assim, no caso em que Tício ameace “matar-me dentro de três ou quatro dias, se, digamos, não subscrever um certo documento, não posso estar obrigado, para reagir, a “esperar que expire o prazo, isto é, até que a lesão se torne iminente. “Desde o momento da ameaça, o perigo é *atual*, e desde esse instante, “se se apresentar a possibilidade de me subtrair ao perigo, agredindo, estou autorizado a fazê-lo”. É de todo inaceitável este critério ampliativo. Não é concebível legítima defesa sem a *certeza* do perigo, e esta só existe, só pode existir em face de uma agressão imediata, isto é, quando o perigo se apresenta *ictu oculi* como realidade objetiva. O perigo de uma agressão *futura*, por mais *verossímil*, não passa de uma *hipótese*, com a qual não pode operar o instituto da legítima defesa.

<sup>23</sup> Não é de identificar-se legítima defesa no caso de *retorsão* de injúrias (simples caso de facultativo *perdão judicial*). Uma injúria já proferida é uma agressão finda. Já diziam os práticos que *injuria jam perfecta et consummata removeri nequit*, de modo que, em tal caso, a injúria em revide *non tendit ad defensionem, sed ad vindictam*. Nem se diga que a injúria em retruque é meio de obstar-se a que o primeiro injuriador prossiga com as suas contumélias. Para evitar a continuação dessas, o meio eficaz será o emprego de violência física, e essa, sim, será legítima defesa, desde que guardada a relativa adequação do meio empregado.

revide não terá mais o fim legítimo de proteção e defesa, mas o perverso e ilícito da vingança". Assim, não se pode reconhecer a legítima defesa no caso de quem, já ferido, consegue ferir, por sua vez, o agressor fugitivo; nem no de quem acomete o *injuriador* que já se calou; nem no de emprego de força contra o ladrão, para reaver a *res furtiva* já transportada para sua esfera de posse.<sup>24</sup>

A atualidade ou iminência da agressão é que serve de medida única à *necessidade* da defesa. Como já foi acentuado, na legítima defesa não há indagar se a agressão era *evitável* e, muito menos, se era *preventível*. Cumpre distinguir entre *necessidade da defesa* (correspondente à só presença do perigo) e *inevitabilidade do perigo* (impossibilidade de socorro alheio ou de afastamento para eximir-se à agressão). Esta última é alheia ao conceito da legítima defesa.<sup>25</sup> Desde que se apresente o perigo, a defesa é *necessária*, pouco importando, por exemplo, se podia, ou não, ter sido invocado oportuno e eficaz socorro de terceiros (civis ou policiais) ou se era ou não possível a fuga, ainda que não humilhante. A inevitabilidade do perigo por tais recursos é requisito do "estado de necessidade" (de caráter eminentemente *subsidiário*), e não da legítima defesa. Nesta o que se exige é tão-somente a *moderação* no emprego do meio defensivo que se apresentou *necessário* (n.º 97).

É de todo indiferente à legítima defesa a possibilidade de fuga do agredido. A lei não pode exigir que se leia pela cartilha dos covardes e pusilânimes. Nem mesmo há res-salvar o chamado *commodus discessus*, isto é, o afastamento discreto, fácil, não indecoroso. Ainda quando tal conduta

---

<sup>24</sup> A violência empregada para retomar a *res furtiva* só é legítima defesa quando o ladrão ainda se acha na esfera de posse do proprietário ou ininterruptamente perseguido por esse. Como diz VON HIPPEL, "a possibilidade da legítima defesa termina quando o "ladrão consegue possuir a coisa sem ser perturbado, pelo menos por "algum tempo, isto é, consegue estabelecer uma nova relação de "posse".

<sup>25</sup> LA MEDICA, *O direito de defesa*, pág. 127.



traduza *generosidade* para com o agressor ou simples *prudência* do agredido, há abdicação em face da injustiça e contribuição para maior audácia ou prepotência do agressor. Embora não seja um *dever jurídico*, a legítima defesa é um dever moral ou político que, a nenhum pretexto, deve deixar de ser estimulado pelo direito positivo. Conforme adverte CONTI,<sup>26</sup> ninguém “*è tenuto a rinunziare ai propri diritti, perchè non succeda che pericolino i diritti altrui. Deve evitarsi il male, ma senza per questo venire meno ai propri diritti e doveri verso sè stesso o verso gli altri. Il diritto, dunque, non deve mai piegarsi alla prepotenza, e quindi all'agredito non può imporsi la fuga ad evitare il pericolo*”.

A legítima defesa não está subordinada, sequer, à condição de *violência* da agressão. Assim, não se pode recusá-la para impedir a consumação de um furto *simples* ou *com destreza*.

Igualmente, não é necessário que a agressão seja dolosa: também de uma ação imprudente pode surgir um perigo, que autorize a reação contra quem a comete.

A agressão pode partir de uma multidão em tumulto, e contra esta cabe legítima defesa, ainda que nem todos os seus componentes queiram, individualmente, a agressão.

Em torno do requisito da atualidade (ou iminência) da agressão, trava-se controvérsia a propósito do uso de aparelhos ocultamente predispostos para a defesa da propriedade (*offendicula* ou *offensacula*, dos práticos; *Schutzvorrichtungen* ou *Abwehrungsmassregeln*, dos autores alemães). Em tal caso, a defesa é preparada de antemão, isto é, quando o perigo é ainda futuro; mas o funcionamento do *offendiculum* é necessariamente subordinado à efetividade da agressão. A opinião dominante é que se trata de *legítima defesa preordenada*, a ser disciplinada segundo a regra geral. Já os juristas medievais cuidavam da questão. BLANCUS (*apud* MANZINI) opi-

<sup>26</sup> *In Completo trattato teorico-pratico di diritto penale*, 1888, I, parte II.

nava pela legítima defesa da propriedade (*"Si quis posit offendiculum ad fenestram pro capiendo fure nocturno, si fur occidit et moriatur, tunc ipse non tenetur in consilio"*), mas MENOCHIVS opinava pela simples ausência de dolo (*"Pœna homicidii non tenetur, qui dum offendiculum ad januam suæ domus poneret, ut fures prehenderet, ingredientem furem occidit, non enim dolo egit"*). MANZINI<sup>27</sup> entende que a colocação de *offendicula* em defesa da propriedade privada é exercício de um direito e "se o delinqüente, ao invadir a casa alheia, cai nalguma cilada lesiva, *imputet sibi*". Em sentido idêntico já se pronunciava IMPALLOMENI:<sup>28</sup> *"Il cittadino è sovrano nell'orbita della sua sfera attuale di diritto. O volete considerare la casa sotto il punto di vista del possesso, ed io vi rispondo: qui continuat non attentat. O volete considerarla sotto il punto di vista della inviolabilità del domicilio, e vi dico: la mia casa è la mia fortezza, ed ho il diritto di premunirla con tutti quegli strumenti di difesa che la legge non vieta di tenere"*. Ora, o direito de propriedade (como outro qualquer direito, por mais relevante) não tem como corolário o direito, mas a simples *faculdade* de lesar outrem para sua defesa. Como já foi dito acima, não há direito sem o correlativo de um dever, e seria absurdo falar-se em *dever* de se deixar lesar. O que ocorre na espécie é, sem dúvida alguma, legítima defesa. Quem predispõe o *offendiculum* não se encontra em condição diversa daquele que se arma de uma espingarda, ou adquire um cão de guarda, prevendo e eventualidade de um assalto. MENDES PIMENTEL<sup>29</sup> justamente louva a jurisprudência anglo-americana, que, em torno do assunto, estabelece que "essa defesa preventiva não pode ser usada inconsideradamente, mas proporcionada ao risco da agressão", sendo que "engenhos mortíferos só se admitem "contra assaltantes perigosos, roubadores terríveis (*thieves and burglars*), não se justificando em prevenção de simples

<sup>27</sup> *Trattato*, II, n.º 411.

<sup>28</sup> *L'omicidio*, pág. 530.

<sup>29</sup> Parecer in *Revista Forense*, 1.ª fase, vol. 45, pág. 485.

“gatunos, de meros transgressores (*trespassers*) da inviolabilidade domiciliar sem ânimo facinoroso (*felonious intent*)”.

Pouco importa que a instalação do aparelho insidioso preceda ao momento da agressão, desde que só entra em funcionamento na ocasião em que o perigo se faz atual. Pode acontecer, entretanto, uma *aberratio in persona*, isto é, que, ao invés do ladrão, venha a ser vítima da armadilha uma pessoa inocente. A hipótese deve ser tratada como de “legítima defesa putativa”, posto que se comprova que o proprietário ou ocupante da casa estava persuadido de que a armadilha somente poderia colher o *fur nocturnus*:<sup>30</sup> se foram tomadas as precauções devidas para que o aparelho não fosse infiel à sua finalidade, o evento lesivo contra *alia persona* não deixa de ser antijurídico, mas não pode ser imputado, nem mesmo a título de culpa.

A agressão, além de atual ou iminente, deve ser *injusta*, isto é, representar uma conduta proibida ou desautorizada pelo direito. Não é necessário que constitua um *injusto penal*: basta que seja contrária ao direito *in genere*. Não entra em linha de conta a ação que, embora prejudicial ao agredido, e moralmente reprovável, não revista o cunho de *injuricidade*. A injustiça (ou injuricidade) deve ser avaliada *objetivamente*, nada importando a opinião do agredido ou a do

<sup>30</sup> Segundo TITZE (*apud* VON BAR, *Gesetz und Schuld*, III, página 217), “os aparelhos devem naturalmente ser dispostos de modo que somente funcionem contra o atacante, e não também contra terceiros”. Seria inadmissível, por ex., que a armadilha fosse colocada na soleira da porta que dá para a via pública. De modo geral, pode dizer-se que os *offendicula* somente são permitidos para proteger o domicílio contra assaltos noturnos. Problema diverso é o relativo às armadilhas para apanhar animais bravios ou daninhos: são elas permitidas, mas somente em zona a isso destinada, segundo os costumes locais, ou quando devidamente assinaladas, e nunca em lugar de trânsito público. O direito romano assim decidia o caso (D., 9, 2, 1, 28: “*Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt, eoque aliquid decidit, factumque alterius est, lege Aquilia obligati* (isto é, responderão por culpa); *at si in allis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenetur*”

agressor. É injusta a agressão desde que seja ameaçado, sem causa legal, um bem ou interesse juridicamente tutelado. Dado este critério estritamente objetivo, seria consequência lógica a admissibilidade da legítima defesa até mesmo contra o ataque provindo de um *inimputável* (louco, imaturo, silvícola), pois a inimputabilidade do agente não apaga a ilicitude objetiva da ação.<sup>81</sup> Cumpre, porém, atender que o instituto da legítima defesa tem um aspecto político ou de *prevenção geral*: representa um *contramotivo* à prática de ofensas injustas. Ora, esse *fim psicológico* da legítima defesa não pode dizer, evidentemente, com os incapazes de entendimento ou reflexão. Ainda mais: quando a lei deixa de exigir entre os requisitos da legítima defesa a *impossibilidade de fuga*, tem em consideração, não só que deve ser prestigiado o espírito de luta pelo direito, mas também que é inexigível a vexatória ou infamante renúncia à defesa de um direito. Ora, a possível fuga diante da agressão de um inimputável nada tem de deprimente: não é um ato de poltronaria, mas uma conduta sensata e louvável. Assim, no caso de tal agressão, o que se deve reconhecer é o “estado de necessidade”, que, diversamente da legítima defesa, fica excluído pela possibilidade de *retirada* do periclitante. A sua inclusão na órbita da legítima defesa importaria uma quebra dos princípios que a esta inspiram e regem.

Como já tivemos ocasião de notar, a *provocação* do agredido não elimina, perante o Código atual, a *injustiça* da agressão, posto que não constitua, em si mesma, uma real

---

<sup>81</sup> Não entende assim MANZINI, segundo o qual os inimputáveis são incapazes de “praticar pessoalmente qualquer fato juridicamente relevante”, de modo que uma agressão por parte deles não pode ser jamais considerada *injusta*. Já aderimos a essa opinião, mas, reconsiderando, tivemos de repudiá-la, para evitarmos o ilogismo. Se a injustiça da agressão é estranha a qualquer indagação subjetiva, não há cogitar da condição psíquica do agressor. Nem se argumente que o *objetivismo* da injustiça levaria a admitir-se a legítima defesa até mesmo contra os irracionais. A lei, quando fala em “agressão”, supõe obviamente uma “ação humana”.

agressão. A desproteção do *auctor rixæ* é uma velharia do direito romano. Não é compreensível que a provocação, que jamais passou de *atenuante* ou, quando muito, de uma causa de facultativo perdão judicial em casos excepcionais, tenha, na disciplina da legítima defesa, a virtude de elidir até mesmo o *crime* do provocado.

É bem de ver que não se trata, aqui, da provocação que serve ao chamado “pretexto de legítima defesa”, isto é, no caso em que alguém astuciosamente *provoca* outrem para, *prevendo* uma reação excessiva, proporcionar-se uma aparente situação de legítima defesa. Exemplo: Tício, querendo eliminar Caio, de cuja mulher é amante, faz com que ele surpreenda o adultério, e quando Caio saca do *punhal de Otelo* e investe furioso, Tício, de sobreaviso, mata-o com um tiro de revólver. Tício não poderá invocar a descriminante, embora a simples *provocação* de sua parte não autorizasse o ataque de Caio; pois a situação externa apenas em aparência era de legítima defesa, não passando, na realidade, de um ardil por ele próprio engendrado (de modo que, no caso, o que se apresenta é um dissimulado homicídio doloso). No ato de defesa, pode ser atingida pessoa diversa da do agressor, ou por *aberratio ictus* ou por *error in persona*: em qualquer dos casos não se pode reconhecer a legítima defesa, pois esta inexistente fora de suas condições objetivas, entre as quais a de que a repulsa seja exercida contra o injusto agressor; mas aplica-se a regra sobre o erro de fato, isto é, o agente não responderá, sequer, a título de culpa, se o erro for escusável.<sup>31 a</sup>

---

<sup>31-a</sup> Foi este o ponto de vista que sustentei, quando juiz da 3.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Distrito Federal, no rumoroso “caso Benjamin Vargas”:

“Dava provimento à apelação, para absolver o apelante, cuja situação de legítima defesa somente pode ser recusada se se abstraem a prova dos autos e a conceituação legal dessa descriminante. Eis como o fato ocorreu, fielmente retratado através dos elementos probantes coligidos no processo: o apelante e vários companheiros encontravam-se sentados a uma das mesas da *boite* do Copacabana-



55. Preservação de um direito, próprio ou de outrem. A legítima defesa deve realizar a tutela de um *direito*. Tal como na fórmula do "estado de necessidade", o vocábulo "direito", empregado no art. 21, tem sentido amplo, compreendendo todo e qualquer bem ou interesse juridicamente assegurado, seja ou não, inerente à pessoa (vida, integridade corpórea, honra, pudor, liberdade pessoal, tranqüilidade domiciliar, patrimônio, segredo epistolar, pátrio poder etc.). Também aqui, não se selecionam tais ou quais direitos, com

---

Palace, alta madrugada, quando ali chegou, aboletando-se à mesa contígua, um grupo de que faziam parte a ofendida, Rosa da Conceição Conde, seu irmão Davi Conde, sua cunhada Cândida Conde e Carlos Augusto Alves dos Santos Filho. Momentos depois, este último, gratuitamente, achou de mofar de Zózimo Barroso do Amaral, do grupo em que se achava o apelante, dizendo-lhe que, dada a sua idade, já devia estar recolhido ao leito. Em represália, Zózimo, dirigindo-se a um companheiro de mesa, comentou que Carlos Augusto, apesar de moço, estava namorando uma *baleia*, isto com evidente alusão à ofendida Rosa da Conceição, que é excessivamente provida de carnes. Tal comentário foi ouvido por Davi Conde (irmão de Rosa), que, levantando-se, investiu contra Zózimo e deu-lhe com uma garrafa na fronte, de onde começou a escorrer sangue. A essa altura, outro dos companheiros do apelante fez um protesto no sentido do desarrazoado da agressão, que até lhe parecia premeditada. Exaltaram-se os ânimos, formando-se grande reboliço, e só então é que o apelante, até ali distraído em palestra com um amigo, se inteirou do que se passava, notando o rosto ensangüentado de Zózimo. Indignado com a agressão sofrida por este, exigiu que fossem retirados da sala *aqueles desordeiros, aqueles cafagestes*. Carlos Augusto, que se negava à intervenção apaziguadora de terceiros, dizendo que "ainda ia haver coisa", retrucou que desordeiro ou cafageste era o apelante, ao mesmo tempo que empunhava uma cadeira, deixando manifesta a intenção de arremessá-la contra a mesa em torno da qual se achavam o apelante e seus amigos. Foi nesse instante, já no auge da confusão e tumulto, que o apelante, assim ameaçado de agressão por parte de Carlos Augusto, sacou do bolso um pequeno revólver, tipo *Galant*, e disparou um tiro em direção do soalho, com o evidente intuito de conter o seu adversário pela intimidação, acontecendo, porém, que o projétil ricocheteou, para ir atingir Rosa da Conceição na coxa esquerda, sem penetrar além da região subcutânea. Este, simplesmente este, em seus detalhes, o fato imputado.



exclusão de outros: o mais humilde dos direitos não pode ficar à mercê de injusto ataque. Todo direito é inviolável e nenhum, portanto, pode ser excluído da área da legítima defesa. Seria ilógica a solução em contrário. Como assinava FERRI, “não há direitos mais ou menos *respeitáveis*, e, “assim, seja qual for o direito, pessoal ou patrimonial, qual-quer indivíduo pode exercer legítima defesa para impedir “sua violação”. Não é necessário que o direito ameaçado seja *penalmente* protegido: basta que seja assegurado em

---

Para logo, é de se notar o espírito de prevenção com que se formou o presente processo, envolvendo-se nele apenas o apelante, para excluir-se a Davi Conde, estúpido agressor de Zózimo, cujo ferimento foi averiguado pelo laudo de exame de corpo de delito a fls. 61 v. O que se fazia mister era dar respiradouro a insaciados ódios políticos e meter na cadeia o apelante, irmão do ex-presidente Getúlio. Pura obra de abissinismo. E só mesmo a sugestão criada pela ênfase e sensacionalismo da acusação pode explicar se deixasse de reconhecer em favor do apelante uma líquida situação de legítima defesa, própria e de terceiro. Quem informa sobre a tentativa de agressão por parte de Carlos Augusto contra o apelante e seus companheiros é, antes de qualquer outra testemunha, a própria ofendida, Rosa da Conceição Conde, a fls. 129, *in litteris*: “que, reagindo contra os insultos, o Sr. Carlos Augusto, um dos companheiros do grupo da “testemunha, agarrou uma cadeira com a intenção de jogá-la em “cima da mesa onde estava o acusado, mas esta intenção não foi “executada porque a testemunha segurou-lhe os pulsos, evitando o “seu gesto”. Há que ter-se em conta o estado de exaltação de Carlos Augusto, que, em atitude francamente agressiva, não iria deixar-se dominar, em um segundo momento, pela força de uma mulher. E a cena desenrolou-se rapidamente, não se podendo exigir que o apelante aguardasse a efetividade da agressão. Negar a evidência mesma é dizer-se que o gesto de reação do apelante deixou de ser incensuravelmente moderado. Limitou-se ele a disparar para o chão, a fim de que, com a intimidação de Carlos Augusto, cessasse a agressão iminente. Segundo lição elementar, “nos casos em que se apresenta “legítima a inflação do mal, é obviamente permitida a simples “ameaça de causá-lo, seja por palavras, seja por atos, *v. g.*, o disparo “feito para o ar (equivalente ao disparo para o chão)”, “e se a ameaça é suficiente, o agredido está obrigado a preferi-la” (MEZGER, *Tratado de derecho penal*, trad. de Muñoz, vol. I, pág. 385). Foi o que fez o apelante, e com êxito: disparando para o chão, conseguiu

geral pelo direito (e ainda que não seja *judicialmente* reclamável).

O direito a defender tanto pode ser do próprio defensor, quanto de terceiro. Como o "estado de necessidade", a legítima defesa foi *socializada*. A defesa privada é uma colaboração prestada à defesa pública e, como tal, não podia deixar de ser ampliada à tutela de direito de terceiros. O socorro

amedrontar a Carlos Augusto e conjurou a agressão a pique de efetuar-se. É de causar surpresa que o acórdão, relatado por um dos mais esclarecidos colaboradores do vigente Cód. Penal, se tivesse deixado influir na conceituação da legítima defesa, por critério que ficou com o revogado Código de 1890. Atualmente, não se inclui entre os requisitos da legítima defesa a "ausência de provocação que ocasionasse a agressão". Já escrevemos alhures: "a provocação do agredido não elimina, perante o Código atual, a injustiça da agressão, posto que não constitua, em si mesma, uma real agressão. A desproteção do *auctor rixæ* é uma velharia do direito romano. Não é compreensível que a provocação, que jamais passou de atenuante, ou, quando muito, de uma causa de facultativo perdão judicial em casos excepcionais, tenha, na disciplina da legítima defesa, a virtude de elidir até mesmo o crime do provocado". No mesmo sentido, GALDINO SIQUEIRA (*Tratado de Direito Penal*, vol. I, págs. 324-325). Assim, mesmo admitindo-se que a provocação tenha partido do apelante, não estaria excluída, por isso, a sua faculdade de reagir pela força em face da agressão do provocado. A verdade, porém, é que a provocação partiu do grupo adverso ao apelante, com o debique e a agressão contra Zózimo. Não houve, por parte do apelante, imprudência alguma. Pouco importa que o local fosse uma sala onde, no momento, havia outras pessoas estranhas ao tumulto: a situação de defesa em que se achava o apelante autorizava-o a agir como agiu e o desvio do projétil, em consequência do ricochete, foi acidente inteiramente casual. Não restava ao apelante outra alternativa, dentro da moderação indispensável à legítima defesa, senão a de procurar intimidar o adversário, sacando da arma de que dispunha e disparando para o chão. Era um gesto reclamado pela *necessidade* de uma reação imediata. O apelante praticou ato lícito, e não estava obrigado a abster-se dele, *ainda mesmo que tivesse podido prever a eventualidade do ricochete do tiro, com prejuízo de terceiro*. Em suma: só mesmo fazendo *tabula rasa* da prova dos autos e de preceitos legais se pode deixar de reconhecer a legítima defesa em favor do apelante".

A vesga paixão política acusou esse voto de *parcialismo bajulador*, mas é preciso notar que ele foi proferido em 6 de junho de 1949, isto

ao próximo, antes de ser preconizado pela moral jurídica, é um mandamento evangélico. Afirmava justamente CARRARA<sup>22</sup> que “legitimando a defesa própria e não a de outrem, santificar-se-ia o egoísmo e se proscreveria a caridade”.

97. **Emprego moderado dos meios necessários à defesa.** Finalmente, é requisito da legítima defesa a *moderação* no emprego dos meios *necessários* à debelação do perigo — o que vale dizer: a razoável proporção, apreciada *in concreto*, de modo relativo, entre o *modus* da reação e a gravidade do perigo resultante da agressão. Devem ter-se em conta, primordialmente, os *meios* de reação que o agredido tinha à sua disposição ou escolha e o meio de que lançou mão.

Em seguida, cumpre indagar se o meio foi empregado com o *possível* comedimento, atendidas as circunstâncias em que se encontrou o defensor. É bem de ver que, se o meio empregado era o único de que, no momento, dispunha o agredido, não fica excluída a moderação ou proporção da defesa, ainda que tal meio não pudesse deixar de infligir uma lesão mais grave do que a que poderia resultar da agressão impedida. Eis a lição de MANZINI:<sup>33</sup> “Para medir a adequação ou demasia da defesa, não se deve fazer o confronto “entre o mal sofrido e o mal causado pela reação, que pode “ser sensivelmente superior ao primeiro, sem que por isso “fique excluída a justificativa. O confronto deve ser feito “entre os meios defensivos que o agredido tinha à sua disposição e os meios empregados. Se estes eram os únicos “que *in concreto* tornavam possível a repulsa da violência “de outrem, não haverá excesso, por maior que seja o mal

<sup>32</sup> *Programma*, p. g., I, § 300.

<sup>33</sup> *Trattato*, II, pág. 311.

---

é, quando o pranteado Getúlio Vargas, irmão do acusado, se achava no ostracismo de Itu, e *ninguém poderia imaginar sua volta ao poder*. Ainda mais: em maio de 1951, as Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (por sete votos contra dois) deferiram a revisão pedida por Benjamin Vargas, adotando meu ponto de vista.

“sofrido pelo agressor”. No mesmo sentido, ALTAVILLA:<sup>34</sup> “Se o agredido não pode dispor senão de um meio desproporcionado, não existirá excesso, desde que o seu uso era indispensável à defesa”, e DE MARSICO:<sup>35</sup> “... sussiste proporzione anche in rapporto a mezzi per sè stessi non proporzionati, secondo che si abbia o no disponibilità di mezzi diversi”.

A apreciação deve ser feita objetivamente, mas sempre, de caso em caso, segundo um *critério de relatividade* ou um *cálculo aproximativo*. Não se trata de *pesagem em balança de farmácia*, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente. Não se pode exigir uma perfeita equação entre o *quantum* da reação e a intensidade da agressão, desde que o *necessário* meio empregado tinha de acarretar, por si mesmo, inevitavelmente, o rompimento da dita equação. Um meio que, *prima facie*, pode parecer excessivo, não será tal se as circunstâncias demonstrarem sua necessidade *in concreto*. Assim, quando um indivíduo franzino se defende com arma de fogo contra um agressor desarmado, mas de grande robustez física, não fica elidida a legítima defesa.

Consoante a justa advertência de PENSO,<sup>36</sup> “quando há dúvida sobre se o cálculo teria podido ser feito com menor imprecisão, tal dúvida será resolvida em favor de quem reage e sempre contra o agressor, que, com sua conduta ilegítima, deu causa à ação defensiva”. Cumpre, entretanto, que não se perca o ponto de vista objetivo, pois nunca é demais repetir que a legítima defesa está subordinada ao *objetivismo* de seus pressupostos. O *critério subjetivo* somente diz com a apreciação do anormal *excesso de defesa*, para reconhecer-se, não que este tenha gravitado na própria órbita da legítima defesa, mas se pode ficar impune por ausência de culpabilidade. Desde que havia possibilidade de recurso a meio menos desproporcionado, ou de menor lesividade no emprego do meio disponível, há *excesso*, e está-se fora do

<sup>34</sup> In *Nuovo Digesto Italiano*, verb. *Difesa legittima*.

<sup>35</sup> *Diritto Penale*, pág. 176.

<sup>36</sup> Ob. cit., pág. 117.

campo da legítima defesa, embora o agente possa ficar isento de pena por ausência de dolo e de culpa (veja-se n.º 98). O juízo de proporção não deve ficar adstrito ao cotejo entre o mal causado pela reação e o que poderia ter sido causado pela agressão, mas, sim, à *necessidade* e ao possível *comedimento* do emprego do meio defensivo. Por mínimo que seja o mal ameaçado ou por mais modesto que seja o direito defendido, não há desconhecer a legítima defesa, se a maior gravidade da reação derivou da indisponibilidade de outro meio menos prejudicial, e posto que não tenha havido imoderação no seu emprego. Sustenta a doutrina alemã que *qualquer* bem jurídico pode ser defendido mesmo com a morte do agressor, se não há outro remédio para salvá-lo. O sentimentalismo latino, porém, acoima de *brutal* esse ponto de vista, e reclama que a proporcionalidade da defesa deve ser condicionada, não apenas à gravidade da agressão, mas também à relevância do bem ou interesse que se defende. Dentro da lógica, entretanto, a primeira solução é que é exata. Ou se reconhece que os bens de pouca relevância não são tuteláveis pela defesa privada, e *tollitur quæstio*; ou se admite (como faz o direito positivo) que todo bem, por ínfimo que seja, merece essa tutela, e a conclusão não pode ser outra senão esta: a legítima defesa do mais humilde dos bens pode ir *usque ad necem*, desde que o evento letal tinha de resultar necessariamente do único meio disponível. Argumenta-se, em apoio da tese contrária, que seria pactuar com o crime o reconhecer-se a legítima defesa, por exemplo, no caso do proprietário que mata com um tiro de espingarda o vagabundo que lhe invade o pomar para subtrair frutas. Ora, em tal caso jamais se poderia identificar a legítima defesa, porque, segundo *id quod plerumque accidit*, bastaria a simples *ameaça* da arma empunhada, para que, afugentado o invasor, fosse impedido o furto. O disparo do tiro foi um meio *desnecessário* (posto que a vítima não tenha oposto resistência). Eis a escorregadia lição de MEZGER:<sup>37</sup> “Não é exigida uma

<sup>37</sup> *Tratado de derecho penal* (trad. esp. de MUÑOZ), I, pág. 385.



absoluta “*paridade* entre ataque e defesa: em caso de necessidade, pode o agredido recorrer ao emprego dos meios mais graves, *v. g.*, a morte do agressor, para defender-se contra o ataque dirigido ao seu interesse juridicamente tutelado, ainda quando este último seja, por exemplo, um simples interesse patrimonial. Em tais hipóteses, o que é imprescindível é que o agredido não tenha à sua disposição um meio menos grave de repelir o ataque. O direito não tem que ceder o passo à injustiça. Nos casos em que é legítima a infligência do mal, é obviamente permitida a simples ameaça de causá-lo, seja por palavras, seja por atos, *v. g.*, o disparo feito para o ar, com o fim de intimidar. Se a ameaça é suficiente, o agredido está obrigado a preferi-la”.

A defesa com meio inecessariamente desproporcionado, ou com imoderação no emprego do meio disponível, torna-se violência *injusta* e coloca o agressor, por sua vez, em situação de legítima defesa (ressalvada sua punição pela violência anterior).

98. **Excesso culposo.** Como já dissemos acima, só há falar-se em *excesso de legítima defesa* quando o agredido podia ter escolhido um meio menos prejudicial ou usou imoderadamente do meio a que teve de recorrer. Em qualquer desses casos, o *plus* da reação é uma *anormalidade*, e sai-se da órbita da legítima defesa. Se o excesso provém de que o agredido não podia dispor, *in concreto*, senão do meio que empregou, e este não podia ter senão a consequência que teve, não é reconhecível o excesso, ou seja, não fica excluída a legítima defesa. Só se apresenta o excesso quando se verifica pelas circunstâncias que houve *evitável* exorbitância no *modus* da reação. E cumpre, então, distinguir: a) o agredido excedeu-se conscientemente, isto é, escolheu *ex professo* o meio desproporcionado (preferindo este a outro menos prejudicial, de que podia dispor) e quis o *plus* da reação, agindo por ódio ou espírito de vingança (e não mais *defensionis causa*); ou b) não quis o excesso, tendo este resultado de um erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao *modus*



da reação. Na primeira hipótese, o resultado é imputado a título de crime doloso (pouco importando o estado inicial de legítima defesa), e o mais que se poderá reconhecer em favor do agredido é a atenuante da *provocação* (art. 47, IV, *c, in fine*). Na segunda hipótese, tem-se ainda de distinguir se o erro foi, ou não, escusável. Se escusável, o defensor ficará isento de pena por ausência de culpabilidade (n.º 86); se inescusável (isto é, derivado de desatenção, imponderação, demasiada precipitação), dar-se-á o *excesso culposos*, de que cogita o parág. único do art. 21: “O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposos”.

O Código só admite, como injusto punível, o *excesso nos meios* (*excesso intensivo*), não cogitando do *excesso na causa* (inferioridade do valor do bem ou interesse defendido, em confronto com o atingido pela repulsa).

Para identificação do excesso culposos devem ser apreciadas, no seu conjunto, as circunstâncias *objetivas* e *subjetivas* do caso concreto. Não se pode adotar o ponto de vista apriorístico e simplista de NICOLINI: <sup>38</sup> “Atacado, ameaçado de “perto, defendo-me, e estava inteiramente dentro da minha “esfera de direito. Mas defendo-me como posso. Suceda, portanto, o que tiver de suceder. Não me demoro a examinar a “igualdade ou o desequilíbrio dos meios, as circunstâncias da “ação, nem a intenção ou estado de ânimo do agressor”. Nem irrestritamente pode ser aceito o raciocínio de MARCIANO: <sup>39</sup> “Quem é atacado e agredido, dificilmente está em “condições de calcular, com a balancinha do ourives, quando “e como começa o delito de excesso. Se alguém alça a bengala para golpear-me, não poderei, em face da inopinada “e enfurecida agressão, avaliar as dimensões e o alcance do “meio ofensivo manejado contra mim, nem a medida do propósito do agressor. Serei apenas espancado, sofrendo uma “contusão, ou serei gravemente ferido, com eventual perigo

<sup>38</sup> *Questioni di diritto*, 1869.

<sup>39</sup> *Il nuovo Codice Penale*, pág. 82.

“de vida”? Como se poderia pretender a dosimetria da reação, “se não se está em condições, ordinariamente, de aquilatar “da entidade da ofensa a que se está exposto?” Em muitos casos, a situação será como a descrevem os citados autores italianos; mas daí a ser o que *sempre* ou *ordinariamente* acontece vai grande distância. Nem o direito positivo poderia conformar-se com a incontrolada *instintividade* da defesa privada, a não ser que viesse a consagrar, na espécie, o que alguém já chamou a “moral do assassino”. Não há dúvida, porém, que os conceitos acima transcritos devem servir de advertência, no sentido da *relatividade* com que deve ser apreciada, de caso em caso, a anormalidade do excesso. BINDING<sup>40</sup> justamente entendia que só se deve exculpar o excesso “quando o agredido, ao calcular o perigo, não contrastou o tipo do homem criterioso” (“*als der Angegriffene bei Schätzung der Gefahr den überlegten Mann nicht verleugnet hat*”). Já dissemos, e nunca é demais repetir, que o *critério subjetivo* não é utilizável para o reconhecimento da legítima defesa autêntica; mas não pode deixar de ser adotado para o efeito do *relativismo* com que, ocorrendo efetivamente uma agressão (atual ou iminente), se deve apreciar o “erro de cálculo” no tocante à gravidade do perigo ou ao *modus* da reação, ou, por outras palavras: para se averiguar se o *excessus defensionis* é doloso, culposo, ou isento de qualquer culpabilidade.<sup>41</sup>

Costuma-se chamar *legítima defesa subjetiva* ao excesso por erro escusável, reconhecendo-se que o fato não deixa de conter-se na órbita da legítima defesa. Não é isto, porém, admissível, pelo menos no rigor técnico-jurídico. Só há le-

<sup>40</sup> *Handbuch des Strafrechts*, I, pág. 751.

<sup>41</sup> No questionário ao Tribunal do Júri, o quesito sobre o *excesso* deve ser desdobrado, de modo que os jurados possam, sem qualquer ambigüidade, decidir sobre a existência ou ausência de dolo ou culpa: “O réu, ao exceder os limites da legítima defesa, agiu dolosamente?”; “O réu, ao exceder etc., agiu culposamente?” Se é formulado tão-somente o quesito sobre a *culpa*, e vem a ser negado, fica-se na incerteza se o réu agiu dolosamente ou com ausência de qualquer culpabilidade.

gítima defesa quando ocorrem os seus pressupostos *objetivos*. O *excesso*, ainda que por erro invencível, não pode ser jamais *legítima defesa*: a isenção de pena decorrerá, não por elisão da injuricidade do fato, mas por exclusão da culpabilidade do agente.

Não se confunde o involuntário *excessus defensionis* (legítima defesa excessiva) com a *legítima defesa putativa*. Um e outra estão fora do campo da verdadeira legítima defesa, incidindo no setor do *erro de fato*; mas, enquanto no excesso há uma situação inicial de legítima defesa, isto é, uma efetiva agressão atual ou iminente, na legítima defesa putativa, ao contrário, não preexiste, como realidade, qualquer agressão (sendo esta imaginária, erroneamente suposta). O excesso não é mais do que uma defesa que, originariamente *legítima*, ultrapassa, a seguir, a medida de sua necessidade. Na legítima defesa putativa, não há *defesa* contra um *periculum præsens*, senão na fantasia do agente. No excesso, há um real *agredido* em face de um efetivo *agressor*; ao passo que na legítima defesa putativa o *suposto* agredido é o único agressor. No excesso, reconhece-se que era necessária uma *defesa*, embora não a defesa realmente exercida; na legítima defesa putativa, a desnecessidade de qualquer defesa se apresenta *ab initio*. No excesso, quando culposos, o agente quis o evento *proporcionado*, e não o *excessivo* (resultando este de sua indesculpável precipitação); na legítima defesa putativa não isenta de pena a título de culpa, o agente quis o evento tal como ocorreu, mas supondo-o (também por inescusável desatenção no apreciar a realidade) *legítimo*, isto é, como se estivesse a produzi-lo em situação de legítima defesa.

**99. Inadmissibilidade da legítima defesa recíproca.** Por confundir-se a legítima defesa putativa com a autêntica legítima defesa é que surgiu em doutrina, por iniciativa de FERRI, a afirmação paradoxal da possibilidade de *legítima defesa recíproca*. É um contra-senso dizer-se que dois indivíduos possam estar, um em face do outro, simultaneamente, em situação de legítima defesa. No exemplo figurado por ALTA-

VILLA, do indivíduo que atira em outro, tomando-o falsamente por um malfeitor à sua espera, e vem a receber, em repulsa, um golpe desse outro, não há legítima defesa recíproca, por isso que o primeiro agressor não se encontrava em legítima defesa, senão na sua *galopante* imaginação. Vejamos agora o exemplo figurado por PENSO,<sup>42</sup> como de legítima defesa recíproca: dois indivíduos, separados por amigos durante uma altercação, afastam-se, embora trocando graves ameaças; algum tempo depois, de novo se encontram e temendo-se mutuamente, em razão das ameaças recentemente proferidas, contemporaneamente lançam mão das armas e se ferem reciprocamente. Ora, aqui, não há legítima defesa de nenhum dos adversários, porque, objetivamente, não havia, de parte a parte, perigo algum a debelar: o simples *temor* de perigo iminente, sem correspondência com a realidade, não legitima a defesa. O que se poderia reconhecer, em tal caso, *ab utraque parte*, é a *legítima defesa putativa*. Para decidir-se de outro modo, seria preciso identificar-se uma causa excludente de culpabilidade (erro de fato) com uma causa excludente de crime (legítima defesa).

O que é perfeitamente admissível é uma *sucessiva* situação de legítima defesa por parte do agressor inicial, se o primeiro agredido se excede na reação, pois o excesso de defesa importa, por sua vez, uma agressão injusta. Pode também acontecer que, no caso de dois adversários que mutuamente se feriram, haja dúvida sobre qual deles tenha precedido ao outro na agressão: em tal caso, será compreensível que se absolvam um e outro, como se ambos tivessem agido em legítima defesa; mas isto por injunção decorrente de irredutível deficiência de prova *in concreto*, e não pelo reconhecimento de *reciprocidade* de legítima defesa.

**100. Cumprimento de dever legal e exercício de direito.** Já acentuamos, mais de uma vez, que o direito é um complexo harmônico de normas, não sendo admissível um *real*

<sup>42</sup> Ob. cit., pág. 224.

conflito entre estas. Assim, se uma norma penal incrimina tal ou qual fato, que, entretanto, em determinados casos, outra norma jurídica, penal ou extrapenal, *permite* ou *impõe*, não há reconhecer, em tais casos, a existência de crime. Esta ilação é inquestionável ainda quando a norma de excepcional licitude seja de direito privado. Entrosa-se este, como elemento sinérgico, na ordem jurídico-social. Nenhum *direito subjetivo individual*, ainda que de caráter *privatístico*, pode gravitar fora da órbita do interesse social. Se o direito civil, por exemplo, disciplinando esta ou aquela *facultas agendi*, autoriza, para assegurar-lhe o pleno exercício, a prática de um fato que, em outras condições, constituiria crime, tem-se de entender que assim dispõe, não apenas por amor ao direito individual em si, mas também no interesse da ordem jurídica em geral. Tal dispositivo, portanto, não pode deixar de repercutir sobre o direito penal. A explícita ressalva, como princípio genérico do direito penal, no sentido de que um fato definido *in abstracto* como crime passa a ser lícito quando represente o exercício de um direito ou o cumprimento de um dever legal, pode parecer uma superfluidade; mas, não é assim. Sobre dirimir quaisquer dúvidas que acaso pudessem ser suscitadas, significa, como diz Logoz,<sup>43</sup> uma advertência ao juiz, para que tenha em conta *todas* as regras de direito, mesmo extrapenais, que, no caso vertente, podem ter por efeito a excepcional legitimidade do fato incriminado. E ainda mais se justifica essa ressalva expressa quando sua fórmula sirva também para frisar que a licitude excepcional do fato está rigorosamente condicionada aos limites traçados ao exercício do *direito* ou ao cumprimento do *dever legal*. É o que faz o nosso Código, que, no art. 19, n.º III, somente reconhece a inexistência de crime quando o agente pratica o fato “em *estrito* cumprimento de dever legal ou no exercício *regular* de direito”.

Já o direito romano proclamava, de modo genérico, que *juris executio non habet injuriam* e que *nullus videtur dolo*

<sup>43</sup> *Commentaires du Code Pénal suisse*, fasc. II, pág. 126.

*facere, qui jure suo utitur*. Outro não era o critério do direito canônico, embora sem fixar uma regra geral: reconhecia, ao resolver determinados casos, que não cometia crime aquele que exercia o próprio direito ou o dever imposto pela lei (como no caso do carrasco: *cum homo juste occidetur, lex eum occidit, non tu*). E no mesmo sentido decidia o direito estatutário, notadamente quanto ao homicídio do *bannitus* (colocado fora da lei), ao exercício do *jus domesticum* e do *jus corrigendi* (*emendatio propinquorum*). Na atualidade, os Códigos Penais mais recentes consagram o princípio de modo explícito e genérico.

Como já observamos, a norma *permissiva* ou *impositiva* pode ser outra norma penal ou uma norma extrapenal (de direito civil, comercial, industrial, judiciário civil ou penal, público, administrativo). Assim, a própria lei penal declara lícitos, *in exemplis*: o aborto nos casos do art. 128, n.º II (no caso do n.º I, trata-se de “estado de necessidade”); a coação para evitar suicídio ou realizar intervenção médica ou cirúrgica, em caso de perigo de vida do paciente (art. 146, § 3.º); a violação de domicílio nos casos do art. 150; a violação do segredo profissional no caso do art. 269; o emprego da *vis modica* como meio de correção ou disciplina (art. 136, interpretado *a contrario sensu*).

E agora exemplos de excepcional licitude decorrente, explícita ou implicitamente, de lei extrapenal ou diversa da lei penal comum: a do ingresso em prédio alheio no caso do art. 384 do Cód. Civil ou para o fim de profilaxia sanitária, de acordo com o Regulamento da Saúde Pública; a da eliminação do inimigo no campo de batalha ou a do fuzilamento executado em cumprimento da pena de morte (nos casos previstos pela legislação militar); a da detenção de pessoa encontrada em flagrante delito (que constitui *dever* em relação ao *policia*l e *direito* em relação a *quidam de populo*); a da violência esportiva; a da lesão corporal decorrente de operação cirúrgica (ainda que não seja para evitar perigo de vida, mas consentiente o enfermo), nos casos aconselhados



pela arte médica (cujo exercício é autorizado pelo Estado); a de qualquer fato que, embora correspondente a um tipo de crime, seja inerente ao exercício normal de uma profissão legalmente consentida (exemplo: extração de sangue humano para transfusão, realizada pelo médico ou enfermeiro habilitado). No caso da *violência esportiva*, cumpre notar que sua legitimidade se limita aos *golpes permitidos* e às consequências que daí normalmente resultam.<sup>44</sup> É claro que a lei não pode reconhecer a qualquer dos contendores, na prática do esporte violento, o *direito de matar ou lesar gravemente* o adversário. A violência esportiva é autorizada *pro virtute*, e não para que os participantes possam eliminar-se ou estropiar-se reciprocamente. Se, embora guardada a técnica do esporte, *anormalmente* resulta um evento letal ou um ferimento grave, o agente ficará isento de pena por ausência de culpabilidade (devendo identificar-se um *caso fortuito*), e não porque o fato deixe de ser objetivamente antijurídico. Idêntica ponderação é de se fazer no tocante à operação cirúrgica, quando desta, embora preconizada pela ciência e executada proficientemente, resulte a prematura morte do paciente. Também aqui, a imunidade penal não decorre da legitimidade objetiva do resultado letal, mas porque este se apresenta com uma *infelicitas fati*, não podendo ser imputado a título de dolo ou culpa.<sup>45</sup>

Para que o exercício de direito ou cumprimento de dever legal (dever oriundo diretamente de *ordem da lei*) descriminem o fato, é necessário que obedeçam, rigorosamente, às condições objetivas a que estão subordinados. Todo direito, como todo dever, é limitado ou regulado na sua execução. Fora dos limites traçados na lei, o que se apresenta é o *abuso de direito* ou o *excesso de poder*: o fato torna-se

---

<sup>44</sup> No Distrito Federal, o dec. municipal n.º 4.906, de 27 de junho de 1934, regulamentou o *box*, o *jiu-jitsu* e a *luta livre* (*catch-as-catch-can*), dispondo sobre os *golpes proibidos*. Veja-se vol. V destes *Comentários*, n.º 22.

<sup>45</sup> Veja-se vol. V destes *Comentários*, n.º 23.

ilícito e ao invés da *obrigação* ou *obediência* por parte de outrem, compete a este a faculdade legal de defesa privada (legítima defesa). A noção do *abuso de direito* em matéria penal não coincide com a noção do *abuso de direito* em matéria civil. Na interpretação do art. 160, n.º I, 2.ª parte, do Cód. Civil (“Não constituem atos ilícitos os praticados... no exercício regular de um direito reconhecido”), postula-se que o abuso de direito (uso irregular de direito) pode ser reconhecido mesmo no caso em que, embora não ultrapassados os limites objetivos, seja o direito exercido sem utilidade alguma para o seu titular e com o fim exclusivo de prejudicar outrem (*atos emulativos*).<sup>46</sup> O direito penal, entretanto, para reconhecer o abuso de direito negando a discriminante (causa *objetiva* de exclusão de crime), não vai até a indagação dos *motivos* do agente, limitando-se a critério puramente objetivo. Desde que o exercício do direito se mantém dentro de seus limites *objetivos*, o agente *extra reatum est*, embora o fato, do ponto de vista subjetivo, possa constituir um *ilícito civil*.

Se o excesso no exercício do direito ou no cumprimento do dever não foi *querido*, tendo resultado de erro de fato, aplica-se a regra do art. 17 e seu parág. único. Se o agente, também por erro de fato, supõe que lhe assiste o direito ou lhe cabe o dever, dá-se a hipótese de *discriminantes putativas*, igualmente regulada pelos citados artigos e seu parágrafo.

No caso de *resistência agressiva* por parte de quem está adstrito a sofrer ou tolerar o exercício do direito, o titular deste pode reagir em legítima defesa. Fora de tal caso, porém, se é oposto algum obstáculo material, que não possa ser removido sem ofensa a direito mais relevante do que o que se pretende exercer (pois que, já então, vigora o critério de *ponderação* dos bens ou interesses em conflito), o titular do direito deve recorrer à autoridade pública. Se se trata de direito *litigioso* ou *contestado*, não pode ser exercido senão me-

---

<sup>46</sup> CONS. BATISTA MARTINS, *O abuso do direito e o ato lícito*, 1935.

diante intervenção da autoridade judiciária, pois, do contrário, incorrerá o agente no crime de “exercício arbitrário das próprias razões” (art. 345). No caso de cumprimento de dever (que pressupõe no executor um funcionário ou agente do Estado, agindo por ordem da lei, a que deve estrita obediência) o rompimento da oposição pela violência, ainda que esta não constitua legítima defesa, pode ser praticado pelo executor *ex proprio Marte* (posto que atendidas as formalidades legais e não haja excesso no *modus*).



## TÍTULO III

## DA RESPONSABILIDADE

**Irrespon-  
sáveis**

*Art. 22. 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 criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

**Redução  
facultativa  
de pena**

*Parág. único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

**Menores de  
18 anos**

*Art. 23. Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.*

*Art. 24. Não excluem a responsabilidade penal:*

**Emoção e  
paixão  
Embriaguez**

*I — a emoção ou a paixão;*

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

§ 1.º *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 criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

§ 2.º *A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* italiano, arts. 85 a 98; suíço, arts. 10 a 14; português, arts. 26, 41 a 43, 47, 48, 50 e 52; norueguês, §§ 44 a 46; francês, arts. 64, 66 e 67 a 69; holandês, arts. 37 a 39; alemão, §§ 51 e 58; húngaro, §§ 76, 83 a 88; polonês, arts. 17 e 18; dinamarquês, arts. 16 a 18; soviético, arts. 11 e 12; espanhol, art. 8.º, ns. 1 a 3; mexicano, art. 15, II; guatemalense, art. 21, ns. 1 a 3; hondurense, art. 7.º, ns. 1 a 4; nicaraguense, art. 21, ns. 1 a 3; cubano, art. 35, letras A a G; costa-riquense, arts. 25 e 29, 4.º; colombiano, arts. 29 e 30; venezuelano, arts. 62 a 64 e 69 a 72; salvadoriano, art. 8.º, ns. 1 a 3; panamenho, arts. 18, 1 a 3, e 19; boliviano, art. 13, ns. 1, 2 e 7; equatoriano, arts. 32, 34, 35 e 37 a 44; haitiano, arts. 48, 50 e 52; chileno, arts. 10, 1 a 3; paraguaio, arts. 18, 1 a 3, e 19; peruano, 85, 1, e 91 a 94; argentino, arts. 34, 1, e 36 a 39; uruguaio, arts. 30 a 35.

**BIBLIOGRAFIA** (especial). SETTI (A.), *Dell'imputabilità*, 1892; MONTALBANO (G.), *Il fondamento dell'imputabilità*, 1933; GRASSET (J.), *La responsabilité des criminels*, 1908; *Demi-fous et demi-responsables*, 1906; *La biologie humaine*, 1917; SCARANO (L.), *Libera volontà e libero arbitrio nel diritto penale*, 1937; RANIERI (S.), *Colpevolezza e personalità del reo*, 1933; VERGER (H.), *Evolución del concepto médico sobre la responsabilidad de los delincuentes*, trad. esp. de VIDAL Y MORA, 1922; SIQUEIRA (J. P.), *A imputabilidade e responsabilidade criminais*, 1938; ALIMENA (B.), *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, 1894-1899; FAUCONNET (P.), *La responsabilité*, 1928; GREENER (X.), *Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage (A imputabilidade como problema legislativo)*, 1897; OTTOLENGHI-DE SANCTIS,



*Trattato di psichiatria forense*, 1915; WEYGANDT, *Psiquiatria forense*, trad. esp., 1940; FRANCO DA ROCHA, *Psiquiatria forense*, 1904; KRAFT-EBING, *Psicopatologia forense*, trad. ital., 1897; REGIS (E.), *Psychiatrie*, 1914; SCHNEIDER (K.), *Psychiatrische Vorlesung* (Preleção psiquiátrica), 1939; *Pathopsychologie der Gefühle und Triebe* (Psicopatologia do sentimento e do instinto), 1935; KRÄPELIN-LANGE, *Psychiatrie*, 1927; HOCHÉ, *Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie* (Manual de psiquiatria forense), 1909; DELBRÜCK, *Gerichtlich Psychopathologie* (Psicopatologia forense), 1897; BIRNBAUM (K.), *Kriminalpsychopathologie*, 1931; *Die psychopathischen Verbrechen* (Os criminosos psicopatas), 1914; MITTERMAIER (W.), *Zurechnungsfähigkeit*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de SOMLO-ELSTER; SALDAÑA (Q.), *La psiquiatria y el código*, 1925; DE SANCTIS, *Psichiatria e criminologia*, in *La Scuola Positiva*, 1921; *Deboli di mente e criminali*, idem, 1915; SAPORITO, *Epilessia e delitto*, idem, 1918; TANZI-LUGARO, *Trattato delle malattie mentali*, 1923; LATTES, *La pericolosità criminale del punto di vista medico-legale*, 1921; LOPEZ-REY (M.), *Qué es ed delito?*, 1947; *Introducción al estudio de la criminología*, 1945; MEZGER, *Die Bedeutung der biologischen Persönlichkeitstypen für die Strafpflege* (A significação dos tipos biológicos de personalidade em matéria penal), in *Bulletin de l'U. I. D. P.*, 1928; *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage* (Política criminal sobre fundamentos criminológicos), 1934; D'ACCARDO, *La responsabilità presunta in rapporto alla responsabilità penale*, in *Annali di dir. e Proc. Penale*, 1932; BLEULER (E.), *Lehrbuch der Psychiatrie*, 1930; WERNICKE, *Grundriss der Psychiatrie* (Lineamentos de psiquiatria), 1906; BUMKE (O.), *Gerichtliche Psychiatrie* (Psiquiatria forense), in *Handbuch der Psychiatrie* de ASCHANFFENBURG, 1912; *Trattato di psichiatria*, trad. ital. de TIRELLI, 1929; CRAMER (A.), *Gerichtliche Psychiatrie*, 1908; POLLITZ (Paul), *Zur Psychologie des Verbrecher*, 1916, e sua trad. em esp. por V. GUERRA, sob o título *Psicologia del delincuente*, 1933; ASCHANFFENBURG (G.), *Die Sicherung der Gesellschaft gegen gemeingefährliche Geisteskranken* (A segurança social contra os doentes mentais geralmente perigosos), 1912; *Die verminderte Zurechnungsfähigkeit*, 1899; *Die Unterbringung Geisteskranker* (O tratamento dos doentes mentais), 1900; VAN CALKER (F.), *Die strafrechtlich Behandlung der geistig Minderwertigen* (O tratamento penal dos inferiorizados psíquicos), in *Deutsche juristen Zeitung*, 1904; WILMANN'S (K.), *Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit* (A chamada imputabilidade diminuída), 1927; GOTTSCHALK (A.), *Materialien zur Lehre von der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, in *Bulletin da U. I. D. P.*, 1904; BINSWANGER-SIEMERLING, *Trattato di Psichiatria*, trad. ital. de DALMA, 1927; KOSTYLEFF (N.), *Les substituts de l'âme dans la psychologie moderne*, 1906; GARCIA (J. A.), *Compêndio de psiquia-*

tria, 1942; *Psicopatologia forense*, 1945; *Psicanálise e psiquiatria*, 1947; BIANCHI (L.), *Trattato di psichiatria*, 1930; DUMAS (G.), *Psychologie*, 1924; FREUD (S.), *Psychopathologie de la vie quotidienne*, 1926; *Introduction à la psychanalyse*, 1926; *Cinq leçons sur la psychanalyse*, 1926; *Totem et tabou*, 1926; LUTZ (G.), *A responsabilidade criminal no novo Código Penal*, in *Revista Forense*, vol. 88, págs. 34 e segs.; *Bases psiquiátricas da criminologia*, in *Arquivos do Manicômio Judiciário*, VII, 1938; RUIZ MAYA, *Psiquiatria Penal y Civil*, 1931; HART (B.), *The psychology of insanity*, in *An outline of abnormal psychology* de MURPHY, 1929; GODDARD-FEEBLE, *Mindness, its cause and consequences*, idem; MATA (Pedro), *Irresponsables*, ed. PUEYO, 1921; BERGSON, *L'évolution créatrice*, 36.<sup>a</sup> ed.; CARRILHO (H.), *Epilepsia emotiva*, 1930; *Objetivos da pericia psiquiátrica*, in *Arquivos do Manicômio Judiciário*, 1932; *Psicogênese e determinação pericial da periculosidade*, 1947; MATOS (Júlio), *Psiquiatria*, 1911; EAST (Norwood), *Forensic psychiatry in criminal courts*, 1927; ASÚA (J.), *Psicoanálisis criminal*, 1940; LANGE (J.), *Crime and destiny*, trad. ing. de DUNBAR, 1931; FERENCZI-RANK, *The development of psychoanalysis*, 1925; JANET (P.), *Les neuroses*, 1909; LÉVY-BRÜHL, *La mentalité primitive*, 1922; ADLER (A.), *The individual criminal and his cure*, 1930; EXNER (F.), *Biologia criminal*, trad. esp. de ROSAL, 1946; VON RHODEN, *Einführung in die Kriminalbiologische Methodenlehre*, 1933; ANGIOLELLA (G.), *Manuale di antropologia criminale*, 2.<sup>a</sup> ed., sem data; GORING, *Kriminalpsychologie*, 1932; KAHN (E.), *Psychopathic personalities*, 1931; KRETSCHMER, *Körperbau und Charakter* (*Constituição e caráter*), 1931; *Psychologie médicale*, trad. franc., 1926; PACHECO E SILVA, *O problema da responsabilidade em face da psiquiatria*, 1942; RIBOT, *Les maladies de la personnalité*, 1924; *La herencia psicológica*, trad. esp. de R. RUBIO, 1928; *Essais sur les passions*, 1926; *Logique des sentiments*, 1925; ROJAS (Nerio), *Psiquiatria forense*, 1932; RICHTER, *Psychologie*, 1932; PEIXOTO (Afrânio), *Psicopatologia forense*, 1931; *Criminologia*, 1933; ABRAHAMSEN (D.), *Delitto e psique*, trad. esp. de ORTIZ, 1946; PELLEGRINI (R.), *Trattato di medicina legale*, 1932; LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, 1889; LOMBROSO-FERRERO, *La donna delinquente*, 1915; SERGI, *Las emociones*, trad. esp. de J. BESTEIRO, 1906; NÁGERA, *La asexualización de los psicópatas*, 1934; *Psicosis sintomáticas*, 1941; RUBINO (O. B.), *Mis cuadernos de medicina forense*, 1942; GEMELLI (Ag.), *Metodi, compiti e limiti della psicologia nello studio e nella prevenzione della delinquenza*, 1938; *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*, 1946; *Le dottrine moderne della delinquenza*, 1920; VIDONI, *Valore e limiti dell'endocrinologia nello studio del delinquente*, 1923; CAMARGO (C.), *El psicoanálisis en la doctrina y en la práctica judicial*, sem data; *La esencia del psicoanalista*, 1932; TIRELLI, *Psicopatologia*

forense nella legislazione italiana, ap. ao Trattato di psichiatria de BUMKE, 1927; MORSELLI, *Manuale di psichiatria*, 1924; *La psicanalisi*, 1926; MELLUSI (V.), *Quelli che amano e uccidono*, 1924; *Delinquenti dell'amore*, 1932; *La madre folle (L'incosciente nella genesi del delitto)*, 1935; MANCI, *Il delitto passionale*, 1928; MIRA Y LÓPEZ, *Problemas psicologicos actuales*, 1940; *Psicologia juridica*, 1932; *Psiquiatria*, 1932; JAMES (William), *Précis de psychologie*, trad. franc. de BAUDIN e BERTIER, 1927; MAGNAN, *De l'alcoolisme*, 1874; GAUPP (R.), *Die Dipsomanie*, 1931; FINKELNBURG, *Über vermindert Zurechnungsfähige*, 1902; FOERSTER (F. W.), *Schuld und Sühne (Culpa e castigo)*, 1911; RUISINGER (F.), *Die selbstverschuldete Trunkenheit im deutschen Strafrecht der Gegenwart und Zukunft (A embriaguez culpada no direito penal alemão do presente e do futuro)*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 263; ZIMMERMAN (R.), *Trunksucht und sogennante verminderte Zurechnungsfähigkeit*, idem, fasc. 342; DONDINA (M.), *“Le acciones liberæ in causa e la loro sistemazione nel nuovo Codice Penale*, in *La Scuola Positiva*, 1931; QUEIRÓS (Narcélio), *Teoria da actio libera in causa*, 1936; FÉRÉ (Ch.), *La pathologie des émotions*, 1892; SCHURIG (B.), *Die strafrechtliche Bedeutung der sog. verminderten Zurechnungsfähigkeit (A significação juridico-penal da chamada responsabilidade diminuída)*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 129; COHEN (Hans), *Strafrecht und Psychanalyse*, idem, fasc. 261; BIRKMEYER (K.), *Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafbemessung (Culpa e periculosidade na medida da pena)*, 1914; OXAMENDI (R. A.), *Criminologia*, 1938; LÜSCHER, *Die Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, 1922; JUNG, *Lo inconsciente*, trad. esp. de SADRA, 1927; VERWAECK, *Le traitement des delinquants*, 1914; RUIZ FUNES, *Endocrinologia y criminalidad*, 1929; BINET, *La nature des émotions*, in *Journal de Psychologie*, 1911; CANIS, *Il meccanismo dell'emozione*, 1919; CARRARA (Mário), *La base biologica della imputabilità parziale*, in *Scritti in onore di E. FERRI*, 1929; CONTI (ENZO), *Endocrinologia e criminalità*, in *La Scuola Positiva*, 1927; MARAÑON, *La doctrina de las secreciones internas*, 1915; PAVLOV, *Los reflejos condicionados*, trad. esp., 1929; PENDE (N.), *Endocrinologia*, 1923; *La biotipologia umana, scienza della individualità i suoi fondamenti. Le sue applicazioni*, 1924; GRUHLE, *Kriminalpsychologie*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, de ELSTER-LINGEMANN; HEALY, *New light in delinquency and its treatment*, 1936; LENZ (Ad.), *Grundriss der Kriminalbiologie*, 1927; KAUFMANN, *Die Psychologie des Verbrechens*, 1912; ENDEMANN (F.), *Trunkenheit und Trunksucht (Embriaguez e dipsomania)*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de SOMLO-ELSTER; DI TULLIO, *Manuale di antropologia e psicologia criminale*, 1931; *La costituzione delinquenziale nella etiologia e terapia del delitto*, 1929; GREBAUT, *De l'al-*

*coolisme dans ses rapports avec la criminalité*, 1900; SEVERIANO RIBEIRO (J.), *Criminosos passionais, criminosos emocionais*, 1940; MARFORI, *Gli stupefacenti*, 1930; AMARANTE (J.), *Os criminosos intoxicados*, 1937; BANDEIRA DE MELO (L. M.), *Responsabilidade penal*, 1941; MAGALHÃES DRUMMOND, *Estudos de psicologia, criminologia e direito penal*, 1938; RIBEIRO (Leonídio), *O novo Código Penal e a medicina legal*, 1942; GENIL-PERRIN, *Psicanálise e criminologia*, trad. port. de L. RIBEIRO, 1936; ALEXANDRE-STAU, *O criminoso e seus juizes*, trad. port. de L. RIBEIRO, 1934; MINGAZZINI (G.), *Saggi di perizie psichiatriche ad uso dei medici e dei giuriconsulti*, 1908; MAC IVER (L. C.), *Breve curso de medicina legal*, 1942; BORRI-CEVIDALLI-LEONCINI, *Trattato di medicina legale*, 1922; HOFFMANN, *Der Taubstumme im der französische und im deutschen Rechte* (*A surdimudez no direito francês e alemão*), 1914; BASILEU GARCIA, *Causalidade material e psíquica*, in *Revista Forense*, fasc. 469; NOÉ AZEVEDO, *Responsabilidade criminal*, in *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. 3.º.

#### COMENTARIO

101. **Responsabilidade penal.** Afeiçoando-se a uma generalizada técnica legislativa, o nosso Código não dá uma definição *positiva* da *responsabilidade*, sob o ponto de vista jurídico-penal, limitando-se a declarar os casos em que esta se considera excluída. Por dedução *a contrário* do texto legal, verifica-se que a responsabilidade pressupõe no agente, contemporaneamente à ação ou omissão, <sup>1</sup> a capacidade de entender o caráter criminoso do fato e a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento. Pode, então, definir-se a responsabilidade como a existência dos pressupostos psíquicos pelos quais alguém é chamado a responder penalmente pelo crime que praticou. Segundo um critério tradicional, que o Código rejeitou, haveria que distinguir entre *responsabilidade* e *imputabilidade*, significando esta a capacidade de direito penal ou abstrata condição psíquica da punibilidade, enquanto aquela designaria a obrigação de responder penalmente *in concreto* ou de sofrer a pena por um fato determinado, pressuposta a imputabilidade. A distinção é bizantina e inútil. Responsabilidade e imputabili-

<sup>1</sup> Cumpre advertir, entretanto, que essa contemporaneidade é dispensada nas chamadas *actiones liberae in causa* (veja n.º 83).

dade representam conceitos que de tal modo se entrosam, que são equivalentes, podendo, com idêntico sentido, ser consideradas *in abstracto* ou *in concreto*, *a priori* ou *a posteriori*. Na terminologia jurídica, ambos os vocábulos 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.

Argumenta-se em favor da distinção que, em certos casos, embora existente o estado de imputabilidade, falha o vínculo da responsabilidade. É o que aconteceria, ao que se diz, na hipótese das *discriminantes*, na das causas excludentes de culpabilidade (erro de fato, coação, obediência devida) e na das chamadas “escusas absolutórias”. Ora, em tais hipóteses, o que falha é a *criminalidade* do fato, ou a *culpabilidade*, ou *punibilidade* do agente, não havendo razão ou utilidade alguma para falar-se em *ausência do vínculo de responsabilidade*, ao invés de (como o exige a melhor técnica) “inexistência de crime” ou “isenção de pena.” Capacidade de direito penal e obrigação de responder penalmente vêm a ser uma e a mesma coisa, a que se deve dar o nome de *responsabilidade*, de preferência ao de *imputabilidade*, que ingressou no vocabulário jurídico-penal com um sentido diverso do que tem na linguagem comum. Lexicamente, *imputabilidade* refere-se mais à *ação* (ou *omissão*) do que ao *agente*. É a “qualidade do que é imputável”, e *imputável* quer dizer que “pode ser imputado”, “que pode ser atribuído a alguém ou levado à sua conta”. Para quem se fia em dicionários, o dizer-se *imputável* uma pessoa é tão impróprio ou ininteligível quanto dizer-la *atribuível*. E o direito, notadamente o direito penal, deve abster-se de palavras com acepção discrepante da que lhe *atribui* ou *imputa* a linguagem comum.

Em face do Código, a responsabilidade só deixa de existir quando *inteiramente* suprimidas no agente ao tempo da ação ou omissão, a capacidade de entendimento ético-jurí-

dico ou a capacidade de adequada determinação da vontade ou de autogoverno. <sup>2</sup> Tal supressão, porém, está indeclinavelmente condicionada a certas *causas biológicas*: “doença mental”, “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” e

---

<sup>2</sup> O Código não repudiou o critério de assentar a responsabilidade penal na responsabilidade psíquica ou moral, que, por sua vez, assenta no pressuposto da vontade livre. Houve um tempo em que o libertismo da vontade humana foi colocado num mostruário de museu, entre a vértebra de um megatério e uma múmia egípcia; mas foi buscá-lo, de novo, a *teoria do conhecimento*, a confirmar, uma vez mais, a doutrina dos *retrocessos*, de Vico. A ciência, a serviço da filosofia materialista, apregoara o causalismo universal, a que não podia forrar-se a psique humana, e negara, a pés juntos, a liberdade volitiva do *homo erectus et sapiens*. A demonstração, porém, firmava-se numa simples e sumária dedução generalizadora, e pode BERGSON, um dos maiores cérebros da era contemporânea, fazendo a intuição suprir o limitado alcance da inteligência, formular a sua interrogação: se o movimento molecular pode criar sensação com um nada de consciência, por que a consciência não pode criar, por sua vez, movimento, seja com um nada de energia cinética e potencial, seja utilizando essa energia a seu modo? Se o espírito é matéria e cada ato mental é uma resultante mecânica de estados mentais, por que a consciência? Por que não pode o mecanismo material do cérebro dispensar esse “epifenômeno”, essa aparentemente inútil flama emitida pelo calor da comoção cerebral? E veio também WILLIAM JAMES para proclamar a improbabilidade da tese do determinismo psíquico. Tanto é profissão de fé afirmar o livre arbítrio quanto negá-lo. É evidentemente impossível, diz o filósofo do *pragmatismo*, afirmar *post factum* se o esforço da atenção que prestamos a uma idéia não podia ser maior ou menor do que foi. No campo da psicologia, pode dizer-se que é insolúvel a controvérsia entre livre arbítrio e determinismo. Um e outro são hipóteses extra-experimentais. A ciência não pode penetrar na vida do espírito. Para resolver tal problema, seria preciso que se pudesse remontar aos antecedentes do esforço, determinar matematicamente seus coeficientes causais e provar dedutivamente, em virtude de leis de que não temos a mais longínqua suspeita, que esses antecedentes não comportavam senão uma só quantidade fixa de esforço: isto é, a que precisamente foi empregada. Ora, conclui JAMES, o espírito humano jamais poderá atingir essas medidas de quantidades nervosas ou psíquicas, ou chegar a essas deduções. Os modernos estudos da psicologia da vontade, entretanto, como observa GEMELLI, embora



“embriaguez fortuita e completa”. Foi, assim, adotado o método chamado *misto* ou *biopsicológico*, devendo notar-se, entretanto, que o Código faz uma exceção a essa regra quando trata dos *menores de 18 anos*, pois nesta hipótese a causa bio-

---

relegando para o domínio da filosofia o problema do livre arbítrio, conduzem, no terreno mesmo da experiência, ao reconhecimento do caráter originário da vontade, como expressão e manifestação da personalidade. A decisão da vontade precede um momento típico em que se dá a luta dos motivos. É este um dado científico ou de psicologia experimental: não há vontade sem que haja escolha entre motivos. Mesmo nos casos em que parece que falha essa seleção e que a vontade se determina pelo motivo mais forte, mesmo então, existe decisão voluntária; se a vontade está presente, ainda que por um instante, e realiza um esforço ainda que mínimo, afasta os motivos que não aceita, inibindo-os e determinando-se na direção preferida. A escolha entre os motivos contrastantes é feita mediante a inibição dos motivos, no rumo segundo o qual a vontade se determina. É o *eu* que age, opondo-se a tais ou quais motivos e re-freando-os, sobrepondo-se aos vários motivos e estabelecendo uma hierarquia entre eles, antes de determinar-se. Esta capacidade do *eu* no sentido de determinar-se é uma propriedade sua. Os atos volitivos podem ocorrer como verdadeiros e elementares conteúdos de consciência. As representações subjetivas, as sensações de tensão, os sentimentos de prazer ou desgosto, podem acompanhar ou não os atos volitivos, mas sua presença não é necessária para que ocorra uma atividade voluntária — o que vale dizer: o ato de vontade apresenta-se como ato autônomo elementar, não reduzível a outros conteúdos de consciência. Convém transcrever na íntegra esta página de GEMELLI (*La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*): “A vontade é um processo psíquico, autônomo e “ primitivo, que não pode ser remetido a outros processos. Particularmente, não pode ser remetido, como fizeram WUNDT, ZIEHEN e outros psicólogos sensistas do século XIX, aos processos do substrato “ endotímico do caráter (sentimentos, instintos, tendências); ao contrário, a vontade se revela pelo seu caráter de autonomia, de auto- “ decisão, ou, seja, é um processo original, independente de outros “ processos inferiores, como a vida afetiva e as tendências. A vontade, “ longe de ser determinada passivamente, ela própria é que domina “ as outras atividades da vida psíquica, dirige o curso da vida inte- “ rior, decide quando e em qual direção deve ser realizada a ação. “ Retomando uma antiga observação, KLAGES, cuja influência na psi- “ cologia moderna é bem conhecida, escreve: “A consciência (do que-

lógica (*imaturidade*) basta, por si só, irrestritamente, sem qualquer indagação psicológica, para excluir a responsabilidade penal. O método biopsicológico exige a averiguação da efetiva existência de um nexo de causalidade entre o anôma-

---

"rer) atesta-me que sou o sustentáculo ativo do processo que em mim "se opera no ato de sentir (isto é, no conjunto dos processos da vida "endotímica)". De modo análogo, um moderno psicólogo, LERSCH, "ensina que a vontade no *eu* consciente se ergue como uma ilha no "mar tempestuoso dos impulsos endotímicos, quase como a representar um *ponto de Arquimedes* adaptado a guiar e a coordenar as "várias tendências entre si. A nossa experiência nos conduz, portanto, a contrapor, de um ponto de vista fenomenológico, ao caráter passivo dos estados e processos endotímicos, a soberania e a autonomia da vontade, que, por estes seus caracteres, se impõe a nós "como um processo independente e inconfundível. *Não basta, portanto, para afirmar a responsabilidade do homem, demonstrar a "ação exercida sobre ele pelo ambiente físico e social em que vive, "ou averiguar o tumulto borrascoso dos processos do "eu" profundo, "o irrompimento e o violento impulso dos sentimentos, isto é, afirmar o império dos instintos e dos impulsos e o assomo impetuoso "das várias tendências. Cumpre demonstrar que a vontade não foi "livre ou foi incapaz de dominar esse mundo tempestuoso que existe "no profundo "eu" de cada um de nós e que imprime mesmo à nossa "personalidade uma fisionomia característica. Por isso que a vontade, como já se afirmou, não cria coisa alguma, mas somente dirige, e cabe ao espírito indicar à vontade o fim a atingir e que ela "deve escolher entre os vários fins que lhes são propostos e os motivos pelos quais se autodetermina, segue-se que a responsabilidade "só deve ser negada a quem não possui um suficiente desenvolvimento intelectual para conhecer esses fins, ou aqueles a quem o "conhecimento do fim a atingir é obstado por um processo mórbido "qualquer. Fora dessas duas eventualidades, o homem é responsável "pelas suas ações, que, por isso mesmo, lhe podem ser imputadas".*

É de notar-se, especialmente, que o ato de vontade não pode ser reduzido a uma concatenação mecânica e automática de representações, como pretendem as doutrinas *associacionistas*, ou a teoria dos *reflexos condicionados* de PAVLOV, ou o *behaviourismo*. A característica do ato elementar de volição é ser uma atividade interior ou, mais precisamente, uma atividade própria do "eu". É a espontaneidade do "eu" que se inclina e tende para um fim. Graças ao jogo dos motivos, tal inclinação se determina. Quando, porém, se diz "se determina", não se quer dizer que haja um necessário nexo cau-

lo estado mental e o crime praticado, isto é, que esse estado, contemporâneo à conduta, tenha privado completamente o agente de qualquer das mencionadas capacidades psicológicas (quer a *intelectiva*, quer a *volitiva*). Fica, dessarte, criado um

---

sal, senão apenas o fato de que a apresentação dos motivos dá ensejo ao indivíduo de avaliar os vários fins e, em virtude dessa avaliação, de natureza toda subjetiva, determinar-se à escolha entre os vários fins que se apresentam, isto é, entre o querer e o não-querer.

Os deterministas cuidam haver explicado o mecanismo da vontade como uma corrente de associações, cujo último elo é a energia motriz que realiza o ato volitivo e, assim, negam a existência da vontade como autodeterminação. Mais recentemente, ainda sob um anacrônico influxo da filosofia materialista, o homem é equiparado, ou, melhor, rebaixado ao cão de PAVLOV. Tal concepção, porém, não serve para explicar as ações humanas, que são a manifestação externa de uma autodeterminação no sentido de um fim considerado como um bem a atingir. É ainda GEMELLI que disserta: quem estuda o jogo das inibições, ou o fato da maior ou menor intensidade dos atos volitivos, tem de reconhecer que estes não são o último anel de uma cadeia associativa. Entre os elos associativos e as demonstrações volitivas há desproporção ou descompensação, seguindo-se, portanto, que as últimas se apresentam como autodeterminações. O homem diferencia-se do animal, pois, se aquele, como estes, reage a todos os estímulos, no animal a reação é sempre dependente do estímulo e por ele condicionada, enquanto no homem, além das reações condicionadas pelos estímulos, há outras que não são necessariamente conexas com estes, apresentando-se como autodeterminações, isto é, como determinações cuja causa não pode deixar de encontrar-se na própria atividade psíquica, que domina soberanamente os motivos entre os quais escolhe. Dizer-se que os “reflexos condicionados” são a base do nosso conhecimento e vontade é mero paradoxo, tanto mais intolerável quanto é certo que as modificações do caráter por causas externas não se transmitem hereditariamente, como demonstram WENDEL e WEISEMAN, desmentindo DARWIN. Cada espécie é um fim em si mesma e não escala de um processo vitalista ordenado. A moral humana transcende à biologia e escapa à jurisdição científica. Há no homem um instinto moral superior, que não pode confundir-se com a moral da *jungle*. O homem comporta-se em face dos motivos, não como o animal (que reage aos estímulos *necessariamente*), mas ativamente, escolhendo os rumos da sua atividade entre os muitos que se lhe deparam. Nem com isso, pondera GEMELLI, se diz que haja uma atividade voluntária sem causa. Seria um contra-senso admi-

iniludível obstáculo, a que, na órbita da justiça penal, se adote, abusivamente, um conceito elástico da irresponsabilidade. É reconhecido, em consonância, aliás, com a lição psiquiátrica, que não há uma relação necessária e constante entre os

---

tir-se que há vontade sem causa. Nada existe no universo sem uma causa. A causalidade, aqui deve ser identificada na própria natureza da vontade e do seu mecanismo. A vontade possui uma autocausalidade: na sua atuação, extrai de si mesmo os motivos de sua escolha e pode guiar-se por si mesma na avaliação dos motivos. Entre os motivos avaliados, uns são contrapostos aos outros, de modo que aparece o valor maior de um ou de outro; mas a determinação é ato próprio da vontade, tanto assim que ela pode prescindir da objetiva comparação dos motivos e agir em direção inteiramente oposta. Sem dúvida, quando se diz que a vontade pode autodeterminar-se, não se quer significar que está provada a liberdade do homem. É tarefa do filósofo a demonstração da existência dessa liberdade; mas a psicologia experimental fornece dados de fato que não se explicam no seu jogo, senão admitindo-se essa liberdade.

Os deterministas, como conclui o ilustre psicólogo italiano, negam à vontade humana capacidade de autodirigir-se, e o fazem, ao que declaram, em nome da ciência, de vez que a liberdade volitiva é uma interpretação da filosofia; mas esquecem-se de que, assim argumentando, são eles próprios que fazem filosofia, e má filosofia, porque, pelo receio de fazer filosofia, recusam, em nome de um preconceito filosófico, um dado de fato que também a pesquisa experimental ilumina e a consciência atesta. Jamais os deterministas puderam demonstrar que o esforço da vontade é uma reação de tipo fixo, ao invés de ser, como diz JAMES, um fator idêntico ao que os matemáticos chamam "variável independente", a evoluir sobre os dados fixos, que são, em cada caso, os nossos motivos, o nosso caráter, as nossas predisposições etc. Ora, na medida em que nossas volições podem ser "variáveis independentes", a psicologia científica torna-se impotente para explicá-las.

Não é somente, porém, a decrépita filosofia materialista, em cujos flancos brotou o *positivismo penal*, que exclui a indagação psicológica do campo da responsabilidade penal. A exclusão é também postulada em nome de um requintado tecnicismo jurídico, embora com diverso fundamento. Kelsen, no seu famoso livro *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, defende a teoria chamada da "vontade normativa", segundo a qual a vontade psicológica não tem relevância jurídica. O indivíduo, no âmbito das normas, é um ponto virtual sobre que converge toda a irradiação de deveres e direitos, devendo

*pathos* mental do agente e a sua conduta criminosa. Não basta diagnosticar, por exemplo, que o agente é portador de psicose maniaco-depressiva, de epilepsia, de paranóia ou de debilidade mental, pois há maníacos depressivos, epiléticos, para-

---

excluir-se o pensamento de que a relação entre o indivíduo e o fato imputável se baseia no vínculo da volição. Para o direito, a vontade psicológica não conta: o nexó de responsabilidade se estabelece porque assim o exige a norma jurídica, desde que não acontece o que ela mandava que acontecesse. Pouco importa que o agente tenha ou não capacidade de querer. Ao invés de dizer-se: *há pena porque há culpa*, deve dizer-se: *há culpa porque há pena*. A essa teoria se pode chamar a quintessência do formalismo jurídico. É o divórcio o vínculo entre o direito e a realidade da vida social. É a abstração do problema humano do direito. Para atribuir-se a alguém uma obrigação como consequência de um ato ilícito, são indispensáveis requisitos ulteriores à disposição da norma, e precisamente eles é que constituem as condições fundamentalmente psicológicas da responsabilidade jurídica. A ordem jurídica, como objetam GAREIS e SCARANO, não pode constituir em um indivíduo faculdades e relações de vida, elementos já naturalmente constituídos, mas unicamente reconhecer-lhes os efeitos e, portanto, coordená-los em função da vida social. Ainda mais: para o fundamento da responsabilidade, segundo o pensamento kelseniano, é preciso que a norma crie não só a vontade como também uma ação que seja a fiel expressão desta, incidindo na relação entre uma e outra o juízo e o sentimento de imputação. Ora, nem um nem outro podem ser constituídos pela norma, pois são fenômenos morais que existem, ainda quando não exista a norma. Dentro da lógica da teoria em questão, seria inútil afirmar-se, por exemplo, o elemento subjetivo do crime, pois estaria suprimido. Se a vontade psicológica é irrelevante, já não haveria distinguir entre dolo e culpa. Abstraída a volição consciente do agente, seria estranho falar-se em crimes mais ou menos graves do ponto de vista moral, ou em atenuantes e agravantes, ou em motivos determinantes, ou em vícios da vontade (erro, coação) etc. Tudo quanto tivesse cunho ou relevo psicológico deixaria de ser juridicamente inteligível e estaria desarticulada toda a armação do direito penal. O artifício da fórmula de KELSEN é tanto mais evidente quanto assenta numa tautologia, pois redundante em afirmar que só é juridicamente relevante aquilo que para o direito é relevante... E não valem mais que a teoria de KELSEN a de ALSBERG, que é uma variante dela; a de CONDORELLI, que tenta uma conciliação entre o *idealismo atualístico* e o pensamento kelseniano, ou a de SANDER, para quem o *juízo jurídico* se

nóicos ou débeis mentais que não são desprovidos dos pressupostos psíquicos da responsabilidade: depende isto do período ou grau de evolução da doença ou deficiência mental, da estrutura psíquica do indivíduo e da natureza do crime. Devem ter-se em vista, igualmente, os prolongados "intervalos lúcidos" ou "períodos livres", próprios de certas doenças men-

---

exaure num simples juízo de *existencialidade* ou *causalidade* física. Nenhuma delas resiste à mais superficial análise.

Como quer que seja, comprovada ou não, dado científico ou conceito filosófico, a vontade livre, como condição da responsabilidade moral, é, na expressão de SAUERLANDT, o ponto de ligação (*Anknüpfungspunkt*) de todas as normas jurídicas. Excluído o indeterminismo psíquico da estrutura do direito, estaria este esvaziado do seu conteúdo ético e nada mais seria que um corpo sem alma. A liberdade da vontade é um pressuposto sobre o qual se tece toda a trama da vida quotidiana e é um princípio de tal modo radicado na consciência individual e na consciência social, que o direito deixaria de ser regra de experiência se não o acolhesse e valorizasse, transfundindo-o na sua própria essência. Com toda razão, disserta o ministro CAMPOS na sua *Exposição de motivos*: "Do ponto de vista ético-social, a autonomia da vontade é um *a priori* em relação à experiência moral, como o princípio da causalidade em relação à experiência física. Sem o postulado da responsabilidade moral, o direito penal deixaria de ser uma disciplina de caráter ético, para tornar-se um mero instrumento de utilitarismo social ou de prepotência do Estado. Rejeitado o pressuposto da vontade livre, o Código Penal seria uma congêrie de ilogismos. Um Código recente (refere-se o ministro CAMPOS ao Código soviético), vazado nos moldes da "escola positiva", substituiu ao princípio da responsabilidade moral o da responsabilidade legal. Não se absteve, porém, de declarar, num dos seus primeiros artigos, que às penas somente está sujeito o autor do crime "quando tenha tido consciência das consequências do seu ato, prevendo-as, querendo-as ou favorecendo-as". A incoerência é manifesta: o elemento *vontade*, que se abstraiu do conceito da responsabilidade penal, volta a ser condição necessária desta. Se a vontade é absolutamente determinada, que importa saber se o agente praticou o crime com ou sem vontade? É a mesma contradição em que incidia o famoso Projeto FERAI, quando, depois de adotar o princípio da *responsabilidade legal*, dava preponderância à importância à *intenção* (elemento subjetivo da vontade), ao *fin* (elemento objetivo da vontade) e aos *motivos determinantes* (formação íntima da vontade), o que importa, em última análise, rein-



tais. <sup>3</sup> Em qualquer dos casos acima citados, a *culpabilidade* pode ser menor, e autorizará uma atenuação de pena (parág. único do art. 22), mas a responsabilidade não deixa de existir.

**102. Método biopsicológico.** Acolhendo o método biopsicológico, o Código brasileiro inspirou-se, mas sem imitação

---

<sup>3</sup> V. a excelente dissertação de GUÁLTER LUTZ, "A responsabilidade criminal no novo Código Penal", in *Revista Forense*, vol. 88, págs. 34 e segs.

---

"introduzir o princípio, que se havia banido, da responsabilidade moral. Ao direito penal, como às demais disciplinas práticas, não interessa a questão, que transcende à experiência humana, de saber se a vontade é absolutamente livre. A liberdade da vontade é um pressuposto de todas as disciplinas práticas, pois existe nos homens a convicção de ordem empírica de que cada um de nós é capaz de escolher entre os motivos determinantes da vontade e, portanto, moralmente responsável". Mesmo que se reconheça cientificamente inadmissível a liberdade volitiva, seria inaceitável o determinismo, que declara o homem irresponsável. Se de um ponto de vista abstrato se pode negar essa liberdade, não se poderá recusá-la do ponto de vista ético-social, pois, além de postulada pela nossa consciência, é indispensável à vida jurídica dos povos. A liberdade, perdida na esfera do pensamento, readquire-se na esfera da ação, a qual exige, por indeclináveis razões de ordem social regulada pelo direito, a responsabilidade humana. É o dualismo de MAX ERNEST MAYER, o insigne penalista filósofo, que defende a responsabilidade moral como uma *norma de cultura*: está em contraste com a lei do pensamento, mas em harmonia com a cultura dominante através de milênios e transfundida em nossa faculdade de sentir e querer ("... *sieht die Verantwortlichkeit in Widerspruch mit dem Gesetze des Denkens, aber in Harmonie mit der Kultur, wie sie die letzten paar Jahrtausende geherrscht und unser alle Fühlen und Wollen durchdrungen hat*"). Também SAUER, outro filósofo ilustre do direito penal, pronuncia-se por esse dualismo. Há diferença entre o mundo da natureza, que é dirigido pela lei da causalidade, e o mundo da moral e do direito, que é o mundo da finalidade: um determinístico e outro não. Há em todos nós a consciência de que, quando agimos de certo modo, podemos agir de maneira diversa (*anderskönnen*), e isto basta para que o Estado, como diz KOHLRAUSCH, baseado que seja numa ficção, pressuponha a vontade livre e a responsabilidade moral, sem as quais não poderia subsistir nenhuma ordem jurídica.

servil, no art. 10 do atual Código suíço, artigo este resultante de uma emenda apresentada por PHILIP THORMANN, quando da revisão (em 1916), do projeto helvético de 1908, e de de que foi antecedente o § 3.º do projeto austríaco de 1912. O texto da fórmula austríaca é o seguinte:

“Não é punível aquele que, no momento do fato, por motivo de perturbação ou deficiência mental, ou alteração da consciência, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de agir em conformidade com esse entendimento” (*“Wer zur Zeit der Tat wegen Geistesstörung, Geistesschwäche oder Bewusstseinsstörung nicht die Fähigkeit besitzt, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder dieser Einsicht gemäss zu handeln, ist nicht strafbar”*).

A fórmula suíça é menos ampla.

“Não é punível quem, por motivo de *doença mental*, de *idiotia* ou de *grave alteração da consciência*, não possuía, ao tempo do fato, a faculdade de apreciar o caráter ilícito de sua conduta ou de se determinar de acordo com essa *apreciação*.”

Ainda mais estrita é a fórmula brasileira: evita esta a locução “grave alteração da consciência”, a que, na prática, poderia ser dada a mesma elasticidade que ao “estado de completa perturbação de sentido e de inteligência” do famigerado § 4.º do art. 27 do Código anterior.

Consoante o Código de 40, a *causa biológica* que exclui *sub conditione* a responsabilidade é o estado mental *mórbido* ou *deficiente* (*doença mental* ou *desenvolvimento incompleto ou retardado*). O fundo patológico ou deficitário da anormalidade mental é uma preliminar indeclinável. A mais pronunciada decadência do senso moral ou o mais acentuado relaxamento da auto-inibição na esfera dos instintos, se não se ligam a qualquer das causas biológicas que a lei entendeu de mencionar expressa e taxativamente, serão irrelevantes quanto à responsabilidade, e se não se apresentam como *constitucionais* ou inerentes a uma *personalidade psicopá-*

*tica*, longe de autorizarem a especial atenuação de pena a que se refere o parág. único do art. 22, devem mesmo ser fundamento a um maior rigor de punição.

O reconhecimento da *causa biológica* é tarefa do perito psiquiátrico, que deve, igualmente, dizer da influência dela na capacidade de discernimento ou poder de vontade do agente, ao tempo do fato criminoso; mas, por injunção mesma do método biopsicológico, não é retirada ao juiz criminal a faculdade de *livre convencimento*, que a lei processual-penal, aliás, lhe assegura em matéria de provas. Não é o juiz, segundo a expressão de J. E. COLL, *um conviva de pedra*. Não assina de cruz o laudo pericial. A ele caberá sempre a *última palavra* na decisão dos casos ocorrentes, assumindo pessoalmente a responsabilidade da aplicação ou não aplicação da pena. É indispensável o exame psiquiátrico, toda vez que se suspeite da insanidade mental do acusado (Código de Proc. Penal, arts. 149 a 151); mas a conclusão positiva do laudo pericial não se substitui à sentença judicial.

Não está o juiz inexoravelmente adstrito a essa conclusão, máxime no tocante à inexistência das condições psicológicas da responsabilidade. A interferência decisiva do juiz, com a sua prerrogativa de livre convencimento, em face do laudo e demais elementos de informação, apresenta-se como um entrave ou corretivo ao que FOERSTER chamava *perigo funcional* (*Berufsgefahr*) dos alienistas, sempre inclinados, em virtude da própria especialização, a lobar o *patológico* em qualquer reação mais forte ou aguda do psiquismo ou a exagerar a influência do *morbus* realmente existente. São dignas de meditação estas palavras do ilustre psiquiatra:<sup>4</sup> “Tão benéfico e desejável é que os fatores patológicos da “conduta humana sejam exatamente reconhecidos e tratados, quão grande, por outro lado, é também o perigo de “que aqueles que se aplicam ao estudo da imperfeição humana, sob tal aspecto, identifiquem por toda parte, terminantemente, fenômenos e impulsos patológicos... Em face dos

<sup>4</sup> *Schuld und Sühne*, pág. 349.

“laudos periciais, a propósito de alguns importantes e escandalosos processos destes últimos anos, não se pode deixar de ter a impressão de que se está trilhando caminho arriscado, posto que se passe a assinalar todos os desenfreados anormais de caráter e todas as incontínuências eróticas como necessitados impulsos patológicos, e se se admite que qualquer disposição histérica ou qualquer fraqueza ou irritabilidade mórbida, por menor que seja, deva ser abroquelada contra a repressão penal. Todos nós temos, de qualquer modo, uma herança patológica, e quanto mais normais somos, mais perturbados parecemos, desde que as nossas energias psíquicas se desviam para o pecado e o crime. É, portanto, de grande importância que o *perigo funcional dos psiquiatras*, de lobrigar o *mórbido* por toda parte ou a exagerar o existente, seja seriamente contrastado, procurando-se fixar a anormalidade mórbida com a máxima prudência e com a clara consciência de todos os possíveis erros da análise psíquica dos alienistas. O patológico tem-se-nos apresentado em tão numerosas espécies de paixão ou emoção, em tantas nuances de perturbação da vida psíquica, em tantos graus de todas as possíveis *inferiorizações* psíquicas, que dificilmente é reconhecível a diferença entre abulia patológica e indolência normal, entre irritabilidade mórbida e simples grosseria, entre descargas epiléticas ou histericamente condicionadas, e os atos de violência do homem são.”

De modo genérico, pode dizer-se que o nosso Cód'go adotou como tipo da responsabilidade penal o *homo medius*, o homem relativamente normal, mentalmente são e mentalmente desenvolvido (segundo a fórmula de von LISZT), ou capaz de determinação normal por motivos normais (segundo o conceito de ASCHAFFENBURG).<sup>5</sup> É o tipo comum do

<sup>5</sup> Segundo FRANK (*Das Strafgesetzbuch f. das Deutsche Reich*, pág. 108), a determinabilidade normal pressupõe: a) capacidade de dirigir a conduta segundo representações ético-sociais; b) capacidade de apreciar devidamente o impulso para a ação ou inserir representações inibitórias.

homem em sociedade. Não se trata de um tipo ideal, de um modelo abstrato, de um ideal teleológico; mas de um padrão fixado segundo a média estatística ou segundo a experiência relativa ao *quod plerumque accidit*. É a personalidade chamada *normal*, a cujo respeito assim se refere ALVES GARCIA:<sup>6</sup> “... é aquela que funciona, por assim dizer, “silenciosamente, e harmonicamente com a norma ou média do grupo social em que atua. Esse critério prático, “social, que toma como normal um padrão, apesar de pouco “rigor lógico, ainda é preferível ao critério abstrato e filosófico de norma ideal”. Em conclusão: só deixa de ser plenamente responsável aquele que, em razão de mórbido ou deficiente estado mental, não tinha, ao tempo do crime, a normal possibilidade de entendimento ou autodeterminação; ou, por outras palavras: aquele que, ao tempo do fato, por mórbida alteração psíquica ou deficitário desenvolvimento mental, não podia ajustar-se à média de conduta no meio social em que vive.

103. *Doença mental*. Entre as causas biológicas que podem condicionar a irresponsabilidade, figura em primeiro lugar, no texto do art. 22, a *doença mental*. Esta expressão tem sido criticada. Não colheu aprovação geral no seio da classe médica. FLAMÍNIO FÁVERO,<sup>7</sup> LEONÍDIO RIBEIRO e MURILO DE CAMPOS<sup>8</sup> entendem que se devia ter dito “alienação mental”. PACHECO E SILVA<sup>9</sup> opina igualmente que seria mais adequada a locução “alienação mental”, conquanto declare incompreensível a razão por que o legislador brasileiro não se utilizou do termo “psicopatia”, que por si só abrangeria as doenças mentais e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Ora, o título “alienação mental”, ainda que tives-

<sup>6</sup> *Compêndio de Psiquiatria*, 1942.

<sup>7</sup> *Medicina Legal*, ed. 1942, pág. 822.

<sup>8</sup> *O novo Código Penal e a medicina legal*, pág. 353.

<sup>9</sup> “O Problema da responsabilidade em face da psiquiatria”, in *Revista Forense*, vol. XC, pág. 608.



se um sentido incontroverso em psiquiatria, prestar-se-ia, na prática judiciária, notadamente no tribunal dos juízes de fato, a deturpações e mal-entendidos. Entre gente que não cultiva a ciência psiquiátrica, *alienação mental* pode ser entendida de modo amplíssimo, isto é, como todo estado de quem está *fora de si*, alheio a si, ou de quem deixa de ser igual a si mesmo, seja ou não por causa patológica. Mesmo em psiquiatria, porém, não representa uma noção tranqüila. Segundo a definição de NERIO ROJAS, invocada por FÁVERO, a alienação mental é conceitualmente patológica. Já LEONÍDIO RIBEIRO e MURILO DE CAMPOS, entretanto, afirmam que ela é “capaz de abranger todos os estados mentais, *mórbidos ou não*, que se acompanham, ao tempo da ação, de incapacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Não padece dúvida que, se a tivesse adotado, o nosso legislador penal de 40 teria sido tão imprudente quanto o de 90, com a sua distensível fórmula de “completa perturbação de sentidos e de inteligência”. Quanto ao termo “psicopatia”, inculcado por PACHECO E SILVA, além de um tanto *erudito* e, portanto, impróprio para o texto da lei penal, está longe de acepção pacífica no movediço campo da psiquiatria. Tanto é empregado em sentido lato, significando *doença mental* e compreendendo também as formas de oligofrenia, como em sentido estrito, designando certas anormalidades psíquicas que não chegam a ser *doença*. Para descrédito da opinião do insigne psiquiatra paulista, basta uma observação de GRUHLE,<sup>10</sup> que, depois de acentuar que a psiquiatria é uma ciência irrequieta (*lebendige*), cujo vocabulário muda de sentido em prazos relativamente breves, declara: “Na época atual, “está extensamente difundido, na linguagem científico-psiquiátrica, que *doença mental* é o mesmo que *psicose* propriamente dita, isto é, um processo mórbido inserto no cére-

---

<sup>10</sup> In *Handwörterbuch der Kriminologie*, de ELSTER-LINGEMANN, pág. 554.



“bro como qualquer coisa de novo; enquanto que *psicopatia* “designa uma anomalia estavelmente discordante da média, “as mais das vezes constitucionalmente condicionada”. Passível de severa crítica seria, sim, o Código, se tivesse preferido esse dúbio vocábulo.

A preferência pela expressão “doença mental” veio de que esta, nos tempos mais recentes, já superado em parte o critério de classificação a que aludia GRUHLE, abrange *todas* as psicoses, quer as *orgânicas* e *tóxicas*, quer as *funcionais* (*funcionais* propriamente ditas e *sintomáticas*), isto é, não só as resultantes de processo patológico instalado no mecanismo cerebral precedentemente são (paralisia geral progressiva, sífilis cerebral, demência senil, arteriosclerose cerebral, psicose traumática etc.) e as causadas por venenos *ab externo* (alcoolismo, morfinismo, cocainismo, saturnismo etc.) ou *toxinas metabólicas* (consecutivas a transtornos do metabolismo produzidos por infecções agudas, enfermidades gerais etc.), como também as que representam perturbações mentais ligadas ao psiquismo normal por transições graduais ou que assentam, como diz BUMKE, muito verossimilmente sobre anomalias não tanto da estrutura quanto da função do tecido nervoso ou desvios puramente quantitativos, que nada mais traduzem que variedades da disposição física normal, a que correspondem funcionalmente desvios da normal conduta psíquica (esquizofrenia, loucura circular, histeria, paranóia). A latitude da expressão “doença mental”, na interpretação do art. 22 do Código, tem por si o apoio da psiquiatria moderna, e é tanto mais aceitável quanto o método biopsicológico é preservativo contra uma exagerada admissão da irresponsabilidade. Assim, não há disparate algum em que sejam colocadas sob tal rubrica as perturbações de atividade mental que se ligam a certos estados somáticos ou fisiológicos mórbidos, de caráter transitório, como o *delírio febril* e o *sonambulismo*. Já escrevemos alhures: “...é inegável o fundo mórbido de perturbações mentais ligadas a desequilíbrios somáticos ou produzidos fora do psiquismo. Contes-

tá-lo valeria por desmentir a própria unidade biológica. O *delírio febril* (a *frenitis* de HIPÓCRATES) é uma transitória doença mental. E outra classificação não pode ter o “sonambulismo” espontâneo delirante, a que só estão sujeitos, segundo a lição científica, os histéricos, os neurastênicos, os nevropatas e os epiléticos”. A doença mental pode ser dada a mesma extensiva definição proposta por BECA SOTO, na dissertação perante o II Congresso Latino-Americano de Criminologia, de Santiago do Chile (1941), relativamente à *psicose*: “alteração patológica, mais ou menos prolongada, das “funções psíquicas, a qual impede a adaptação do indivíduo “às normas do meio ambiente, com perigo ou prejuízo para “si próprio e para a sociedade”.<sup>11</sup>

#### 104. Desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Em segundo lugar, o art. 22 fala em “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. Sob este título se agrupam não só os deficitários congênitos do desenvolvimento psíquico ou *oligofrênicos* (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que o são por carência de certos sentidos (surdos-mudos) e até mesmo os *silvícolas* inadaptados. O conceito de *mente*, como adverte o ministro CAMPOS, na sua *Exposição de motivos*, é suficientemente amplo para abranger até o “senso moral” (ensina TIRELLI que “mente é o complexo funcional, quantitativa e qualitativamente harmônico, dos diversos elementos do arco diastático psíquico”), e, assim, não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o *homo sylvester*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado *homo medius* que a lei penal declara responsável.

Alguns tratadistas de psiquiatria entendem que na fórmula da irresponsabilidade, desde que se fale em doença mental, não há necessidade de particular menção à oligofre-

---

<sup>11</sup> *Anais do II Congresso Latino-Americano de Criminologia*, tomo 2.º, págs. 108 e segs.

nia, que não é mais do que uma subespécie daquela; mas entendem outros que pode haver *deficit* mental sem psicose, não passando de uma simples *minusvalia* em cotejo com a psique normal; de modo que a distinção deve ser feita. L. RIBEIRO e M. DE CAMPOS opinam que a frase “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” é palavrosa ou redundante. Isto é, usa inutilmente de duas expressões com idêntica significação psiquiátrica. Não é precisamente assim. *Desenvolvimento mental incompleto* é o que ainda não se concluiu (infantes, adolescentes), enquanto *desenvolvimento mental retardado* é o que não pode chegar à maturidade psíquica (oligofrênicos, surdos-mudos). Entre outros autores que fazem a distinção, pode ser citado ASCHAFFENBURG. Dir-se-á que, tendo sido declarados, em dispositivo à parte, irrestritamente irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao “desenvolvimento mental incompleto”; mas, explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os *silvícolas*, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio.

105. **Responsabilidade diminuída.** Em face do parágrafo único do art. 22, a responsabilidade subsiste quando a *causa biológica* não é de molde a suprimir totalmente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno; mas, em tal caso, é autorizada a redução da pena, de um a dois terços. O parágrafo repete a locução “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, contida no *caput* do artigo, mas substitui a expressão “doença mental” por outra mais compreensiva: “perturbação da saúde mental”. Já foi observado, no entanto, que as duas últimas rubricas significam uma e a mesma coisa. Não procede a crítica. Se toda doença mental é uma perturbação da saúde mental, a recíproca não é verdadeira: nem toda perturbação da saúde mental constitui uma nítida, característica *doença mental*. O parág. único

do art. 22 tinha de cuidar não só do caso em que a doença mental apenas reduz a *libertas intellectus* ou a *libertas propositi*, como do caso em que tal redução provém de outras causas, que, embora afetando a higidez psíquica, não têm direito ao nome de *doença*. Vinha a calhar, portanto, o rótulo genérico “perturbação da saúde mental”.

O parágrafo em questão define a atitude do Código em face do que se costuma chamar “responsabilidade diminuída”. Teoricamente, como acentua com acerto WILMANNS,<sup>12</sup> tal expressão é insustentável. *Responsabilidade e irrespon-*

---

<sup>12</sup> Falava-se antigamente, em relação aos “fronteiriços”, que eram *semiloucos* (GRASSET, REGIS). E é bem conhecida a polémica que este conceito suscitou. Digladiaram-se em campos opostos a teoria dos “dois blocos” e a teoria do “bloco único”. Segundo a primeira (a que se apegou a “escola positiva” como a uma definitiva solução científica), ou é-se louco ou não se é louco, ou é-se responsável ou não se é responsável: não há graus intermédios. A unidade das faculdades psíquicas não admite a concepção de indivíduos *parcialmente* loucos. De modo diverso, entretanto, postulava a teoria do “bloco único”: não há uma nítida linha de separação entre os mentalmente sãos e os doentes mentais; estão de permeio os “fronteiriços”, que são *graus de passagem* (*natura non facit saltus*). Se os “fronteiriços” não são inteiramente responsáveis, também não podem ser declarados irresponsáveis.

Atualmente, porém, pode dizer-se que o dissídio está superado: não há *semiloucos* ou *semi-responsáveis*, mas entre a saúde mental e a loucura há estados psíquicos que representam uma variação mórbida da norma, embora alheios à órbita da loucura ou doença mental, e os seus portadores são *responsáveis*, mas com menor culpabilidade, em razão de sua inferioridade bio-ético-sociológica, isto é, de sua menor capacidade de discernimento ético-social ou de auto-inibição ao impulso criminoso. Não se trata, como outrora se dizia, de um *artifício* de política criminal. A moderna psiquiatria fornece base científica ao critério do “vício parcial de mente” (segundo a expressão do Código italiano). É o que acentua MÁRIO CARRARA (“La base biologica della imputabilità parziale”, in *Scritti in onore di E. Ferri*, páginas 51 e segs.): “Sem ter ressuscitado propriamente as *faculdades* distintas e autônomas da antiga doutrina, a físiopsicologia moderna apresenta, entretanto, assinalada tendência a localizar algumas funções psíquicas em certos particulares *aparelhos*, ou, pelo menos, demonstrou — o que praticamente vem a dar no mesmo, —

*sabilidade* são antônimos como vida e morte. Não é imaginável um meio-termo entre uma e outra. *Non datur tertium sive medium inter duo contradictoria*. A responsabilidade não tem graus. O que é suscetível de gradação é a *culpabilidade*, como medida da gravidade do crime e da pena. E deve-se, então, dizer que o que se chama impropriamente “responsabilidade diminuída” não é senão responsabilidade com menor culpabilidade ou com pena atenuada. Tão difundida, porém, é a expressão “responsabilidade diminuída”, que, feita a ressalva acima, não há maior inconveniente em que se continue a usá-la.

Os estados mentais que condicionam a responsabilidade diminuída constituem, de modo geral, a zona limítrofe entre

---

“ como certas anomalias das estruturas orgânicas, que normalmente as presidem, podem modificá-las correspondente e profundamente... “ Não se recusa a proclamada solidariedade das funções psíquicas, “ mas se afirma a possibilidade da existência de isoladas alterações “ individuais da personalidade fisiopsíquica com escassa ou nenhuma “ repercussão sobre outras funções. Pode existir no mesmo indivíduo “ uma profunda lesão das funções psico-sexuais, por exemplo, e uma “ integridade ou mesmo notável *plenitude* de outros campos: os homossexuais podem ter normalidade afetiva e sentimental fora de “ suas anomalias e até podem exceder na vida pública, nas produções “ científicas, na criação artística, sem que nessas atividades se lobrigue a menor anomalia; de modo que parece justo considerá-los responsáveis por crimes que nesses outros campos acaso cometam. “ Assim, a imputabilidade parcial adquire hoje um demonstrado fundamento anatômico; não é mais *abstração jurídica*, mas uma concreta realidade biológica. Compreende-se a oposição inicial da “escola positiva”, pois esta considerava como sua característica doutrinária a avaliação da inteira personalidade psico-somática do indivíduo. A essa concepção da unidade orgânico-funcional harmônica “ e integral deveria parecer contrastar uma distinção de imputabilidade, que importava uma cisão de faculdades ou, pelo menos, uma “ atenuação de grau: uma ou outra devia afigurar-se um puro artifício jurídico abstrato, e não uma realidade concreta. O homem, “ proclamava-se, é louco ou não é louco... No entanto, hoje, mesmo “ em nome da biologia e com fundamento em recentes conquistas, “ podem reivindicar-se legitimamente concepções da combatida experiência clássica e médico-legal do passado”.

a doença mental ou a oligofrenia e a normalidade psíquica. Compreendem-se no seu elenco os casos benignos ou fugidios de certas doenças mentais, as formas menos graves de debilidade mental, os estados incipientes, estacionários ou residuais de certas psicoses, os estados interparoxísticos dos epilépticos e histéricos, certos *intervalos lúcidos* ou *períodos de remissão*, certos estados psíquicos decorrentes de especiais estados fisiológicos (gravidez, puerpério, climatério etc.) e, sobretudo, o vasto grupo das chamadas *personalidades psicopáticas* (psicopatias em sentido estrito). Formam estas a escala de transição entre o psiquismo normal e as psicoses funcionais. Seus portadores são uma mistura de caracteres normais e caracteres anormais. São os *degenerados* ou *inferiorizados* psíquicos (*geistige Minderwertigen*, como dizem os autores alemães). Não se trata propriamente de doentes (ou de doentes em sentido estrito), mas de indivíduos cuja constituição é *ab initio* formada de modo diverso do que corresponde ao *homo medius*. São personalidades desviadas do tipo normal, no sentido da inferiorização, ou, como diz BECA SOTO, “*que se apartan permanentemente del promedio considerado como normal, hasta el punto de dificultar la adaptación al ambiente y el logro de las normales aspiraciones de la vida del sujeto, con perjuicio para él mismo y para la sociedad*”.<sup>13</sup> ALVES GARCIA<sup>14</sup> assim se refere às personalidades psicopáticas: “Como a perturbação dominante ora “está nas estruturas fundamentais (constituição e temperamento), ora nos móveis do caráter, desde cedo notam-se no “futuro psicopata as desarmonias, discórdias, o embotamento ético, a indisciplina escolar e doméstica: são as “crianças turbulentas, rixosas, querelantes e reclamadoras, “vagabundas, fujonas; já adolescentes, resistem às idéias e “costumes da família e de seu grupo social, tendem a socializar-se em nível inferior, elegem ocupações incompatíveis “com a sua categoria, mostram precocidade sexual e, enfim,

<sup>13</sup> Ob. cit., pág. 112.

<sup>14</sup> Ob. cit., pág. 408.



“descambam para a delinquência infantil e juvenil... Já e “sempre, um certo número de psicopatas procura escapar a “uma situação difícil, refugiando-se no alcoolismo, no jogo, “no crime, ao invés de tentarem resolver seus problemas “pelas vias normais e pragmáticas, ou recorrem a um epi- “sódio nevrótico”. Conforme assinala BUMKE,<sup>15</sup> os psicopa- tas são os anéis de conjunção entre a sintomatologia das doenças funcionais da mente e as manifestações da vida psi- quica normal. Uma oitava a menos, e seriam *doentes*; uma oitava a mais, e seriam *normais*. Com os seus desvios na esfera do entendimento, da emotividade, dos instintos e da volição, representam um *minus* de valor sob o ponto de vista bio-social, e do seio deles provém uma assídua clientela do crime. WILMANNS<sup>16</sup> chega mesmo a afirmar que “num “Estado com vida econômica organizada e florescente, qua- “se somente soçobra aquele que é de qualquer modo um “inferiorizado psíquico” (*“in einem Staate mit geordnetem und blühendem Wirtschaftsleben fast nur der seelisch irgend- wie Minderwertige scheitert*). E WILMANNS invoca a opinião de VON HESSERTS e VANDERVELDE. Afirma o primeiro, um tanto paradoxalmente, que o Código Penal é essencialmente desti- nado aos inferiorizados psíquicos, pois só raramente podem outros incidir sob suas sanções; e o segundo assim se pro- nuncia, no seu livro *Les anormaux et la defense sociale*: “*Peut-être, sans doute, le temps viendra-t-il où il apparaîtra qu’à exception de quelques occasionels, tous les delinquants sont, en quelque mesure, des anormaux*”. É evidente o exa- gero da generalização, mas cumpre reconhecer que uma grande porcentagem dos conscritos do crime vem da nume- rosa grei dos psicopatas.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> *Trattato di psichiatria*, trad. ital. de CARLO FERRIO, I, pág. 3.

<sup>16</sup> *Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit*, pág. 74.

<sup>17</sup> A preocupação da *anormalidade* do delinquente é o *leit-motiv* das novas teorias criminológicas, mais ou menos construídas sobre *hipóteses*, e a cujo respeito já assim nos pronunciámos:

“Nada menos de três teorias se apresentam, atualmente, para a pesquisa e explicação do *mecanismo* do crime: a *caracterológica*, a

No que interessa mais particularmente ao ponto de vista criminal, VON RHODEN (*Einführung in die kriminalbiologisch Methodenlehre*, pág. 150) classifica os psicopatas em quatro grupos: psicopatas do instinto, psicopatas do temperamento, psicopatas do caráter e psicopatas complexos. No primeiro inclui os *sexuais* e os *impulsivos*; no segundo, os *ciclóides*,

*psicanalítica* e a *individual-psicológica*. Em rápidas palhetadas, vamos fixá-las dentro de suas fórmulas. A teoria caracterológica assenta no postulado da unidade biológica ou correlação entre o soma e a psique, já afirmada por LOMBROSO, mas agora, ao que se proclama, confirmada cientificamente, dado o melhor conhecimento dos sistemas humoral, neuro-endócrino e constitucional. São discriminados e estudados os *biótipos* humanos, sob o triplice aspecto morfo-fisiológico, bioquímico-humoral e psicológico. O problema do caráter é trasladado para o campo ontogenético-constitucional, visando-se à fixação do modo típico de reação individual em face dos estímulos do mundo externo. Segundo PENDE, "os três citados aspectos da "personalidade convergem para um vértice comum, que é a resultante "vital complexa do biótipo, o conjunto dos valores funcionais e dos "valores psicológicos, que constituem o produto sintético da triplice "série dos caracteres individuais e aliadamente traduzem a *fórmula "somático-psíquica individual*". Em contraposição à doutrina morfológica francesa, a biológica-constitucionalista admite e sustenta a origem humoral do tipo biológico, recusando as influências exógenas. PENDE e KRETSCHMER (para só citar os corifeus da biotipologia) estabeleceram como indeclinável premissa que os tipos da personalidade se definem por suas características e expressões somático-psíquicas. Ambos se fundam na aludida hipótese de íntima correlação entre a alma e o corpo, demonstrada pelo estudo das perturbações endócrinas ou pela reconhecida influência dos hormônios (produtos secretivos das glândulas endócrinas) sobre a vida somática e psíquica do homem. Para KRETSCHMER, há três diferentes biótipos: o *lepto-somático*, o *atlético* e o *pícnico*. Sua teoria, como acentua MEZGER, parte da afinidade biológica (por ele sustentada), entre os dois primeiros tipos, de um lado, e o último, de outro, respectivamente, e as doenças mentais ou psicoses, ambas de origem humoral, denominadas *esquizofrenia* (demência precoce) e *ciclofrenia* (*psicose* maniaco-depressiva, loucura circular), das quais se desce às personalidades psicopáticas *esquizóide* e *ciclóide* e, por fim, aos temperamentos *esquizotímico* e *ciclotímico*. Há paralelismo ou relação entre *psicose*, *psicopatia* e *constituição*, ligando-se a esta o caráter e o temperamento. A diferença entre *frênicos* (esquizofrênicos, ciclofrênicos), *óides* (es-

os *esquizóides*, os *epileptóides* e os *explosivos*; no terceiro, os *fantásticos*, os *pseudólogos* e os *instáveis*; no quarto, os *histéricos*, os *rixentos*, os *fanáticos*, os *querelantes*, os *paranóides* e os *amorais*. Seguindo mais ou menos a classificação de SCHNEIDER, ALVES GARCIA fala em psicopatas *hipertímicos*, *inaptáveis*, *inseguros*, *ostentativos*, *explosivos*, *fanáticos*,

quizóides, ciclóides) e *tímicos* (esquizotímicos, ciclotímicos) é apenas de grau. No sistema de PENDE, para quem, igualmente, a personalidade psíquica depende da fórmula harmônica, são contrapostos os *vago-tônicos* e os *simpático-tônicos*, os tipos *brevilíneo* e *longilíneo*, o *hiper* e o *hipotireoideu* etc. As glândulas de secreção interna, vertendo no sangue seus produtos em quantidade variável, atuam sobre os processos vitais e constituem verdadeiros “registros do relógio da vida” — é o que afirma o professor de Gênova. Os postulados de PENDE e de KRETSCHMER foram naturalmente aplicados à criminologia. Os biótipos, ao que se pretende, orientam a pesquisa criminopsicológica, no sentido da correspondência entre a psique e o soma. KRETSCHMER julga ter facilitado o conhecimento da alma humana e, portanto, do criminoso, pelo estudo dos *tipos psíquicos de reação*. PENDE sustenta a semelhança entre o *facies* e o tipo morfológico de alguns delinquentes e certos indivíduos endocrinopatas, e daí infere que há relação entre as anomalias morfológicas e o caráter, a ser explicada pela endocrinologia. Abstém-se de afirmar que a etiologia do crime esteja nas anomalias endócrinas, mas declara irrecusável a influência destas na criminalidade. As anomalias endócrinas não constituem, por si mesmas, predisposição suficiente e fatal para o crime, mas são *condições facultativas* e, algumas vezes, indispensáveis na cadeia causal que redunde na delinquência. São agravantes ou *mordentes* das manifestações da constituição mental anormal, do mesmo modo que esta ocasiona exacerbação das desordens endócrinas, apresentando-se, assim, intercadência entre umas e outra. Sob o prisma criminológico, a biologia constitucional procura, em suma, com fundamentos causal-científicos, pesquisar os tipos de personalidade em seus caracteres e manifestações somático-psíquicas, aplicando-os ao estudo e compreensão do delinquente.

Passemos, agora, a focalizar a *psicanálise criminal* (como a denominou JIMÉNEZ DE ASÚA). Reproduzindo MEZGER (*Kriminalpolitik*, pág. 57), assim resume ASÚA a *posição* do freudismo, no terreno anímico (*Psicoanálisis criminal*, págs. 34 e segs.): “A psicanálise esclarece o fenômeno anímico com a ajuda dos chamados *complexos*, “que nascem na vida psíquica infantil e que seu titular, as mais das “vezes inconscientemente, envia à consciência em formas compen-

*amorais, astênicos, sexuais e de múltipla reatividade*, descrevendo-os sucintamente e fixando critérios para sua identificação e julgamento no foro criminal. Não cabem nos limites deste livro maiores detalhes a respeito, mas remetemos o leitor aos recentes trabalhos de ALVES GARCIA (*Compêndio de Psiquiatria e Psicopatologia forense*), que repre-

“sătorias de variada espécie. Sua dinâmica anímica é a consequência última e extrema de uma visão naturalística e mecânica do mundo, aplicada à vida da alma humana. O cenário dessa dinâmica é a *psique inconsciente* do homem, de onde derivam as forças autenticamente propulsoras da conduta. Estas forças são de índole sexual, determinando-se e formando-se nos episódios sexuais da criança. Em primeiro plano, apresenta-se o *complexo de Édipo*: o ódio ao pai (à autoridade) e o amor à mãe. Parricídio e incesto são os crimes primitivos da humanidade”. Esta, a súpula da doutrina psicanalítica que Asúa nos dá de segunda mão. Cumpre, porém, notar que o freudismo não faz obra apenas com os fatos ou experiências (*vivências*) psico-sexuais da vida infantil, pois também admite uma *herança arcaica*. É o que acentua o próprio FREUD. Há certos casos em que as reações da criança não correspondem à sua própria experiência e se apresentam como instintivas, deixando perceber uma aquisição filogenética, resíduo de acontecimentos vividos por nossos primeiros antepassados. Acolhe, portanto, a psicanálise, pelo menos até certo ponto, a teoria darwinística ou a chamada *lei biogenética* de HAECKEL, segundo a qual a ontogênese é uma recapitulação da filogênese. Seu proclamado mérito principal é ter demonstrado o dinamismo incessante de energias, adquiridas ou primitivas, que atuam no *inconsciente* e constituem o próprio *substratum* da personalidade humana. Entre tais energias, são predominantes as tendências sexuais, que se acham *carregadas* pelo *Eros*. Quando contrastadas ou *censuradas* pelas exigências éticas da vida social, cuidam de ladear, ou disfarçam-se sob formas longínquas de sua finalidade específica, ou se *sublimam*, ou redundam em neuroses. O *inconsciente* freudiano é tudo quanto há de mais remoto na evolução ontogenética e na hereditariedade filogenética. Em conflito com o *consciente*, que lhe contrapõe o tabique ou diafragma da *censura* (aquisições éticas, educacionais, religiosas etc.), trata de realizar-se sub-repticiamente, por meio do *simbolismo dos sonhos*, dos *atos falhados*, dos *lapsos*, ou dos *sintomas neuróticos*. Todos nós teríamos, na primeira infância, uma fase de *incestuosidade* latente e outras tendências eróticas, que são *recalcadas*, formando-se, então, o *complexo edípico*, o *complexo de castração*, o *complexo de Diana*, o com-

sentam, na sua singeleza e precisão, como que fios de Ariadne a guiar-nos pelo intrincado e pouco firme terreno da psiquiatria.

A responsabilidade penal do psicopata, embora com atenuação facultativa de pena, não é somente uma ilação da moderna psiquiatria, mas uma necessidade de defesa social.

---

*plexo de Narciso* etc. Mas o recalque não elimina as tendências, e estas podem reaparecer mais tarde, durante ou após a puberdade, provocando as mais variadas neuroses. O desenvolvimento ulterior de tais complexos, como afinal consentiu FREUD em reconhecer, depende da constituição individual, do temperamento ou fórmula hormonal de cada um de nós, e, assim, a psicanálise viria a cruzar com a doutrina endocrinológica.

Vejamos, a seguir, a aplicação da psicanálise à criminologia. Continuando a repetir fielmente MEZGER, escreve o Prof. ASÚA: “A concepção psicanalítica do crime explica este com a simples ajuda dos *complexos*. Sobre o delinqüente gravita, em virtude do impulso criminoso inconsciente, um constante *sentimento de culpa*. Por isso, trata de libertar-se do seu crime, e, assim, inconscientemente, ao invés de temer a pena, deseja-a. O complexo de Édipo faz surgir o sentimento social de culpa. O portador de tal sentimento, na insatisfação dos seus desejos criminosos, pratica o crime e exige para ele a pena, com o designio de aplacar a consciência de culpabilidade reprimida”. O mesmo ASÚA, depois de intercalar conceitos de FREUD, REIK e FERENCZI sobre o sentimento de culpa, prossegue reproduzindo a sinopse de MEZGER: “Os *delinqüentes neuróticos* praticam o crime porque este é proibido e porque sua execução lhes dá alívio. A causa ignorada do sentimento de culpa que sobre eles pesa, procedente do complexo de Édipo, ao associar-se mediante o crime a um ato determinado, transforma-se em fenômeno consciente, mais suportável. O *enfermo neurótico* e o *delinqüente neurótico* são, no fundo, a mesma coisa; aquele manifesta autoplásticamente a tensão entre os impulsos inconscientes e as forças repressoras, por sintomas neuróticos mórbidos; este, ao contrário, transforma essa tensão aloplásticamente no ato criminoso da realidade. O que o neurótico faz pela representação no domínio dos sintomas inofensivos, executa-o o delinqüente em ações reais criminosas. Ambos, porém, neurótico e delinqüente são enfermos, e ambas as condutas mórbidas trazem a marca dos fatos do inconsciente, que, por sua vez, se originam na vida sexual da criança e em seus desejos proibidos”. É grande a colheita que faz ASÚA no livro do insigne professor de Munique. Até mesmo este trecho de conclusão

Se ele, como diz SCHÄFER, não é incapaz de satisfazer as exigências médias da ordem jurídica, e deixa de empregar, na medida do possível, uma resistência mais forte à inclinação para o crime, não é admissível que fique à margem da reação punitiva. Aplica-se-lhe o brocardo: *tu poderes; logo, deves*. Não está anulada a sua capacidade de entendimento e auto-

---

é trasladado do penalista alemão, apenas com algumas interpolações: "Em suma, segundo FREUD, o homem vem ao mundo como um ser "associal, com tendência para o crime, produzida por seus impulsos "de dar satisfação a seus instintos, isto é, como um ser socialmente "inadaptado. Os homens normais conseguem reprimir ou transformar, no sentido social, suas impulsões criminosas, enquanto que no "delinquente se frustra esse processo de adaptação. Há, pois, uma "criminalidade *latente*, que só a psicanálise pode tratar, segundo "FRITZ WITTELS. A criminalidade é, portanto, segundo esta doutrina, "abstraidos os casos limítrofes, não uma *tara de nascimento*, mas "um *defeito de educação*".

Finalmente, vejamos o que postula a *psicologia individual*, que tem relação muito íntima com o *marxismo*. A doutrina foi formulada por ADLER, discípulo dissidente de FREUD, e encontrou apóstolos decididos em EUGEN SCHMIDT, WEXBERG e BOHNE. A tese adleriana é um amálgama de FREUD, NIETZSCHE e MARX. Não é o instinto sexual que deve explicar a dinâmica do psiquismo. Predomina em nós o *instinto do Ego (Ichtriebe)*, cujo conteúdo é o *desejo de poder*. Nos neuróticos, esse instinto se exaspera e atua mais que o *Eros* de FREUD ou a *libido* de JUNG. O *conflito* não ocorre entre o sexualismo e as inibições éticas, mas entre o instinto egoístico da personalidade e a realidade social. O que o indivíduo manda para o inconsciente são as lembranças de tudo quanto, no domínio do consciente, tornariam presentes à memória os seus próprios defeitos e os seus insucessos sociais e lhe criariam um penoso *complexo de inferioridade*. É este sentimento que produz o neurótico, em cujo inconsciente se lhe disfarça a debilidade ou insuficiência do *eu*. O homem enérgico pode transformar em realidade as suas fantasias inatas; mas aquele que não pode realizar-se a si mesmo, seja por obstáculos exteriores, seja por sua própria deficiência, recolhe-se e isola-se no seu mundo fantástico, cujo conteúdo, em caso de enfermidade, se transforma em sintoma neurótico. Ainda aqui, a auxiliar-nos na tarefa de traduzir um resumo contido na *Kriminalpolitik* de MEZGER, encontramos o castelhano de ASÚA, tão mais fácil de ser vertido para o nosso idioma: "A psicologia individual esclarece os fenômenos anímicos mediante "um *complexo de inferioridade* ou *minusvalia*, procedente de inferior-



direção: é intimidável, disciplinável, educável, capaz de adaptação à ordem jurídica. A sua *minusvalia* psíquica poderá justificar a minoração da pena, quando venha a delinquir, mas não a exclusão de sua responsabilidade. E pelo seu notável grau de periculosidade (são os *reincidentes* por excelência), não basta a imposição de pena: depois do cumprimento

---

“ridades orgânicas, falsa educação, repressão social etc., que o *impulso de poder* do homem trata de superar mediante *compensações* e conduz o indivíduo a múltiplos conflitos internos e externos. O conjunto da doutrina, apesar de sua base orgânica, acha-se, *ab initio*, fortemente incorporado à concepção sociológica e não repudia sua relação espiritual com certas doutrinas econômicas e sociais” (no original de MEZGER lê-se: “*mit den sozialistischen Lehren des Marxismus*”, isto é, “com as doutrinas socialistas do marxismo”). “Estes vínculos se manifestam no pensamento da repressão e no protesto contra a mesma, aliado à forte relevância das relações com o próximo. Das “relações do *eu* com o mundo circulante” recebe a “relação do *eu* consigo mesmo” seu desenvolvimento dinâmico. Permite isso a identificação da linha vital de uma individualidade com seu programa de autovalorização. De tais relações nascem os sentimentos de inferioridade, pelos quais o indivíduo se reconhece fraco ante o poder social, e põe em jogo sua ânsia de superá-lo. Nessa luta pelo desejo de superioridade e pela afirmação de si próprio, criam-se os mais variados mecanismos de *segurança*: proteções e compensações do desenvolvimento físico e dos traços do caráter, construções espirituais e sintomas neuróticos... Por isso, a psicologia individual considera como objetivo da educação adaptar o indivíduo à comunidade, e para tanto não deve representar papel algum o fundo biológico, nem como pretexto de debilidade, nem como escusa de vaidades. Em primeiro lugar, como diz WEXBERG, a igualdade de todos como princípio prático... pode realizar seu ideal de comunidade e deve impor-se vivamente aos indivíduos”. Nestas palavras está patente o pensamento do materialismo econômico, segundo o qual *todos os homens são iguais*, isto é, sem diferenças de classes. O indivíduo e a personalidade nada valem; ao homem, formam-no as condições econômicas. A psicologia individual é, exclusivamente, uma teoria do mundo circundante”.

Da psicologia individual ou *adlerismo* derivou, também, uma teoria criminológica, para cuja exposição ainda nos vamos servir de MEZGER: “A psicologia individual, segundo os fundamentos expostos, concebe o crime como expressão, no agente, do complexo de inferioridade e da luta por sobrepujá-lo... A ação criminosa se produz

desta, deve ser submetido a um regime de tratamento adequado e reeducação. Foi este o critério adotado pelo nosso Código. A princípio, a Comissão Revisora do Projeto Alcântara entendera, pelo voto da maioria, de trasladar para o setor das atenuantes genéricas a circunstância de "ter o agente diminuída, no momento do crime, a capacidade de

---

"como protesto contra a ordem social. O crime é, para a psicologia individual, uma *forma de expressão do desalento social*, como diz Eug. SCHMIDT, num livro que tem esse título. É este o esquema que se pode traçar: inferioridade orgânica ou social — complexo anímico de inferioridade — ânsia de superação e protesto viril — crime. Fica assim definitivamente esclarecido que, ao contrário da tese da herança de disposições e inclinações criminais, a *única hipótese possível* de interpretação da delinquência, fecunda na órbita da luta contra o crime, é considerar a origem deste nas influências do mundo circundante e em reação da personalidade sobre esse mundo. O crime aparece como um *produto de desalento*, como a atitude típica do homem que perdeu a fé de vencer dentro da sociedade, com os meios que oferece a organização social. O delinquente sofre pelos erros que adquiriu na juventude e que o induzem a pôr-se em hostilidade contra o mundo circundante. Na investigação das recordações infantis dos criminosos, sempre se depara o fato de que se trata de homens que não foram conquistados, na sua infância, para a cooperação e a solidariedade. Entre o delinquente e o neurótico, apesar de que ambos têm de comum o poderoso sentimento de inferioridade e o ardoroso impulso de superação, há a diferença de que em todo desalento do criminoso resta ainda atividade bastante para realizar seu objetivo, embora em *cenário beligerante subalterno* (*Nebenkriegschauplatz*), enquanto o neurótico reprime seus desejos anormais". Vê-se por aí que o adlerismo não refere o dinamismo do inconsciente ao instinto sexual, como faz o freudismo, mas, sim, ao *instinto de poder*, à *vontade de potência* no sentido nietzschiano, e o crime seria o protesto militante do *sub-homem* inconformado com a própria inferioridade.

Expostas assim, de relance, as três novas teorias sobre a gênese do crime, indaguemos das medidas práticas que propõem no tocante ao problema da delinquência. Todas elas pleiteiam uma radical modificação dos meios de prevenção e reação contra o crime. Os constitucionalistas ou caracterologistas pretendem que os delinquentes, pelo menos aqueles cuja atividade anti-social é imputável a causas endócrinas, devem ser entregues à clínica criminal. Podem ser tais causas neutralizadas ou atenuadas por meio farmacológico ou

entender a criminalidade do fato ou de se determinar de acôrdo com este entendimento”, e fora, em parágrafo, acrescentada a seguinte cláusula: “...verificando-se que a diminuição da capacidade de entendimento é resultante de anomalia psíquica do agente, poderá o juiz substituir a pena por medida de segurança detentiva”. Este critério

cirúrgico. Podem ser corrigidas as tendências hiper ou hipo-secretivas das glândulas endócrinas. Preconiza-se a medicação opoterápica, isto é, a ministração por via oral ou parenteral, de extratos glandulares (tireoidina, adrenalina, extrato hipofisário, extrato ovárico). Aconselha-se, em certos casos, a tireoidectomia parcial. LUGARO, no seu fácil entusiasmo, proclamava que, se se aplicasse a resseção de três quartos da tireóide, não haveria mais criminosos violentos!

De seu lado, os psicanalistas apregoam, quanto à delinquência neurótica, uma especial terapia, a que eles chamam *catártica*, em substituição ao vigente sistema penal. O que cumpre fazer é desarraigar o inconsciente sentimento de culpa e tornar conscientes os motivos inconscientes. Em tal sentido há toda uma técnica de *interpretação de sonhos*, de *interrogatórios* e *confissões*, de *associações livres* ou *provocadas*, de *translação afetiva*. Extirpados os escalarachos do inconsciente, estará o paciente curado, e de um criminoso far-se-á um elemento útil à sociedade, a que deverá ser devolvido.

Por último, a doutrina individual-psicológica reclama a substituição da pena por adequados métodos pedagógico-sociais. Se o indivíduo foi ao crime por *desalento*, não deve ser ainda mais *desalentado* com a pena. O delinquente deve ser *ressocializado*. Ao invés de punir, educar, no sentido da sincronização com a vida social.

Apreciemos, agora, o que valem essas doutrinas e teorias, a que se apegou, em desespero de causa, o moribundo positivismo penal, mas que só lhe tem servido para a prolongação da agonia. Não se apercebem os teóricos das causas orgânicas do crime que a época da antropologia criminal está definitivamente terminada. Não há de ser com generalizações ilegítimas, com analogias infundadas e com profusa verbiagem que se poderá penetrar na misteriosa etiologia do crime. Continuamos, a tal respeito, tão profundamente ignorantes quanto o éramos antes de LOMBROSO. A contribuição lombrosiana, que tanto se exaltou, foi apenas uma tentativa malograda, e depois dela não se avançou um palmo no estudo objetivo da criminalidade: tudo são hipóteses, conjeturas, inferências sem base na realidade, falsificações do método galileano para o encaço de fantasias, deixando apenas de manifesto a persistente indemonstrabilidade das pretendidas causas genéticas do crime. Cada doutrina, cada “escola”,

ajustava-se à lição de WILMANNs, segundo a qual a chamada responsabilidade diminuída não é outra coisa que responsabilidade com pena atenuada ou culpabilidade diminuída. E pouca diferença havia entre o levá-la para as atenuantes genéricas e o considerá-la uma causa especial de atenuação de pena (tal como acabou figurando no Código). O critério,

---

dentro de seus preconceitos e unilateralismos, somente sabe fazer dialética abstrata, através de intermina avalanche livresca. Os dados recolhidos são pouco mais que nada: alguns correlativos, umas tantas *analogias*, certas *coincidências*, tais ou quais *nuvens parecidas com Juno*. Mas, no emprego equivoco de tais dados, os argumentos abstratos, as sutilezas, os raciocínios arbitrários e as conclusões gratuitas de tal forma se desdobram, que ultrapassam a estratosfera e vão soldar-se com o Infinito. Ao invés do *dinheiro de contado* da Ciência, os *saques a descoberto* da metafísica e da filosofia.

Focalizemos a *caracterologia*, com suas bases na morfologia constitucional e na endocrinologia. Seus resultados, em matéria criminológica, são e não podem deixar de ser nulos. Somente serviria ao estudo dos casos *patológicos* e, portanto, teria de ser confinada na órbita da *psiquiatria*. Não nos dá a conhecer coisa alguma do *mecanismo* do crime nos homens normais, e para estes, somente para estes, é que existe a sanção penal. E acontece, além disso, que, sob o prisma psiquiátrico-constitucionalista, como observa GEMELLI, a caracterologia redundou no insucesso. Se as classificações de KRETschmer e de PENDE coincidem, mais ou menos, no estabelecer as grandes categorias, divergem quando procuram passar à indicação dos vários tipos. Fora do tipo *Sancho Pança* e do tipo *D. Quixote*, tudo é artifício. Nem poderia caber em esquemas e quadros fechados o polimorfismo do caráter humano. Tentá-lo é pretender cercar o Infinito. Os caracterólogos, replta-se, só têm diante de si os tipos anormais, os modelos fornecidos pela patologia. Não explicam o crime do *homo medius*, do homem de glândulas equilibradas e sãs. E o estudo das correlações psicofisiológicas e psicomorfológicas é tão incipiente e tão problemático nas suas ilações, que se não pode deixar de reconhecer a sua lamentável inutilidade. Pretender definir uma personalidade com os dados da biotipologia vale o mesmo que tentar reconstituir o templo de Salomão pelo conhecimento de um mero detalhe de sua estrutura. Dizer-se que o caráter é fixado exclusiva e imutavelmente pela constituição, importa num unilateralismo cego e surdo à realidade. Não é no pneumogástrico e no simpático ou na constituição do corpo que se há de condicionar irremissivelmente o caráter, pois na formação deste entram em jogo fatores variadíssimos,

porém, foi impugnado por COSTA E SILVA: a *semi-responsabilidade* não podia ser conceituada como simples atenuante, desde que podia levar até a substituição da pena pela medida de segurança, e essa substituição era desaconselhável: “Não posso concordar com a faculdade outorgada ao juiz de substituir a pena pela medida de segurança. Uma ou outra

---

a que não resistirá nenhuma classificação apriorística. O que a experiência ensina é que cada indivíduo reage a seu modo diante dos estímulos externos e que até um mesmo indivíduo não reage sempre igualmente em face dos mesmos motivos. É de evidência meridiana a ilegitimidade de rastrear-se a psicogênese do crime no campo dos anormais. A anormalidade nem sempre explica o crime do próprio anormal. O crime não é um episódio fatal da vida dos anormais. Como, então, querer generalizar o que é apenas um acidente? Não está absolutamente provado que haja delinquentes constitucionalmente tais. Não está, de modo algum, averiguado que haja indubitáveis sinais ou estigmas, biológicos ou patológicos, do crime. Se este ou aquele delincente apresenta uma constituição mórbida, uma perturbação endócrina, um traumatismo psíquico, não significa isso, ineludivelmente, que o crime está em relação de causalidade com uma ou outra dessas anomalias. O ato criminoso pode ser, às vezes, o acontecimento pelo qual se manifesta uma constituição psíquica, mas não é o *único* modo de exteriorização desta. A hipótese endocrinológica é apenas uma aventura a mais no campo da desacreditada biologia criminal. A literatura de PENDE é a primeira a deixar-nos em perplexidade, colocando-os numa encruzilhada de *possibilidades*: as relações entre as anomalias humorais e as éticas são de *subordinação*, ou de simples *coordenação*, ou de *influência recíproca*? A resposta a qualquer destas perguntas ainda não foi dada senão através de vã logomaquia, sem avanço de um milímetro além do terreno das ilações hipotéticas. O próprio PENDE faz a advertência de que, na atualidade, é temerário querer entrar em generalizações sobre a influência endócrina na etiologia do crime. VIDONI declara que o campo das secreções internas é demasiadamente amplo para ser iluminado em todos os seus pontos. O estudo de que têm sido objeto é ainda obscuro, mesmo quanto a certas preliminares, e a avaliação de muitos dados é baseada mais sobre hipóteses do que sobre verdadeiras conquistas científicas. PALOPOLI assevera que seria imprudente supor que se possa explicar o crime como reação endócrina. JIMÉNEZ DE ASÚA acoima de *literárias* e *ingênuas* as concepções tipológicas de PENDE e declara aventureira a pretensão de criar uma biotipologia criminal. São palavras do ilustre professor espanhol:

"vez poderá essa substituição justificar-se. Na maioria dos "casos, não. Receio os abusos". Esta última advertência muito contribuiu para a contramarcha da Comissão Revisora. Houve ainda, porém, outra razão de ordem prática que desaconselhava a facultativa abstenção de pena: o receio da indiferença da administração pública pela execução das medi-

---

*"Por muy prometedoras que sean las investigaciones llevadas a cabo en el campo de las secreciones internas, jamás podrá creerse en que esta doctrina sea la única interpretación del crimen. Los que quisieran transformar en Endocrinología toda la Criminología emprenderían una ruta simplista y unilateral"*. GEMELLI concede que "a endocrinologia pode explicar os poucos e desinteressantes casos em que a vida emotiva está ligada a desequilíbrios endócrinos". E a concessão é ainda excessiva, pois o desequilíbrio endócrino, por si só, é zero à esquerda. \*

Passemos, de seguida, ao balanço da psicanálise e sua teoria criminal. É uma sucessão de paradoxos, de hiperboles, de irrisórias *trouvailles*, de extravagâncias de toda ordem. Dir-se-ia o sonho delirante de um febreiro. Falta ao freudismo, como diz HOCHÉ, qualquer fundamento teórico ou prático: o método de FREUD é anticientífico, e a psicanálise não passa de um episódio da cultura. É um pábulo aos boateiros da ciência, como foram a *frenologia* de GALL, o *magnetismo animal* de MESMER, a *lei biogenética* de HAECKEL, e a *morfologia* de LOMEROSO. Segundo justamente observa KRAEPELIN, o pouco que a psicanálise tem de aceitável é de JANET. No mesmo sentido, GEORGE DUMAS: na psicanálise somente se salva o que ela aproveitou da psicologia tradicional. WEIGANDT, criticando-lhe a *mania interpretativa*, considera-a apenas uma *epidemia*, alheia a pesquisas de clínica e de laboratório. LIEPMANN acusa o freudismo de ser "uma deplorável devastação do pensamento lógico e naturalístico". MAC CURDY atribui a popularidade da psicanálise ao seu aspecto de "pornolalia". MENDES CORREIA assim se pronuncia: "Duvidamos do valor terapêutico da psicanálise, que nos parece, as mais das vezes, um *match* de imaginação em que são protagonistas o paciente e o psicanalista e que, como diz BLONDEL, se exerce em doenças que, quando curáveis, se curam por si mesmas ou que, como a histeria, quase desapareceram das listas nosográficas nos países em que se não pratica a psicanálise". MORSELLI faz-lhe crítica cerrada: as "energias" da "di-

---

\* Sobre o escassíssimo resíduo atual da pretensiosa "endocrinologia criminal", veja-se LOPEZ-REY, *Introducción al estudio de la criminología*.



das de segurança; de modo que a total supressão da pena e inexistência da “casa de custódia e tratamento” dariam em resultado a sumária devolução dos criminosos psicopatas à vida livre. De que tal receio era fundado, demonstraram-no os fatos posteriores. Após 16 anos de vigência do atual Código, em parte alguma do Brasil (salvo São Paulo) foi instalada a

nâmica” de FREUD são descritas como um jogo de excitações e inibições recíprocas, que combinam ou se neutralizam: é uma dinâmica abstrata, e não biofisiológica, de modo que vai dar na metafísica e na filosofia. Deixa de lado a hereditariedade mórbida, os fatores individuais, os precedentes mórbidos, a predisposição patológica. Tudo nela é analogia, ilações empíricas, raciocínios absurdos, asserções gratuitas, interpretações arbitrárias, fraseologia complicada, a lembrar as ciências exotéricas. Dos mais insignificantes fatos da vida cotidiana faz método de interpretar o inconsciente. A pseudo-terapia psicanalítica está ao alcance de qualquer curioso: não exige tirocínio sério, nem de clínica, nem de laboratório, e, assim, qualquer pessoa com vocação para padre confessor ou juiz de instrução pode praticá-la, embora a lutar em vão com a *resistência* do paciente e sem que se possa distinguir qual é o neurótico: se o interrogador, se o interrogado... Quando o freudismo sai do seu metapsicologismo de complexos adquiridos e se mete a refazer a *paleopsique*, é para argumentar artificialmente, dentro de sua mania de incestuosidade latente, com o *totemismo* primitivo e as prescrições-*tabu*, deturpando o pensamento de DARWIN, e para aderir à fantástica e já inteiramente desmoralizada lei biogenética de HAECKEL. GENIL-PERRIN está chelo de razão quando diz que “o reino da criminologia psicanalítica não é deste mundo”. RUIZ MAIA nega que a psicanálise possa servir de fundamento a uma criminologia: “... *si no olvidamos que es una doctrina violentamente impugnada, que entre sus verdades encierra o contiene muchas fantasias, que establece conceptos sin existencia real etc., no será atrevido, ni expresión de partidismo, afirmar que el psicoanálisis carece aún de eficiencia, de suficiente valor para ser ofrecido a los juristas. El psicoanálisis explicará algunos casos de delincuencia, pero no puede ser el fundamento de una criminología*”. Nem de outro modo opina FERENCZI, psicanalista convencido, que, se admite possa a psicanálise fundar uma nova psicologia criminal, declara ceticamente: “Desgraçadamente, as investigações realizadas “até agora em tal sentido são, quase sem exceção, de índole puramente teórica e não autorizam conselhos ou deduções suficientes para interessar os juristas”. SCHNEIDER entende que a psicanálise substitui as contribuições científicas pela afirmação

“casa de custódia e tratamento”, nem mesmo a supletiva “seção especial de manicômio, asilo ou casa de saúde”, de que fala o parágr. único do art. 22 da Lei de Introdução ao Código Penal.

A 1.<sup>a</sup> Conferência Pan-Americana de Criminologia, realizada em julho de 1947, no Rio, aprovou a conclusão de que

---

do seu particular ponto de vista sobre o mundo, o que vale por uma atitude simplista, mas apropriada para atrair o favor do grande público, sempre inclinado ao misticismo. HANSEL considera a doutrina psicanalista um fator dissolvente, pois ameaça subverter, entre as massas populares, o sentimento da responsabilidade pessoal. ASCHAFENBURG vê na psicanálise uma série de infundadas fórmulas genéricas, dentro de preconceitos e apriorismos. Impugna as idéias de STAUB e as de REIK sobre o “constrangimento à confissão” e a “necessidade de castigo” e declara que nenhuma prova existe da eficácia do extravagante método psicanalista na conjuração das tendências criminosas. Supondo fazer *psicologia profunda*, a psicanálise redundaria em generalização superficial. MEZGER, depois de acentuar o ilogismo do “desejo inconsciente da pena”, dado que o receio da pena devia contribuir na formação do *super-ego*, delta sobre o ataúde do freudismo esta *pá de cal*: “A psicanálise não pode demonstrar a pretendida existência do chamado *complexo de Édipo*, como fenômeno “geral humano, e, portanto, esboroam-se os seus fundamentos cri-“minológicos”. \*

Apreciemos, afinal, a *psicologia individual*. É um cisma da psicanálise, uma variante do pretensioso psicologismo profundo: o *complexo de inferioridade* é, aqui, o *stigma Diaboli*, e vale o complexo de Édipo. Embora menos extravagante que o freudismo, o adlerismo é também baseado num terreno de lucubrações abstratas e unilaterais. É de todo inaceitável o apriorismo de que o crime seja derivativo do *desalento* do indivíduo na luta pela vida, dentro da organização atual da sociedade. E nada nos assegura que numa ordem social *igualitária*, segundo a utopia marxista, o crime desaparecesse. Evidentemente, a delinquência subsistiria, ainda que sob novas formas, para que surgisse um *Adler* às avessas, atribuindo-lhe a origem a um *complexo de... superioridade* reprimida! Quanto ao seu programa educacional de solidariedade humana e espírito de comunidade, isso já vem dos Evangelhos e dois mil anos de pregação foram inúteis para extirpar a pretensa criminalidade neurótica. Em crítica ao

---

\* Para uma desenvolvida e incisiva crítica à psicanálise, consulte-se ALVES GARCIA, *Psicanálise e psiquiatria*, 1947.

os criminosos de responsabilidade diminuída devem ser recolhidos a estabelecimento adequado, que seria um posto intermédio entre a prisão comum e o manicômio (tese apresentada por SALVAGNO CAMPOS). Cumpre, porém, reconhecer que tal conclusão se ressentia de *teorismo*, do mesmo *teorismo* que inspirou, de início, a Comissão de Revisão do Projeto Alcântara. A lição da experiência, neste particular, não é

---

adlerismo, discorre MEZGER, com todo acerto: "O crime não é apenas "a expressão de um *desalento* no sentido posto em moda, ou de um "sentimento de inferioridade na luta social pela existência, pois que, "em maior proporção e em numerosos casos (sirva de exemplo a delinquência profissional), representa luta aberta e sem escrúpulos "contra os legítimos interesses do próximo. Na realidade, não é o "delinqüente um produto lamentável dos fenômenos repressivos, ao "qual pode representar-se a ordem social como repressão injusta. "A psicologia individual desloca a imagem da realidade por construções teóricas preconcebidas, e também abstrai que o mecanismo "anímico da "supercompensação" tanto pode ser fonte do crime como "gênese do mais elevado progresso humano... O extremadíssimo "exclusivismo mesológico, que a psicologia individual defende, não "corresponde à realidade da vida. Finalmente: a psicologia individual também não atende a que o direito penal é direito de luta na "evolução social, cultural e popular. A piedosa importância que "concede às tendências de inferioridade na alma humana produz "resultados contrários aos que pretende obter. Além disso, a teoria, "no fundo, manifesta-se como princípio hostil, mais ou menos consciente, de materialismo econômico nivelador, contra a ordem cultural dominante, e como o direito penal está ao serviço desta, "repele, conseqüentemente, as suas pretensões político-criminais". Não é preciso dizer mais, com tanta precisão e lógica. Já de outra feita assim nos exprimimos: "O legislador não pode substituir a construção jurídica atual por critérios fundados em hipóteses aventurosas e gratuitas. Os colaboradores do novo Código brasileiro deveriam ter sido levados imediatamente para o manicômio se, ao invés da pena, mandassem aplicar aos criminosos uma injeção de extrato genital ou tiroxina, uma dose de adrenalina ou de hormônio hipofisário, ou entregá-los à terapia psicanalítica, para extirpar-lhes do inconsciente os escalrachos edípicos e outras putrilagens da invençionice freudiana". No Congresso de Criminologia, de Santiago de Chile (1941), já havíamos batido na mesma tecla: "... é preciso afastar inteiramente o direito penal, em suas aplicações práticas, das ervas daninhas de hipóteses mais ou menos gratuitas que por aí

muito promissora. Ao que informa POLLITZ, baseado no que tem ocorrido nos *anexos* de manicômios alemães, os criminosos psicopatas, quando reunidos separadamente dos criminosos normais, revelam mais vivamente sua índole de indisciplina. Fracassou inteiramente, a respeito deles, o sistema, preconizado por ASCHAFFENBURG, do *open door* ou do *no restraint*. Dir-se-ia que, na prisão comum, eles se *diluem* na massa dos delinquentes isentos de anomalias psíquicas, tornando-se mais acessíveis à correção e à reeducação. Como quer que seja, porém, o problema não é de fácil solução, e enquanto os teóricos dissertam, é prudente não perder-se de vista o interesse da defesa social, segregando, de qualquer modo ou mediante qualquer sistema, os psicopatas cuja rebelia ou associabilidade vá até o crime. A este critério de precaução atendeu o nosso Código: a inferiorização psíquica é considerada uma minorante *facultativa* da pena, mas, ao mesmo tempo, faz presumir *juris et de jure* a *periculosidade* do criminoso, para o fim de ser imposta, cumulativamente com a pena, a adequada medida de segurança (art. 90: internação em casa de custódia e tratamento ou, nos casos leves, a liberdade vigiada).

**106. Classificação das anormalidades psíquicas.** No Congresso Latino-Americano de Criminologia, de Santiago do

andam com o rótulo de ciência, como sejam a endocrinologia, a caracterologia e a psicanálise criminais. Os médicos e biólogos não podem reclamar dos juristas que adotem seus pontos de vista, enquanto estes não estejam plenamente comprovados. Não há de ser porque entre os delinquentes se encontrem 10 % de endocrinopatas, que se tenha de reconhecer na endocrinopatia uma causa genética do crime. Conheço *baseadowianos* flagrantes que são incapazes de fazer mal a uma formiga. O biopsicograma de KRETSCHMER poderá servir à psiquiatria, mas não à criminologia, porque não explica o crime do homem normal. Por outro lado, não há de ser por meio de simbolismos em torno do *inconsciente* que se deverá explicar o fenómeno da delinqüência. Os psicanalistas, fazendo abstração do terreno de predisposição, que provém do plasma germinal, imaginaram o complexo de Édipo, mas não explicam por que tal complexo impele certos indivíduos ao crime e a outros não”.

Chile, a que já acima referimos, BECA SOTO, em notável estudo sobre a nomenclatura e classificação das anormalidades psíquicas que podem excluir a responsabilidade ou atenuar a culpabilidade, apresentou um quadro sedutoramente singelo, que aqui vamos reproduzir (apenas com adição de algumas notas entre parênteses, para ajustá-lo ao texto do nosso Código), recomendando-o ao uso dos que militam no foro criminal:

## ANORMALIDADES PSÍQUICAS

Personalidades psicopáticas (compreendidas no parág. único do art. 22 do Código Penal)	Oligofrenias (desenvolvimento mental retardado)	{	idiotia
			imbecilidade
			debilidade mental
	Psicoses (doenças mentais) adquiridas constitucionais	{	esquizofrenia
			psicose maniaco-depressiva
			epilepsia genuína
		{	paranóia, parafrenias e estados paranóicos
			traumáticas
			exotóxicas
		{	endotóxicas
			infecciosas
			demências por
		{	senilidade
			arteriosclerose
			sífilis cerebral
		{	paralisia geral
			atrofia cerebral
			alcoolismo
		{	paranóide
			histeróide
			compulsiva ou anancástica
		{	explosiva
			ciclóide
			esquizóide
		{	perversa
			estados psicopáticos ou reativos

107. **Critérios ou requisitos psicológicos da responsabilidade.** Passemos, agora, à análise dos *critérios psicológicos* da responsabilidade, isto é, a “capacidade de entender o caráter criminoso do fato” e a “capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento”. O primeiro é chamado o “momento intelectual” da responsabilidade. É a possibilidade ou faculdade de compreender que o fato é reprovado pela moral jurídica. Não se trata, aqui, da efetiva ou possível *consciência da injuricidade objetiva*, que, como já vimos, é requisito da *culpabilidade*, mas da capacidade de discernimento ético-jurídico *in genere*, no momento da ação ou omissão. Tal capacidade deve ser entendida no sentido da possível consciência ético-jurídica normal ou comum. Como o *direito* é um *minus* em relação à *moral*, pode dizer-se que a capacidade de entendimento ético faz presumir a possibilidade de consciência jurídica. Em outros termos: a possibilidade de consciência do dever ético é presunção da possibilidade de consciência do dever jurídico. *In eo quod plus est semper inest et minus*. Eis o justo raciocínio de von HIRPEL:<sup>18</sup> “Para o direito somente importa o que é jurídica-mente proibido; mas quem pode compreender a reprovação ética está, igualmente, as mais das vezes, em condições de inferir a possível existência da proibição jurídica”. Basta, assim, a capacidade de perceber que o fato seja possivelmente criminoso — o que é diferente do efetivo conhecimento do caráter criminoso do fato ou mesmo da possibilidade de *positivo* conhecimento de que o fato seja crime.

O segundo critério psicológico da responsabilidade é o que diz com a *vontade* (*momento volitivo* da responsabilidade): capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. É a capacidade do *homo medius* no sentido de uma suficiente força de vontade para resistir ao impulso para a ação e agir em conformidade com a consciência ético-jurídica geral. É a capacidade de resistência ou

<sup>18</sup> Ob. cit., II, pág. 294.



de inibição ao impulso criminoso. Não se trata de autodeterminação no sentido filosófico, mas no sentido empírico ou da vida habitual. Pode ser razoável ou adequado o entendimento do agente sobre a significação do seu ato, mas um defeito de vontade (resultante de estado psíquico mórbido) impede-o de dirigir sua conduta como devia corresponder a esse entendimento.<sup>19</sup> É, em última análise, a capacidade de ajustar a ação aos motivos, a faculdade de agir normalmente, de conformar a conduta a motivos razoáveis. Sabe-se que há certas anormalidades psíquicas, bem definidas como entidades nosológicas, que podem interessar só uma ou outra das citadas condições da responsabilidade; mas esta é excluída pela ausência de qualquer delas.

**108. Imaturidade.** Segundo declara o art. 23, “os menores de 18 anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Este preceito resulta menos de um postulado de psicologia científica do que de um critério de política criminal. Ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo a sua recaída no malefício.<sup>19-a</sup> O *delinqüente juvenil* é, na grande maioria dos

---

<sup>19</sup> THORMANN E OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, fasc. I, pág. 70.

<sup>19-a</sup> Por isso mesmo é que a incapacidade penal dos menores de 18 anos não cessa com a *emancipação civil* (art. 9.º do Cód. Civil). Salvo para excluir, como é óbvio, o crime de rapto *in parentes vel tutores* e os demais lesivos do pátrio-poder ou tutela, o instituto da emancipação não tem ingresso na órbita penal. O art. 23 contém uma presunção *juris et de jure*, isto é, inelissível por prova em contrário. Rompendo com o antigo sistema de subordinar a responsabilidade, na espécie, à indagação de haver, ou não, o menor agido com *discernimento*, o atual Código, inspirado principalmente por um critério de política criminal, cortou cerce a questão: os menores de 18 foram postos inteira e irrestritamente à margem do direito penal,

casos, um corolário do *menor socialmente abandonado*, e a sociedade, perdoando-o e procurando, no mesmo passo, reabilitá-lo para a vida, resgata o que é, em elevada proporção, sua própria culpa. Assim, tem sido, modernamente, uma assídua preocupação do Estado o amparo material e moral da infância e adolescência. A defesa dos *pequenos homens*, notadamente contra o seu abandono moral, assumiu o mais alto relevo, desde que se compreendeu que estava aí, em grande parte, a solução de um dos mais graves problemas sociais, qual seja o da prevenção da delinquência. Merece o tema que o abordemos, embora sem o intuito de exauri-lo.

Certamente não é de ser acolhido o *apriorismo* lombrosiano de que todas as tendências para o crime têm o seu começo na primeira infância. Nem é de admitir-se, por outro lado, o unilateralismo simplista de RANDALL: "Salvai a criança, e não haverá mais homens a punir!". Não. A delinquência é, na sua etiologia, um problema complexíssimo, desconcertante, que se não deixa fixar de modo integral. A pobre ciência humana sobre ele se debruça, impotente e ansiosa,

---

ficando apenas sujeitos às medidas de pedagogia corretiva do Cód. de Menores. Não cuidou da maior ou menor precocidade psíquica dêsses menores: declarou-os, por presunção absoluta, desprovidos das condições da responsabilidade penal, isto é, o entendimento ético-jurídico e a faculdade de autogoverno. É bem de ver, portanto, que a emancipação civil é, de todo, irrelevante *sub specie juris criminalis*. E entender de outro modo redundará em desconchavos. Se fosse atendível, *in poenalibus*, a emancipação, ou, seja, a antecipação da maioridade civil, o emancipado não poderia reclamar o benefício de contagem por metade dos prazos de prescrição, nem o de suspensão condicional da pena de reclusão não superior a dois anos, e, ainda mais, não poderia ser sujeito passivo dos crimes de sedução, corrupção, certas formas de lenocínio qualificado etc., etc. Por último: a adotar-se tese contrária (como fez um acórdão do Tribunal de Justiça do Pará), para admitir a influência do direito civil no direito penal, quanto à capacidade das pessoas, chegar-se-ia a este desconcerto: o art. 23 do Cód. Penal não deve ser atendido quanto ao menor entre 16 e 18 anos, pois o art. 156 do Cód. Civil dispõe que "o menor, entre 16 e 21 anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado".

para tecer e destecer a sua *teia de Penépole*. LOMBROSO, LACASSAGNE, TARDE, FERRI, PATRIZI, PENDE, KRETSCHMER, FREUD, ADLER valem o mesmo na tentativa de uma fórmula decisiva na identificação do *primum movens* do fenômeno da criminalidade: teorias, hipóteses, conjecturas. O mais que se pode reconhecer, de modo positivo, são algumas *condições* ou *causas próximas* da delinquência. Nem mesmo é permitido afirmar se existe, de modo geral, uma *predisposição* biopsíquica para o crime. Quando a pesquisa científica julga ter surpreendido uma causa genética universal da criminalidade, vem-se a verificar, logo a seguir, que se trata de um simples e inconstante efeito, que remonta a alguma causa preexistente, indecifrável, misteriosa, a desafiar a argúcia e penetração do espírito humano. Entre as condições próximas e mais frequentes da delinquência é, fora de dúvida, porém, que ressaí, na primeira plaina, a incúria em torno à formação moral de um grande número de homens no período da infância e adolescência. Muitíssimos delinquentes que constituem a clientela habitual das penitenciárias não teriam chegado a esse estado de miséria e desgraça moral se tivessem tido, na sua juventude, o necessário amanho e orientação protetora; se no sulco de suas almas, ao invés da erva daninha dos vícios, se tivesse feito cair a semente benéfica dos imperativos éticos. Ao arrepio de uma ciência que anda por aí improvisada, supondo encontrar um repositório de torpezas no *inconsciente* infantil, o postulado *spenceriano* está bem próximo da verdade: *toda criança é boa por natureza*. Há uma fase, porém, na vida do *pequeno homem*, em que este, para formação mesma do seu caráter individual, é um elemento revolucionário, em permanente conflito com o mundo objetivo, com o princípio da autoridade, com as injunções sociais. E se vamos rastrear os adolescentes nas baixas camadas da sociedade, naquele *troisième dessous* de que falava VÍTOR HUGO, nós o encontraremos como vibrações das leziras pestíferas e letais. Não conhecem da vida senão o que ela tem de sofrimento, de privação, de crueldade, de injustiça. Como diz

um criminólogo contemporâneo, vivem eles em tugúrios infectos e foram engendrados em ventres famélicos, com a sinistra colaboração do álcool, da sífilis, da tara hereditária. Ao invés de carinho, só recebem pancada; ao invés do mais elementar conforto, só conhecem a insuficiência, senão a carência do pão. Tornam-se-lhes odiosos o lar, a família, a sociedade. Esses pequenos desgraçados, que vagueiam em molambos, quase nus, desnutridos, dormindo nos desvãos da via pública, ou em lúgubres pardieiros ou misérrimas baiucas, *ao Deus dará*, desprotegidos, maltratados, corridos como cães, que se poderia esperar deles senão que se deixem resvalar pelo declive de todos os vícios, de todas as perversões, de todos os malefícios? Imaginemo-nos a nós mesmos, beneficiários de melhor destino, se nos tivéssemos encontrado, na manhã de nossa vida, nessa mesma sombria e dolorosa situação, rodeados de um ambiente de corrupção e imoralidade, passando fome e frio, acuados pelo acicate de todas as necessidades, impelidos ao descaramento pelo agulhão de todas as privações, mal compreendendo as iniquidades fatais da vida social, deixados ao capricho de nossos próprios instintos e à sugestão de todos os maus exemplos: seríamos iguais ou piores que esses desventurados *homenzinhos* delinquentes, que começam por furtar um pedaço de pão para matar a fome e acabam por integrar-se no mundo torvo da criminalidade. Não foi senão em época relativamente recente que o Estado reconheceu seu grande quinhão de culpa no abandono e corrupção dos meninos e rapazes que vivem no *bas-fond* social, nos sórdidos porões das populações urbanas. Não foi senão nestes últimos tempos que as leis sociais cuidaram de proteger as crianças desprotegidas da sorte, para incorporá-las como homens úteis no convívio social. Não foi senão modernamente que os legisladores se renderam à evidência de que o mais alto índice de civilização humana é a afirmação e garantia do direito dos *socialmente fracos*. Todos os povos cultos compreendem, hoje, a necessidade de amparar e zelar pelas crianças que não têm lar, ou desertam

dele pela sua penúria ou maldade, ou vivem, pelo desleixo dos pais, em meios corrompidos e deletérios. A proteção não visa somente aos menores materialmente abandonados, mas, de modo principal, os moralmente tais; não somente os *órfãos*, os *sem-família*, os meninos párias, mas também aqueles que vivem num mau ambiente familiar, quer se trate de lares batidos pela pobreza, quer daqueles outros que, embora economicamente felizes ou fartos, são aviltados e podres na sua intimidade. Reconheceu-se que a delinquência juvenil é, principalmente, um problema de educação. Erraram LOMBROSO e MAUDSLEY quando disseram, numa apressada generalização, que os criminosos *nascem*, como os poetas. Erraram aqueles que afirmaram ser o crime um fato normal da infância, porque nesta só se encontram a ira, a crueldade, a lascívia, a inveja, a falsidade. Errou FREUD — o denegridor da espécie humana — quando, nas suas hipóteses sobre o *inconsciente*, viu na psique da criança um volutabro em que se acumulam infâmias e sordícies. Ainda que se não queira admitir o otimismo de SPENCER e ROUSSEAU, de que todos os homens, ao nascer, só têm sentimentos bons, a experiência tem evidenciado a gênese marcadamente *social* ou *exógena* da criminalidade infantil. O mau ambiente doméstico, o pauperismo, a incorreção moral, a má educação, a vida solta nas ruas, o mau exemplo e mesmo a instigação dos pais, as más companhias, os espetáculos obscenos e leituras impudicas, as solicitações ao livre ensejo dos instintos e múltiplas outras causas do *mundo externo* é que fazem o homem madrugado para o crime. Não devemos crer no fatalismo da delinquência. O próprio adulto inveterado na trilha do crime é *corrigível*, pois, como diz SALDAÑA, não é ele uma pedra. A proclamada tendência hereditária ou congênita para o crime, o pretendido determinismo orgânico para o mal tem sido exagerado pela preocupação de *redondas* conclusões científicas ou pretendidamente tais. E ainda que seja inegável em certos casos a tara hereditária, pode esta ser neutralizada ou atenuada pela educação, pela profilaxia do meio.

pelo trabalho racionalizado, por influências morais a transfundirem-se na alma juvenil, a criarem motivos inibitórios que condicionam a harmonia do indivíduo com o todo social. Não vale dizer que 30% de menores delinquentes são filhos de alcoólicos ou sífilíticos, ou são psicologicamente anormais, deficientes, retardados, abúlicos, impulsivos etc. Não fôra a cumplicidade do ambiente social viciado, aliada à ausência de uma educação adequada, e jamais teriam palmilhado a senda do crime. Pode afirmar-se, como um princípio geral, que o menor delinquente é um produto do meio, a resultante de um ambiente familiar e social corrompido. A criança, pela sua plasticidade, pelo seu mimetismo, é solidária com tudo quanto a circunda. O lar doméstico, como diz JUARROS, é a forja em que se modela a delinquência infantil, notadamente entre as classes inferiores ou desprovidas de fortuna. A criança que nasce e respira numa atmosfera de extrema pobreza e que se vê constantemente rodeada de exemplos corruptores, de provocações indiretas, quando não francas e despejadas, para o mal; que cresce entregue exclusivamente à inspiração dos próprios desejos e caprichos; que vive, o maior tempo, distanciada dos pais, a quem a conquista do pão obriga ao trabalho fora de casa; que se forma o próprio caráter com o testemunho cotidiano de cenas perversas e indecorosas; que se cria brutalizada, suja de corpo e de alma, em lares ensombrados pela penúria e onde reina a mais despudorada promiscuidade, que coisa se poderá esperar dela senão que se exilem do seu coração todos os sentimentos bons e morais? Em segundo lugar, vem a rua, que, principalmente nos bairros pobres, é o vasadouro de todas as impurezas, a feira de todas as indecências. As tentações, os maus exemplos, os maus conselhos, as cenas de brutalidade, a calaçaria, as sugestões obscenas, as amizades perigosas, as más companhias, os grupelhos de prematuros malandros, os espetáculos perniciosos, o cinema com o seu amoralismo que vai até a apologia velada do crime, as leituras malsãs, as casas de vício, tudo isso se acumplicia para desviar do direito caminho a



criança desvigiada. Informa-nos CUELLO CALÓN, com a sua experiência de juiz de menores em Barcelona, que duas terças partes, pelo menos, da criminalidade infantil derivam do meio imoral e derrancado em que vivem seus protagonistas. Ora, pondera o ilustre escritor de direito penal, a influência perniciosa do ambiente familiar ou social pode ser anulada pela assistência material e moral do Estado e, assim, a grande maioria desses prematuros delinquentes é suscetível de reforma e de adaptação às condições normais da vida social. MENDES CORREIA divide os menores delinquentes em *anormais por "deficit" intelectual* (idiotas, imbecis, débeis ou retardados mentais), *instáveis* (com ou sem debilidade mental), *astênicos* (apáticos, abúlicos, perversos), *anormais por "deficit" afetivo ou moral* (indisciplinados, amorais, viciados), *anormais convulsivos* (epilépticos, histéricos, coreicos), *alienados propriamente ditos*, *anormais por "deficit" físico ou sensorial* e, finalmente, *anormais por "deficit" educativo*. Esses últimos, porém, avultam de tal maneira sobre os outros, que quase se poderia resumir a eles a ação profilática ou preventiva contra a delinqüência juvenil. De assistência moral, principalmente, repita-se, é que necessitam os malfetores precoces. É preciso socorrê-los, salvá-los de si próprios e do meio em que vegetam, ensejando-se-lhes aquisições éticas, reavivando neles o sentimento de vergonha e de autocensura. É preciso que se forme neles aquela personalidade moral que, se não fora nossa idiossincrasia por FREUD, consentiríamos em chamar o *super ego* individual. É preciso reabilitá-los para a dignidade da vida, para o seu direito a um suficiente *lugar ao sol*. Há toda uma nova ciência para esse fim: é a *pedagogia correcional*, a *Heilpädagogik*, dos alemães. A alma da criança é um terreno afeiçoável a todas as culturas. O delinquentes infantil está longe de ser um caso irreductível aos processos educacionais inspirados na psicologia experimental. Há episódios da criminalidade precoce que atestam, paradoxalmente, por vezes, o tesouro de bondade e nobreza, que é o coração de uma criança. BUGALLO SANCHEZ

conta-nos de um rapazinho que havia furtado de uma colchoaria certa porção de lã, e interrogado sobre o que pretendia fazer com aquilo, informou, sem mentir: "Um travesseiro para minha pobre mãezinha, que está doente". As mais das vezes, o crime na infância não é mais que um episódio doloroso de miséria extrema, que nos enche de infinita piedade e, também, de revolta contra a brutal, embora inevitável desigualdade dos destinos humanos. O mesmo B. SANCHEZ relembra, a propósito, o caso de um menino que furtou a uma confeitaria uma caixinha de bombons e assim se justificava: "Para falar verdade, eu não queria tirá-la, mas me fazia tanta inveja ver os outros meninos comprando doces... Eu estava com fome, e aquilo parecia tão gostoso... Eu nunca tinha provado um bombom..."

Cumprе atalhar na criança a inclinação congênita ou adquirida para o mal, formando-se ou preservando-se nela o futuro *homem de bem*. O Estado, a que incumbe a consecução dos fins coletivos, não pode alhear-se, em tal sentido, a uma função de assidua vigilância, a uma pródida e militante ação tutelar. Embora sem a desejável eficiência ou realização prática, as nossas normas legais sobre proteção à infância podem emparelhar com as das mais adiantadas legislações. O nosso Código de Menores é modelar (e só a nossa incurável mania de legislação *de fachada* é que está atualmente empenhada em reformá-lo), e sob suas exclusivas sanções, de caráter meramente reeducativo, devem ficar, ainda nos casos de extrema gravidade, o menor de 18 anos que comete ações definidas como crimes. Em face do atual Código Penal, em caso algum será o menor de 18 anos mandado para a prisão comum, mesmo com separação dos criminosos adultos. Ainda nesta hipótese, alterado o art. 71 do Código de Menores, será o menor internado "em seção especial de escola de reforma", conforme dispõe o art. 7.º da Lei de Introdução ao Código Penal (decreto-lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941).

109. **Emoção e paixão.** Não transige o Código, no terreno da responsabilidade penal, com os *emotivos* ou *passionais* que não exorbitam da psicologia normal. Explicita e categoricamente dispõe o art. 24, n.º I, que “não excluem a responsabilidade penal a emoção ou a paixão”. *Emoção* é um estado de ânimo ou de consciência caracterizada por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica (pulsar precipite do coração, alterações térmicas, aumento da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vaso-motoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenômenos musculares, alteração das secreções, suor, lágrimas etc.). Segundo a teoria *intelectualista*, que é a mais antiga, os fenômenos somáticos da emoção representam uma *consequência* do estado afetivo. Para a doutrina *somática* (*fisiológica, periférica*), entretanto, é justamente o contrário que sucede: a emoção produz-se independentemente de um estado psíquico *especial*, sendo precedida e provocada pelas variações fisiológicas. Foi WILLIAM JAMES,<sup>20</sup> logo seguido do professor dinamarquês LANGE,<sup>21</sup> quem formulou a teoria fisiológica ou somática da emoção. Segundo ele, “ter consciência de uma emoção forte é ter consciência de sua expressão orgânica”. Ao que geralmente se supõe, a emoção procederia diretamente da percepção de um tal ou qual objeto e, em seguida, o estado subjetivo emocional exprimir-se-ia no corpo, determinando modificações orgânicas. A realidade, porém, é outra: as alterações orgânicas seguem imediatamente à percepção do objeto, e a consciência que temos delas, à proporção que se produzem, é que constitui a emoção como fato psíquico. Consoante a noção vulgar, diz-se: quando perdemos os nossos haveres, afligimo-

<sup>20</sup> *Précis de psychologie*, trad. de BAUDIN e BERTIER, págs. 495 e segs.

<sup>21</sup> *Les émotions, étude psychophysique*, trad. de DUMAS.

-nos e choramos; quando encontramos um urso, trememos e fugimos; quando somos insultados, irritamo-nos e reagimos. Ora, o que se deve dizer, embora pareça paradoxal, é que ficamos aflitos porque choramos, ficamos com medo porque trememos, ficamos irritados porque reagimos. Se a percepção não ocasionasse diretamente variações somáticas, não passaria de pura percepção, sem o menor calor emocional.

Uma teoria conciliatória é proposta por DE SANCTIS.<sup>22</sup> Segundo este, o fenômeno emotivo se desenvolve com as seguintes etapas: primeira, percepção sensoria; segunda, atividade consciente da córtex representativa e orgânica (emoção primária), com reconhecimento do valor afetivo da percepção; terceira, fenômenos reflexos bulbares e talâmicos (vaso-motores) e humorais; quarta, ricochete desses reflexos como novos estímulos à consciência; quinta, estado emotivo completo ou emoção verdadeira.

Segundo a explicação endocrinológica, a emoção resulta de um estímulo que determina, através do sistema nervoso, uma variação endócrina (de glândulas de secreção interna) e esta, por sua vez, repercute sobre o sistema nervoso, tornando-o mais suscetível à ação do estímulo. CANNON vê no choque emotivo uma como tempestade simpática ocasionada e acompanhada por um excesso de adrenalina e glucose no sangue. MONAKOV entende que há diversidade de hormônios segundo esta ou aquela emoção, e SPERANSKI formula a hipótese de humores especificamente emotivos.

Os psicanalistas, de seu lado, pretendem que toda emoção é expressão dinâmica de um instinto, emanada de fontes conscientes ou inconscientes.

É inegável que a emoção tem a sua fonte na atividade orgânica, em uma série de movimentos e detenções de movimentos que provocam certos fenômenos circulatórios e ressoam até o cérebro, graças ao sistema nervoso da vida vegetativa.

---

<sup>22</sup> *Psicologia sperimentale*, 1930.

Há uma certa diferença entre *emoção* e *paixão*, embora esta seja originária daquela. Dizia KANT que a emoção é como “uma torrente que rompe o dique da continência”, enquanto a paixão é o “charco que cava o próprio leito, infiltrando-se, paulatinamente, no solo”. A emoção é uma descarga nervosa subitânea, que, por sua breve duração, se alheia aos plexos superiores que coordenam a conduta ou não atinge o *plano neopsíquico* de que fala PATRIZI. A paixão é, por assim dizer, a emoção em estado crônico, perdurando, surdamente como um sentimento profundo e monopolizante (amor, ódio, vingança, fanatismo, despeito, avareza, ambição, ciúme). Sua lógica, como diz RIBOT, é fundada exclusivamente sobre bases afetivas, que, extraíndo o próprio conteúdo de motivos sentimentais e inerentes a inclinações, necessidades, desejos, procura dar uma forma racional externamente plausível, uma justificação idêntica a que se tem na lógica racional e que torna aceitáveis todos esses motivos (VERGANI). É a chamada *lógica do sentimento*. Pode dizer-se que a paixão é a emoção que protraí no tempo, incubando-se, introvertendo-se, criando um estado contínuo e duradouro de perturbação afetiva em torno de uma *idéia fixa*, de um pensamento obsidente. A emoção dá e passa; a paixão permanece, alimentando-se de si própria. Mas a paixão é como o borralho que, a um sopro mais forte, pode chamejar de novo, voltando a ser fogo crepitante, retornando a ser estado emocional agudo. Como observa MELLUSI,<sup>23</sup> “nos tratados contemporâneos, a palavra *paixão* desaparece quase inteiramente, substituída pelo vocábulo *emoção*. A paixão, porém, pelas suas características no conjunto da vida afetiva, deve ser colocada entre a emoção e a loucura. É difícil indicar com clareza e exatidão a diferença entre emoção e paixão. Não há diversidade de natureza, porque a emoção é fonte de que nasce a paixão; não há diferença de grau, pois, se há emoções calmas e paixões violentas, pode ocorrer

---

<sup>23</sup> *Quelli che amano e uccidono*, pág. 16.

“também o contrário. Resta uma terceira diferença: a dura-  
ção. Geralmente se diz que a paixão é um estado que dura;  
“a emoção é a forma aguda, a paixão a crônica”. A emoção  
estênica ou reativa (ou a paixão violenta), que pode levar  
até o crime, é um debatido tema, sob o ponto de vista da res-  
ponsabilidade penal. Querem uns que ela funcione como  
*dirimente* (excludente da capacidade de direito penal), de  
vez que subverte o entendimento e o autogoverno. Dizem  
outros, entretanto, que ela não anula os *motivos da cons-  
ciência* ou o *poder de inibição* próprio do homem normal. Há  
persistência do *self-control*, senão integralmente, pelo menos  
de modo a que as maiores excitações emotivas lhe são per-  
meáveis e, sob sua influência normalizadora, podem deixar  
de traduzir-se em aberrações de conduta. Não há falar-  
-se, aqui, em substituição ou abolição da consciência —  
o que só se verifica nas doenças mentais. Quanto mais a  
consciência é provida de motivos inibitórios, menos domi-  
nante é a emoção, mais o *psíquico* resiste ao *fisiológico*. A  
emoção, do mesmo modo que a paixão (que é a emoção em  
*câmara lenta*), pertence à psicologia normal. Declarando-se  
*responsáveis* os criminosos emocionais ou passionais cria-se,  
com a ameaça da pena, um *motivo antitético*, que, trans-  
fundido na consciência individual, se alia às forças inibitó-  
rias ou repressivas da agitação fisiopsíquica.

Entendemos que a emoção (ou a paixão explosiva), quan-  
do atinge o seu auge, reduz quase totalmente a *vis electiva*  
em face dos motivos e a possibilidade do autogoverno. Já  
alguém comparou, com justeza, o homem sob o influxo da  
emoção violenta a um carro tirado por bons cavalos, mas  
tendo à boléia um cocheiro bêbedo. Na crise aguda da emo-  
ção, os motivos inibitórios tornam-se inócuos freios sem  
rédea, e são deixados a si mesmos os centros motores de  
pura execução. Dá-se a desintegração da personalidade psí-  
quica. Dissocia-se o jogo das funções cerebrais. Recordemos  
ainda a lição de MELLUSI: “*Certo l'emozione acutissima  
impedisce l'apprezzamento esatto delle sensazioni, periferi-*



*che, onde percezioni assolutamente erronee, e quindi idee di reazione, ostacolo alla formazione di idee controstimolanti o insorgenza di idee troppo deboli per contraporci alle altre. E così l'idea della reazione non sufficientemente vagliata, non discussa, incalza e si compie, ridotto al minimo il processo inibitore: sovente questo stato equivale ad un acceso epilettico. Come trovare in questa tempesta, e tanto più se insorge in soggetti nevropsicopatici e degenerati, gli estremi psicologici del normale volere?"*

É fora de dúvida, porém, que, na sua fase incoativa, o *processus* da emoção (ou da paixão violenta) pode ser interrompido. Nessa fase, ainda é possível a interferência da *auto-crítica*, e o indivíduo pode conservar-se "dentro de si" ou, como diz JAMES, deixar de exprimir a emoção, *contando até dez ou modulando um assobio*. Antes do momento agudo da *descarga* ou *raptus* emocional, há um decisivo instante em que ainda se pode obedecer ao influxo da atividade psíquica frenadora ou atender à exortação de HORÁCIO:

*"... animum rege, nisi paret,  
Imperat".*

Já o velho SÊNECA, no seu tratado *De ira*, distinguia entre o arranque ingovernável da emoção e o período da incipiência desta, em que é ainda impraticável a intervenção da vontade consciente e livre: "A alma, uma vez aluída, lança-  
"da fora da sua sede, a nada mais obedece além do impulso  
"que recebeu. Há coisas que, no seu início, dependem de  
"nós, mas que, deixadas a si mesmas, nos arrastam por sua  
"própria força e não mais permitem recuo. O homem que  
"se lança ao fundo de um abismo não é mais senhor de si,  
"não pode deter-se, nem diminuir sua queda: um despenha-  
"mento inelutável cortou cerce toda a prudência, todo o  
"arrependimento, e é-lhe impossível retornar ao momento  
"ou posição em que podia ter deixado de cair. Assim, a alma  
"que se entrega à cólera, ao amor, a uma paixão qualquer,

“perde os meios de conter-lhe o ímpeto. O melhor é dominarmos a primeira irritação, matando-a em seu germe, resguardando-nos do menor desvairo, pois, se ela consegue arredar nossos sentidos, já não há mais evitar-lhe o ímpet rio: agirá segundo o próprio capricho, não segundo nossa permissão. Cumpre que desde a fronteira se repila o inimigo: se este avança, apoderando-se das portas da cidadela. como poderá receber o comando de um prisioneiro?”

A emoção incipiente quase sempre *aborta* quando se apresenta um forte contramotivo. Isto é de experiência comum. As mais das vezes, um indivíduo que se encoleriza, e está prestes a um ataque, sabe conter-se quando percebe a disposição reacionária do adversário ou de algum circunstante. O temor do revide é, como se diz vulgarmente, *água fria na fervura*. No momento inicial da emoção, portanto, não se eclipsa o relativo poder de seleção entre os motivos que solicitam a vontade, isto é, não desaparece a condição da responsabilidade penal. Se o indivíduo se deixa empolgar pela emoção ou paixão violenta e vai até o crime, este se apresenta como uma *actio libera in causa*.<sup>23a</sup> Além disso, é

---

<sup>23-a</sup> A propósito do tema, assim dissertamos recentemente (conferência proferida na Faculdade de Direito de São Paulo, em 21-10-1950):

“Um dos mais nítidos contrastes entre o Cód. Penal de 1890 e o atual é o que se apresenta no tocante ao tratamento dos chamados *criminosos emocionais*. Enquanto o antigo Código outorgava, sob a rubrica de “completa perturbação de sentidos e de inteligência”, um extensivo “*bill de indenidade*” aos indivíduos que cometessem crime em estado emocional agudo, o Código de 1940 estatui, de modo categórico, iniludível e irrestrito, que a emoção não excui a responsabilidade penal. Os pressupostos desta já não podem ser elididos pela conturbação emocional do agente no momento do crime. E não deixa de ser assim ainda quando a emoção seja *violenta* e ocasionada por grave *injustiça*, pois, em tal caso, apenas se reconhece uma diminuição ou degradação da *culpabilidade*, pela qual se mede a pena *in concreto*. Responsabilidade com menor culpabilidade ou menor punibilidade, mas nunca irresponsabilidade. Por mais que

inegável que a certeza da futura punição intervém no jogo dos motivos inibitórios e, no período nascente da emoção ou da paixão, pode decidir como *motivo prevalente*. Se assim

---

acarrete a obnublação da inteligência, ou por mais que subverta o juízo de comparação entre os estímulos e contra-estímulos ou restrinja a faculdade de autogoverno, traduzindo uma verdadeira explosão afetiva, com rompimento dos liames entre a conduta e o psiquismo superior, e exprimindo-se numa reatividade ou descarga psicomotora incontrolável, a emoção, em face do Código vigente, deixa intata, por presunção *juris et de jure*, a capacidade de direito penal. Não há contornar o preceito legal: em caso algum pode a emoção, considerada em si mesma e com exclusão de outras causas, operar como dirimente. Desde que se não ligue a doença ou profunda deficiência mental, de que seja precisamente um sintoma, a emoção não exclui, nos crimes praticados sob seu influxo ou domínio, um agente responsável e punível. Mas, como se explica que, assentando a condição psíquica da responsabilidade na adequada ou razoável atuação da vontade em face dos motivos, ou na capacidade normal de dirigir a conduta segundo representações ético-sociais, possa o nosso Código atual declarar responsáveis os possuídos da emoção-choque, que se afirma ser, como estado anímico, a anarquia da vontade, o crepúsculo da consciência inteligente, o ofuscamento da razão, o intenso abalo da personalidade psico-ética?

*Prima facie*, o ilogismo é chocante; mas, na realidade, não é senão aparente. Não apenas sob o ponto de vista pragmático ou de política criminal, que identifica a *verdade* com a *utilidade*, se fundamenta e legitima a responsabilidade dos que delinquem em estado de *raptus* emocional: para adoção de tal critério, não há, sequer, necessidade de se criar um *jus singulare* ou de se repudiar, excepcionalmente, o princípio de subordinação da responsabilidade penal à responsabilidade moral, que, por sua vez, pressupõe a normalidade da volição consciente e livre.

Primacialmente, uma indagação se impõe: por que são minoria os indivíduos que se deixam empolgar pela emoção até o extremo da reação pelo crime? A razão se evidencia por si mesma: é que há nesses indivíduos uma deficiência dos poderes de autocritica e de auto-inibição. Deve seguir-se daí, porém, que se trate de pessoas constitucionalmente anormais ou incapazes de conduta normal? De modo algum. A normalidade não é um tipo rigidamente fixo: admite, sem desclassificar-se, variações para um *plus* e para um *minus*. É de se enjetar, por sua gratuidade, a hipótese de uma constituição especificamente delinqüencial ou fatalisticamente orientada para o

não acontecer, seguindo-se a conduta aberrante, a efetiva punição deixará no indivíduo uma impressão indelével, que aumentará e tornará mais vigilante a sua faculdade de auto-

---

crime. Não há negar que haja no fundo de cada um de nós um *pequeno diabo*, um malévolo *djin*, um criminoso *in potentia* (que nada tem a ver com o desacreditado "criminoso nato" da doutrina lombrosiana), e o mais rigorosamente típico *homo medius* não está isento, tais sejam os motivos e as circunstâncias, de vir a cometer um crime. O crime não é privilégio dos anormais. Isso de vincular o crime, de modo genérico, à anormalidade psíquica é ritornelo monótono de uma pseudo-ciência criminológica, orientada por um vaidoso e excessivo psiquiatrismo, que ainda não conseguiu, que eu saiba, avançar além de "palpites", de conjeturas, de "saques a descoberto", e do qual alguém já disse, com toda razão, que é um quadro pintado pela fantasia com as tintas do arco-íris.

O que naturalmente acontece é apenas o seguinte: por disposição congênita, que se vem aliar a uma educação deficitária sob o prisma ético-social, há indivíduos que apresentam, em relação a outros, um desfalque de resistência psíquica, e mais facilmente, por isso mesmo, cedem aos eventuais estímulos para a conduta anti-social. Não há nisso, porém, nenhuma proclividade ou tendência irresistível. Sempre persiste a possibilidade de isenção da vontade aos fatores endógenos e exógenos. Na formação da personalidade psíquica, não é jamais a vontade um "zero à esquerda" ou um "conviva de pedra": ainda que claudicante, pode, pela constância de um maior esforço de si mesma, evoluir entre essas concausas e sobrepor-se a elas, por mais que conspirem no sentido de sua indisciplina. O ser humano não é precisamente o cão de Pavlov, à mercê do automatismo de "reflexos condicionados". Em razão mesmo da sempre possível autonomia e dinamismo da vontade é que a personalidade não se apresenta como um modo de ser irrecorrivelmente definitivo ou estático. O frouxo de inibição ou lerdo de *self control* não se equipara ao louco, autômato do incubo da própria loucura e a ele sempre pode dizer-se: "Tu podes; logo, debes". Certamente que há os *hipersensíveis* como há os *hipossensíveis*, mas a hiper e a hipossensibilidade são atitudes temperamentais, e não índices de anormalidade psíquica. Nem mesmo aqueles que enxameiam na "zona fronteira" de MAUDSLEY estão desprovidos de um mínimo de auto-inibição capaz de fazer abortar uma reação criminosa. Nada mais razoável, portanto, que os vulgares débeis da vontade sejam considerados dentro da psicologia normal e respondam plenamente por suas aberrações de conduta, tanto mais quanto são estimuláveis por mo-

governo. Não foi, certamente, por outros raciocínios que o nosso legislador penal de 40 entendeu de declarar que “não excluem a responsabilidade penal a emoção ou a paixão”.

tivos contrários à sua impulsividade, entre os quais ressaí, sem dúvida alguma, a sanção penal. Pode mesmo dizer-se que precisamente para eles é que foi instituída a pena, que, como ameaça, exerce uma salutar coação psicológica (segundo a clássica expressão de ANSELMO FEUERBACH) e, como execução, deixa, em quem a sofre, uma impressão indelével ou dificilmente esquecível, de modo a tornar mais vigilante e ativa a sua faculdade de autogoverno.

Pois bem; é de experiência comum, com abstração de improváveis ilações de *eruditismo* psicológico, que a emoção, pelo menos na sua fase incipiente, não elimina a *vis selectiva* da vontade, podendo o indivíduo, como diz WILLIAM JAMES, deixar de *exprimi-la* e frustrar, portanto, a progressividade da sua tirania. Já advertia SÊNECA, ao dissertar sobre a exaltação emotiva: “Cumpre dominarmos a primeira irritação, matando-a em seu germe, pois, se ela consegue arrear “nossos sentidos, já não há evitar-lhe o império: agirá segundo o “próprio capricho, não segundo nossa permissão. É preciso que “desde a fronteira se repila o inimigo; se este avança, apoderando-se das portas da cidadela, como poderá receber o comando de “um prisioneiro?” Antes do momento agudo do *raptus* emocional, há um decisivo instante em que ainda se pode obedecer à exortação de HORÁCIO:

“... *animum rege, nisi paret,  
Imperat*”.

Salvo nos casos de reação instintiva e imediata, ou reflexa, a um inopinado estímulo físico, precede sempre à emoção, ainda que breve, um *estado de consciência* permeável ao jogo dos estímulos e contra-estímulos. Assim sendo, e se o indivíduo não se coíbe *ab initio*, permitindo que a emoção passe de brasa a incêndio, para atingir o seu clímax de agitação psico-motora e descarregar na reação criminosa, não é despropósito que sua responsabilidade seja referida ao momento em que podia ter impedido o *crescendo* do estado emocional. Seu crime é uma *actio libera in causa*. Sua responsabilidade é idêntica e até mais evidente que a do indivíduo que comete crime em voluntário estado de embriaguez. Desde que deixou de atalhar a empolgadura da emoção, quando podia fazê-lo, voluntariamente se entregou ao desvario, não só prevendo como querendo, ou aprovando *ex ante* a reação anti-social que em tal estado veio a praticar,

Depois de justamente acentuar que a emoção, em si mesma, como fenómeno bio-psíquico, não é moral ou imoral, social ou anti-

O Código atual somente condescende com a *emoção violenta* no campo da *culpabilidade*, para a atenuação da pena, e ainda assim quando derive de *provocação injusta*. *Quum*

-social (como entendia FERRI), pois tais qualificativos somente podem dizer com a personalidade em cujo âmbito surge e se desencadela, pretende ALTAVILLA que ela deve ser elisiva da responsabilidade nos limitados casos em que o subsequente desafogo pelo crime não corresponda ao cunho da personalidade ética do indivíduo agente. Se o crime está em dissonância com os sentimentos morais do possessor da emoção, deixa de ser expressão de sua personalidade, isto é, deixa de ser ético-psiquicamente "seu". Deve ser declarada a irresponsabilidade quando o choque emotivo deriva numa ação criminosa inteiramente alheia à moralidade habitual ou genérica do agente. Ora, tal raciocínio é inaceitável. Se a consciência moral do agente, na etapa incoativa da emoção, não se ajustasse à idéia do crime, isto é, se existissem nele suficientes *motivos de consciência* ou radicadas aquisições éticas, a funcionarem como antítese frenadora, é claro que o crime não podia ter sido praticado. A emoção é uma brecha por onde sempre se escoia o fundo da personalidade. Do mesmo modo que a excitação alcoólica, age sobre a intimidade psíquica como o calor sobre uma esfera metálica: dilata-a, mas não a deforma. Como se diz *in vino veritas*, pode também dizer-se *in emoti mente veritas*. O indivíduo emocionado jamais se destaca de si mesmo, para adquirir uma personalidade essencialmente contrária à que possui fora do estado emocional.

É verdadeiramente estranho, por isso mesmo, o sentimento de piedade ou tolerância com que se costuma julgar o delinqüente emocional. Do ponto de vista estritamente psicológico, é uma incoerência macroscópica o atribuir-se prêmio ao emocionado que pratica ações nobres, e se chama *herói*, e o não irrogar-se punição ao emocionado que comete ações maléficas, deixando-se de tratá-lo como *criminoso*. Tão responsável é o último pelo seu crime, quanto o primeiro pelo seu heroísmo. Existe diferença sob o prisma ético-social, pois, enquanto um é socialmente benéfico, o outro é socialmente nocivo; mas, se o herói é glorificado pela sua proeza, por que o criminoso não deve ser punido pela sua façanha? Compraz-se a psicologia moderna em pesquisar a psicogênese ou *processus* da emoção, e tem gasto com isso arrobas de papel e tinta. E como acontece toda vez que se pretende submeter a psique humana ao "ôlho mecânico" da ciência objetiva, não se logrou ultrapassar, até hoje, o terreno de *hipóteses provisórias*, que se sucedem ao sabor de lucubrações mais ou menos plausíveis, mas sem a marca da cer-



*sit difficilimum justum dolorem temperare*. A emoção, ainda quando *violenta* e derivada de uma *injustiça* da vítima, não exclui a responsabilidade, mas influi na degradação da cul-

teza, ou mesmo da aliciante persuasão. A antiga teoria *intelectualista*, tão convencidamente sustentada por HERBERT e NAHLOWSKY, foi substituída, durante 50 anos, pela teoria denominada *periférica* ou *somática*, de JAMES e LANGE. Aquela subordinava o afetivo ao intelectual: os fenômenos fisiológicos da emoção (pulsar precipite do coração, alterações térmicas, aumento de irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, modificações vasomotoras, intensa palidez ou intenso rubor, midriase, horripilação, fenômenos musculares, perturbação das secreções, sudorese, lágrimas etc.) são *consequência* de um estado afetivo especial, cuja origem se encontra no jogo recíproco das representações. Suprima-se a inteligência, e o sentimento — cuja excitação caracteriza a emoção — se esvaírá, como a vida de um ser parasitário ao separar-se do seu mutuante de selva ou alimento, deixando de operar-se os fenômenos somáticos, de natureza acessória.

Para a teoria periférica, entretanto, é precisamente o contrário que ocorre: as variações somáticas seguem-se imediatamente à percepção do fato externo ou representação deste, e a consciência delas, à proporção que se produzem, é que constitui a emoção como fato psíquico. Consoante a noção vulgar, diz-se: quando perdemos nossos haveres, afligimo-nos e choramos; quando deparamos uma fera, trememos e fugimos; quando somos insultados, irritamo-nos e reagimos. Ora, o que se deve dizer, embora se afigure paradoxal, é que ficamos aflitos porque choramos, ficamos com medo porque trememos, ficamos irritados porque reagimos. Se a percepção não ocasionasse diretamente alterações fisiológicas, que vão ressoar no cérebro, seria puramente cognoscitiva, desprovida do mais mínimo calor emocional. Poder-se-ia, em tal caso, receber, por exemplo, um insulto e julgar-se conveniente a reação, mas não experimentaríamos a emoção da ira. Várias têm sido as objeções formuladas a esta teoria, que, no entanto, ainda não foi totalmente repudiada, em razão da inviabilidade de uma prova decisiva em contrário. Para demonstrar o seu erro seria preciso, como argumenta JAMES, que se encontrasse um indivíduo que, apesar de anestesiado, não estivesse paralisado e, nada obstante, ainda fosse capaz de exprimir fisicamente a emoção, sem experimentar qualquer afecção subjetiva. SHERRINGTON e HEYMANS, entre outros, tentaram, *in anima vili*, realizar essa prova crucial; mas, não tendo sido possível a situação integral proposta por JAMES, os resultados não afastaram a dúvida. Tomou-se

O Código atual somente condescende com a *emoção violenta* no campo da *culpabilidade*, para a atenuação da pena, e ainda assim quando derive de *provocação injusta*. *Quum*

-social (como entendia FERRI), pois tais qualificativos somente podem dizer com a personalidade em cujo âmbito surge e se desencadela, pretende ALTAVILLA que ela deve ser elisiva da responsabilidade nos limitados casos em que o subsequente desafogo pelo crime não corresponda ao cunho da personalidade ética do indivíduo agente. Se o crime está em dissonância com os sentimentos morais do possessor da emoção, deixa de ser expressão de sua personalidade, isto é, deixa de ser ético-psiquicamente "seu". Deve ser declarada a irresponsabilidade quando o choque emotivo deriva numa ação criminosa inteiramente alheia à moralidade habitual ou genérica do agente. Ora, tal raciocínio é inaceitável. Se a consciência moral do agente, na etapa incoativa da emoção, não se ajustasse à idéia do crime, isto é, se existissem nele suficientes *motivos de consciência* ou radicadas aquisições éticas, a funcionarem como antítese frenadora, é claro que o crime não podia ter sido praticado. A emoção é uma brecha por onde sempre se escoo o fundo da personalidade. Do mesmo modo que a excitação alcoólica, age sobre a intimidade psíquica como o calor sobre uma esfera metálica: dilata-a, mas não a deforma. Como se diz *in vino veritas*, pode também dizer-se *in emota mente veritas*. O indivíduo emocionado jamais se destaca de si mesmo, para adquirir uma personalidade essencialmente contrária à que possui fora do estado emocional.

É verdadeiramente estranho, por isso mesmo, o sentimento de piedade ou tolerância com que se costuma julgar o delinqüente emocional. Do ponto de vista estritamente psicológico, é uma incoerência macroscópica o atribuir-se prêmio ao emocionado que pratica ações nobres, e se chama *herói*, e o não irrogar-se punição ao emocionado que comete ações maléficas, deixando-se de tratá-lo como *criminoso*. Tão responsável é o último pelo seu crime, quanto o primeiro pelo seu heroísmo. Existe diferença sob o prisma ético-social, pois, enquanto um é socialmente benéfico, o outro é socialmente nocivo; mas, se o herói é glorificado pela sua proeza, por que o criminoso não deve ser punido pela sua façanha? Compraz-se a psicologia moderna em pesquisar a psicogênese ou *processus* da emoção, e tem gasto com isso arrobas de papel e tinta. E como acontece toda vez que se pretende submeter a psique humana ao "ôlho mecânico" da ciência objetiva, não se logrou ultrapassar, até hoje, o terreno de *hipóteses provisórias*, que se sucedem ao sabor de lucubrações mais ou menos plausíveis, mas sem a marca da cer-

*diminuição especial de pena.*<sup>24</sup> É a confirmação do antigo princípio de que as perturbações afetivas *non excusant in totum, sede tamen faciunt ut delinquens mitius puniatur*.

---

<sup>24</sup> Vejam-se comentários aos arts. 121, § 1.º, e 129, § 4.º, no vol. V.

dentro de certa medida, na sua função de controle e inibição. Reacionando, o tálamo repercute, de um lado, sobre a córtex, a que leva a consciência dos processos emocionais e do *proprium quid* de cada emoção, e, de outro lado, sobre os centros dos músculos e das vísceras, mediante os quais se realiza e se exprime a emoção em todo o corpo.

Ora, tudo isso não passa, como adverte DUMAS, de uma explicação verbal, de vez que não se acham estabelecidos e comprovados os mecanismos fisiológicos de ação, interação e seleção que a nova teoria pressupõe. BUSCAINO, depois de excluir a interferência original de um estado emocional subjetivo, entende que os fatos puramente somáticos “constituem constelações complexíssimas de reflexos nos “músculos estriados, no sistema autónomo, no sistema simpático, “no sistema endócrino, com os respectivos centros de coordenação “localizados nos gânglios da base e no mesencéfalo, isto é, essencialmente na massa cinzenta que circunda o terceiro ventrículo e “o aqueduto de SÍLVIO”. É como se o ilustre fisiólogo italiano estivesse lendo no escuro a edição minúscula da “Divina Comédia” de DANTE... DE SANCTIS, conciliatoriamente, afirma que o *processus* da emoção apresenta as seguintes etapas: primeira, percepção sensorial; segunda, atividade consciente da córtex representativa e orgânica (emoção primária), com reconhecimento do valor afetivo da percepção; terceira, fenômenos reflexos bulbares e talâmicos (vasomotores), bem como humorais; quarta, ricochete desses reflexos como novos estímulos à consciência; quinta, estado emotivo completo (emoção verdadeira). Nada, porém, nos garante contra o desacerto desses esquemas, cuja exposição pode ser apenas logorréia em torno de conjecturas e miragens.

Os endocrinólogos, por sua vez, têm a sua teoria: a emoção resulta de um estímulo que determina, através do sistema nervoso, uma variação endócrina, e esta, de seu lado, repercute sobre o sistema nervoso, tornando-o mais suscetível à ação do estímulo. Segundo LEVI e ROTHSCHILD, a tireóide seria, por excelência, a glândula da emoção. Dizia LUGARO que, com a ressecção de três quartos da tireóide, não haveria mais criminosos violentos. Entretanto, a hipertireoideus ou *basedowianos* flagrantes, desses de olhos salientes como empolas de câmara de ar por interstícios de pneu, conheço eu

E foi dessarte cancelado o texto elástico do famigerado § 4.º do art. 27 do Código de 90, essa chave falsa com que se abria, sistematicamente, a porta da prisão a réus dos mais estúpidos crimes. Ninguém ignora que a fórmula da dirimente

---

que se mostram de estóica serenidade... O já citado CANNON reconhece a influência endócrina, mas as cápsulas supra-renais, estas, sim, é que seriam as glândulas específicas da excitação violenta. O hormônio que segrega, isto é, a adrenalina, é o melhor "combustível" às labaredas da emoção. A hiperadrenalinemia, devida ao estímulo emocional, e a conseqüente hiperglicemia acentuam e prolongam a onda emocional. Ao que informa DUMAS, porém, são contrárias a essa hipótese as experiências de STEWART e ROGOFF: operando estes sobre gatos, extraíram uma das supra-renais e cortaram os nervos da outra, de modo a ficar suprimida qualquer secreção de adrenalina, e, no entanto, esses gatos continuaram suscetíveis de todas as reações emotivas dos gatos normais.

Vê-se por aí que muito pouco pode fornecer, para o estudo da emoção, a ciência de exploração do psiquismo. Em que pese à ingênua credulidade de certos juristas, que se metem a *dilettanti* da psicologia rotulada de "experimental", não pode esta apresentar, sequer, uma explicação cabal sobre a psicogênese da emoção. Continuamos, nós, juristas, pelo menos os que temos a cabeça sobre os ombros e ambos os pés firmemente sobre o globo terráqueo, a lidar tão-somente com os dados da experiência empírica. E é esta, sem contraste de qualquer ilação positiva no campo científico, que nos atesta o que particularmente nos interessa sob o ponto de vista jurídico-penal, isto é, que existe no fenômeno da emoção um estado subjetivo especial que, se no seu auge é impulsividade quase automática, permite, entretanto, na sua fase incoativa, a interferência dos *motivos da consciência* ou dos *freios inibitórios*, o exercício do poder lógico no sentido de resistência à emotividade, o predomínio da inteligência experiente, a atuação normalizadora da faculdade de crítica e seleção dos motivos. A lei social, portanto, não pode deixar de atender a essa lição de banal experiência e, conseqüentemente, com fundamento no princípio da *actio libera in causa*, de inserir a sanção penal entre os motivos de antítese ao desencadear tumultuário da emoção ou à sua crescente expansão egoárquica, que, quando orientada para o crime, pode rebaixar o homem ao estado da pura animalidade.

Não faltam, é certo, ao nosso Código azedos censores que, assumindo o *ar de suficiência* dos que julgam possuir a chave de todos os mistérios e segredos, impugnem o raciocínio com que nós, juristas,

reconhecida nesse parágrafo, tanto mais infeliz quanto mutilara o modelo bávaro, com exclusão da cláusula que subordinava a dirimente da “perturbação dos sentidos e da inteligência” à condição de não ser esta *imputável ao agente*,

---

construímos a teoria das *actiones liberae in causa seu ad libertatem relatae* e a aplicamos ao delinqüente por emoção; mas, desde que se reflita sobre a extrema e inexplicável complexidade do psiquismo, que é ainda, por isso mesmo, uma região quase incógnita, é bem de ver que orça pela charlatanice a crítica desses *boateiros* de ciência elaborada sobre probabilidades e presunções. Ainda que fosse artificialismo a teoria da *actio libera in causa* no caso dos delinqüentes por ímpeto emotivo, qual a segurança que nos dão os psicólogos especialistas a respeito do que inculcam? Se eles gravitam em torno de uma hipotética recrudescência emotiva em razão de descargas de tireoidina ou golfadas de adrenalina, por que nos seria vedado, a nós, juristas, formular as nossas teorias, ainda que sobre base empírica? Por que haveríamos de repudiar um critério que corresponde ao interesse de ordem e disciplina da vida social e, em substituição, expedir, em nome de uma ciência eivada de ficções e devaneios, um preventivo salvo-conduto aos que matam por emoção, as mais das vezes quando a vítima se encontra à sua mercê ou incapaz de reação defensiva?

Alguns desses censores, que fazem crítica por amor à crítica, já procuraram até mesmo atribuir ao nosso Código de 40 o dislate da indiferenciação entre emoção do homem normal e emoção de fundo patológico. Ora, é de toda evidência que o nosso legislador, ao declarar que “a emoção não exclui a responsabilidade penal”, refere-se exclusivamente à emoção do homem normal ou daquele que, não obstante uma certa minusvalia psíquica, não chega a ser um doente mental. Se a emoção não é mais que um sintoma de franca e autêntica morbidez psíquica, é claro que não há falar em responsabilidade penal (art. 22 do Cód. Penal).

Se o Código é severo para com os criminosos emocionais, não é, porém, intransigente. Como já notamos, autoriza uma atenuação ou minoração de pena quando o agente comete o crime ao impulso de “violenta emoção injustamente provocada”. É ainda de advertir que, se se trata de indivíduo “fronteiriço” ou portador de “personalidade psicopática”, ainda poderá beneficiar-se de maior ou especial redução de pena (parág. único do art. 22). Semelhante transigência, entretanto, tem sido interpretada com grande elastério, dada a excessiva benignidade de que fazem praça muitos de nossos juizes e tribunais: contentam-se estes, aprioristicamente, com a simples in-

foi uma das razões máximas da ineficiência do primeiro Código republicano, porque se tornou uma prévia garantia de impunidade aos mais brutos e feros delinquentes.

*justiça* da provocação considerada *in abstracto* (isto é, sem ter em conta a moralidade ou condição do provocado), como se importasse, necessária e invariavelmente, o fenómeno emotivo e, mais ainda, a *violência* da emoção. Já escrevemos alhures, na tentativa de uma orientação mais condizente com o interesse da defesa social: "Com a fórmula do Código, teve-se em vista a menor gravidade do crime emocional injustamente provocado, e isto quer do ponto de vista subjetivo, quer do ponto de vista político (pois a vítima, com a sua conduta, é quem criou para si mesma, pelo menos em parte, a situação de perigo ou de dano). Cautelosamente, o Código exige que a emoção seja violenta. A injustiça da provocação não faz presumir a perturbação de ânimo. Aquele que, embora injustamente provocado, reage a sangue frio, como se estivesse praticando uma ação normal, revela que não sentiu a *injustiça*, e comete o crime por mera perversidade, pela só vanglória de não levar desaforo para casa. Como dizem THORMANN e OVERBECK, não basta a provocação injusta: é preciso que esta produza uma viva emoção (*heftige Gemutsbewegung*)". A emoção violenta é inconfundível pelas suas expressões somáticas e pela atitude do agente antes, durante e após o crime.

No *raptus* emocional, a hipertonia muscular acarreta uma como agitação convulsiva. As perturbações motrizes são acompanhadas de desordenados impulsos para agir, apresentando o choque emotivo as características de um estado de embriaguez. Costuma-se mesmo falar em *ebriedade emocional*: O indivíduo tem estampada no semblante e em todo o corpo a tempestade íntima. Rosto intensamente vermelho ou intensamente pálido (ocorrendo, por vezes, a chamada *intencia* emotiva), faces enlumescidas, olhos desorbitados, esclerótica injetada, artérias do pescoço carregadas, narinas palpitantes, pernas vacilantes, gestos desatinados, passos incoerentes. Outra das notas típicas da emoção violenta é a pobreza de idéias, de modo que o indivíduo é levado à repetição monótona das mesmas frases, que lhe saem da garganta como rugidos. Dá-se uma espécie de ataxia mental. Também traço infalível do verdadeiro criminoso emocional é a ostensividade do seu crime, pois o seu estado paroxístico de excitação, causando o obscurecimento da consciência, torna inexcogitável qualquer plano de precaução. São impossíveis a emoção e a premeditação. Ainda mais: retornando ao seu estado normal, o delinquente emocional quase sempre se entrega a demonstrações de remorso, a profundo abatimento, até mesmo a crises de choro. Não



110. **Embriaguez.** Entre as causas biológicas que podem excluir a responsabilidade ou condicionar a responsabilidade com a pena atenuada, inclui o Código a *embriaguez*

---

procura negar o crime, e o confessa espontaneamente, embora com lacunas de memória. No texto dos arts. 47, IV, c, e 121, § 1.º, do nosso Cód. Penal, onde está escrito “emoção”, pode ler-se “cólera” ou “ira”, pois esta é a emoção específica que em nós se produz quando sofremos ou assistimos a uma injustiça. Emoção reacionária ou estênica, por excelência, a ira, se não é contida a tempo, pode conduzir-nos aos maiores desatinos. Os antigos chamavam-na *furor brevis*, e o famoso preceptor de Nero, no seu diálogo *De ira*, assim descrevia o homem em estado colérico: “Como o louco furioso se revela pela “face audaciosa e minaz, a fonte sombria, o aspecto terrível, o andar “precipitado, as mãos que se crispam, a cor alterada, a respração “ofegante e entrecortada, também assim se apresenta o homem “encolerizado. Seus olhos flamejam e faíscam; todo o seu rosto se “enrubesce com o sangue que ferve e sobe do coração; seus lábios “tremem, seus dentes se comprimem; seus cabelos se eriçam; sua “respiração é opressa e sibilante; chega-se a ouvir o estalido de suas “articulações, que se torcem; geme e ruge surdamente; sua palavra “é gaguejante; suas mãos se castigam mutuamente, a cada instante; seus pés percutem o chão; todo o seu corpo está abalado, “e grave ameaça se estampa na sua terrífica figura”.

Não me furto ao prazer de ler no original a página de SÊNECA, uma das mais belas da literatura latina, pelo seu cunho onomatopáico e colorido realístico: “... *ut furentium certa indicia audax et minax vultus, tristis frons, color versus, torva facies, citatus gradus, inquietæ manus, crebra et vehementius acta suspiria, illa irascensium eadem signa sunt: flagrant et nutant oculi, multus ore toto rubor, extuante ab imis præcordiis sanguine, labia quaruntur, dentes comprimuntur, horrent et surriguntur capilli; spiritus coactus, ac stridens; articulorum seipsos torquentium sonus; gemitus mugitusque parum explanatis viribus; sermo præruptus et complexæ seapius manus, et pulsata humus pedibus, et totum concitum corpus magnasque minas agens fæda visu et horrenda facies*”. Com tanta ou menor intensidade, é sempre reconhecível o espetáculo da ira violenta, que frequentemente encontra nos crimes de sangue a sua válvula de escape, e sobre cuja realidade palpitante deve versar, para a certeza moral do juiz, a prova dos autos.

Foi em boa hora, senhores, que a nossa lei penal deixou de *contemporizar*, desidiosamente, com a emoção que desabafa no crime.

*acidental ou fortuita*, depois de declarar que não elimina a capacidade penal a “embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos”.

Na sua *Exposição de motivos*, o ministro CAMPOS explica: “Ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos), do ponto de vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda a sua plenitude a teoria da *actio libera in causa seu ad libertatem relata*, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência *preordenado*, mas a todos os casos em que o agente se deixa arrastar ao estado de inconsciência. Quando *voluntária* ou *culposa*, a embriaguez, ainda que plena, não isenta de responsabilidade (art. 24, n.º II): o agente responderá pelo crime. Se foi *preordenada* responderá o agente, a título de dolo, com pena agravada (art. 24, n.º II, combinado com o art. 44, n.º II, letra c). Somente a embriaguez *plena e acidental* (devida a caso fortuito ou força maior) autoriza a isenção de pena, e, ainda assim, se o agente no momento do crime, em razão dela, estava

---

Já não existe o privilégio de impunidade que, por inspiração de um sentimentalismo piegas e de um cientismo improvisado dentro de agudíssimos ângulos de vista, se concedia aos chamados “hiperemotivos”, como se estes constituíssem uma espécie de gentio dispensada de se ajustar ao ritmo da vida em sociedade. Nesta hora de crescente egoísmo e desembestiar de instintos inferiores, em que até as mulheres, trocando sua tradicional mansuetude pelo mais brutal espírito de prepotência, já se alistam para a criminalidade da emoção, esquecidas do *non occides* do Decálogo, é imprescindível a *ultima ratio* da pena para conter e reprimir esses energúmenos impulsivos, que, socialmente desajustados, não sabem resolver os seus problemas senão com um golpe de punhal ou uma descarga de revólver 38. A emoção para o bem, para o belo e para o justo é vibração da essência divina que talvez exista em nós; mas a emoção para o crime é eclosão de instintos animais, assomo de ferocidade idêntica à que ronca e estruge no recesso da selva. A própria mímica fisionômica da emoção estênica lembra o arreganho de fauce dos felinos ávidos de carnagem. Seria uma afronta à Civilização que se deixassem impunes os magarefes que deparam na emoção apenas um ensejo de saciedade à sua volúpia de sangue”.

“inteiramente privado da capacidade de entendimento ou de livre determinação. A propósito, não é de esquecer a “opinião de BATTAGLINI,<sup>25</sup> que, se contém algum exagero, não deixa de ser útil advertência: “... o ébrio, com inteligência suprimida e vontade inexistente, é uma criação da fantasia: ninguém jamais o viu no banco dos réus”. Se a embriaguez, embora fortuíta, não é de molde a subverter totalmente a consciência e vontade, o juiz pode reduzir a pena (§ 2.º do art. 24), tal como no caso dos anormais psíquicos”. É a sucinta e precisa fixação de como foi solucionada pelo Código a *vetata quæstio* da embriaguez sob ponto de vista penal.

Do mesmo modo que no caso da emoção ou paixão foi aceita, na sua moderna latitude, para reconhecimento da responsabilidade do delinqüente ébrio (por efeito do álcool ou qualquer outro inebriante ou estupefaciente: ópio, éter, cocaína, clorofórmio, escopolamina, ciclopropana, protóxido de azoto, barbitúricos etc.), o princípio das *actiones liberæ in causa*. Em face deste, persiste a responsabilidade do indivíduo que, colocando-se em estado de transitória perturbação fisiopsíquica por ato voluntário seu, ainda que simplesmente culposos, vem em seguida a praticar uma ação (ou omissão) violadora da lei penal.

Cumprido notar, além disso, que, segundo a lição da experiência, a vontade do ébrio não é tão profundamente conturbada que exclua por completo o poder da inibição, como acontece nas perturbações psíquicas de fundo patológico. É o que justamente acentua MEZGER:<sup>26</sup> “A experiência ensina que na embriaguez é possível e pode ser exigido um grau mais alto de autocontrole do que, por exemplo, nas alterações da consciência de índole orgânica. As perturbações por intoxicação de álcool (acrescente-se: *et similia*) sempre ficam, em maior ou menor medida, na superfície”.

---

<sup>25</sup> *Diritto Penale*, pág. 125.

<sup>26</sup> Ob. cit., II, pág. 69.

E como ainda observa o insigne penalista alemão, a embriaguez quase sempre revela o indivíduo na sua verdadeira personalidade, e precisamente o objetivo da teoria da culpabilidade é tornar-se responsável o indivíduo pelos atos que são expressão de sua personalidade.

Finalmente, não se deve abstrair que a ameaça penal será um motivo inibitório a mais no sentido de *prevenir* a embriaguez, com os seus eventuais efeitos maléficos.

Diante de todas essas considerações, o legislador brasileiro não podia ter hesitado em *equiparar* a vontade do ébrio à vontade condicionante da responsabilidade e, conseqüentemente, da punibilidade. No caso de embriaguez *preordenada*, o agente responderá sempre a título de dolo (e com a pena agravada); no caso de embriaguez não preordenada, mas *voluntária* ou *culposa*, responderá por crime doloso ou culposo, segundo o indicarem as circunstâncias ou, seja, segundo a direção ou atitude da residual vontade que existe no estado de ebriedade. Não é necessária uma relação finalística entre a embriaguez e a conduta aberrante: basta o nexo de causalidade entre aquela e esta, de par com a previsão ou possibilidade de previsão dos anarquizantes efeitos da ingestão do álcool ou substância análoga.

BASILEU GARCIA,<sup>27</sup> não obstante apoiar a solução do Código *in subjecta materia*, “porque, na verdade, o estado de “embriaguez, voluntária ou culposa, que permita verificar-se “um crime, no comum dos casos com que defrontamos nos “pretórios, jamais é de tal abolição das faculdades volitivas, “sensórias ou intelectivas do agente, que realmente se deva “falar em tal irresponsabilidade”, faz o seguinte comentário, em relação à embriaguez voluntária ou culposa: “Não “me parece que aqui se deva fazer realmente uma aplicação da teoria das *actiones liberae in causa*, como sustenta “a *Exposição de motivos*. Quer na embriaguez simplesmente

---

<sup>27</sup> “Causalidade material e psíquica”, in *Revista Forense*, fascículo 469.

“voluntária, quer na embriaguez culposa, o agente não tem em vista cometer um crime, o que se dá em hipótese muito diferente, que é a da embriaguez dolosa, preordenada. O agente quer tão-somente beber ou quereria talvez embriagar-se, mas não quer delinquir. Entretanto, vem a cometer um crime. Diz o Código — é responsável, e diz a *Exposição de motivos* — é responsável em virtude da aplicação que fazemos das *actiones liberae in causa*, porque a ação criminosa foi livre na sua causa. Respondo que não foi livre na sua causa a ação criminosa. Não se nota aí um nexo de causalidade subjetiva entre a ação daquele que quer, quando muito, embriagar-se e o resultado final: o crime que vem a cometer”. De duas, uma: ou o professor paulista desconhece, ou não quer aderir à extensiva conceituação moderna da *actio libera in causa*, tão bem fixada, entre nós, em escorreita monografia, por NARCÉLIO DE QUEIRÓS (veja-se n.º 83). Quando da elaboração do atual Código Penal italiano, em que se inspirou o nosso na solução da questão ora versada, a *Relazione ministeriale sul progetto preliminare* (I, pág. 143) dizia: “O projeto regula a imputabilidade das pessoas em estado de embriaguez, aplicando o princípio das *actiones liberae in causa*, excetuada apenas, expressamente, a eventualidade da embriaguez accidental, isto é, derivada de força maior ou caso fortuito. Qualquer outra causa geradora da embriaguez (voluntária, culposa, preordenada) não pode autorizar a exclusão ou diminuição da imputabilidade”. ALOISI, delegado ministerial, assim se pronunciou no seio da Comissão Parlamentar: “Aquele que é imputável, isto é, pessoa capaz de direito penal, deve responder pelo crime cometido em estado de embriaguez não-accidental, porque livremente se colocou em condição de delinquir”. E foi assim a amplitude do conceito da *actio libera in causa* consagrada num dos mais perfeitos Códigos Penais contemporâneos, não se compreendendo que ainda se invoque a velha doutrina, como se fora uma proibição *tabu*.

Não é de identificar-se na espécie, como já se tem pretendido, um caso de *responsabilidade objetiva*, mas de responsabilidade por ampliação (ditada por motivos de índole social) do próprio critério *voluntarístico*. E não é demais invocar, aqui, a opinião de um ilustre professor de medicina legal, RINALDO PELLEGRINI: "O ébrio, que cometeu crime, é punível porque "era livre na sua atuação relativamente ao fato inicial, isto é, "ao primeiro anel da cadeia que constituiu, a seguir, o nexo "de causalidade entre a embriaguez e o crime; a sucessiva "atividade criminosa do agente, ainda que alheada ao contexto deste, foi, portanto, provocada por uma ação *voluntária* (o abuso inconsiderado do álcool), que resultou na embriaguez e à qual pode ser referido o evento."

Várias são as hipóteses formuláveis a respeito do indivíduo que comete crimes em estado de embriaguez:

- a) embriagou-se voluntariamente, com o fim preconcebido de cometer o crime;
- b) embriagou-se voluntariamente, sem o fim de cometer o crime, mas prevendo que em tal estado podia vir a cometê-lo e assumindo o risco de tal resultado;
- c) embriagou-se voluntariamente ou imprudentemente, sem prever, mas devendo prever, ou prevendo, mas *esperando* que não ocorresse a eventualidade de vir a cometer o crime;
- d) embriagou-se por caso fortuito ou força maior (sem intenção de se embriagar e não podendo prever os efeitos da bebida).

Nos casos sob a, b e c é inegável que, maior ou menor, existe um vínculo de causalidade psíquica entre o ato de embriagar-se e o evento criminoso, entre o intencional, voluntário ou culposos estado de transitória perturbação fisiopsíquica e o crime. Em todos três, o agente se colocou, livremente, em estado de delinqüir, sabendo ou devendo saber que a embriaguez facilmente conduz à frouxidão dos freios inibitórios e à conseqüente prática de atos contrários à ordem jurídica. Somente na quarta hipótese deixa de haver uma *actio libera in causa*.



Ainda sem razão, B. GARCIA entende que o Código não resolveu a hipótese da embriaguez *patológica* não-acidental. Ora, evidentemente, a embriaguez, a que se refere o art. 24, n.º II, é a chamada *simples*, isto é, a que não se complica com a anormalidade psíquica de que seja acaso portador o agente. Se este é, por sua condição mesma, um doente mental ou um anormal psíquico, ficará isento de pena ou sofrerá pena atenuada, na conformidade do *caput* e parágrafo do art. 22.

Sobre a intensidade da embriaguez fortuita, é preciso que não se faça dela um problema complexo ou a ser resolvido com a miúda precisão de aparelhos psicográficos. Sobre-tudo, deve ter-se em vista que o juiz, em grande número de casos, não poderá instruir-se com a ajuda de um laudo médico-legal, e terá de contentar-se com a informação de testemunhas. A embriaguez *completa* (plena) e a *incompleta* (semiplena), a que se referem os §§ 1.º e 2.º do art. 24, correspondem, respectivamente, aos clássicos “segundo” e “primeiro” *períodos*, devendo notar-se que a embriaguez no *terceiro período* ou *período letárgico*, obviamente qualificada como *completa*, somente pode ser causa de crimes de omissão ou comissivos por omissão. PELLEGRINI<sup>28</sup> faz a respeito do *segundo período* da embriaguez a seguinte descrição, que o torna reconhecível pelos próprios leigos: “... observam-se “acentuadas alterações vaso-motoras, especialmente no rosto, “geralmente de tipo congestivo (rubor intenso), mais raramente de tipo constritivo (palidez); o ritmo respiratório se “acelera; os movimentos se fazem incertos, desordenados, “vacilantes; o indivíduo prorrompe em gritos ou ruge surdamente, ou fala de modo incoerente; os poderes inibitórios “estão em grande parte anulados”. Para que outras minúcias de técnica médico-legal, que, aliás, não têm um valor matematicamente certo? Em face dos indícios acima, deve ser reconhecida a embriaguez *completa*, enquanto a *incom-*

<sup>28</sup> *Trattato di Medicina Legale*, II, pág. 995.

*pleta* se identificará por exclusão, isto é, quando, à parte o coma do terceiro período, não se apresentarem os ditos indícios espetaculares.

**III. Perícia psiquiátrica e quesitos.** Nos casos de argüida ou suspeitada irresponsabilidade ou “responsabilidade diminuída” do agente, é missão do perito-médico (art. 149 do Código de Processo Penal) averiguar a *causa patológica* acaso existente e, no caso afirmativo, informar sobre as conseqüências de ordem psicológica, dela decorrentes, referidas ao momento do fato imputado. Nos casos de irreduzível dúvida, deve prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*; se o perito está indeciso quanto à *plenitude* da faculdade intelectual ou volitiva do agente, deve orientar suas respostas no sentido da responsabilidade com pena atenuada (parág. único do art. 22); se a dúvida é sobre a radical ausência de qualquer dessas faculdades, deve decidir por tal hipótese, ao invés de adotar uma solução transacional, que tal seria a de afirmar a condição de responsabilidade com pena atenuada. Semelhante transação seria de manifesta incurialidade. Em qualquer caso, porém, não será abstraída a regra geral do art. 157 do Código de Processo Penal, de que é corolário o art. 182. Dispõe o primeiro: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”; e acrescenta o segundo: “O juiz não ficará adstrito ao laudo (de qualquer perícia), podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”. Não deve ser esquecida a advertência de BUMKE: “O “magistrado não está escravizado a nenhum testemunho e “muito menos ao laudo pericial... É natural que um perito “se sinta ofendido, se o laudo não é tomado em consideração; mas cumpre dizer que isso quase nunca acontece ao “verdadeiro perito, que sabe adaptar suas conclusões ao ponto de vista dos profanos que vão julgar”. Ao perito não é de formular-se pergunta sobre se o acusado é ou não *responsável* (com ou sem pena atenuada), pois sua função limita-se a verificar a existência ou ausência da *causa biológica*

(doença, deficiência ou perturbação mental) e, no primeiro caso, dizer da influência dela sob o ponto de vista psicológico (isto é, no tocante às faculdades intelectual ou volitiva do paciente). Devem ser sempre contempladas, em quesitos separados, as condições legais da irresponsabilidade e da responsabilidade com pena atenuada, e, ao formular os quesitos deve o juiz seguir, com a possível fidelidade, a linguagem da lei, abstendo-se de outra casuística além da prevista no texto legal, de modo que somente neste encontre limite o pronunciamento específico do perito. O Professor HERTOR CARRILHO (saudosos ex-diretor do Manicômio Judiciário do Distrito Federal e um dos mais notáveis psiquiatras sul-americanos), por mim solicitado, forneceu-me as seguintes preciosas observações técnicas sobre os quesitos relativos ao art. 22 e seu parág. único:

“O art. 22 do Código Penal e seu parág. único comportam, a meu ver, quatro quesitos relacionados com a perícia psiquiátrica”.

“O primeiro quesito deverá indagar sobre a presença no “acusado, ao tempo da ação ou da omissão, de sintomas de “doença mental (funcional, orgânica, constitucional ou tóxica-infecciosa) que lhe tenha suprimido inteiramente a capacidade de entender o caráter criminoso da reação anti-social realizada ou que lhe tenha anulado a capacidade de autodeterminação. Nesta fórmula se acham contidas todas as psicoses, funcionais ou dinâmicas, orgânicas ou destrutivas, tais como as esquizo ou psicofrenias, as decorrentes de auto ou hetero-intoxicações, as epilêpticas e sífilíticas, as ligações a infecções e, ainda, todos os estados demenciais correspondentes a processos orgânicos (arteriosclerose cerebral, demência senil, paralisia geral etc.).

“O segundo quesito indagará apenas se o acusado apresenta desenvolvimento mental incompleto ou retardado, em grau suficiente para anular a capacidade de entendimento ou de autodeterminação, às quais se refere o quesito anterior. Aí se acham incluídas as oligofrenias em grau profun-

“do (idiotia e imbecilidade) e, mesmo, a debilidade mental acentuada.

“O *terceiro quesito* considerará a questão da *perturbação da saúde mental*. Embora esta expressão possa permitir confusões com a de *doença mental*, dado o conceito amplo de *saúde mental* perturbada, penso que, dentro do espírito da lei penal, sobretudo quatro hipóteses clínicas podem ocorrer, permitindo a limitação da capacidade de entendimento e de autodeterminação: 1.<sup>a</sup>, achar-se a saúde mental do acusado atingida, ao tempo da ação ou da omissão, por *distúrbios leves*, ligados a fases iniciais ou preliminares de psicose; aí se enquadram as esquizofrenias latentes ou as fases iniciais dessa psicose, as manifestações prodômicas da psicose maníaco-depressiva, as fases pré-clínica da neuro-sífilis etc.; 2.<sup>a</sup>, apresentar o acusado *perturbações residuais*, integrantes de remissões francas de certas psicoses funcionais, notadamente a esquizofrenia e a psicose maníaco-depressiva ou as que caracterizam as chamadas *curas com defeito* e as *curas sociais*, sobretudo verificadas nos portadores de psicoses endógenas e nos paralíticos gerais malarizados; 3.<sup>a</sup>, manifestar o acusado *distúrbios iniciais* ou seqüelas psíquicas das endo e hetero-toxicoses; 4.<sup>a</sup>, apresentar ele os desvios expressivos de *personalidades psicopáticas*, notadamente os que caracterizam os psicopatas hipertímicos, depressivos, inseguros, fanáticos, ostentadores, inconstantes, explosivos, insensíveis, abúlicos e astênicos, da classificação de KURT SCHNEIDER, diretor do Instituto de Investigações Psiquiátricas de Munique.

“O *quarto quesito* indagará sobre se o desenvolvimento mental do acusado deixou de atingir o nível normal e se essa parada de evolução é de grau a permitir a atenuação da capacidade e entendimento ou de autodeterminação. Uma única hipótese comporta essa indagação: é a da debilidade mental em grau leve.

“Parece-me que os quesitos devem ser redigidos em termos gerais, aproximados dos próprios dispositivos legais,

“contidos no art. 22 e seu parágrafo. Destarte, ficaria o perito com a liberdade de examinar todas as hipóteses clínicas e as exceções que, acaso, ocorrerem, dentro da complexidade da patologia mental”.

É uma síntese perfeita do quanto se pode dizer sobre o assunto. O emprego da expressão “perturbação da saúde mental”, a que faz reparo o insigne psiquiatra, já foi por nós explicado acima: compreende não só os casos por ele tão nitidamente fixados, como a própria *doença mental*, desde que não totalmente supressiva da capacidade de entendimento ou de autodeterminação.

Se nos fosse permitido opinar sobre o número dos quesitos, reduzi-los-íamos a dois apenas, que corresponderiam, respectivamente, ao *caput* e ao parágrafo do art. 22. Nenhum prejuízo poderia advir daí para a resposta do perito, bastando que este indique, dentre as hipóteses aventadas alternativamente, qual a que realmente ocorre. Os dois quesitos, segundo penso, devem ser assim formulados (abstendo-se o juiz de adinículos de erudição *ad hoc*):

1.º) O acusado F., ao tempo da ação (ou da omissão), era, por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

2.º) O acusado, ao tempo da ação (ou da omissão), não possuía, por motivo de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

No caso de embriaguez, os quesitos devem corresponder às hipóteses dos §§ 1.º e 2.º do art. 24, formulando-se um terceiro sobre a *acidentalidade*, quando o reconhecimento do *caso fortuito* ou da *força maior* envolver indagação médico-legal (como nos exemplos figurados por PELLEGRINI: do operário que trabalha em local com exalações etílicas; do indivíduo em lipotímia, a quem tenha sido ministrada forte dose

de álcool; da desproporção entre a embriaguez e a sua causa; da embriaguez por impulso patológico etc.). Eis a fórmula que julgamos acertada:

1.º) O acusado F., ao tempo da ação (ou omissão), era, por motivo de embriaguez completa, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

2.º) O acusado, ao tempo da ação (ou omissão), não possuía, por motivo de embriaguez, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

3.º) (Quando necessária a consulta ao perito.) A embriaguez do acusado proveio de caso fortuito ou força maior?

É possível que a alguns se afigure demasiadamente rigoroso o Código, ao resolver o problema da responsabilidade; mas a esses é de ponderar-se que, cada vez mais, deve ser gravada na consciência geral, e efetivamente realizada, a idéia de que ninguém, no seio da coletividade, tem *carta branca* para cometer crime. E desde que ao delinqüente não era de todo impossível agir *socialmente*, deve atingi-lo a aguilhada da pena, para que acerte o passo ao ritmo da ordem jurídica.



## TÍTULO IV

## DA CO-AUTORIA

**Pena da  
co-autoria**

*Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.*

**Circunstâncias  
inco-  
municáveis**

*Art. 26. Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.*

**Casos de  
impunibi-  
lidade**

*Art. 27. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único).*

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* italiano, arts. 110 a 119; francês, arts. 59 a 61; alemão, §§ 47 a 50; holandês, arts. 42 a 52; espanhol, arts. 12 a 18; português, arts. 19 a 25; suíço, arts. 24 a 26; polonês, arts. 26 a 30; dinamarquês, arts. 23 e 24; norueguês, § 58; soviético, arts. 17 e 18; turco, art. 45; húngaro, §§ 69 a 74; argentino, arts. 45 a 49; uruguaio, arts. 59 a 65; venezuelano, arts. 83 a 85; colombiano, arts. 27 a 32; mexicano, arts. 13 e 14; boliviano, arts. 8 a 12; peruano, arts. 100 a 104; equatoriano, arts. 45 a 49 e 51 a 53; costa-riquense, arts. 43 a 47; dominicano, arts. 59 a 63; guatemalteco, 28 a 33; haitiano, arts. 44 a 47; hondurense, arts. 10 a 15; nicaragüense, arts. 17 a 20; panamenho, arts. 63 a 65; paraguaio, arts. 34 a 46; porto-riquense, §§ 35 a 38; salvatoriano, arts. 11 a 15.

**BIBLIOGRAFIA** (especial). CASTORI, *Del concorso di persone in uno stesso reato*, in *Trattato* de COGLIOLO, I, 1889; IMPALLOMENI, "Del concorso di più persone in un reato", in *Riv. Penale*, XXVI, 1887; VON BURI, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der*

*Begünstigung* (Sobre a doutrina da participação no crime e o favorecimento), 1860; NOCITO (P.), "Il concorso di più persone in uno stesso reato", in *Enciclopedia* de PESSINA, vol. 5, págs. 307 e segs., 1904; RANIERI (Silvio), *Il concorso de più persone in un reato*, 1938; ZERBOGLIO (A.), *Concorso di più persone in un reato*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. III, 1938; GRISPIGNI, *Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato*, in *Scuola Positiva*, 1911; FOINITZKY, in *Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, XII; ZIMMERL, *Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung* (Autoria, participação, cooperação), idem, 1935; CARRARA (F.), *Complicità*, in *Opuscoli*, I, 1898; NICOLADONI e GETZ, in *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Penal*, vol. V; SIGHELE, *La teoria positiva della complicità*, 1894; *La coppia criminale*, 3.<sup>a</sup> ed., 1927; *I delitti della folla*, 5.<sup>a</sup> ed., 1923; *L'intelligenza della folla*, 2.<sup>a</sup> ed., 1922; *La delinquenza settaria*, 1897; BETTIOL, I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo Codice Penale italiano, in *Archivio Giuridico*, 1931; *Sulla natura accessoria della partecipazioni delittuose nel Codice vigente e nel Progetto Rocco*, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1930; *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, in *Annali di dir. e proc. Penale*, 1932; *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1930, II, parte 2.<sup>a</sup>; GUARNERI (G.), *Il concorso di più persone nel reato secondo le dottrine della causalità e della accessorieta*, in *Scuola Positiva*, 1936, fascs. 5-6; MANASSERO (A.), *Il delitto collettivo e la teoria del concorso*, 1914; TOLOMEI (A. D.), *Il pentimento nel diritto penale*, 1927; VANNINI (O.), *È ammissibile la partecipazione colposa al reato colposo*, in *Riv. Penale*, volume dedicato ao seu 50.<sup>o</sup> aniversário; *Del concorso di persone nel reato*, in *Il Codice Penale Illustrato*, de HUGO CONTI, págs. 438 e segs.; HEIMBERGER, *Die Teilnahme am Verbrechen von Schwarzenberg bis Feuerbach* (A participação no crime desde Schwarzenberg até Feuerbach), 1896; BIRKMEYER (Karl von), *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichgericht* (A doutrina da participação e as decisões do Tribunal Imperial), 1890; *Teilnahme am Verbrechen*, in *Vergleichende Darstellung*, vol. 2; NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen* (A participação nos crimes próprios), 1903; PETRI, *Die mittelbare Täterschaft* (A autoria mediata), in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 125; FREUDENTHAL, *Die notwerdige Teilnahme am Verbrechen* (A participação necessária no crime), idem, fasc. 37; REDSLOB (R.) *Die persönliche Eigenschaften, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern*, idem, fasc. 97; HOBERG (T.), *Der Begriff der Anstiftung und sein Verhältnis zu den sogenannten Teilnahmetheorie* (O conceito da instigação e sua relação com a chamada teoria da participação), idem, fasc. 290; SCHREIBER (R.), *(Täterschaft und Teilnahme bei Straftaten, die nur am bestimmten Per-*

sonen begangen werden können (Autoria e cumplicidade nos crimes que somente por determinadas pessoas podem ser praticados), idem, fasc. 172; PERTEN (P.), *Die Behülfe zum Verbrechen* (O auxílio ao crime), idem, fasc. 198; GERMANN (O. A.), *Bestimmungen über die Teilnahme im Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches* (Dispositivos sobre a participação no projeto de um código penal suíço), idem, fasc. 207; ENGELSING (H. W.), *Eingehändige Delikte. Eine Untersuchung über die Grenzen mittelbarer Täterschaft* (Delitos de mão própria. Um estudo sobre os limites da autoria mediata), idem, fasc. 212; AWMON (W.), *Der bindende rechtswidrige Befehl* (A ordem ilegal vinculante), idem, fasc. 217; LUDWIG (W.), *Die Lehre von der Teilnahme und ihre Behandlung im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches* (A doutrina da participação e a sua regulação no projeto oficial de um código penal comum alemão), idem, fasc. 223; DAHM (G.), *Täterschaft und Teilnahme im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches*, idem, fasc. 224; WOLF (P.), *Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft* (Observações sobre a autoria mediata), idem, fasc. 225; REICHEL (E.), *Die Teilnahme am Verbrechen nach RStGB, und den neuen deutschen Strafgesetzentwurf* (A participação criminosa segundo o Código Penal alemão e o novo projeto de Código), idem, fasc. 285; RICCIO (Stefano), *L'autore mediato*, 1939; COHIN (M. R.), *L'abstention fautive*, 1929; POCHON, *L'Auteur moral de l'infraction*, 1945; MAGRI, *Causalità materiale e causalità psichica del reato*, 1924; ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 1934, págs. 247 e segs.; MARCIANO (G.), *Concorso di persone nel reato*, in *Il nuovo Codice Penale*, 1932; THIBIERGE, *La notion de la complicité*, 1898; FONTECILLA (R.), *El concurso de delincuentes en un mismo delito y sus problemas jurídicos*, in *Rev. de Derecho Penal*, I, 1945, págs. 105 e segs.; WUTTIG, *Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen* (Participação culposa no crime), in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 40; SINGEWALD (H.), *Der-agent provocateur, Ein Beitrage zur Theorie der Teilnahme am Verbrechen*, idem, fasc. 83; NIEDERMANN, *Untersuchungen über Begriff und Wesender mittelbaren Täterschaft*, 1936; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La relación de causalidad y la responsabilidad penal*, in *El criminalista*, II, págs. 100 e segs.; MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, 1934; BELING (E.), *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906; VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht, cap. Teilnahme und Begünstigung*, 1907; SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, 1933; MENDES PIMENTEL, *Tentativa e cumplicidade* (apostilas), 1906; FERREIRA BORGES, *Da co-autoria*, in *Anais do I Congresso do Ministério Público*, 3.º, págs. 166 e segs.; GUSMÃO (Sadi), *Da co-autoria no novo direito penal brasileiro*, 1944; ELIAS DE OLIVEIRA, *Criminologia das multidões*, 1934; PEDRAZZI (C.), *Il concorso di persone nel reato*, 1952.

## COMENTARIO

112. **Concurso de agentes.** O crime, do mesmo modo que o fato lícito, tanto pode resultar da ação (ou omissão) isolada e exclusiva de uma só pessoa, quanto de uma conduta coletiva, isto é, da cooperação (simultânea, ou sucessiva) de duas ou mais pessoas. Se essas se conjugam livremente, ou se há voluntária adesão de umas a outras, visando todas ao mesmo resultado antijurídico, ou, pelo menos, querendo a ação conjunta de que era previsível derivasse tal resultado, não pode suscitar dúvida, do ponto de vista lógico-jurídico, que o crime seja, na sua unidade, atribuível a cada uma delas, ainda que qualquer das atividades individuais, considerada em si mesma, não fosse bastante para produzir o *effectus sceleris*. Sob o duplo prisma psicológico e causal (dadas a consciente confluência de vontade e a relação de necessidade *in concreto* entre o resultado e a conexão de atividades), impõe-se o raciocínio de que o crime pertence, por inteiro, a todos e a cada um dos concorrentes. Embora pactuando com o ilogismo, que o direito penal contemporâneo vai repelindo, de uma apriorística e irrestrita diferença de punição dos co-delinquentes, não é outro o fundamento da tradicional concepção *unitária* do "*concursum plurium ad idem delictum*": ainda mesmo os concorrentes que, além dos que cooperam diretamente na execução ou consumação do crime (chamados, restritamente, *co-autores*), se tenham limitado a determiná-lo ou a instigá-lo (*autores morais* ou *intelectuais*) ou a facilitar sua execução (*cúmplices "stricto sensu"*), isto é, a praticar atos que não realizam qualquer elemento do conteúdo típico do crime, devem responder por este, porque não só o quiseram, como não deixaram de contrair para sua realização, conscientes da própria atividade em comunhão com a atividade dos outros. Decisivo, em relação ao conceito unitário da participação criminosa, sob o aspecto jurídico-penal, é o vínculo psicológico que une as atividades em concurso, ou, seja, a vontade consciente de cada co-partícipe referida à ação coletiva. Se inexistente tal vínculo, o que

se dá é a denominada *autoria colateral*, na qual, se qualquer das atividades convergentes (mas desconhecidas umas das outras) realiza, sozinha, o resultado final, por este não responderão as demais. Suponha-se que Pedro e Sancho, ignorando-se mutuamente, desfecham tiros contra Martinho, que vem a morrer em consequência dos ferimentos recebidos de Pedro: somente este responderá por homicídio, respondendo Sancho apenas por tentativa de homicídio. A mesma solução, entretanto, não poderia ser dada, se Pedro e Sancho tivessem agido *combinadamente*, assistindo-se um ao outro e cada qual querendo a ação do outro para atingir o fim comum (isto é, a morte de Martinho): a ação de Pedro teria entrado na órbita da vontade de Sancho, e irrelevante seria que ele, ao invés de Sancho, tivesse ocasionado o ferimento letal. No primeiro caso, ficou excluída a energia causal empregada por Sancho, e este não queria a empregada por Pedro, a que foi inteiramente estranho; no segundo caso, porém, embora excluída a energia causal de Sancho, contava este com a empregada por Pedro, a que prestou militante solidariedade.

A noção unitária da co-delinquência remonta ao direito romano, que, embora não tivesse chegado a uma teoria geral sobre a participação no crime, já continha vários princípios que ainda hoje se repetem a propósito do tema. Terminologicamente, ou sob aspecto simplesmente descritivo, distinguiram os juristas romanos, ao lado do *auctor* ou *princeps sceleris*, os *socii* (intervenientes na consumação do crime) e os *consci*, *adjuutores* ou *ministri* (os que, sem participarem da consumação, ajudam ou facilitam a prática do crime, e os que se consideravam mero instrumento passivo de outrem); mas todos, pelo menos nos primeiros tempos, respondiam *in solidum*, considerado o fato coletivo como *unum delictum*, pouco importando que a cota de cooperação de cada qual fosse, individualmente, inidônea para o resultado integral. *Si duos pluresve unum tignum furati sunt omnes eos furti in solidum teneri; neque potest dicere pro partem*

*furtem fecisse singulos, sed totius rei universos* (Dig., 47, 7, fr. 21, § 9). *Cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint... furti actione omnes teneri existimatur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse* (Dig., 9, 2, fr. 51, § 7).

Sòmente com a *cognitio extraordinaria* e as mais recentes Constituições imperiais é que se esboçou a tendência para a atenuação da pena dos partícipes em geral, cotejada com a do executor.

A sua punibilidade era condicionada ao *consilium malignum* (propósito doloso), embora não fosse exigido um prévio acordo de vontades, bastando o conhecimento de cooperar na ação de outrém; e bem assim ao *factum secutum*, isto é, à efetiva realização do fato criminoso. *Sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit; nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit* (Dig. 50, 16 fr. 53, § 2). Era admitida a participação por omissão, desde que houvesse o dever legal de impedir o crime. Contemplava-se a participação *moral* (mediante *consilium*), ao lado da participação física (mediante *opus*): *Consilium autem videtur qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum; opem fecit qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res præbet* (GAIO, Ist., 3, 202).

O critério de *unidade do delito* foi mantido pelo direito canônico (que também não cuidava do *concursum delinquentium* de modo genérico) e se, em princípio, equiparava os cúmplices *sensu lato*<sup>1</sup> ao executor (*puniuntur sicut ipse principaliter committens*), atenuava-lhes o castigo em certos casos de cooperação secundária.

O direito longabardo, conservando igualmente o princípio do *unum delictum*, distinguia entre agentes principais (*qui in capite sunt*) e secundários (*sequaces*), sofrendo estes pena atenuada.

<sup>1</sup> O vocábulo *cúmplice* (*complex*) vem de *complexere*, isto é, *punir juntamente*, e significava ora o partícipe em geral, ora, como modernamente, apenas o concorrente reputado secundário.



No direito estatutário não havia regra uniforme, embora indiscutida a unidade do crime: ora se determinava a equiparação das penas, ora se punia menos severamente os cúmplices considerados secundários, ou a punição era deixada ao arbítrio judicial.

Não foi senão na avançada Idade Média que se pode formular, em torno ao que se chamava *concursum ad delictum alterius*, uma teoria de cunho científico, resultante da aplicação dos princípios da causalidade ao direito penal (notadamente por influxo de PUFENDORF). Passou-se a cuidar da participação criminosa em capítulo especial dos *tractatus* ou, com VIGELIUS, TIRAQUELLUS e COVARRUVIAS, na “parte geral” do direito penal. Achou-se um fundamento para a distinção entre os partícipes e diferenciação do respectivo tratamento penal: uns eram *causa principalis* ou *immediata* do crime, outros *causa secundaria et minus principalis* ou *causa non immediata*, devendo estes, portanto, ser punidos com menos rigor. Entre as modalidades de participação distinguam-se o *auxilium* (*proximum* ou *remotum*, *cooperativum* ou *non cooperativum*, *ante delictum*, *in delicto* e *post delictum*), o *consilium* (*instigatio*, *persuasio*, *adhortatio*), o *mandatum* (determinação para o crime), o *jussus* (ordem do superior ao inferior, para a prática do crime), a *ratihabitio* (ratificação do crime por aquele em cujo favor foi praticado), a *receptatio* (favorecimento *post delictum*), o *não-impedimento do crime* (quando houvesse um *vinculum speciale* para impedi-lo, ou quando se tratasse de *delicta atrocita*) e a *conscientia* (*não-denúnciação do crime* de que tivesse conhecimento, desde que importasse causa comum com o criminoso). Discriminava-se entre *auctor* ou *delinquens principalis* (“*qui delictum facto suo ipse exequitur*”), *co-auctores* (autores simultâneos) e *concurrentes* (“*qui delicti, quod alter perficit, quodcumque fiunt participes*”); ou, segundo PÜTIMANN, entre *socii æquales* e *socii inæquales* (“*æquales ipsi sunt delicti perpetrati auctores, inæquales autem, qui facinorosis opem tantum et auxilium præstant aut alia ratione, e. g.*

*consulendo, laudando, non impediendo, tacendo, delicti particeps sunt*”).

Nos tempos modernos, a doutrina da participação criminosa tornou-se uma das mais complicadas do direito penal. Para afeiçoá-la ao direito positivo (que, à exceção do Código francês, manteve o sistema de diversa punibilidade dos co-autores e cúmplices) excogitou-se uma série de teorias. Teorias objetivas, teorias subjetivas, teorias mistas ou intermédias. Para as teorias objetivas, co-autor é o que coopera na execução do fato típico do crime, o que contribui imediatamente no ataque ao bem jurídico, ou cuja atividade funciona como *causa* direta na produção do resultado; enquanto o cúmplice se limita a atos preparatórios, secundários, de auxílio *a latere*, de ataque mediato ou de simples periclituação do bem jurídico, não passando sua contribuição de uma simples *condição* do resultado. Para as teorias subjetivas (de que foi precursor von Buri), que sustentam a equivalência dos antecedentes causais (não distinguindo entre *causa e condição*), e, conseqüentemente, repelem qualquer diferenciação objetiva entre co-autoria e cumplicidade, o discrimine tem de ser encontrado na direção da vontade dos partícipes: co-autor é o que procede *animo auctoris*, isto é, o que quer o fato como próprio, ou no seu próprio interesse ou *incondicionalmente* (isto é, sem subordinação ao interesse, de outrem), enquanto o cúmplice quer o fato *animo socii*, ou, seja, como fato de outrem ou no interesse alheio, ou *condicionalmente* (isto é, posto que o autor o quer). As teorias mistas ou intermédias, finalmente, reúnem o critério objetivo ao subjetivo.

Da consideração de que a punibilidade da participação depende da superveniência do fato do executor (*principale factum secutum*), pelo menos como *tentativa de crime* surgiu e teve ingresso na dogmática jurídico-penal, atravancando-a de artifícios e sutilezas, a renitente *teoria da acessoriedade*. Argumentando-se que a participação moral (determinação, instigação) ou a *facilitação* material (cumplicida-

de em sentido estrito) não realizavam elemento algum de configuração do crime e, portanto, nada tendo de puníveis em si mesmas, deduziu-se que sua punibilidade não podia deixar de ser uma *acessão* à punibilidade do fato do executor. Punibilidade por *empréstimo* ou em ricochete. Como toda teoria falsa, a da acessoriedade, para manter-se viável, teve de recorrer a subterfúgios. Assim, no caso do executor irresponsável ou isento de pena, como fosse um absurdo lógico admitir-se a punibilidade da participação por *acessão* a um fato não punível *in concreto*, excogitou-se o expediente da *autoria mediata*: o executor irresponsável ou imune de pena não representa mais que um *autômato*, uma *longa manus*, um *instrumento passivo*, de modo que, *sub specie juris*, deixa de haver *participação*, e até mesmo o simples *auxiliar* (ainda que alheio à execução material do *factum principale* e sem *animus auctoris*) passa a ser *autor*, isto é, *autor mediato*. É flagrante o artifício. A própria expressão “autor mediato” redunda numa impropriedade: se o executor não é mais que um *instrumento passivo*, quem dele se serviu é *autor imediato*, como sê-lo-ia quem praticasse um crime fazendo funcionar um *robot*. Mas falar-se, na espécie, em *instrumento passivo* não passa de uma ficção ou metáfora, nem sempre tolerável. Conceda-se que seja como tal considerado o penalmente incapaz, o irresistivelmente coagido, o induzido a erro essencial de fato, mesmo o que obedece à ordem vinculante do seu superior hierárquico; mas, nos casos de isenção de pena do executor por motivos de mera conveniência política ou de não-punibilidade *ratione personæ* (eximentes, excusas absolutórias), como no “furto doméstico”<sup>2</sup> ou no “favorecimento de parentes próximos”,<sup>3</sup> já não é possível reconhecer-se o pretendido *automatismo* ou *passividade* do executor, o que vale dizer: já não há possibilidade de contornar, com o recurso à “autoria mediata”, o desconchavo de

<sup>2</sup> Código Penal, art. 181.

<sup>3</sup> Código Penal, art. 348, § 2.º.

uma punibilidade tomada de empréstimo a um fato não punível em relação ao autor principal.<sup>4</sup> Para salvar a teoria da acessoriedade, sem a evasiva da “autoria mediata”, postulou-se que, para o efeito da punibilidade da participação não é necessária a punibilidade *in concreto* do fato principal: basta que este corresponda, na sua pura materialidade, a um tipo de crime (*accessoriedade mínima*). Em relação ao partícipe, o mero fato material valeria pelo crime integrado na totalidade dos seus elementos. É bem de ver, porém, que, com semelhante critério, se chegaria ao absurdo: nem mesmo o indivíduo que instigasse ou auxiliasse outro a defender-se de uma agressão atual e injusta, resultando a morte do agressor, poderia eximir-se à punição por homicídio (enquanto o instigado ou auxiliado seria absolvido por “legítima defesa”). Outra fórmula pretende que, além de típico, o *factum principale* deve ser objetivamente antijurídico, abstração feita de qualquer elemento psíquico (*accessoriedade limitada*). Dessarte, seria possível acessão ao fato do próprio louco. Como tal conclusão, porém, é por demais chocante, inculcou-se uma terceira fórmula, que apenas restringe a órbita de aplicação da “autoria mediata”: além da tipicidade e antijuricidade objetiva do fato principal, é necessária a *culpabilidade* do executor (*accessoriedade extrema*); de modo que o recurso à autoria mediata só seria utilizável nos casos de não punibilidade *in concreto* do fato principal por motivo outro que não a ausência de responsabilidade ou de culpabilidade. Também esta fórmula conduz à per-

---

<sup>4</sup> Outra séria questão se trava, em doutrina, sobre se é, ou não, utilizável a “autoria mediata” nos crimes *especiais* ou *próprios* (ex.: crimes funcionais), nos crimes chamados de “mão própria” ou que não podem ser praticadas *per alium* (ex.: adultério), nos crimes formais ou de *mera atividade*, nos crimes omissivos etc. E ainda uma série de questões, com detalhes infinitesimais, foram suscitadas em torno da teoria da acessoriedade, transformando o problema da participação criminosa, no direito penal moderno, num verdadeiro “quebra-cabeça”.

plexidade: como pode haver, em qualquer caso, punibilidade por *acessão* à “não punibilidade”? Surgiu, então, uma quarta solução: a punibilidade da participação depende da punibilidade *in concreto* do fato do executor. A aceitar-se tal critério, a participação no “furto doméstico”, por exemplo, não subsistiria juridicamente e, afastado o recurso à “autoria mediata”, chegar-se-ia a esta conclusão desconfortante: o estranho que cooperasse no furto do filho contra o pai ficaria impune (!). A solução que se impõe, remetendo-se para o museu do direito penal as teorias da acessoriedade e da autoria mediata, é o repúdio à diferenciação apriorística entre os partícipes, pelo reconhecimento da singela verdade de que a participação, em qualquer caso, é concausação do resultado antijurídico, não havendo distinguir entre causa e concausa, entre causa e condição, entre causa imediata e causa mediata, entre causa principal e causa secundária. O resultado é uno e indivisível, e como todos os seus antecedentes causais, considerados *in concreto*, se equivalem, segue-se logicamente que é atribuível, na sua totalidade, a cada um dos que cooperam para sua produção. Assim, é de todo irrelevante indagar se o executor é ou não punível: o partícipe é sempre um *co-autor* e responde integralmente pelo resultado, desde que, consciente e voluntariamente, contribuiu para ele (participação em crime doloso) ou, pelo menos, contribuiu para a ação comum de que era previsível derivasse tal resultado (participação em crime culposo). Esta é a teoria chamada *da cumplicidade-causa, monística ou igualitária*, adotada pelo nosso Código, a exemplo do Código italiano. Partindo do princípio da equivalência de todos os elos da cadeia causal de um fato *in concreto* (isto é, tal como se verificou no mundo objetivo), não faz, em tese, distinção alguma entre os partícipes do crime, para diverso tratamento penal. Desaparece, com ela, o cunho de acessoriedade ou de *qualitas adjecticia* que tradicionalmente se procura imprimir à participação criminosa: todos os partícipes são *autores*, pois todos cooperam na realização do crime com igual eficiência causal (isto é, suas cotas de co-

operação são igualmente necessárias e decisivas *in concreto* ou segundo um juízo *ex post*). Como justamente adverte BATTAGLINI, <sup>5</sup> “na participação criminosa, não há um crime “do executor imediato, a que os outros *accedam*, mas um *crime me que é a resultante da atividade empregada por todos os “participes”*. Não há falar-se em ações distintas — umas *principais* e outras *acessórias*, — mas em atos que fazem parte de uma única ação. Se tal ou qual concorrente é irresponsável, não está em culpa ou é imune de pena, não se segue, de modo algum, a exclusão de punibilidade dos outros. Uma coisa é ser partícipe e outra é ser responsável, culpado ou punível. Não é necessário, para a existência do concurso, que em relação a cada partícipe subsistam todos os requisitos do crime: basta que *um crime*, tipicamente tal, se tenha verificado com a *cooperação* da pluralidade de indivíduos. A questão da responsabilidade ou da punibilidade é distinta da do concurso. Este pode existir com um só co-agente responsável ou punível. Contra a “nebulosa construção exótica” da teoria da acessoriedade, assim argumenta ANTOLISEI (embora substituindo a teoria da equivalência dos antecedentes pela que ele defende, isto é, da “causalidade humana adequada”): “A participação não é outra coisa que causação do fato antijurídico. “A punição dos partícipes depende das mesmas, mesmíssimas “razões pelas quais se pune o executor e, em geral, qualquer “pessoa que cometa crime sozinha: ela é, pura e simplesmente, a aplicação do princípio ultrageral de que cada qual responde pelo fato próprio. Segue-se que, do ponto de vista da “causalidade, nenhuma diferença é possível entre aqueles que “concorrem a um crime: todos são autores deste”.<sup>6</sup> Entre os modernos penalistas alemães, VON HIPPEL<sup>7</sup> declara totalmente errônea (*volständig verfehlt*) a teoria da acessoriedade: desde que a atividade participante foi condição para o resultado, é causa deste, e não há falar-se em punibilidade to-

<sup>5</sup> *Diritto Penale*, 1937, págs. 261 e segs.

<sup>6</sup> *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, pág. 250.

<sup>7</sup> *Deutsches Strafrecht*, pág. 451.



mada de empréstimo ao executor. Seria profundamente contrário à cultura e cientificamente insustentável punir-se o partícipe, porque, embora não tivesse *causado* o resultado antijurídico, devesse ser considerado “mutuário” do fato deliberado e praticado por outrem. E exclama o ilustre professor de Göttinge: “Como se se pudesse, modernamente, punir-se alguém pelo fato e culpa alheios!”. Não há saber se o executor é ou não punível, nem dizer que os atos de participação, separados do fato do executor, não são puníveis. A participação é punível por si mesma, como *concausa* do fato criminoso. Não há interrupção de causalidade, como se tem pretendido, entre a conduta do partícipe e a conduta do executor, pois uma e outra se conjugam, incindivelmente, para o resultado. Igualmente, não vale argüir que a punibilidade do partícipe depende do *delictum secutum*, pelo menos em fase de tentativa: também no caso de unidade de agente, não é este punível se não vai além dos *atos preparatórios* (não especialmente incriminados).

É de notar-se que, precisamente com fundamento na teoria da equivalência (ou da *conditio sine qua non*), surgiu uma doutrina que elimina a concepção unitária e a especial disciplina jurídica do “concurso de agentes”, não mais distinguindo entre “participação consciente” e “autoria co-lateral” (em que os agentes se ignoram). É a teoria denominada *pluralística*, ou “da cumplicidade-delito distinto”, ou “da autonomia da participação” (“*des Verselbstandigung der Teilnahme*”): ou considera cada partícipe autônoma-mente, como autor (GETZ, FOINITZKY),<sup>9</sup> ou considera a participação como crime *sui generis* (NICOLADONI), que poderia chamar-se “crime de concurso” (MASSARI), atribuível a cada um dos partícipes.

Também em substituição à teoria unitária foi proposta por MANZINI (na edição do seu *Trattato* anterior ao atual Có-

---

<sup>9</sup> Esta é a teoria adotada pelo Código norueguês (1902), em que já não se fala em “concurso de agentes” ou “participação criminosa”.

digo italiano) uma fórmula *dualística*: deve distinguir-se entre *participação primária* (correato, concurso à execução), em que as várias ações seriam momentos de *uma única* operação, e importando co-responsabilidade no crime; e *participação secundária*, que constituiria, essa sim, um crime *per se stante*, menos severamente punido. <sup>9</sup>

Qualquer dessas teorias, entretanto, são contrárias à lógica: não pode haver pluralidade ou dualidade de crimes onde há conjugação de vontades e causas para o mesmo e único resultado, para a mesma e única lesão ou periclitacão do bem jurídico penalmente protegido. No *concursum delinquentium*, todas as ações são dirigidas à produção de um mesmo evento final, não de modo autônomo (como na *autoria colateral*), mas em tal relação de reciprocidade objetiva, de interdependência causal ou de co-eficácia, de solidariedade ou adesão de vontades, de identidade ou conexidade de interesses, que constituem, no seu conjunto, uma só operação, a vincular, lógica e necessariamente, *sub specie causae* e *sub specie juris*, todas elas e cada uma delas pela totalidade do crime único e indivisível. Não se pode considerar os partícipes *uti singuli* (para uma graduação de causalidade), mas, sim, *uti universi*, como um complexo único de condições necessárias *in concreto* ao resultado, para o qual se coligam psicologicamente. Sob o duplo ponto de vista material e jurídico, única é a série cau-

---

<sup>9</sup> CARNELUTTI (*La teoria generale del reato*, 1933, págs. 316 e segs.) defende um ponto de vista que representa uma como aglutinação entre as teorias monística e pluralística. Com a sua infecunda e pouco louvável preocupação de desfigurar o direito penal com critérios e terminologia tomados ao direito privado, chama ele o "concurso de agentes" de "crime concursual", considerando-o um "ato jurídico complexo". Os atos individuais seriam "crimes em concurso" reunidos num crime único, que é a soma deles (isto é, o "crime concursual"). Entre "crimes em concurso" e "crime concursual" haveria a mesma diferença que existe entre as "partes" e o "todo". O crime concursual seria uma soma de crimes que constitui um crime só. O próprio CARNELUTTI chama isso de "adivinha" (*indovinello*), para cuja explicação vai até o *grex corpus universum* do direito romano...

sal, única é a violação do interesse jurídico penalmente tutelado, único é o crime.

Com a adoção da teoria monística, o nosso vigente Código rompeu com a tradição que remontava ao Código imperial, abolindo inteiramente as distinções entre participação primária (correato) e participação secundária (cumplicidade), entre participação moral e participação material, entre cúmplices necessários e não necessários. Eis como se pronuncia o ministro CAMPOS na sua *Exposição de motivos*: “Já não haverá mais diferença entre participação *principal* “e participação *acessória*, entre auxílio *necessário* e auxílio *secundário*, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua consciência e vontade. Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da teoria da *equivalência das causas*, adotada no art. 11. O evento, por sua natureza, é indivisível. “e todas as condições que cooperam para a sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Há, na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades que são, no seu incindível conjunto, a causa *única* do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo. Ficou, assim, repudiada a insuficiente ficção segundo a qual, no sistema tradicional, o *cúmplice* “accede” à criminalidade do autor principal. Perde sua utilidade a famosa teoria do *autor mediato*, excogitada para não deixar impune o *cúmplice*, quando o *autor principal* é um irresponsável. Por outro lado, os juízes já não ficarão em perplexidade... para distinguir entre *auxiliar necessário* e *auxiliar dispensável*.”

Depois do exemplo do Código norueguês (1902), e vitorioso no seio da União Internacional de Direito Penal, o cri-

tério da equiparação dos concorrentes ao crime tornou-se tendência do direito penal moderno. Acolheu-o, entre as suas resoluções, a Conferência Internacional de Varsóvia, de 1927 (*"Tous ceux qui ont participé à la tentative ou à la consommation d'un crime ou d'un délit comme instigateurs ou auxiliaires seront punis comme s'ils étaient auteurs"*). Os Códigos italiano e dinamarquês (ambos de 1930) inscreveram-no entre os seus dispositivos.<sup>10</sup>

Entre nós, o critério igualitário já vinha do Projeto GALDINO (1913), que assim dispunha: "São agentes do crime os que tiverem determinado outrem a cometê-lo, os executores e os que, por outro meio, tiverem concorrido cientemente para sua realização". O Projeto SÁ PEREIRA (na sua primeira redação) estatuiu (art. 46): "Autor do crime não é somente aquele que o executa, como também o que determina outrem a executá-lo ou por qualquer modo concorreu para que ele se executasse". Com a revisão da Subcomissão Legislativa ficara assim redigido o dispositivo: "Responde pelo crime, como se o houvera cometido, quem tiver determinado, ou instigado, o seu autor a cometê-lo, para ele corrido, ou à sua execução prestado assistência". O Projeto ALCÂNTARA também consagrava a igualdade de punição, em tese, mas fazendo, em seguida, supérflua casuística de modalidades da participação, entre as quais destacava, não se sabe com que fim, o famigerado *auxílio necessário*. Criticando-o, dizíamos nós: "O projeto não distingue, em princípio, entre co-autoria e cumplicidade *stricto sensu*, adotando a teoria da *cumplicidade-causa* (segundo a expressão de Gi-

---

<sup>10</sup> O Projeto argentino COLL-GOMEZ, no seu art. 11, dispõe: "*Todos los que concurren, moral o materialmente, en cualquier forma, a la ejecución de un delito, serán sometidos a las sanciones estatuidas para el mismo*". E o Projeto PECO (1942) assim se exprime (art. 19): "*El autor material, el instigador y el que coopere en la ejecución de un delito serán sometidos a las sanciones establecidas para el mismo, aunque podrán ser disminuida para el que haya prestado un concurso que revelare menor peligrosidad*".

VANOWITCH), isto é, repele, como também fazia o projeto da Subcomissão Legislativa, o tradicional critério de que a chamada *participação secundária* deve importar, fundamentalmente, atenuada punibilidade. Entretanto, ao cuidar do correato, no art. 17, não se limita a uma fórmula sintética, como a do Código italiano, ou a do Projeto SÁ PEREIRA-MORAIS-BULHÕES, pois entendeu de fazer miúda casuística, a exemplo do Código de 1890. Não é só: entre os incisos do art. 17 insere um que, pela sua redação, parece referir-se à unidade de autoria e chega a incomodar os nervos pela sua superfluidade, pois declara que incorrerá nas penas cominadas para o crime “quem o houver diretamente resolvido e executado”. Para evidenciar a falta de técnica com que foi formulado o art. 17, basta fixar o seguinte: enquanto o inciso V consagra a regra genérica de que, seja qual for a cota de participação, ficará o partícipe sujeito às penas do crime, o inciso IV destaca a hipótese do *auxílio necessário*, desse tormentoso *auxílio sem o qual o crime não seria cometido*, que, na prática, a gente não sabe como distingui-lo do *auxílio secundário* e só serve para dar dor de cabeça aos juizes. Por que ou para que essa discriminação? Explica o Sr. ALCÂNTARA: precisava de separar as diferentes modalidades do concurso de pessoas no delito, de vez que, em certos casos, segundo os arts. 18 e 19, a pena do partícipe é especialmente agravada ou atenuada. A desculpa é de *mau pagador*. O conteúdo dos arts. 18 e 19 (correspondente ao dos arts. 45 e 48, II e parág. único, do Código atual) é perfeitamente compossível com uma fórmula genérica sobre o correato.”

A equiparação, em princípio, de todos os partícipes não importa desconhecer as várias formas da participação ou impedir a diversidade de tratamento penal no caso ocorrente (art. 42), ainda quando a lei não determine, aprioristicamente (art. 45), tal diversidade. Segundo distinção tradicional, a participação pode ser *material* ou *psíquica* (*moral, intelectual*), *direta* ou *indireta* (em relação à execução do crime).

*Participação material direta* é a cooperação imediata no ato de execução (ainda que prestada apenas mediante *presença encorajadora ou solidarizante*, ou para o fim de simples *vigilância preventiva* contra possíveis *contratempos*). Aos partícipes, em tal caso, se chamam *executores* ou *cooperadores imediatos*. *Participação psíquica direta* é a *determinação* ou *instigação* para a execução do crime, de que vem a incumbir-se, exclusivamente, o determinado ou instigado. *Participação indireta* é a que ocorre sem concurso à execução, posto que não represente, ainda que tacitamente, *determinação* ou *instigação*. A esta forma de participação dá-se o nome, em *sentido estrito*, de *auxílio*. O próprio Código, no seu art. 27, é o primeiro a referir-se, expressamente, à *determinação*, *instigação* e *auxílio* (para declarar que são impuníveis no caso de *delictum non secutum*).

*Determinação* é a influência no sentido de *suscitar* ou *despertar* em outrem a resolução criminosa. É indiferente o modo pelo qual se opere: *mandato* (remunerado ou gratuito, por influxo de relação de amizade ou ascendência moral, ou mediante sugestões ou ameaças, ou com abuso de superioridade hierárquica) ou *artifícios* de induzimento. *Instigação* é a influência no sentido de *excitar* ou *reforçar* em outrem uma *preexistente* resolução criminosa, de modo a eliminar os últimos escrúpulos ou hesitações (ex.: prometer assistência a ser prestada após o crime; chamar a brios o marido que ainda vacila em matar a esposa adúltera). *Auxílio*, finalmente, é a prestação de serviço, ministração de instruções ou fornecimento de meios para a execução do crime, mas sem participação direta ou imediata nesta. É claro que a *determinação*, a *instigação* ou o *auxílio* devem ter cunho de *dolosidade*. Não há participação *culposa* em crime *doloso*. Assim, as manifestações de simples *desejo* de que ocorra um crime contra tal ou qual pessoa, revelando apenas imprudência, inconsideração ou levandade, e não a *intenção positiva* de *determinar* ou *instigar* alguém à sua execução, ou, pelo menos, sem a consciência de que se está assumindo o risco de provocar ou exci-



tar em outrem a resolução para o crime, não são penalmente relevantes, isto é, não constituem participação, se o crime vem a ser realmente cometido (ainda que por influência de tais manifestações). Do mesmo modo, tratando-se de *auxílio*, é indispensável a *scientia sceleris*, a *consciência de contribuir* para o crime. Por mais *imprudente* que tenha sido, por exemplo, o emprestar uma arma a um indivíduo facinoroso, que vem a utilizar-se dela para a prática de um homicídio, é irreconhecível a participação, se quem confiou a arma ignorava o propósito criminoso.

É bem de ver, outrossim, que a determinação, a instigação ou o auxílio devem ser *causalmente eficazes*. Se o indivíduo a quem é dirigida a determinação ou a instigação já está *firmente decidido* à prática do crime (*omnimodo factururus*), não há participação, pois, em tal caso, aquelas não são mais que a “abertura de uma porta aberta”. Igualmente, se após a determinação ou a instigação vem a ocorrer fatos tais que, por si mesmos, se tornem *causa exclusiva* do crime (parág. único do art. 11), aquelas se não de considerar penalmente indiferentes ou não vinculativas. No caso de auxílio, se, por exemplo, as instruções não foram seguidas ou os meios fornecidos não foram empregados, igualmente se subverte o nexo de causalidade e não se poderá reconhecer a participação (salvo se a prestação de serviço, as instruções ou a ministração de meios tiverem influído como *instigação*).

Por outro lado, se se demonstra a *eficácia* da determinação ou instigação, nada importa que não tenha sido necessário um longo ou insistente trabalho de persuasão: dadas as circunstâncias, um simples olhar ou aceno *expressivo*, ou mesmo o *silêncio* a importar *aprovação* (por parte de quem tinha o dever jurídico de falar para dissuadir ou de quem exerce grande ascendência moral sobre o executor), bastará para que se identifique a participação. A propósito do *silêncio* como forma de instigação, MANZINI cita o caso do médico de família que permanece calado ante a confissão de um filho do

enfêrmo, de que está disposto a praticar a *eutanásia* para poupar o pai a maiores sofrimentos.

É indiferente que o determinado ou instigado tenha *motivos próprios* para o crime, desde que não se demonstraram *suficientes* para vencer sua inibição ou decidi-lo à execução. É a justa ligão de RANIERI (loc. cit., pág. 208): "*Indiferente è anche che il determinato o l'istigato agisca per motivi propri, a meno che non possa essere dimostrato che questi sono stati sufficienti per la sua risoluzione criminosa. Ricorrerebbe, infatti, in questo caso, l'ipotesi dell'inefficacia della condotta, che potrebbe escludere tanto la determinazione quanto l'istigazione.*"

113. **Elemento subjetivo da participação.** Sob o ponto de vista objetivo para que se reconheça a participação no crime, basta a *cooperação* na atividade coletiva, de que promana o resultado antijurídico; mas, para que o partícipe responda penalmente, é também necessário um elemento psicológico: a vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem. Já não se exige, como na antiga doutrina, um "acordo prévio", um *pactum sceleris* ou mesmo um instantâneo entendimento recíproco entre os concorrentes: a precedência de uma *combinação* ou de um *ajuste* é circunstância que excede os requisitos da participação criminosa. Suficiente é a voluntária adesão de uma atividade a outra, pouco importando que seja ignorada ou até mesmo recusada por quem a recebe. Assim, o criado que, pressentindo o gatuno, e sem que este o perceba, abre a porta da casa, para, em vingança contra o patrão, facilitar o furto, é partícipe deste. Do mesmo modo, é partícipe de homicídio o filho que, não obstante a proibição expressa do pai, disfarçadamente o auxilia a eliminar o seu desafeto, subtraindo as armas com que este contava para a própria defesa. Por isso mesmo que a *vontade de contribuir* é o vínculo psicológico que, na espécie, sob o prisma jurídico, decide da unidade do título do crime, é indispensável que seja

conformada, em relação a cada concorrente, ao elemento subjetivo próprio do crime de que se trata. Nos crimes dolosos, é necessário que o advento do resultado (*eventus damni* ou *eventus periculi*), previsto como certo ou eventual, entre na órbita da vontade do partícipe; nos crimes culposos, é preciso que a vontade de contribuir na ação coletiva se alie inescusável imprevidência no tocante ao subsequente evento lesivo.<sup>11</sup> Dado o indeclinável requisito de homogeneidade do elemento subjetivo (à parte os motivos determinantes, que podem ser diversos), é bem de ver que se não pode falar de

---

<sup>11</sup> GALDINO SIQUEIRA (*Código Penal Brasileiro*, 1941, pág. 115; *Tratado de direito penal*, vol. I), em crítica ao art. 25, argüi que este não disciplina a *participação criminosa*, mas a *autoria colateral* (a *Nebentäterschaft*, dos autores alemães), porque não faz expressa referência, como era de mister, à *consciência do fim comum*. Já assim respondemos a esse reparo: “É flagrante o equívoco do crítico. Em primeiro lugar, o elemento psíquico da participação criminosa, na sua moderna conceituação, não é a *consciência do fim comum*, mas a *consciente vontade no sentido da ação comum*: se o resultado desta é previsto e querido por todos os partícipes, dá-se a participação em crime doloso; se o resultado, embora previsível, não é previsto ou, se previsto, não é *ratificado*, dá-se a participação em crime culposo. Por outro lado, se a participação não tivesse como pressuposto a consciência, em cada um dos co-partícipes, de concorrer à atividade coletiva, não teria sentido, sob o ponto de vista da responsabilidade penal, a unificação do título do crime, determinada no art. 25. Evidentemente supérflua teria sido, portanto, a menção expressa, no texto legal, desse elemento psicológico. Por supérfluo, foi rejeitado, na elaboração do atual Código Penal italiano, o proposto acréscimo do advérbio “conscientemente” após o verbo “concorrerem”, na fórmula sobre o concurso de agentes. É meridiana-mente claro que a participação *inconsciente* na ação de outrem não pode ser equiparada a esta, em face de um Código visceralmente fundado na responsabilidade subjetiva. Se há convergência de ações sem que os agentes tenham consciência disso, não há falar-se em *participação*, porque esta, sob o prisma jurídico-penal, só é concebível quando haja uma ligação ou interdependência de vontades. Inexistindo o nexu volitivo, cada um dos agentes responde por conta própria e exclusiva e na estrita medida da respectiva ação. Isto é elementar, e a lei deve abster-se de dizer coisas elementares. Um

participação *culposa* em crime *doloso* ou participação *dolosa* em crime *culposo*, pois, em tais casos, é radical o dissídio de vontades. Suponha-se que um fâmulos, negligentemente, deixa aberta a porta, por onde vem a entrar o ladrão: não é partícipe do furto (e ficará impune, porque tal crime não é punível a título de culpa). Figure-se outro caso: A. faz o imprudente B. acreditar falsamente que uma pistola está descarregada e o induz a dar ao gatilho, visando *jocandi animo* a C. cuja morte, que vem ocorrer em consequência do disparo da arma, era precisamente o intuito de A. Não há, aqui, participação, mas dois crimes autônomos: homicídio culposo, a cargo de B, e homicídio doloso, por parte de A.

**114. Cooperação dolosamente distinta.** Não há, entretanto, exclusão de unidade do título do crime na hipótese da chamada *cooperação dolosamente distinta*. Esta se acha disciplinada no art. 48, parág. único (que gravita na órbita do art. 11): "Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido". Cumpre notar que para tal efeito (atenuação da pena) é preciso que o ocorrido evento mais grave, não querido pelo partícipe *dissensiente*, esteja na linha de desdobramento causal da atividade para a qual contribuiu. Esta ilação se impõe pela própria regra da causalidade consagrada pelo Código. Assim, se Tício determina Mévio a espancar Semprônio, e Mévio age com tal brutalidade que produz

---

Código não é livro de doutrina. A *autoria colateral*, de von Liszt, entrará no conceito de *participação*, se há entre os agentes a consciência de cooperar na ação comum (exemplo dos dois operários que, imprudentemente, arremessam uma tábua do alto do andaime à via pública, ocasionando a morte de transeunte); do contrário, é lógico que não terá aplicação o disposto no art. 25, porque, faltando a consciência de cooperação na obra comum, falta o nexo psicológico que faz das ações convergentes, segundo comezinho princípio de direito penal, uma ação única e irrepartível, para o efeito de uma idêntica responsabilidade para cada um dos co-agentes".

a morte da vítima, responderá Tício a título de homicídio (diminuída a pena, de um terço até metade, não podendo, porém, descer abaixo do mínimo cominado *in abstracto*). No caso em que o evento mais grave seja alheio à atividade para a qual o dissensiente prestou sua cota de causalidade, não há *convergência*, mas *dissídio* de energias, rompendo-se o vínculo da unidade causal, na conformidade do pará. único do art. 11: a superveniente conduta dos outros agentes é causa *independente* e *exclusiva* do evento diverso mais grave. Assim, se Tício manda Mévio esbofetear Caio, e Mévio desfecha um tiro contra este, não responde Tício a título de homicídio. Outro exemplo: Tício e Mévio combinam um furto em casa de Caio, e Tício, penetrando na casa, enquanto Mévio fica de alcatéia, estupra e mata uma filha de Caio, para saciar seu instinto de sádico. Não responde Mévio por tais crimes. Suponha-se, agora, que Mévio, no primeiro caso, cumprindo o mandato, tivesse esbofetinado Caio, mas este, tendo reagido, fosse morto por Mévio; ou no segundo caso, que Tício matasse Caio, que o surpreendera e procurava impedir a consumação do furto: Tício, num caso, e Mévio, noutro, responderão por homicídio, pois, em tais condições, não deixaram de ser causa da causa (e *causa causae est causa causati*). Suponha-se ainda que Caio, ao ser esbofetinado por Mévio, a mando de Tício, perca o equilíbrio e tombe, com tanta infelicidade que, batendo com a cabeça contra o meio-fio do passeio, venha a morrer por fratura de base do crânio: Tício, do mesmo modo que Mévio, responderá por *homicídio preterdoloso* ou “lesão corporal seguida de morte” (art. 121, § 3.º). E para a imputação do resultado ao partícipe, tão indiferentes quanto o *excesso de fim* são os erros acidentais do executor (*aberratio ictus, error in objecto vel persona*).

Deve ponderar-se que não terá aplicação o disposto no pará. único do art. 48, se o partícipe, embora não tendo interesse no resultado mais grave, previu-o e *consentiu* no seu advento (dolo eventual). Assim, se Tício manda Caio dar uma *coça de pau* em Mévio, sabendo que Caio é um in-

divíduo possante e facinoroso, responderá por homicídio, a título de dolo eventual, sem atenuação especial de pena, se Caio, com a brutalidade do espancamento, vem a matar a vítima (tendo aplicação aqui, aliás, o raciocínio de que *vulnera non dantur ad mensuram*, de modo que nada tem de injusto que *vulnerare mandans tenetur de occiso*). Entende MANZINI<sup>12</sup> que, para ser aplicada a atenuação, é necessário que o partícipe não tenha querido, de modo algum, o crime mais grave; de sorte que estaria excluída naqueles crimes em que a vontade do agente não pode eficazmente dominar ou limitar as conseqüências da ação, pois, em tais casos, é evidente que o resultado mais grave se compreende necessariamente no campo de sua volição. Igualmente deixa de haver atenuação da pena, se o dissensiente se abstém de impedir o evento mais grave, quando podia fazê-lo (concurso mediante omissão no crime mais grave).

Tratando do caso mais freqüente de crime diverso mais grave, qual o de *excesso de mandato*. RANIERI propõe o seguinte critério de orientação: a regra *causa causæ est causa causati* deve ser aplicada sempre que a conduta do mandatário tiver sido dominada pelo motivo que lhe fez surgir no espírito a conduta do mandante.<sup>13</sup> Não há dizer-se, portanto,

---

<sup>12</sup> *Trattato*, págs. 454-455.

<sup>13</sup> Ob. cit. (pág. 123): "Em tal caso, de fato, quer a conduta do "mandatário, quer as conseqüências que dela derivam, são sempre "coordenadas e conexas, como são sempre dependentes da conduta "do mandante. E isto é quanto basta para coligar suas condutas "criminosas, uma das quais é desdobramento da outra, atuação de "uma mesma série, originada da conduta do mandante". E o mesmo autor exemplifica: "...se alcuno dà mandato di percuotere, ma il mandatario, invece di attuare il mandato ricevuto, e cioè invece di percuotere, uccide la vittima con un colpo di fucile o di pistola, l'omicidio verificatosi non può essere attribuito al mandante, perchè non si può dire della sua condotta nè che sia stata esecuzione del mandato ricevuto, nè che l'omicidio si sia verificato per eseguire il mandato, che era di percuotere, nè che abbia continuato a essere dominata dal motivo fatto sorgere, nell'animo di lui, dalla condotta del mandante...



que a solução dada pelo art. 48, parág. único, consagra uma *responsabilidade objetiva* (sistematicamente repelida pelo Código): também aqui, não se aplica o *versari in re illicita etiam pro casu tenetur*, isto é, o partícipe não responderá pelo crime mais grave quando a conduta do executor se apresente de tal modo alheia à sua cota de contribuição, moral ou material, que valha por um rompimento da cadeia causal ou represente, em relação a ele, um mero *casus*.

Cumpra não perder de vista que, sem eficácia causal da participação, não há concurso. Assim, se Pedro fornece a Sancho uma dose de veneno que sabe destinada à morte de Martinho, e Sancho, ao invés do veneno, se utiliza de uma arma de fogo, o que se dá, em relação a Pedro, é uma *participação putativa*, que, como tal, escapa a qualquer punição. É como se, ao auxílio prestado por Pedro, não se tivesse seguido, sequer, a tentativa do crime (devendo aplicar-se a Pedro o disposto no art. 27). Diversamente deve ser decidida a hipótese em que o executor, determinado por outrem, receba deste um “meio” que resultou inidôneo, tendo-se utilizado de outro para consumação do crime. Aqui, como é claro, a determinação não deixou de ser causal: foi um mero acidente a utilização de um meio executivo em lugar de outro.

**114-a. Participação de participação e instigação ou mandato sucessivo.** A participação em qualquer ato de participação (ex.: instigação de instigação, mandato de mandato) é participação mediata, mas punível em pé de igualdade com a participação imediata, desde que demonstrada a sua influência causal. Como adverte VON HIPPEL (*Deutsches*

---

*Qualora, invece, il mandante dia mandato di percuotere e il mandatario di fatto percuota ma, con le percosse, uccida la vittima, l'omicidio verificatosi sarà da attribuire anche al mandatante, sebbene non l'abbia voluto, e non soltanto all'autore, perchè avvenuto nell'esecuzione del mandato ricevuto, e nello sviluppo di una condotta dominata da quello stesso motivo, fatto sorgere dal mandante nell'animo del mandatario”.*

*Strafrecht*, vol. 2, pág. 466), “a participação de participação (por exemplo, instigação de instigação do executor) é punível como qualquer participação, pois outra coisa não é que dolosa causação do fato criminoso, no qual, ao invés de uma só pessoa, intervém ainda uma segunda na cadeia causal” (“*Teilnahme an der Teilnahme, z. B. Anstiftung zur Anstiftung der Täter, ist wie jede andere Teilnahme strafbar. Denn auch sie ist nicht anders als vorsätzliche Verursachung der Haupttat, bei der sich lediglich statt einer Person noch eine zweite in den Kausalzusammenhang einschiebt*”).

Da participação mediata distingue-se o caso de instigação ou determinação sucessiva. Ex.: Pedro e Sancho, de comum acordo ou ignorando-se, instigam ou determinam Martinho a matar Semprônio. Se precede acordo, Pedro e Sancho respondem, como é claro, como instigadores ou mandantes, segundo a regra geral; caso contrário, cumpre distinguir entre o caso em que a sucessiva instigação ou determinação haja sido eficiente (causal) e o caso em que o executor já estava firmemente decidido em virtude da anterior instigação ou determinação. Nesta última hipótese, que é a da *alias facturus*, a instigação ou mandato sucessivo terá sido inteiramente inócuo ou penalmente irrelevante (conf. VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, vol. II, pág. 332).

115. **Concurso em crime culposos.** O *concursum delinquentium* é plenamente admissível nos crimes culposos. Para que se reconheça o elemento psicológico da participação criminosa é suficiente, como já vimos, a vontade consciente referida à ação comum. Se o resultado é também querido, dá-se a participação em crime doloso; se o resultado não foi querido nem previsto, embora previsível, ou se foi previsto, mas não foi querido, dá-se participação em crime culposos. Disserta o ministro CAMPOS: “Para que se identifique “o concurso (de pessoas no crime), não é indispensável um “prévio acordo” de vontades: basta que haja em cada um “dos concorrentes *conhecimento de concorrer à ação de outrem*. Fica, dessarte, resolvida a *vexata quæstio* da cha-

“mada *autoria incerta*, quando não tenha ocorrido ajuste “entre os concorrentes. Igualmente, fica solucionada, no “sentido afirmativo, a questão sobre o concurso em *crime* “*culposo*, pois neste tanto é possível a *cooperação material*, “quanto a *cooperação psicológica*, isto é, no caso de plurali- “dade de agentes, cada um destes, embora não querendo o “evento final, tem *consciência de cooperar* na ação”. No crime culposo (do mesmo modo que no crime doloso) pode haver cooperação de atividades *simultâneas* ou *sucesivas*. Desde que estas se apresentem subjetivamente coligadas ou coordenadas, ou desde que uma saiba que contribui para outra, identifica-se o concurso, aplicando-se o art. 25. Exemplos: o passageiro do automóvel induz o motorista a emprender uma velocidade excessiva (imprudente), e vem a ocorrer o atropelamento de um transeunte; dois operários de uma construção tomam conjuntamente de uma tábua e, inconsideradamente, a arremessam ao leito da rua, atingindo um passante; dois indivíduos resolvem fazer uma fogueira de São João e, depois que um deles amontoa a lenha, o outro deita-lhe fogo, sem atentarem na proximidade de uma casa, que vem a incendiar-se.

Cumpra advertir que, no caso de cooperação sucessiva de atividades *subjetivamente independentes* ou sem coordenação de vontades, só haverá pluralidade de culpados (com imputação separada e distinta) quando a atividade culposa subsequente ou imediata era *previsível*; caso contrário, somente esta responderá pelo evento lesivo. Exemplo do primeiro caso: se uma dona de casa deixa, imprudentemente, na prateleira da cozinha, certa porção de arsênico, e a cozinheira, também imprudentemente, sem maior inspeção, serve-se do arsênico como se fora sal, ocasionando a morte dos que ingeriram o alimento assim preparado, respondem ambas, distintamente, por homicídio culposo. Exemplo da segunda hipótese, tomada a GOMES:<sup>14</sup> um indivíduo comete a

<sup>14</sup> *El delito de homicidio*, 1928, pág. 102.

imprudência de convidar várias pessoas, entre as quais uma criança, para um passeio em carro puxado por cavalos que têm o hábito de *tomar o freio nos dentes*, e vem a acontecer que os cavalos realmente disparam e um dos passageiros, com inescusável precipitação, atira a criança para fora do carro, com a intenção de salvá-la, mas ocasionando a sua morte (a segunda imprudência não podia ser prevista pelo autor da primeira, a quem não deve, portanto, ser imputado a título de culpa o evento lesivo).

Pode ocorrer que a atividade sucessiva seja *necessitada*, em razão da antecedente, e em tal caso apenas responde esta última. Figure-se o seguinte caso: um ciclista vê surgir à sua frente, contra-a-mão, um automóvel e, para escapar ao atropelamento iminente, inflete para o passeio, onde colhe, ferindo-o, um transeunte. Não há concurso: culpado único do *eventus damni* é o *chauffeur*.

116. **Participação mediante omissão.** A participação tanto pode consistir em ação quanto em omissão. Contribui-se mediante omissão para um crime sob a mesma condição de existência dos crimes comissivos por meio de omissão: é necessário que a atitude de inércia represente infração de especial dever (*abstention fautive*, dos autores franceses), resultante de preceito legal, de relação contratual ou de situação de perigo precedentemente criada pelo próprio omitente (veja-se n.º 60). Não é de confundir-se a participação mediante omissão com a participação que, embora consistente numa atitude corporalmente inerte, redunde em força moral cooperativa, como no caso, por exemplo, de quem, com a só presença ao lado do executor, o acoroçoa e encoraja pela certeza de sua solidariedade e esperança de sua eventual ajuda, ao mesmo tempo que entibia, por intimidação, o espírito de resistência da vítima. Nesta hipótese, não deixa de haver uma cooperação *positiva*, uma participação mediante *ação*.

Na participação mediante omissão, basta, sob o prisma causal, que se não tenha impedido o crime faltando a um dever jurídico. Se este inexistente, a abstenção não é participação, salvo se foi prometida livremente, como condição de êxito da ação criminosa. Quando o não-impedimento do crime não foi ajustado de antemão, e apenas infringe um dever moral, o que se dá é a chamada *convivência* (ou *participação negativa*), que, quando não constitui crime *per se stante*, escapa à sanção penal. Quem, por exemplo, deixa de denunciar o plano criminoso de que tem conhecimento, ou de impedir fisicamente a execução do crime, presenciando-a como simples espectador ou afastando-se do local onde se realiza, *não é partícipe*.<sup>16</sup> Tome-se a hipótese de um banhista que assiste a um celerado atirar às ondas uma criança, e se abstém de intervir, por mero comodismo ou indiferença, deixando que a criança se afogue, embora tivesse podido salvá-la: responderá pelo crime de *omissão de socorro* (art. 135 do Código Penal), mas não como partícipe de homicídio. Ainda mesmo no caso de existência do dever jurídico de impedir, não se pode reconhecer a participação, se não há, da parte do omitente, a vontade de *aderir* à prática do crime. Não basta a eficácia causal (sob o prisma lógico-jurídico) da omissão: é necessário, também aqui, o vínculo psicológico que faz inserir a vontade individual na vontade coletiva. Assim, o policial que, faltando ao seu dever específico, assiste inerte, mas por mera covardia, à prática de um assalto à mão armada, incorre em “falta disciplinar”, mas não lhe pode ser imputada participação no crime.

<sup>16</sup> MANZINI (*Trattato*, II, pág. 443): “La sola connivenza può senza dubbio facilitare anch’essa la esecuzione del reato, ma non perciò la persona semplicemente connivente concorre nel reato medesimo... Codesto omissente, invero, non pone in essere alcun fatto (azione od omissione) dal quale risulti la volontà che quel reato si commetta, non eccita nè rafforza la risoluzione di commetterlo (se ciò fosse non si tratterebbe più di mero silenzio o di mancato impedimento), non promette nè presta assistenza od aiuto, non fornisce nè istruzioni nè mezzi”.

117. **Agravação e atenuação de pena.** Segundo o artigo 25, que pressupõe o princípio da equivalência dos antecedentes causais consagrado no art. 11, todos quantos concorrem para o crime incidem na pena a este cominada *in abstracto*; mas isso, como é claro, segundo já foi acentuado, não inibe que, *in concreto*, atendido o critério de relativa individualização, diversifique, quantitativamente (ou qualificativamente, no caso de penas paralelas), o tratamento penal dos concorrentes. Em certos casos, o Código entendeu mesmo de determinar *a priori*, ou especialmente, a agravação ou atenuação da pena, tendo em conta a maior ou menor *capacidade de delinquir* que tais ou quais circunstâncias revelam, da parte dos co-autores. Assim, em face do art. 45, a pena é agravada em relação ao concorrente que:

“I — promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais;

“II — coage outrem à execução material do crime;

“III — instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

“IV — executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.”

Por outro lado, o art. 48, ns<sup>os</sup> II e IV, letra c, princ., declara obrigatória a atenuação da pena do concorrente cuja cooperação tiver sido de “somenos importância” e a do que tenha agido sob *coação a que podia resistir*.

No caso do inciso I do art. 45 é plenamente justificada a agravação: aquele que *promove* a cooperação no crime (isto é, que, concebendo a idéia do crime, tem a iniciativa da *societas sceleris*), ou a *organiza* (isto é, que embora alheio a iniciativa do crime, toma a si o encargo de coligir ou aparelhar os elementos necessários à sua execução) ou *dirige* a atividade coletiva (isto é, que, sem ter projetado o crime ou organizado a *empresa*, assume a chefia da ação criminosa), revela, em cotejo com os *gregários*, maior grau de criminalidade ou de *mens rea*.

Nas hipóteses dos incisos II e III do mesmo artigo é bem de ver que, se entram em cena apenas o coator, o instigador ou o determinador e o executor, somente aqueles são puníveis; mas, se há outros concorrentes *puníveis*, a agravação da pena não se estende a estes. Manifesta é a *ratio* da agravação nas ditas hipóteses: quem coage outrem à execução do crime ou se serve, para tal fim, de um *irresponsável* (louco, menor) ou de alguém não-punível *ratione personæ*, demonstra, além de pravidade, o intuito de garantir-se ardisadamente contra os riscos, acobertando-se atrás do executor coagido ou facilmente manejável pela sua condição psíquica ou pela certeza da impunidade.

Finalmente, a exasperação da pena quanto aos concorrentes *mercenários* (art. 45, IV) suficientemente se explica pela torpeza do motivo determinante (o inciso em questão não é mais do que o destaque, na disciplina do concurso de agentes, de uma modalidade da agravante genérica prevista no art. 44, II, letra a).

No tocante aos casos de atenuação da pena, representam eles um *temperamento* à regra do art. 25: aprioristicamente, é determinado um *minus* de pena em relação ao concorrente que prestou contribuição de mínima relevância ou sofreu coação, embora resistível, pois em um e outro caso revela menor capacidade de delinquir.

**118. Concurso necessário. Concurso-agravante. Crime multitudinário.** Há casos em que a pluralidade de agentes é *elemento essencial* da configuração do crime (*crimes coletivos* ou *de convergência*: conspiração, quadrilha ou bando, greve, rixa, motim de presos; *crimes bilaterais* ou *de encontro*: adultério, bigamia, corrupção), e tem-se, então, o chamado “concurso necessário” (*concursum necessarium ad idem delictum*), já não se podendo falar em participação, propriamente, mas em *co-execução*. Ainda mesmo em tais casos, porém, não fica excluída a possibilidade do *concursum facultativum* (isto é, da participação criminosa): pode ocorrer a



cooperação de pessoas não indispensáveis à configuração do crime e que se limitem a uma atuação *a latere* para o *exitus sceleris*. Assim, na *rixa* ou na *bigamia*, é participe aquele que instiga ou presta auxílio a qualquer dos concorrentes necessários. Por vezes, o *concurso delinquentium* (presentes os partícipes no local do crime) se apresenta como agravante especial ou *qualificativa* (arts. 146, § 1.º, 150, § 1.º, 155, § 4.º, 157, § 2.º, II, 158, § 1.º, 161, § 1.º, II, 226, I, 351, § 1.º). Dá-se, então, o que MANASSERO denomina *crime eventualmente coletivo*.

SIGHELE (*La teorica positiva della complicità*) postulava, em nome do positivismo penal, que o *concurso delinquentium*, desde que premeditado, devia ser incluído entre as agravantes genéricas, dada a maior *periculosidade* que revela. Tal critério, que já se encontrava adotado, sob a influência de BENTHAM, em nossos Códigos anteriores (de 1830, art. 16, n.º 17, e de 1890, art. 39, § 13), no Código português (art. 34, n.º 10) e nos antigos Códigos russo (art. 129, § 4.º), espanhol (art. 10, n.º 15)<sup>16</sup> e zuriquense (art. 59, letra f: "*Wenn ein Verbrechen von mehereren Teilnehmer auf voragegangene Verabredung hin verübt worden ist*"), foi rejeitado no próprio seio da "escola positiva" (cons. FLORIAN, in *Trattato di diritto penale*, parte geral, vol. 2.º, págs. 692 e segs., 1934).

Especial atenção merece o "crime multitudinário", isto é, o crime cometido por uma multidão em tumulto. Foi SIGHELE quem, primeiro, tratou desse tema, sob o ponto de vista científico-jurídico.<sup>17</sup> Tendo começado por estudar o

<sup>16</sup> O Código espanhol atual (1944) considera agravante genérica a circunstância de ser o crime cometido "*con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad*", ou "*en cuadrilla*", isto é, "*cuando concurren a la comisión del delito más de tres malhechores armados*".

<sup>17</sup> Cons. sobre o tema: SIGHELE (*La coppia criminale, La delinquenza settaria, La teoria positiva della complicità, I delitti della folla*); LE BON (*Psychologie des foules*, 1895); JELGERSMA ("*Quelques observations sur la psychologie des foules*", in *Scuola Positiva*, 1901);

que êle chamou a “parelha criminoso” (*coppia criminale*), na qual distinguia entre *incubo* (sugestionador) e *sucubo* (sugestionado), passou a aplicar essa distinção aos componentes da *multidão criminosa* (da qual diferenciou a *seita delinqüente*, que não tem, como aquela, subitaneidade de formação), em cujo seio discriminou os *meneurs* e *menés*. Segundo o postulado de SIGHELE, a multidão é um agregado humano *heterogêneo* e *inorgânico* por excelência, pois é composta de indivíduos de todas as idades, de ambos os sexos, de todas as classes e de todas as condições sociais, formando-se sem prévio acordo, de súbito, inopinadamente. Nela, o caráter do todo não corresponde aos caracteres das unidades: seus componentes não se somam na sua inteireza, na sua realidade, mas, ao contrário, se elidem ou se deformam moralmente. Se a multidão pode superar, às vezes, o *indivíduo* na manifestação das mais altas faculdades da alma humana, mais freqüentemente, no seu seio, dá-se a prevalência de um psiquismo inferior. Diz RADBRUCH que “a multidão é má, e a criatura humana também o é, mas uma e outra podem ser matéria-prima para todo o bem” (“*Gewiss Masse ist nicht gut. Auch der Mensch ist nicht gut, aber Masse wie Mensch sind Rohstoff zu allem Gut*”). Não se pode, entretanto, negar a maior propensão para o mal da parte dos *homens agrupados*. Este fato não escapou à observação dos antigos: *senatores boni viri, senatus autem mala bestia*. A multidão, afirma o autor de *I delitti della folla*, tem, como a mulher, uma psicologia *extrema*, capaz somente de excessos: ora admirável de abnegação, ora arrepiante de

---

TARDE (“Les crimes des foules”, in *Actes du III Congrès d'Anthropologie Criminelle*, 1890); MANCI (*La folla*, 1924); MANASSERO (*Il delitto collettivo*, 1914); FREUD (*Psychologie collective et analyse du moi*, trad. franc., 1924); MACULOTTI (*I reati della folla*, 1920); ROSSI (PASQUALE), (*Psicologia collettiva morbosa*, 1901); AUBRY (*La contagion du meurtre*, 1894); KIPOURIDY (“Das Verbrechen der Masse”, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 245); NAGLER (“Das Verbrechen der Menge”, in *Gerichtssaal*, vol. XCV); ELIAS DE OLIVEIRA (*Criminalidade das multidões*, 1934).

ferocidade. Nunca, ou raramente, é comedida nos seus sentimentos. TARDE assim define a multidão: "Um fenómeno "difícil de ser compreendido, uma reunião de elementos "heterogêneos, desconhecidos entre si, mas na qual, entre- "tanto, apenas uma centelha de paixão se desprende de um "deles e electriza o ambiente coletivo, dá-se, de súbito, como "por geração espontânea, uma espécie de organização". KIPOURIDY assim a concebe: "... a essa reunião de pessoas, "inorgânica, condicionada no tempo e no espaço, em cujo "seio ocorre, acerca de um motivo qualquer, uma incons- "ciente, empolgante influência psíquica recíproca entre seus "membros, chamamos multidão" (*"Einen solchen unorga- nisierten, lokal und zeitlich bedingten, Personenverband nun, bei welchen, aus irgend einem Grunde eine sehr intensive, unbewusste, gegenseitige, psychische Beeinflussung seiner Mitglieder erfolgt, nennen wir Masse"*).

Na sua incoerente ou variável condição, a turba é fermento de egoísmo ou eclusão de altruísmo, engendra delin- quentes ou plasma heróis e mártires. Elaboram-se no seu regaço anjos e demônios, pelicanos e hienas, Cristos e Marats. Inconstante e arbitrária, exalta o Nazareno, para depois cru- cificá-lo; aplaude Bruto, e, em seguida, Marco Antônio. É capaz de tôdas as generosidades e renúncias, como de tôdas as torpezas e crueldades. Detém-se diante das lágrimas de Mademoiselle de Sombreuil e profana o cadáver de Madame de Lamballe, ou bebe o sangue do general Laleu. Carrega em triunfo a um celerado que lhe sabe explorar a vaidade e despedaça, como esfaimada alcatéia de lobos, o inocente que lhe cai no desagrado.

PUGLIESE descreve, com precisão, a fase incoativa do fe- nômeno da turba tumultuária: "Uma multidão é excitada, "mas a força que a comove qual um mar tempestuoso não "recebeu ainda a determinação do movimento; uma cal- "deira está sob pressão, mas não foi ainda aberta a válvula "que vai permitir o escapamento do vapor; um montão de "pólvora está exposto ao sol, mas ninguém ainda chegou o

“fogo para fazê-lo explodir. Surge, então, um homem, ou, “antes, uma idéia; um brado ressoa: “Vamos matar Tício, “o inimigo do povo!” ou “Vamos salvar Caio, amigo dos “pobres!”, e o movimento é determinado, a válvula abre-se, “a pólvora explode. Eis a multidão”.

No seio da multidão, pela influência recíproca, pela sugestão, pelo contágio moral, nivelam-se os mais díspares indivíduos, operando-se, como dizem os “unanimistas”, a formação de um *ser único*, de uma *alma coletiva*, em que nenhum daqueles poderia reconhecer sua própria alma. É bem verdade, como observa KRASKOWIC, que as multidões têm uma alma e uma mentalidade próprias, a que se escravizam os indivíduos que as compõem (*“Die Massen besitzen eigenen Geist und die Einzelnen, die Mitglieder der Masse unterwerfen sich diesen Geist”*). Não nos furtemos ao prazer de ler esta página de MAUPASSANT, citada por SIGHELE “... todas essas “pessoas, lado a lado, distintas, diferentes pelo espírito, pela “inteligência, pelas paixões, pela educação, pelas crenças, “pelos preconceitos, repentinamente, pelo simples fato de “sua reunião, formam um ser especial, dotado de uma alma “própria, de uma mentalidade nova, comum, que é a resultante imperscrutável da média das opiniões individuais. “Um dito popular afirma que a multidão não raciocina. Ora, “por que a multidão não raciocina, quando é certo que cada “indivíduo na multidão raciocina? Por que uma multidão “faz espontaneamente o que nenhuma das unidades dela “seria capaz de fazer? Por que uma multidão tem impulsos “irresistíveis, vontades ferozes, assomos estúpidos, que nada “detém, e, impelida por êsses arrebatamentos irrefletidos, “pratica atos que nenhum dos indivíduos que a compõem “praticaria? Um indivíduo profere um grito, e eis que uma “espécie de frenesi se apodera de todos, e todos, numa arrancada única, que ninguém se lembra de resistir, arrastados “por um mesmo pensamento que instantaneamente se lhes “torna comum, apesar das castas, opiniões, crenças e hábitos diferentes, vão precipitar-se sobre um homem, para

“massacrá-lo, para aniquilá-lo, quase sem pretexto, embora  
“cada um dos amotinados, se estivesse só, ter-se-ia arrojado,  
“com risco da própria vida, para salvar o homem que, na-  
“quele momento, ajuda a matar! E mais tarde, cada qual  
“regressando ao lar, de si mesmo indagará que cólera ou  
“loucura o teria dominado, sacando-o bruscamente fora de  
“sua índole e de seu caráter, e como teria podido ceder a  
“esse impulso feroz. É que ele cessara de ser um homem  
“para fazer parte de uma multidão. Sua vontade individual  
“misturara-se à vontade comum como uma gota d’água se  
“mistura a um caudal. Sua personalidade desaparecera, tor-  
“nando-se ínfima partícula de uma vasta e estranha perso-  
“nalidade — a da multidão”.

O fenômeno da exaltação coletiva é assim fixado por ELIAS DE OLIVEIRA: “Os desvairamentos da multidão são rápi-  
“dos e perigosos. A sugestão que a inflama exerce, às vezes,  
“sobre os indivíduos que a formam, uma espécie de fasci-  
“nação quase irresistível. Exagera o fator antropológico.  
“Exalta o ódio reprimido. Anestesia, instantaneamente, a  
“consciência e desperta e anima os sentimentos de cruelda-  
“de que permanecem adormecidos. A sua força é um tufão  
“violento, a cujo sopro não se esquivam senão os tempera-  
“mentos excepcionais. No seu ímpeto aniquilador, a mul-  
“tidão comumente comete excessos e derrama o sangue ino-  
“cente. Só após o seu retorno à calma e ao raciocínio, pas-  
“sada a excitação que empolga, é que acorda do pesadelo  
“sofrido aquele que, ao seu contato, se tornou criminoso”.

No âmago da multidão dir-se-ia que a animalidade irrompe, o *gorila darwiniano* desperta, quebrando os freios morais, fazendo saltar a camada dos *motivos inibitórios* estratificados na alma do homem civilizado. Até mesmo os poltrões e timoratos, quando na *melée* da turba tumultuosa, atrevem-se aos mais brutais excessos, como que na aliviadora desforra das humilhações passadas. Na sua *Massenpsychologie und Ich-Analyse*, FREUD afirma a desvalorização do indivíduo pelo seu enquadramento na multidão: “Esta acar-

“reta a diminuição das iniciativas independentes, uma recíproca influência eliminadora das mais valiosas qualidades do indivíduo a favor da reação comum da turba, operando-se um recuo a estádios psicológicos primitivos”. Pode dizer-se que essa transformação psíquica decorre menos da influência acoroçoante do número do que do contágio do mau exemplo. Os motins populares têm sempre a pronta adesão dos piores elementos sociais. É muito justa a observação de SIGHELE: “Desde que surge no horizonte político alguma nuvem prenunciadora de temporal, e uma insólita animação se manifesta nas vias públicas, com os ajuntamentos e escaramuças, vêm-se aparecer, aqui e ali, figuras sinistras que ninguém jamais encontrara. Todos se interrogam: donde poderiam ter saído esses indivíduos? E como única resposta todos pensam naqueles imundos animais, que surgem de seus esconderijos quando sentem, de longe, o cheiro de um corpo em putrefação”. São os indivíduos que, como diz CARLIER, em tempos de paz tratam de esconder-se ou fugir à aproximação da ronda policial, mas, tão cedo se produz uma agitação na opinião pública, surgem arrogantes, insuflando a desordem e fomentando as sedições, de que se fazem os mais cruéis e mais temíveis agentes. É o exemplo dos maus, as mais das vezes, que se difunde no seio da multidão, transformando-a num arremesso de insânia, num monstro de perversidade, numa hidra policéfala... SIGHELE proclama a influência desnortizante da multidão, mas não conclui, sob o ponto de vista jurídico-penal, pela irresponsabilidade de seus componentes: a responsabilidade destes, segundo o critério central da escola positiva, deve ser medida de acordo com o grau de temibilidade de cada um. Cumpre indagar se o indivíduo, ainda quando libertado da sugestão da turba amotinada, apresenta um perigo social, justificativo da reação defensiva ou penal. A sugestão não despersonaliza inteiramente o indivíduo. O *eu normal* sobrevive ao *eu anormal* criado pela sugestão. Esta, como o álcool, altera a personalidade e enfraquece a vontade, mas não as

suprime. Se na própria sugestão hipnótica, que é a mais forte de todas as sugestões, não se consegue anular completamente a personalidade, mas unicamente afrouxá-la, com maioria de razão sobrevive esta na sugestão em estado de vigília, ainda mesmo no paroxismo da multidão desembestada. O crime praticado por um indivíduo no ímpeto da multidão, que o arrasta, terá sempre uma parte de sua etiologia, ainda que mínima, na constituição fisiopsicológica do seu autor, e não fica excluída, assim, a responsabilidade. Igualmente reconhece SIGHELE a necessidade de diverso tratamento penal entre os que ele chama *ativos* e *passivos* (os *meneurs* e *menés*, de TARDE), mas isto segundo um critério variável de caso em caso.

FERRI, na *Relação* sobre o seu malogrado Projeto de Código Penal italiano, assim se pronunciou, apoiando os pontos de vista de SIGHELE: "Quanto aos delitos cometidos por uma multidão em tumulto, a responsabilidade penal caberá a cada um dos autores, cúmplices ou instigadores, segundo a atividade de cada um no caso concreto. O juiz terá de distinguir entre os provocadores e os *meneurs*, de um lado, e os provocados e *menés*, de outro, e avaliará, segundo as circunstâncias de maior ou menor periculosidade, a personalidade de cada um... Não haverá jamais a inimizabilidade, mas o juiz poderá, humanamente, ir até o perdão judicial."

É necessário um critério de identificação subjetiva. Somente o juiz, adverte BUONOCORE, poderá distinguir entre o instigador e o sugestionado, o provocador e o provocado, o *meneur* e o *mené*, o demagogo e o inconsciente, apreciando a personalidade de cada qual, sem abstrair, todavia, que a multidão arrebatada, cega, desvairada. PRINS entende, e com razão, que "*la notion de la foule criminelle, quand une infraction peut être attribuée à une foule, a fait comprendre la nécessité de rechercher et de frapper sévèrement les meneurs et de ne réserver l'indulgence qu'aux menés*". Entretanto, é preciso não esquecer a advertência de TARDE: "*c'est souvent*



*le foule qui mène son chef*", isto é, há muito chefe que, ao invés de conduzir, é conduzido pela multidão...

O vigente Código Penal italiano inclui entre as atenuantes genéricas a circunstância de haver o delinqüente agido "por sugestão de uma multidão em tumulto, quando não se trate de reuniões ou ajuntamentos proibidos por lei ou pela autoridade, e o culpado não seja delinqüente ou con-traventor habitual ou profissional, ou delinqüente por ten-dência". O Código uruguaio (1934) declara isentos de pena os gregários que não tenham tomado parte na execução ma-terial do crime, se este não fôra previamente ajustado entre todos e a reunião não constitua, por si mesma, um crime. Semelhante critério de decisão refletira-se no Projeto brasi-leiro de SÁ PEREIRA, reproduzido, neste ponto, pelo de ALCÂN-TARA MACHADO, e, afinal, o Código de 40 incluiu entre as cir-cunstâncias que sempre atenuam a pena "ter o agente come-tido o crime sob a influência da multidão em tumulto, se, lícita a reunião, não provocou o tumulto, nem é reincidente".

**119. Agente provocador (agent provocateur, Lockspitzel).** Discute-se em doutrina se é aplicável a disciplina da participação no caso do *agente provocador*, isto é, do indivíduo que, para surpreender outro em flagrante e sujeitá-lo à punição, o induz, arditamente, a cometer um crime, mas, contando, pela sua própria vigilância, que não passe de tentativa improficua. Semelhante prática, apesar de censu-rável, não é infreqüente como método policial para a desco-berta de suspeitas atividades criminosas. Para solução do tema, há que distinguir: ou a vigilância do agente provoca-dor tornou impraticável qualquer dano, efetivo ou potencial, ou não pode evitar que se realizasse. Na primeira hipótese, não há crime algum.<sup>18</sup> O fato carece de *seriedade* como vio-lação da lei penal (veja-se n.º 71): não passa de uma comé-dia, de que inconscientemente participa o induzido. Segundo

---

<sup>18</sup> Veja-se FLORIAN, ob. cit., vol. I, pág. 634, e vol. II, pág. 711.

a tradicional noção *realística* do crime, este não pode ser reconhecido quando, *in concreto*, era impossível a superveniência de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente protegido. De maior evidência é ainda a inexistência de crime quando para o engano concorre o pretense sujeito passivo. Figure-se o seguinte caso: certo comerciante, suspeitando da honestidade de um seu empregado, deixa-o propositadamente a sós no estabelecimento, mas sob a despercebida vigilância de um agente de polícia previamente avisado, verificando-se que o empregado se dirige à caixa registradora e, no momento em que está subtraindo dinheiro, é detido pelo policial. Ter-se-ia obtido veemente indício de autoria de furtos anteriores, mas não se pode identificar, no caso, a existência de um furto tentado.

Na segunda hipótese, ainda há que distinguir: ou o agente provocador assumiu o risco do evento de dano ou de perigo (dolo eventual), e terá de responder como partícipe do crime; ou, não tendo assumido esse risco, agiu inconsideradamente, e, ao invés de participação, o que ocorre são dois crimes distintos: um doloso, a cargo do induzido, e outro culposos, a cargo do agente provocador (se o crime é punível a título de culpa). Pouco importa a *moralidade* do motivo determinante (salvo quanto à medida da pena) do agente provocador, pois o fim não *santifica* os meios.

Autêntica participação haverá no caso em que o agente provocador *quer* positivamente a consumação do crime, nada significando que, de sua parte, não tenha sido querido o crime por si mesmo, senão como um meio de ver punido o induzido (fim de vingança) ou de se livrar dele por qualquer motivo (ex.: poder mais facilmente ter comércio sexual com sua mulher).

Cumpra notar que a hipótese do agente provocador não se confunde com o caso em que se dá a intervenção da autoridade policial, notificada de antemão, para colher em flagrante o indivíduo que, de sua exclusiva iniciativa ou sem qualquer sugestão direta ou indireta, concebeu a idéia do

crime e pretendia consumá-lo. Assim, responde por tentativa de *extorsão* o indivíduo que, mediante grave ameaça, exige indevidamente certa quantia de outro, e este, vencendo a intimidação ou confiando na polícia, mas fingindo ceder, emprega-o para o recebimento e o faz prender “com a boca na botija”. A intervenção policial, aqui, não é mais que a circunstância, alheia à vontade do agente, que impede a consumação do crime e caracteriza a tentativa (art. 12, II).

**120. Participação e arrependimento.** Pode acontecer que, antes ou depois de iniciado o *iter criminis*, venha a cessar a coerência das vontades dos concorrentes, ou, mais precisamente: pode ocorrer que um dos concorrentes se arrependa, enquanto os outros persistam no propósito criminoso. O arrependimento, como puro *factum internum*, é inócuo, mas, se assume caráter prático ou militante (veja-se n.º 69), várias são as hipóteses formuláveis:

a) o arrependido é o designado executor, e não inicia a execução do crime projetado, ou é um partícipe, vindo este a impedir (por qualquer meio) que a execução se inicie;

b) o arrependido é o executor e, já iniciada a execução, desiste da consumação ou impede que o resultado se produza (art. 13); ou é um partícipe, que alcança evitar (por qualquer meio) seja atingida a *meta optata*;

c) o arrependido é o partícipe, e resulta inútil o seu esforço para impedir a execução ou consumação.

Na hipótese sob a, não há fato punível (podendo ser aplicado o art. 27). Na hipótese b, identificam-se causas extintivas de punibilidade (*desistência voluntária* e *arrependimento eficaz*) e, dado o seu caráter *misto* (subjetivo-objetivo), são *comunicáveis* (veja-se, adiante, n.º 121), ficando todos os concorrentes isentos de pena a título de tentativa (ressalvada a punibilidade pelos atos já praticados).<sup>19</sup> Na

<sup>19</sup> Tal solução é a que nos parece razoável: se, quando o crime é tentado ou consumado, mesmo os concorrentes arrependidos não escapam à pena, é de admitir-se que aproveite a todos, mesmo aos

hipótese sob c, finalmente, nenhuma isenção penal pode ser reconhecida em favor do arrependido, pois o crime não deixa de *pertencer* a quem, depois de contribuir voluntariamente para ele, se arrepende sem evitá-lo (o arrependimento ineficaz é irrelevante, salvo quanto à medida da pena). Figure-se, agora, o seguinte caso: Tício, que incumbiu a Mévio, mediante promessa de recompensa, o homicídio de Semprônio, arrepende-se em seguida e revoga o mandato, mas acontecendo que, nesse meio tempo, Mévio recebe agravos de Semprônio e, *omnimodo facturatus*, resolve matá-lo por conta própria: Tício é estranho ao crime, pois nenhuma foi sua contribuição, não se podendo dizer, sequer, que haja despertado em Mévio o propósito criminoso.

121. **Circunstâncias comunicáveis e comunicáveis.** Dispõe o art. 26 que “não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. *A contrario sensu*, são sempre comunicáveis as circunstâncias reais (objetivas) e as mistas (subjetivo-objetivas), sejam ou não conhecidas de todos os concorrentes.<sup>20</sup> *Circunstâncias*, no sentido lato com que o vocábulo é aqui empregado, não são apenas as que excedem a configuração do crime. isto é, as *agravantes* e *atenuantes*, genéricas ou especiais, e só influem na medida da pena (*accidentalia delicti*), mas também as que constituem *elementos essenciais* do crime (*essentialia delicti*) ou, de qualquer modo, alteram, excluem ou extinguem a punibilidade. Chamam-se *pessoais* as de natureza subjetiva, as condições ou qualidades que se dizem com a pessoa de tal ou qual concorrente, sem qualquer reflexo sobre a execução e materialidade do crime, ou sobre a con-

---

<sup>20</sup> Não há falar-se, aqui, em responsabilidade objetiva: quem se mete numa empresa criminosa, aceita-lhe, de antemão, os riscos

---

não arrependidos, a desistência eficiente ou impedimento da consumação por parte de um deles. É a solução mais condizente com o princípio de *solidariedade* dos concorrentes.

vergente força psíquica dos co-réus. Tais são a *reincidência*, o *motivo torpe*, o *erro de fato*, a *embriaguez fortuita*, a *menoridade*, certas qualidades inerentes ao co-réu (ser “funcionário público”, ser “ascendente” ou “descendente” da vítima etc.). Dizem-se *reais* (ou *objetivas*) as que afetam a execução ou materialidade do crime, isto é, as que concernem à natureza, espécie, meios, objeto, tempo, lugar ou qualquer outra modalidade da ação, à maior ou menor gravidade das conseqüências, à reparação destas, às condições ou qualidades pessoais da vítima. Exemplos: a *emboscada*, o *emprego de veneno*, o ser o crime praticado *durante o repouso noturno*, o ser a vítima “velho” ou “criança”, a duplicidade de vítimas na *aberratio ictus* etc. Denominam-se *mistas*, finalmente, as circunstâncias que, embora pessoais, se refletem sobre a objetividade do crime. Exemplos típicos desta espécie, em que pese à contrária opinião dominante, são a “desistência voluntária” e o “arrependimento eficaz” (no primeiro caso é detida a já iniciada execução material do crime; no segundo, é impedida a produção do resultado): a isenção penal, em tais hipóteses, não é concedida apenas porque o agente revele escassa capacidade de delinquir (condição *pessoal*), mas também, e principalmente, porque foi evitado o *eventus damni* ou o *summum opus*; de modo que é inegável o caráter *misto* de tais circunstâncias e sua conseqüente comunicabilidade aos co-partícipes.

A incomunicabilidade das circunstâncias pessoais cessa quando estas entram na própria noção do crime. No *homicídio qualificado*, por exemplo, as *qualificativas* de caráter pessoal, *ex capite executoris*, se estendem aos partícipes. Do mesmo modo, a qualidade de “funcionário público”, no *peculato*, comunica-se aos *extranei*. Deve notar-se, porém, que a ressalva do art. 26 não abrange as condições *personalíssimas* que informam os chamados *delicta excepta*. Importam elas um *privilegium* em favor da pessoa a que concernem. São conceitualmente inextensíveis e impedem, quando haja cooperação com o *beneficiário*, a unidade do título do crime.

Assim, a “influência do estado puerperal” no “infanticídio” e a *causa honoris* no crime do art. 134: embora elementares, não se comunicam aos cooperadores, que responderão pelo tipo comum do crime (isto é, sem o *privilegium*).

122. **Impunibilidade no caso de “*delictum non secutum*”.** Na conformidade da noção *realística* do crime, como já acentuamos, não existe este sem que se apresente, pelo menos, a periclitção do bem jurídico penalmente tutelado. Não bastam manifestações da vontade criminoso por palavras ou atos: é necessária uma atividade que efetivamente acarrete, no mínimo, um *eventus periculi*, um começo de execução do crime projetado. Somente em casos excepcionais, dado o grave perigo que em si mesmos representam, se incriminam ou se punem os atos meramente *preparatórios* ou os entendimentos ou articulações preliminares (ex.: associação para delinquir *in genere*, incitação pública de crime, conspiração etc.). Não importa que as exteriorizações do *animus delinquendi*, embora não seguidas de efeito, revelem a periculosidade social de quem as faz: o indivíduo só é punível quando de sua atividade antijurídica deriva, realmente, um dano ou perigo de dano. Punir-se alguém apenas porque é socialmente perigoso, seria puni-lo, não pelo mal que praticou mas pelo mal que possa vir a praticar. A *periculosidade* é fundamento da *medida de segurança* (eminentemente *preventiva*), e não da *pena* (que é, principalmente, *repressiva*). O Código brasileiro, adstrito a este ponto de vista, não se deixou influenciar pelo Projeto FERRI e o exemplo de alguns Códigos modernos (polonês, art. 29, e suíço, art. 24), no sentido de considerar *tentativa* a atividade que se limita a exprimir o projeto criminoso, ainda que se não siga o começo de execução. Dispõe o art. 27: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parág. único)”. Comentando este artigo, COSTA E SILVA (*Código Penal*, 1943, pág. 202)

entende que ele “serve para reafirmar o caráter acessório da concorrência (co-autoria)”. De modo algum. O dispositivo é corolário (tão evidente, que é até ocioso) da regra geral, de que não há fato punível onde não haja, pelo menos, começo de execução. Não havia razão alguma para que, adotada essa regra no caso de unidade de agente, fôsse rejeitada na disciplina do *concursum delinquentium*, em que cada agente é considerado, juridicamente, como se fora um só. Prosseguindo na sua crítica, o pranteado mestre observa: “A referência às diversas formas de co-participação criminosa prova que o legislador não pode esquecê-las. *Naturam expelles furca, tamen usque recurret*”. Ora, a referência às modalidades possíveis da participação não visa a distingui-las sob o ponto de vista jurídico-penal: ditou-a apenas a necessidade de evitar-se uma fórmula genérica ou elástica, que tal seria a que dissesse, por exemplo, “atos preliminares do concurso para o crime”. Nem jamais se cogitou, com a “teoria da cumplicidade-causa”, de esquecer as formas de co-participação no crime: o que se sustenta é a equipolência delas para o tratamento penal.

Se o ajuste, a determinação, a instigação ou o auxílio, no caso de *factum non secutum*, são impuníveis, com maioria de razão deve sê-lo a oferta ou proposta não aceita de execução de um crime. O nosso Código não destacou essa hipótese para incriminá-la, como faz o Código alemão, alterado por lei de 1876 (para atender à opinião pública, em seguida ao famoso caso do belga Duchesne, que propusera ao provincial dos jesuítas do seu país e ao arcebispo de Paris, mediante recompensa, o assassinato do chanceler Bismarck, então envolvido em lutas religiosas).

A remissão feita, entre parênteses, ao art. 76, parágrafo único, devia ter-se estendido ao art. 94, III: se o juiz se convencer da *periculosidade* dos *concorrentes frustrados* poderá aplicar-lhes a medida de segurança de “liberdade vigiada”.





[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

## APÊNDICE



## OS PANDECTISTAS DO DIREITO PENAL

SUMÁRIO: *Direito penal e positivismo jurídico — Direito penal e direito civil — A pandectização do direito penal — BINDING e CARNELUTTI — Reação necessária — Influência civilística na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — Conclusão.*

### Direito penal e positivismo jurídico

\* Desde os primórdios deste século, a doutrina do direito penal vem-se esterilizando no afincado propósito de miúda dissecação de conceitos, na exasperação do logismo abstrato, na tarefa inglória de uma dialética tão profusa quanto infecunda. Não foi sem razão que já se falou na “decadência do direito penal”. Dir-se-ia que a ciência jurídico-penal, esgotadas as suas possibilidades de criação e avanço, entrou a nutrir-se de si mesma e a construir no vazio. A mais humana de todas as disciplinas jurídicas perdeu de vista seus pontos de partida, assinalados na realidade concreta e palpitante do drama da vida e de seus protagonistas, e passou a ser tratada, à margem do mundo circundante, com o tranqüilo objetivismo de cálculos matemáticos. Dentro de esquemas apriorísticos, de classificações rígidas, de quadros fechados, de logomaquias difusas e confusas, de sutilizações cerebrinas, de fragmentações infinitesimais de conceitos, a ciência do direito penal cada vez mais se afasta da realidade humana e social para encantoar-se nos ângulos do “jurismo puro”, nas águas furtadas do inumano norma-

---

\* Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em maio de 1949.

tivismo de Kelsen, nas lucubrações dêsse “narcisismo” do direito, que se convencionou chamar “positivismo jurídico” e cujos vértices ultrapassam os topos do Himalaia. Quando hoje se abrem livros de doutrina penal, que parecem representar tramas aracnídeas para a complicação de idéias como um fim em si mesma, já não mais se reconhece aquele direito aquecido do calor da alma humana e que era o direito penal na época do iluminismo e no edificante século XIX. O direito penal hodierno alheou-se à essência e à lição cotidiana dos fatos humanos e sociais, desligou-se de suas próprias fontes de seiva, e tende a privar-se radicalmente do seu *élan emocional*, da sua profunda sensibilidade ética, para abastardar-se na interminável tessitura de deduções silogísticas, de distinções e subdistinções de uma dogmática que constrói no terreno das abstrações, a milhas de distância do espetáculo e efervescência do mundo. As questões de substância e os conceitos de valor prático cederam o lugar a problemas de *lana caprina* e de *asini umbra*. Ao invés de perquirição dos fins humanos e pragmáticos, que inspiram os textos da lei penal, passou-se a cuidar, prevalentemente, de questiúnculas de terminologia, de detalhes de harmonia arquitetônica do sistema, de atomização de conceitos ou de inferências generalizadoras do abstrato para o abstrato, no mais desolante e árido teorismo. Onde havia carne, músculos e nervos, só se vê a armação de um esqueleto. Onde havia fronde ao ar livre e frutos pendentes, apenas se encontram galhos secos dentro de recintos tapados. Onde havia plantação sadia e dadiosa, somente se depara estiolada germinação de beiral de telhado velho sem raízes no solo, ou um inextricável cipoal desgarrado dos troncos de sustentação. Onde havia labaredas vivas e crepitantes, hoje só existem chamas indecisas de fogo-fátuo. A literatura jurídico-penal de nossos dias não passa, via de regra, de um requintado academicismo, numa prolixidade tediosa e indigesta, a reclamar pedrume e ácido tânico. Para demonstrar truísmos, criam-se teorias complexas, que fazem de filtro às avessas. O que não

teria escapado à perspicácia de Calino é recoberto com a espessa nebulosidade de uma logorréia inesgotável, e deixa de ter sentido. Para explicar que o cavalo branco de Napoleão era mesmo branco ou que a mãe do Sr. de la Palisse estava viva alguns momentos antes de morrer, fazem-se tantos rodeios e formulam-se tantos *distinguos*, que a gente acaba por duvidar da brancura do histórico solípede ou da pouca sobrevida da veneranda senhora.

As questões mais frívolas ou inócuas são aventadas para infundáveis exercícios de dialética. Consomem-se canadas de tinta para demonstrar, por exemplo, a diferença entre “ação” e “fato”, entre “ação” e “conduta”, entre “fato” e “evento”, entre “evento” e “resultado”, entre “causa” e “condição”, entre “vontade” e “desejo”. Há obesos cartapácios para indagar se o direito penal tem caráter constitutivo ou simplesmente sancionatório, ou quais sejam os destinatários da norma penal. Acumulam-se ilações sobre ilações, que podem estar na lógica do literalismo frio da lei, mas não na lógica do seu espírito e escopo prático. Nem é mesmo possível seguir-se o fio de raciocínio de muitos dos juristas penais contemporâneos, porque, a cada passo, a cada capítulo, abrem-se os desaguadouros da pedantaria escolástica, os jorros da dogmática *à outrance*, o chorrilho das questões de nonada em estilo esotérico, o fluxo caudaloso das *trouvailles* e chinesices de lógica abstrata. E quando se lhes censura a balda de preciosismo analítico, a imoderação do espírito de sistema, a inútil fadiga de partir fios de cabelo ao comprido para ver o que há dentro, saltam com “quatro pedras na mão” e acusam os censores de “simplistas”, de “incompetentes”, de “indolentes cerebrais”, que querem esquivar-se de estudar os problemas penais a fundo...

### Direito penal e direito civil

A causa máxima desse abstracionismo extremado, a pretexto de construção científica do direito penal, já foi denunciado, entre outros, por ANTOLISEI (*Problemi penali*

odierni, 1940) e GUARNERI (*Diritto penale e influenze civilistiche*, 1947): é a intromissão do “pandectismo” no campo dessa disciplina jurídica. Na sua demasiada reação contra a escola antropológica ou positiva, o vitorioso tecnicismo jurídico-penal não vacilou, sequer, em tomar de empréstimo os processos e critérios da dogmática do direito civil. A teoria jurídico-penal foi assimilada à “teoria das obrigações” do direito privado. Voltou-se, por assim dizer, à fase em que o direito penal não era mais que um capítulo do direito civil. Advirta-se, para logo, entretanto, que, com o assinalar-se esse movimento regressivo, não se quer dizer, de modo algum, que o direito civil persista em utilizar critérios que o incompatibilizem com a evolução do direito em geral. Não. A sua dogmática própria tem assegurado, através dos séculos, a sua eficiência e prestígio, de par com a sua perfeição técnica, com a elegância do seu estilo arquitetônico. Mas uma coisa é o direito civil e outra é o direito penal. Um essencialmente “objetivista”, outro eminentemente “subjetivista”. Ao direito civil quase que não interessa senão o *factum externum*, o resultado material da ação violadora do dever jurídico; enquanto que para o direito penal o que importa, principalmente, é o *factum internum*, o elemento psicológico da rebelia contra a ordem jurídico-social. Para o direito civil não importa, ou importa muito pouco, o elemento “homem”; para o direito penal o que conta, acima de tudo, é precisamente o “homem”, o homem com a sua personalidade e os seus motivos, o homem de corpo e alma. A sanção civil não se preocupa com o ilícito senão para restabelecer o equilíbrio dos patrimônios, desinteressando-se da pessoa do agente. A sanção penal, ao contrário, não visa ao fato material externo exclusivamente em si mesmo, mas em função ou como projeção do agente. No direito civil, a ação é separada do agente; no direito penal, ação e agente formam um todo incindível. A sanção civil é destinada à tutela de interesses privados, de egoísticos direitos individuais; a sanção penal se propõe à tutela de interesses gerais ou sociais, sem cuidar



dos interesses ou direitos do indivíduo, senão quando incidam na linha daqueles, ou haja necessidade de evitar o arbítrio do poder público. O delito civil é tratado sempre do mesmo modo, o delito penal tem de ser tratado segundo cada caso concreto, pois há que rastrear a sua significação na intimidade psíquica, diversa de agente para agente, e há que investigar o “homem” no âmbito de sua alma e no âmbito de sua conduta social, no seu valor ou desvalor como *indivíduo* na sinergia da vida coletiva. O direito civil pode ditar princípios imutáveis no tempo e no espaço, e válidos para todos os casos; o direito penal, ao revés, não prescinde de fórmulas variáveis e dúcteis, despreocupadas mesmo de coerência ou uniformidade, para poder alcançar a “justiça do caso concreto” ou a indeclinável defesa do interesse social contra o perigo individualizado do delinqüente.

É bem de ver que tão profunda diferença de objeto, de ângulos de vista e de finalidade, tem de impor, necessariamente, a diversidade de diretrizes ou processos de elaboração científica. O enquadramento dos institutos jurídico-penais nas categorias do direito civil não podia deixar de redundar, como redundou, na deturpação do direito penal. Os postulados do direito civil, que quase somente regulam quantidades, ajustam-se a conclusões de extensiva lógica abstrata; ao passo que esta, quando levada, irrestritamente, para a órbita do direito penal, de princípios e escopos fundamentalmente éticos, somente pode gerar desconchavos, obscuridades, formas sem conteúdo, resultados sem valor.

#### A pandectização do direito penal

O movimento ou diretriz de “pandectização” do direito penal teve o seu início entre os modernos germanos: afirmou-se com CARLOS BINDING e atingiu o seu auge com ERNESTO BELING.

Em seguida transpôs os Alpes e, na Itália, na alma mater da latinidade, começou com ARTUR ROCCO para culminar com FRANCISCO CARNELUTTI. De permeio, além e aquém

da cordilheira alpina, pulularam os “discípulos”, os apóstolos do novo credo, os sectários fanáticos cuja ortodoxia conduziu a todos os exageros e a tôdas as extravagâncias. Surgiu a mania da análise minudente, sob a varinha mágica da lógica pura, para enfeixar num sistema impecável as regras de um direito que, antes de ser ditado pela lógica, é imposto pela inconstante e oportunística política social. Os tratados e monografias de direito penal passaram a ser uma sucessão indefinida de teorias capilares, uma infatigável trituração de idéias e noções, um vasto complexo de sutilezas, de artifícios e de logogrifos. Foi um trabalho sistemático de deformação do direito penal. Quase se poderia dizer que aconteceu com o direito penal o mesmo que aconteceu com aquela “môscas azul” de que nos contam os versos de MACHADO DE ASSIS: o poleá, que a achou, quis decifrar o mistério do seu esplendor e

*“Dissecou-a a tal ponto, e com tal arte, que ela,  
Rôta, baça, nojenta, vil,  
Sucumbiu...”*

O direito penal contemporâneo perdeu a luminosidade de sol mediterrâneo com que o ensinava CARRARA, o excelso e imortal professor da Universidade de Pisa. Não mais idéias claras e acessíveis. Não mais soluções singelas, ditadas pelo bom-senso e com o espírito voltado para o desconcertante espetáculo da vida. O que hoje se quer, na doutrinação desse ramo da ciência jurídica, são enredos de silogismos em linguagem hermética. Tome-se, para exemplo, o problema da “estrutura jurídica do crime”. É um dos “12 trabalhos de Hércules” do pensamento jurídico-penal de nossos dias. Há toda uma torrente livresca sobre o tema, e tornou-se tão difícil colhê-lo na sua decifração técnica, que JIMENEZ DE ASÚA, picado de vaidade, em azêda crítica a CUELLO CALÓN, afirmou que “tal questão não é para ser estudada nos umbrais da velhice...”.

Foi deplorável a transfusão de sangue que o direito penal recebeu, sem necessidade alguma, do direito civil. Os

critérios civilísticos aplicados à elaboração científica do direito penal foram como gafanhotos em campo cultivado. A simbiose deu em anemia profunda do direito penal ou num produto híbrido sem fibra e sem fôlego. Nem era de esperar-se outra coisa. O direito concebido para refrear o “anjo rebelde” que vive no homem e ajustá-lo aos imperativos éticos da vida social, não podia aliar-se ao direito que se limita à solução de litígios patrimoniais de ordem privada. O direito que tem como sanção o simples ressarcimento do *damnum datum* ou a *restitutio in pristinum* e como finalidade a mera composição de interesses de indivíduo para indivíduo, não podia fazer boa companhia ao direito que tem como sanção e objetivo a estilizada retribuição do mal na carne viva do malfeitor e a recuperação do “anjo caído” para o bem e harmonia do convívio social.

### Binding e Carnelutti

Quando se lê BINDING, o vexilário da *Zivilisierung* do direito penal, tem-se a impressão de uma missa rezada sem latim. Para o direito penal são carreadas as figuras civilísticas da “lesão”, da “novação”, da “obrigação solidária” e da *fidejussio*. A relação punitiva passa a ser uma “relação de débito”. O delinqüente deixa de ser um trecho vivo de humanidade, para ser o “sujeito devedor da pena”. Mais uma polegada, e o crime seria uma espécie de contrato por adesão: o delinqüente aceita a “obrigação de sofrer a pena” para ter “direito” à ação criminosa. Os problemas jurídico-penais, que derivam da alma humana e da realidade inquieta, são transformados num monótono e inexpressivo mecanicismo conceitual.

CARNELUTTI, de seu lado, não recua diante das mais flagrantes e irrisórias absurdezias. O crime é um “ato jurídico”, um *negotium juris*. O tormentoso problema da “causa” em direito civil é utilizado para a teoria dos “motivos determinantes” no direito penal. O “crime impossível” é assimilado

ao *negotium sine causa*. A pena de morte é uma “desapropriação por utilidade pública”. A qualidade pessoal do agente nos chamados “crimes próprios” é identificada com a *legitimatio ad actum* e denominada “competência” para o crime. O erro excludente de culpabilidade é assimilado ao erro obstativo do contrato. O crime com pluralidade de agentes é chamado “crime concursal”, a ser apreciado com os princípios reguladores da *universitas personarum* ou da *universitas rerum*, podendo falar-se, na espécie, em *universum crimen* como o direito romano falava em *grex corpus universum*... Não se pode conceber mais completa mixórdia, nem mais rematado destempero. No prefácio das suas *Lezioni di diritto penale* (1943), CARNELUTTI faz a seguinte confissão: “*Il diritto penale è stato sempre il mio amore segreto*”. Entretanto, permita-se-me a franqueza, nada teria perdido o direito penal se o ilustre civilista tivesse mantido oculta essa sua mancebia intelectual.

### Reação necessária

Faz-se necessária, a todo custo, uma reação contra a infeliz tendência de “civilização” do direito penal. Impõe-se o retorno ao que ANTOLISEI denomina “orientação realística”, às exigências concretas da vida, ao estudo do direito penal no que ele tem de verdadeiramente substancial. Convenhamos que o tecnicismo jurídico é uma diretriz indeclinável para o estudo e construção sistemática do direito, em qualquer de seus ramos. Sem dúvida, a única realidade jurídica é o direito positivo em vigor. Só este pode constituir objeto de investigação de uma ciência jurídica. Não há direito penal vagando fora das leis. E com o reconhecê-lo, alcançou-se um notável progresso, porque, como acentua GUARNERI, foi eliminada a confusão reinante sobre o conteúdo e limites da ciência jurídico-penal — confusão que não podia deixar de obstruir o caminho. Os próprios positivistas tiveram de bater nesse rumo. FERRI fêz autêntico tecnicismo jurídico nos seus

*Principii di diritto criminale*. FLORIAN, ALTAVILLA e GRISPIGNI não desdenharam o método técnico-jurídico na elaboração de seus livros de doutrina. Toda ciência jurídica exige o método lógico-formal. Mas *est modus in rebus*. Não há permitir que o tecnicismo jurídico, com a hipertrofia do seu método, se torne um fim em si mesmo ou um abstracionismo insaciável. Até certo ponto, será isto tolerável na esfera do direito civil, pois a este não fazem maior mal as acuidades de lógica abstrata, a análise beneditina, o afanoso processo dedutivo, as minúcias técnicas, os requintes do formalismo lógico. O direito civil pode habitar a *turris eburnea* da apurada dogmática ou do castigado tecnicismo normativo. Já o mesmo, porém, não acontece com o direito penal. Cumprir em vista que todo ramo do direito tem exigências próprias, que diferem das dos outros, porque diverso é o setor da realidade social a que se referem. Há, entre o direito civil e o penal, um insuperável contraste de concepções éticas, políticas e sociológicas, de modo que não podem ser conjugados ou unificados os seus critérios de estudo. Adotar no direito penal os mesmos refinamentos da dogmática privatística é metê-lo, como diz ANTOLISEI, num leito de Procusto. Não lhe assentam os moldes invariáveis, os esquemas fixos do direito privado, por isso mesmo que é um direito que transcende o fato material da lesão antijurídica, para colher o indivíduo-agente no microcosmo da sua personalidade total, na sua própria alma, no seu presente, no seu *curriculum vitae* e no seu futuro, e amoldá-lo aos reclamos da ética social, ao ritmo do superior interesse da coletividade. A abstração é um instrumento útil para se conhecer melhor a realidade dos fatos, a que está necessariamente adstrito o direito penal; mas, se desanda em exageros, deixa de fazer construções com base nos acontecimentos humanos e sociais, para ficar extraindo indefinidamente conceitos de conceitos e perder o contato com o tumulto do mundo, com a correnteza de realidade. Defendamos o direito dentro de fórmulas precisas, pois isto serve à segurança da liberdade e bem-estar do indi-

víduo em face do Estado, sempre propenso ao gigantismo do poder; mas não lancemos o disco além da meta. Todas as questões que não interessam aos fins de aplicação prática e eficiente do direito penal devem ser relegadas como excrescências. Precisamos de precatar-nos contra a incursão do direito civil na zona do direito penal, além do mais, porque daí pode resultar uma grave inversão ou repúdio de medulares conceitos penais. Se não se atalha o “civilismo” na órbita penal, não será de admirar que, dentro em breve, tenhamos transplantado ou devolvido a esta os critérios da “responsabilidade objetiva”, da *culpa lata dolo aequiparatur*, da “compensação de culpas”, da irrestrita punição do ilícito culposos, da culpa levíssima da lei Aquília, da suficiente *compositio do damnum ex delicto*. Dentro em pouco, o direito penal, esvaziado do seu profundo senso ético, já não poderia impedir que Shylock extraísse a libra de carne do corpo de Antônio. Nem mesmo estaria a salvo o *nullum crimen sine lege*. Afeiçãoado à analogia, ao irrestrito *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio* e aos “contratos inominados”, o direito civil não se coaduna com o rigoroso princípio de “anterioridade da lei” inscrito no pórtico do direito penal, e este, por contágio, acabará decidindo por paridade os pretendidos “casos omissos”, arvorado em legislador o juiz criminal. Não estou prognosticando gratuitamente. Na própria América do Sul, onde a lei do Estado jamais rompeu com o direito penal liberal, já se postulou doutrinariamente, com mentalidade “civilística”, o repúdio ao princípio da estrita legalidade em matéria de crimes, ensinado ao mundo pela Revolução Francesa. A iniciativa partiu de SALVAGNO CAMPOS, da Faculdade de Direito de Montevideu: a repressão penal deve ter a mesma desenvoltura da repressão civil, abolindo-se o *penalia sunt restringenda* e atribuindo-se ao delito penal um quadro tão elástico quanto o do delito civil. Entende o professor uruguaio que o Cód. Penal devia conter uma fórmula genérica para o que ele chama o “crime inominado”, deixado ao arbítrio judicial o seu ajustamento aos casos ocorrentes. Numa palavra: deveria-

mos retornar, sem mais nem menos, ao direito punitivo do obscurantismo medieval... No Brasil mesmo, apesar de o *nullum crimen sine lege* figurar entre as garantias constitucionais, o “pancivilismo” (pois é certo que o direito civil procura invadir todos os setores do direito público e adjacências) está fazendo dele *tabula rasa*.

### Influência civilística na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Há um exemplo recente. O Supremo Tribunal Federal, que, como é notório, no seu absorvente amor às questões de direito civil, vota ao direito penal um profundo e olímpico descaso, há poucos dias, para reconhecer certo fato como crime contra a economia popular, equiparou “serviços profissionais” a “mercadorias”. E assim, “civilisticamente”, com a discordância única do ministro OROZIMBO NONATO (a quem não me canso de render a homenagem da minha intensa e comovida admiração), fêz-se de uma metáfora uma realidade, e tanto mais intoleravelmente quanto o revogado dec. número 9.125, de 1946, supletivo do dec. n.º 869, de 1938, que voltou a vigorar sem o suplemento, distinguia explicita e categoricamente entre as duas coisas. Houve por bem o nosso Areópago inspirar-se na jurisprudência e doutrina francesas (sempre inclinadas, “civilisticamente”, a preencher lacunas da lei), não obstante já inteiramente refutadas e desacreditadas, na solução do mesmo tema, pela doutrina e jurisprudência da Itália (até com reflexo na *Relazione del Progetto Rocco*), ou, seja, pela lição que nos vem da grande mestra de direito penal. \* Quanto a mim, que fui o autor intelectual do dec. n.º 869, posso afirmar, com os dedos em cruz ou com a mão sobre os Evangelhos, que, quando empreguei o vocábulo “mercadorias”, quis significar “mercado-

\* Na própria França, atualmente, já não prevalece a inclusão de serviços no conceito de “mercadorias”. A mais recente legislação sobre “*haute illicite des prix*” já não fala genericamente em *marchandises*, mas, distintamente, em *produits et services*.



rias” mesmo (isto é, coisas corpóreas móveis, que se pesam, se contam ou se medem, e são objeto de compra e venda com fim de lucro), e não também “serviços profissionais”, ou “passarinhos voando”, ou “almas do outro mundo”... Ainda há mais: segundo noticiam as gazetas, o Supremo Tribunal, para efeitos penais, vem de incluir a “cerveja” entre as “utilidades essenciais ou de primeira necessidade”, sujeitando-a, conseqüentemente, ao controle oficial de preços. O argumento seria que a cerveja constitui, entre os trópicos de Câncer e do Capricórnio, um habitual refrigerio. Pela mesma lógica, e com maioria de razão, deverá ser colocada sob idêntica rubrica a “aguardente”, que, além de “refrescar” no verão, “esquenta” no inverno. E assim, incentivado o uso franco do álcool, passaremos a ser, sob a égide do Supremo Tribunal, o país dos bebedores, o reino daquele deus boêmio que teve como incubadora a coxa de Júpiter. Está a saltar aos olhos que somente o vexo de critérios de direito privado poderia fazer abstrair a tal extremo o interesse social, sobrepondo o interesse econômico ao da saúde e incolumidade do povo. O decreto n.º 1.176, de 1939, define como de “primeira necessidade, ou necessários ao consumo do povo” os “gêneros, artigos, mercadorias ou qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades”. Será, acaso, que mereçam tal classificação as bebidas espirituosas, devendo ensarilhar-se as armas contra o flagelo do alcoolismo com toda a sua seqüência de males físicos e psíquicos? Será que atente às “condições higiênicas” do povo o estímulo ao vício que conduz ao *delirium tremens* e ao síndrome de Korsakow, contribuindo com 50 % da clientela dos hospícios e manicômios? Será que seja de “primeira necessidade” o favorecimento à prática de uma contravenção penal, qual seja a embriaguez espetacular na via pública? Será que seja “indispensável” à vida coletiva mais freqüente ensejo aos crimes de violência contra a pessoa, originários, na sua maioria, do abuso do álcool?

Não está aqui a fazer crítica o desembargador, o juiz de tribunal secundário, submissamente adstrito aos arestos do Supremo nos casos julgados; mas o estudioso de direito e sociologia penal, inteiramente isento do *res judicata pro veritate habetur*. E como tal é que fico alarmado diante dos aludidos pronunciamentos do mais alto Tribunal do nosso país. Na Alemanha, foi preciso o despeado totalitarismo nazista para quebrar os escrúpulos do *Reichsgericht* na aplicação analógica da lei penal. Nos Estados Unidos, sabe-se o que foi preciso a ROOSEVELT de processos tortuosos para conseguir o apoio da Suprema Corte à política antiindividualista do *New Deal*. No Brasil, entretanto, não obstante a avalanche democrática em que bracejamos, a hipertrófica e arbitrária Comissão Central de Preços conta com a adesão espontânea e acoroadora do Supremo Tribunal. É possível que aos civilistas as decisões do Supremo pareçam perfeitamente defensáveis, mas, para a sensibilidade dos penalistas, que o sejam de verdade, esses arestos representam qualquer coisa de semelhante ao gesto de Sansão derribando as colunas de Gaza. São uma brecha aberta num inabdicável anteparo da liberdade individual contra o arbítrio do poder estatal, ou, seja, o cancelamento puro e simples do art. 1.º do Cód. Penal, proibitivo da analogia para a identificação de crimes.

### Conclusão

Decididamente, precisamos de voltar ao direito penal na plenitude da sua autonomia, sem cordão umbilical com o direito civil, pois este somente tem servido para apagar-lhe o "fogo sagrado", desvalorizar-lhe as normas centrais ou peculiares, amesquinhar-lhe o conteúdo profundamente humano e estruturalmente sociológico. Precisamos, notadamente, de retornar à ciência penal debruçada sobre o agitado cenário da vida, a captar os fatos na sua flagrância, na sua calidoscópica realidade, e não apegada aos ápices do acrisolado jurismo que, por amor de si mesmo, procura entestar com as estrelas. Precisamos de reivindicar o direito penal que, ao

gloriosa Faculdade de Direito de Belo Horizonte, onde comecei a amar o direito penal, ouvindo as sábias lições de MENDES PIMENTEL, nos seus tropos candentes contra as mesquinhas emissões da abstrusa “mecânica jurídica”: que eles não se deixem orientar jamais no rumo dos “pandectistas” da ciência penal, a fim de que esta, pelo menos no Brasil, não pereça de opilação ou caquexia e possa reflorescer na irrestrrição da sua autonomia e na sua altíssima função de moral prática, a serviço dos fins humanos e sociais.

a compreensão do seu “escopo”, para ajustá-la a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida. O crime não é apenas uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um impessoal “modelo de fábrica”, mas um trecho flagrante da humanidade. A ciência que estuda e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se num formalismo vazio, numa platitudo obsedante de mapa mural de geometria. Ao invés de librar-se aos pináculos da dogmática, tem de vir para o chão do átrio onde ecoa o rumor das ruas, o vozeio da multidão, o estrepito da vida, o fragor do mundo, o bramido da tragédia humana. Não pode alçar-se às nuvens, no rumo do céu, pois tem de estar presente ao entrevero dos homens, ao dantesco tumulto humano, de

*“Diverse lingue, orribili favelle,  
Parole di dolore, accenti d’ira,  
Voci alte e fioche, e suon di man con elle”.*

O direito penal que deve ser ensinado e aprendido não é o que se contenta com o eruditismo e a elegância impecável das teorias, mas o que, de preferência, busca encontrar-se com a vida e com o homem, para o conhecimento de todas as fraquezas e misérias, de todas as infâmias e putrilagens, de todas as cóleras e negações, e para a tentativa, jamais desesperada, de contê-las ou corrigi-las na medida da justiça terrena. Não o direito penal de “roupas feitas” estandardizadas, no intento absurdo de abranger a multifariedade da vida e do homem dentro de apriorismos inteiriços e estáticos, mas o direito penal que penetre e compreenda, para poder tratá-la, a realidade de cada criminoso, no momento do seu crime, na sua *vita anteacta*, na sua *psicologia*, na sua índole, nas suas possibilidades de readaptação.

Seja-me permitido dirigir, com todo fervor, e como remate a esta minha conferência, um apelo aos estudantes da

dementada cosmovisão dos períodos interbélicos, os incaroáveis *ismos* racistas ou classistas, o triunfo generalizado da filosofia de NIETZSCHE, e a ética do *homo socialis*, repudiando séculos de gradativo aperfeiçoamento, dir-se-ia que preferiu buscar seus padrões no recesso das selvas, entre os brutos e irracionais.

Em outra época, procurava-se realizar o paradoxo de humanização da própria guerra, proscrevendo-se o uso de certos engenhos de morte, ou impondo-se a adoção daqueles que mais permitissem a eventualidade de sobrevida aos combatentes feridos. Hoje em dia, entretanto, com o emprego da bomba atômica, que veio substituir o enxofre e fogo do vingativo Deus bíblico, são destruídas, em menos de um minuto, populações inteiras de não-combatentes, pelo só crime de viverem no país inimigo.

A vida humana passou a não valer mais que a de uma formiga ou de uma abelha. A *moral do assassino* difundiu-se pelo orbe terrestre. E nada mais lógico, portanto, que se retornasse ao preconício da pena de morte, que é, sob a veste legal, a mais requintada forma do homicídio deliberado e a sangue frio.

Pravaleceu a mentalidade bismarqueana, segundo a qual, se a pena de morte é um anteparo, ainda que da espessura de um fio de cabelo, contra os malfetores, a autoridade do Estado tem o dever de montá-lo para defesa social. O problema da pena capital está, porém, em saber se ela é, realmente, *necessária*. Admita-se que ainda as mais impressionantes razões de ordem sentimental não poderiam convencer da ilegitimidade da pena de morte, se esta fosse positivamente um meio de utilidade social. Ora, o que precisamente se deve contestar é essa utilidade. Ou, pelo menos não foi isso demonstrado com argumentos irrefutáveis.

Segundo observa SUTHERLAND (*Principles of Criminology*, 1939, págs. 560 e segs.), o método usual de se verificar a eficácia da pena de morte é cotejar a percentagem da grande criminalidade, à que, de regra, se limita essa medida drásti-

## SOBRE A PENA DE MORTE

O movimento de abolição, no mundo civilizado, desse resquício de barbaria, que é a pena de morte, perdeu a aceleração com que se iniciara desde o tempo de BECCARIA. O mundo contemporâneo, sacudido por sucessivas e arrasadoras guerras, parece ter renegado a mais indeclinável das normas de cultura: a inviolabilidade da vida humana. Para isso contribuiu, igualmente, a implantação dos chamados *governos de pulso forte*, que não vacilaram em imolar o indivíduo na ara de intransigentes e ferozes *interesses coletivos*, segundo *místicas* excogitadas para legitimação do mais desabrido e ferrenho estatismo.

A civilização vinha-se processando no sentido da irrestrita valorização da vida humana e da crescente solidariedade entre os homens. Debruçado sobre as retortas dos laboratórios e no incessante afã de suas experiências e pesquisas, a ciência cuidava de descobrir os meios de preservação da vida e saúde do ser humano. De seu lado, a política administrativa de todos os países empenhava-se no programa de reduzir, por todos os meios preventivos e curativos, os coeficientes de mortalidade. No plano internacional, por sua vez, multiplicavam-se os tratados e congressos, a fim de se evitarem com os desentendimentos belicosos as hecatombes humanas, chegando-se mesmo a crer na possibilidade da *Civitas maxima*, a superar diferenças e revalidades entre os povos. Mas, desgraçadamente, vieram as conflagrações mundiais, a

---

\* Conferência realizada na Faculdade de Direito de Belo Horizonte, em maio de 1951.

dementada cosmovisão dos períodos interbélicos, os incaroáveis *ismos* racistas ou classistas, o triunfo generalizado da filosofia de NIETZSCHE, e a ética do *homo socialis*, repudiando séculos de gradativo aperfeiçoamento, dir-se-ia que preferiu buscar seus padrões no recesso das selvas, entre os brutos e irracionais.

Em outra época, procurava-se realizar o paradoxo de humanização da própria guerra, proscrevendo-se o uso de certos engenhos de morte, ou impondo-se a adoção daqueles que mais permitissem a eventualidade de sobrevida aos combatentes feridos. Hoje em dia, entretanto, com o emprego da bomba atômica, que veio substituir o enxofre e fogo do vingativo Deus bíblico, são destruídas, em menos de um minuto, populações inteiras de não-combatentes, pelo só crime de viverem no país inimigo.

A vida humana passou a não valer mais que a de uma formiga ou de uma abelha. A *moral do assassino* difundiu-se pelo orbe terrestre. E nada mais lógico, portanto, que se retornasse ao preconício da pena de morte, que é, sob a veste legal, a mais requintada forma do homicídio deliberado e a sangue frio.

Pravaleceu a mentalidade bismarqueana, segundo a qual, se a pena de morte é um anteparo, ainda que da espessura de um fio de cabelo, contra os malfeitores, a autoridade do Estado tem o dever de montá-lo para defesa social. O problema da pena capital está, porém, em saber se ela é, realmente, *necessária*. Admita-se que ainda as mais impressionantes razões de ordem sentimental não poderiam convencer da ilegitimidade da pena de morte, se esta fosse positivamente um meio de utilidade social. Ora, o que precisamente se deve contestar é essa utilidade. Ou, pelo menos não foi isso demonstrado com argumentos irrefutáveis.

Segundo observa SUTHERLAND (*Principles of Criminology*, 1939, págs. 560 e segs.), o método usual de se verificar a eficácia da pena de morte é cotejar a percentagem da grande criminalidade, à que, de regra, se limita essa medida drásti-



ca, nos países que a conservam e nos países que a aboliram. Pois bem; o resultado, a que se chega com o estudo dos dados estatísticos, é um desmentido categórico aos que sustentam a necessidade da *pœna mortis* pelo seu extremo caráter intimidativo.

Nos países escandinavos, onde essa pena foi suprimida, os homicídios (que são os crimes praticamente únicos a que se comina a pena capital) apresentam um algarismo de cerca de metade dos que se praticam na Inglaterra, não obstante seu tradicionalismo relativo à *death penalty*. Não é menos significativo o que ocorre na União Norte-Americana, entre os Estados que repudiaram a pena capital e os que a mantêm ou a restabeleceram. Nenhum aumento da grande criminalidade nos primeiros e nenhuma diminuição dela nos últimos. E o que mais é: nos Estados com pena de morte é onde mais se praticam os linchamentos sumários, evidenciando-se o predomínio da brutalidade sangrenta onde a própria lei é a primeira a desconhecer o respeito do direito à vida. A ausência de decréscimo ou de recrudescência de homicídios, respectivamente, nos países conservadores e nos países abolicionistas da pena de morte, já foi explicado por TARDE na sua *Filosofia Penal*: quando um país se decide a abolir a pena de morte, é que, desde muito tempo já, a criminalidade violenta estava em declínio, devido a causas diversas, que continuam a operar; ao contrário, quando um país restabelece a pena de morte, o aumento da grande criminalidade prossegue, sob o influxo dos mesmos fatores etiológicos, que não desaparecem com a ameaça ou profusa execução do homicídio legal.

Após uma detida análise do tema, em face da desconcertante realidade, CALVERT (*The Death Penalty Enquiry*, 1931) chegou à seguinte conclusão: “em caso algum, em qualquer parte do mundo, pôde ser reconhecida a evidência de um permanente aumento de crimes contra a vida como resultado da abolição da pena de morte, e, em muitos países, é precisamente o contrário que tem ocorrido, isto é,

“um sensível decréscimo”. A lição da experiência histórica revela que não há relação de causa a efeito entre a maior severidade das penas e a diminuição da criminalidade. É uma ilusão o suposto decisivo efeito de intimidação que se atribui à pena de morte. Não escapou isso à argúcia de BECCARIA: não é a intensidade da pena que faz maior efeito sobre o espírito humano, mas a extensão dela, porque a nossa sensibilidade é mais fácil e estavelmente movida por mínimas mas reiteradas impressões, do que por forte mas transitório impulso. Não o terrível, mas passageiro espetáculo da morte de um delinqüente, senão o demorado exemplo de um homem privado de liberdade, é que é o freio mais enérgico contra os crimes. As longas penas de segregação são menos desumanas que a pena de morte e nem por isso deixam de ser tanto ou mais eficazes do que esta.

Houve um tempo em que os adversários da pena de morte postulavam sua substituição pela *prisão perpétua*, desde que se tratasse de criminosos considerados *incorrigíveis*; mas veio a reconhecer-se, e com toda a razão, que a prisão perpétua ou indeterminada no tempo era um critério ilógico: se, em relação a certos criminosos, o encarceramento não corrige, é absurdo mantê-los indefinidamente no cárcere — sem tentar-se outro meio de corrigi-los. Surgiu, então, o instituto de *medida de segurança*, que é preconizado como um complemento da pena, para o fim exclusivo de *recuperação* dos criminosos profundamente anti-sociais e irredutíveis ao regime carcerário. Afirmou-se o esclarecido e generoso pensamento que SALDAÑA (*Nueva Penología*) assim exprime: “*No hace falta matar el hombre: debe matarse al criminal en el hombre*” (“Não é necessário matar o homem: deve matar-se o criminoso no homem”).

Tôda a evolução do direito penal subverte-se, de chofre, com a adoção da pena de morte. Todo o aturado esforço de política penal no sentido da reassimilação social do delinqüente é renegado, e substituído por um sinistro espetáculo de matança. Ao invés da plástica de almas humanas ou da

refinada *técnica de regeneração*, uma triste *magarejada*, uma repulsiva cena de sangue ou um lúgubre método de matar. Ao invés de processos ortopsíquicos, que tornem possível ainda que um *minimum* de adaptação social nos mais endurecidos criminosos, a guilhotina, a cadeira elétrica, a forca, o fuzilamento, o machado do carníface, os gases tóxicos nas câmaras de morte. A pena capital é tudo quanto há de mais anti-estético.

Os assassinos, como é sabido, são uma classe heterogênea. Há os desprovidos de sensibilidade moral; há os emotivos ou passionais, para quem o crime ainda que hediondo é, de regra, um acidente isolado no seu *curriculum vitae*. Há os *fronteirinhos*, de cor dúbia entre a anormalidade e a loucura, que não possuem o poder comum de autocritica e de autogoverno. Pois bem: a pena de morte, inacessível a qualquer individualização, os nivela todos, para esmagá-los com a mesma cega indiferença de uma pedra que despenha. Não é um sistema penal, mas um ato arbitrário, brutal e inútil de vingança. É como diz PRINS, o gesto de quem mata por matar. Compare-se o assassino a uma fera, e nem assim se justificaria, já consumado o assassinio, a sua eliminação, segundo a *lex talionis*.

É natural que um caçador de feras, ao encontrar um tigre na *jungle*, o mate sem hesitação, mas, se o vê reduzido à impotência, entre as grades de ferro de uma jaula, praticaria um gesto estúpido se o dessangrasse com um golpe de azagaia.

A pena de morte não é necessária, nem mais exemplar ou mais intimidativa que a longa privação de liberdade. Não se pode ainda comprovar que a pena de morte seja mais eficiente que a pena de encarceramento. A criminalidade liga-se a causas mais profundas que a modalidade da punição ou a intimidabilidade desta ou daquela pena. A exacerbada crueldade das penas no Oriente, a fereza dos suplicios da Idade Média, todos os requintes inventados pela arte macabra de tomar vida por vida não foram capazes de servir

de freio aos malfetores. A coação psicológica, exercida pela pena de prisão, é meramente relativa. No cálculo do delinquente, nem sempre é dissuasiva a ameaça da pena, por mais rigorosa que seja, porque ele sabe que só será punido se o seu crime for descoberto, e tem a esperança de poder escapar à justiça repressiva. Raciocine-se que, se a pena de morte é terrificante no momento de sua execução, não o é no momento do crime, por isso mesmo que o delinquente conta com a possível impunidade, e é certo que grande número de crimes fica impune, por falta de prova da autoria.

Na primeira fase do positivismo penal pleiteou-se a pena capital como meio de eliminação radical e econômica dos criminosos rotulados de incorrigíveis. Defendia-a GAROFALO como instrumento de seleção artificial. Mas no próprio seio da escola positiva, o insigne FERRI declarou-se adversário da pena última, não a incluindo entre as *sanções* do seu famoso projeto de Código Penal italiano, pois não a considerava necessária ou seriamente eficaz e, para auferir dela uma vantagem realmente completa, do ponto de vista da seleção social, seria preciso proceder-se à execução em massa dos criminosos natos e incorrigíveis, o que seria impraticável no estado atual de nossos costumes e de nossa civilização. E já hoje, inteiramente desacreditada a tese de criminosos natos ou estruturalmente incorrigíveis, ficou sem base a argumentação dos positivistas em favor do homicídio legal. Ninguém é criminoso por inelutável instinto, inclinação irreduzível ou fatalidade orgânica. Não há criminosos no cueiro. Não há diferença visceral entre criminosos e não-criminosos. O indivíduo mais respeitador das leis, o mais típico *homo medius* pode ser, na expressão de VON HENTING, um criminoso de emergência.

A confissão de GOETHE, de que não havia crime algum para cuja prática não sentisse recôndita inclinação, poderia ser repetida por qualquer homem. Em todos os seres humanos existe, de par com o instinto social, uma disposição ou tendência, mais ou menos acentuada, mais ou menos capaz

de exteriorizar, no sentido dessa conduta anti-social, que se convencionou chamar *crime*. Em cada um de nós existe um *pequeno diabo*, mas ou menos necessitado de água-benta. A geral potencialidade para o crime não significa jamais proclividade inexorável ou predisposição fatal, mas apenas que, dadas certas circunstâncias ou situações concretas, qualquer indivíduo pode *cair* no crime. Se a *queda* não é a regra, mas a exceção, vem isso apenas de que a resistência psíquica ou esforço da vontade, no sentido da conformação social da conduta, pode vencer, e mais freqüentemente vence, as tentações e os impulsos em sentido contrário, o que exclui a concepção puramente causalista ou determinista do crime defendida pela escola antropológica ou a escola sociológica.

Não há uma constituição especificamente delinqüencial. O que há ou se pode reconhecer são personalidades mais ou menos providas, por diversa influência da disposição congênita e do mundo circundante, da faculdade de autogoverno, de resistência moral, de volição controlável, mas isso não quer dizer que qualquer delas sempre e invariavelmente deixará de reagir pelo crime ou de se inscrever irremissivelmente no rol dos criminosos. A reação pelo crime será mais fácil, mas não peculiar aos frouxos de inibição.

Quanto mais débil a resistência psíquica, tanto maior a facilidade de êxito dos motivos para delinquir, e quanto mais vigorosos os freios inibitórios, tanto mais prementes terão de ser os motivos para que triunfem; mas, em princípio, todo homem pode delinquir.

Por outro lado, não se pode dizer que haja criminosos incorrigíveis. O que há são criminosos incorrigidos, isto é, irredutíveis aos meios de correção até agora conhecidos. É o que já acentuava, há 50 anos, CONCEPCIÓN ARENAL, no Congresso Penitenciário de São Petersburgo. A persistente inafeição social de alguns delinqüentes é apenas o atestado da insuficiência dos vigentes processos correcionais. Não se pode jamais perder a esperança de transformar um criminoso inveterado num elemento útil à sociedade.

No Congresso Penal e Penitenciário Internacional de Praga, em 1930, dizia KELLERHALS, com a sua autoridade de experimentado diretor de penitenciária: “Devo declarar que “jamais encontrei, no curso da minha experiência, um indivíduo verdadeiramente incorrigível. Nos casos em que não “logrei a desejada influência sobre o prisioneiro, tive a “impressão de que isso decorria de nossa própria culpa, pelo “simples fato de não termos sabido encontrar o método adequado para conquistar o prisioneiro com êxito”. É um ilogismo a afirmação apriorística de incorrigibilidade. Merece inteira adesão este conceito de QUINTILIANO SALDAÑA: “O delinqüente não é uma pedra, mas um homem e, portanto, pode mudar, é suscetível de se modificar”. O mais perverso e obstinado malfeitor pode ser ressocializado, tal seja a habilidade do processo empregado para tal fim.

Como diz ROHLAND, “não há homens absolutamente bons, “do mesmo modo que não há caracteres absolutamente “maus, ou delinqüentes natos; por isso mesmo é possível, “ao contrário do que entendia SCHOPENHAUER, uma modificação do caráter, ensinando a experiência que, mediante “sério esforço, muitos o conseguem”. Toda personalidade tem o seu núcleo na vida psíquica, e esta não está sujeita à rígida causalidade do mundo físico. Os mais modernos dados científicos atestam que nela existe, até certo limite, espontaneidade ou originalidade. A vontade, elemento psíquico primário, pode ser influída, mas nunca perde a possibilidade de co-atuar para imprimir fisionomia à personalidade, superando inclinações ou tendências. Cumpre não exagerar o influxo da disposição congênita e do mundo circundante na formação da personalidade. Esta não é simples produto, pois tem atividade própria. Não é mero joguete entre dois sistemas de influência, mas também alguma coisa que, ao ir-se formando e ao funcionar, tem em si elementos que lhe assegurem relativa iniciativa própria ou autonomia. Os fatores endógenos e exógenos exercem influência sobre a personalidade, mas não são sua causa exclusiva e inelutável. A per-

sonalidade não é simples conjugação de tendências inatas e estímulos mesológicos, pois entre tais fatores evolui a vontade, com o seu mais ou menos incondicionado poder seletivo. A sua relativa estabilidade não é um determinismo cego, mas um relativo modo de ser, um certo conjunto de probabilidades de conduta em tal ou qual sentido. Não se priva, jamais, da possibilidade de um *quid novi*, por isso que, no seu funcionamento, está sempre presente um núcleo de volição autônoma. A entender-se diversamente, todo homem, com a sua acabada e imutável personalidade, teria de reagir sempre da mesma forma em face dos mesmos motivos ou das mesmas circunstâncias, o que é desmentido pela experiência cotidiana.

Afora os casos de ação puramente reflexa, ao *homo typicus* (a cujo quadro, em geral, não se alheia o *homo delinquens*) jamais falta a faculdade de volição livre, ou, seja, a possibilidade de escolher entre os motivos que o solicitam, de modo a poder agir, em qualquer situação, num determinado sentido ou em sentido diverso. Reafirme-se uma vez mais: a vontade pode ser influenciada, mas não necessitada. Quanto mais fraca, tanto mais falível, mas, ainda, assim, nada tem de irrecorivelmente passiva. Não é um simples papel-carbono na estrutura e desdobramento da personalidade. Não se apresenta esta como uma resultante mecânica e definitiva de causas *ab interno* e *ab externo*, de modo que nunca se poderá negar a possibilidade de recuperação social de um criminoso, por mais integrado que esteja no mundo do crime. A retificação da personalidade orientada por desfavoráveis fatores endógenos ou exógenos no sentido do conflito com a ordem social é sempre possível, mediante a auto ou hetero-educação da vontade para o fim de adequada resistência psíquica ante os estímulos anti-sociais. Será, às vezes, difícil ou mesmo inviável com os meios corretivos tradicionais ou até agora aplicados; mas não deixa de ser, em qualquer caso, um dado lógico. Não há destino que não possa ser modificado.



A pena de morte não é exemplar. Justamente observa ADOLPHE PRINS (*Science pénal et droit positif*) que as execuções capitais, quando públicas, como as querem os que a defendem a título de pena-terror, exercem perniciosa influência no seio das multidões, despertando instintos sanguinários e tendências mórbidas para o crime. Acharam, por isso mesmo, nos países em que ainda se aplica a pena de morte, de evitar a publicidade de sua execução, que se realiza em pátios fechados ou câmaras secretas. E indaga-se: como considerar-se exemplar um espetáculo que é preciso ocultar? A exemplaridade da pena de morte é desmentida, entre outros fatos, pelo muito significativo de que mais de um carrasco já sofreu tal castigo por crimes idênticos aos de suas antigas vítimas legais...

Modernamente, não obstante vedado o exibicionismo das execuções, a imprensa sensacionalista, que logra testemunho de seus arrepiantes episódios, compraz-se em descrevê-los com o maior realismo possível; e sabe-se da repulsa indignada que aos espíritos bem formados causam tais descrições. É que a esses, como acentua TART (*Criminology*, 1948), se apresenta o raciocínio de que, se ocorre um crime de morte, não é a execução do criminoso que restituirá a vida à desgraçada vítima, e não há provas de que outras penas não sejam tanto ou mais eficazes que a retaliação brutal contra o assassino. Comparado ao horror da execução, o crime do condenado à morte perde o seu chocante relevo. A pena de morte não é uma reação em legítima defesa, como inculcam os seus partidários, mas uma vindita fria e demoradamente meditada. Notadamente cruel é a lentidão do processo judicial prévio, com os seus trâmites dramáticos e os desesperados recursos do acusado, que, afinal, irrecorrivelmente condenado, é transferido para o tétrico isolamento de uma cela, onde fica na expectativa da morte, que se vai procrastinando, durante dias e dias, para seu maior suplício. É qualquer coisa como o martírio da morte a fogo lento. Sacco e Van-

zeti, cuja morte impressionou o mundo inteiro, sofreram esse tormento dantesco durante sete anos !

Improcede, igualmente, o argumento judaico da economia da pena de morte, cotejada com a de encarceramento prolongado. Na atualidade, já ninguém duvida da legitimidade do trabalho produtivo na penitenciária (principalmente num país como o Brasil, em que a falta de braços exclui o temido inconveniente de concorrência entre o trabalho dos presos e o dos operários livres), e, assim, podem ser suficientemente cobertas as despesas com o sustento do prisioneiro. É ainda de notar que, com a aplicação da pena de morte, fica ao desamparo a família do executado, que terá de implorar a caridade pública, talvez em condições piores que as da família da vítima, o que vale dizer: dá-se um acréscimo de desequilíbrio na vida econômica geral. Ao passo que, apenas recluso ao cárcere, e adstrito ao trabalho remunerado, o criminoso poderá com o seu salário, depois de retirada a cota de indenização do Estado, acudir às necessidades financeiras do seu lar.

Dentre todas as objeções que se formulam à pena de morte, uma é, positivamente, intransponível: é a que concerne ao seu caráter absoluto, tornando impossível a reparação de um possível erro judiciário. Não há retrucar-se que o processo penal moderno, com as mais amplas garantias à defesa dos réus, tão diversamente dos ominosos tempos medievais, em que as confissões e depoimentos eram extorquidos pela tortura, já não permite os enganos da justiça. A falibilidade do testemunho, a falsa interpretação da prova indiciária e, mais que tudo, a pressão da exaltada opinião pública, a exigir *bodes expiatórios*, sob o estímulo da imprensa cor de açafrão, podem levar a justiça a desvios fatais, que, com a execução do condenado, seriam irremediáveis. Igualmente, não vale dizer, como GARRAUD e MANZINI, que os erros judiciários que levam ao cadafalso são menos numerosos que os erros médicos e cirúrgicos, e a ninguém jamais lembrou a proibição dos processos terapêuticos ou das interven-

ções da cirurgia. Semelhante contra-argumento é de todo inaceitável: o possível erro do médico ou cirurgião é um risco natural da vida cotidiana, enquanto que a pena de morte aplicada a um inocente é uma desgraça que se pode conjurar precisamente com a abolição dessa pena, cuja necessidade está ainda por demonstrar.

É de causar estupefação que a pena de morte encontre o apoio da Igreja Católica, que, para tanto, invoca o ensinamento de SANTO TOMÁS DE AQUINO. Não se adverte que este grande doutor eclesiástico opinou numa época em que a Igreja, para garantir-se o domínio temporal, tinha de se acomodar ao despotismo dos governos seculares. Esqueceu-se que os primeiros padres da Igreja estigmatizaram, expressamente, a pena de morte, pois, diziam, somente Deus podia dispor da vida dos homens. LACTÂNCIO não duvidava que "*occidere hominem sit semper nefas, quem Deus sanctum animal esse voluit*". Proclamava-se que "*Ecclesiam non sitit sanguinem*". Somente quando a Igreja se tornou um poder dominante é que foi buscar na lei mosaica, com o seu estribilho de *morte moriatur*, fundamento à pena capital. Lá estava no cap. XXI do "Êxodo": "*Si quis per industriam occiderit proximum suum, et per insidias, ab altari meo evelles eum, ut moriatur*". E afirmou-se direito revelado por Deus o que não passava de preceito de uma legislação semibárbara, já desacreditada ou retificada pela civilização jurídica.

Dissertava SANTO TOMÁS que a pena de morte contra os delinqüentes porfiados e perversos é tão útil ao corpo social como a amputação de um membro gangrenado ao corpo humano. Ora, por essa lógica, ter-se-ia igualmente de matar os loucos, os leprosos, todos os enfermos incuráveis e contagiantes. Não e não! A verdadeira moral cristã é irreconciliável com a pena de morte. A altruística tolerância que ressuma do *Sermão da Montanha* não permite, sequer, a violência em legítima defesa. "*Si quis te percussit in dexteram maxillam tuam, præbe illi et alteram*" ("Se alguém te bater na face direita, oferece-lhe a outra").

Dir-se-á, e está certo, que o Estado, que é o poder de César, não edita as suas leis no plano divino, mas na dimensão terrena. Pondere-se, entretanto, que, quando o Estado condena o assassino, invoca para isso o princípio da inviolabilidade da vida humana. Ora, como pode ele afirmar tal princípio, se é próprio não o reconhece, decretando a pena de morte, ainda que não evidenciada a sua estrita necessidade? Somente o Estado que, na sua órbita interna, se abstém de matar, pode dizer que fez tudo quanto estava em seu poder para proteger seus súditos contra o homicídio. Não é respeitável uma norma de conduta que se impõe aos outros, quando se é o primeiro a não observá-la.

Certamente, não se deve concordar com PIETRO ELLERO, quando, no seu individualismo ortodoxo, afirma que, em caso algum, se pode sacrificar um ser humano em nome da segurança social. Na sua irrestrição, chega a ser subversivo o princípio que ELLERO assim formula: "Pereça a sociedade, se isto é possível, mas salve-se o homem". A política do Estado não pode deixar de ser oportunística, e a mais fundamental das regras que deve assumir não pode deixar de estar sujeita a exceções. A pena de morte pode, excepcionalmente, apresentar-se tão necessária quanto o homicídio no campo de batalha. Não propriamente como castigo ou como pena, mas como um meio premente de defesa social, tornando-se, como tal, inquestionavelmente legítima. O caso que considero excepcional é o do crime organizado, que, em certo momento, ferozmente militante, numa reiteração espantosa de dramas de sangue, ponha em perigo efetivo a segurança coletiva.

É o que ocorreu, por exemplo, nos Estados Unidos, com a tremenda eclosão do chamado *gangsterismo*, cujo arrojo desembestado foi ao extremo de trucidar o pequenino filho de Lindberg, o celebrado herói nacional, como que a querer ferir o povo norte-americano no seu próprio coração. Impõe-se, então, o extermínio do grupo fora da lei, do bando de desenganados inimigos do gênero humano. Não como me-

dida de escarmento, mas como gesto idêntico ao de quem se defende de uma alcatéia de lobos esfaimados e furiosos. Quando se tem em vista casos dessa ordem, embora de caráter excepcionalíssimo, ou francamente anormal, é que se poderia criticar tenha sido, no Brasil, erigido em preceito constitucional a inaplicabilidade da pena de morte. Para emergências como a que teve de enfrentár o país dos ianques é que a pena de morte poderia ser como uma *espingarda atrás da porta*.

Fora daí, porém, não se justifica o homicídio legal, que é o regresso, puro e simples, à fase primitiva do direito penal. Na sua normalidade (permita-se-nos aqui o termo) de fenómeno social, a delinquência tem de ser tratada por meios clínicos, e não cirúrgicos, e, por mais encruado que seja um criminoso, é ele um homem a refazer, e não a destruir. A justiça penal não pode reconhecer a própria falência, aniquilando os delinquentes, contra o dever de solidariedade humana, ao invés de procurar reivindicá-los moralmente, na medida do possível, para o seu reajuste ao convívio social. O criminoso é quase sempre o corolário de uma educação profundamente deficitária. Não pôde consolidar-se nele o *mínimo ético* reclamado pela ordem jurídica. Fêz-se, gradativamente, as mais das vezes, em razão da incúria ou imprevidência do próprio Estado, imoral ou amoral, ou, o que vale o mesmo, anti-social ou associal. Desfavoráveis fatores exógenos, ajudados por negativos fatores endógenos, remataram por criar-lhe uma personalidade deformada, cada vez mais impermeável ao código ético-social. Refratário à luta pela vida por meios honestos ou forrado do mais grosseiro e concentrado egoísmo, coloca-se à margem da lei, procurando resolver seus problemas e conflitos, em face do mundo objetivo, por meios antijurídicos, pela fraude, pelo assalto ao alheio, pelo parasitismo, pela violência brutal. O que se tem de promover, então, é submetê-los ao que RÖDER denominava segunda educação, fortalecer-lhe o caráter e a vontade, incutir-lhe princípios éticos ou *motivos de consciência*, reavi-

var-lhe o brio pessoal, habituá-lo à vida honrada e pacífica, à solidariedade, ao *espírito social*. É preciso, como diz TAFT, "*to help men to become men again*". E para isto há todo um programa de pedagogia corretiva ou de técnica regeneradora.

No Brasil, atualmente, não faz falta a pena de morte, tão contrário à sentimentalidade do nosso povo e que, aliás, não passaria, no corpo da lei, de um *caput mortuum*, pois o Tribunal do Júri, na sua nunca assaz criticada frouxidão, e posto que necessariamente caberia a ele o julgamento dos crimes capitais, faria sistematicamente caso omisso de semelhante sanção penal. O que nos cumpre é a imediata execução do regime das medidas de segurança, condicionada na sua duração à periculosidade do delinqüente, e mil vezes mais racional como prevenção do crime e mil vezes mais humana que a pena de morte, visando exclusivamente à recuperação, à cura social dos que delinqüem. O que é preciso é possibilitar a aplicação integral do sistema do vigente Código Penal.





## UM NOVO CONCEITO DE CULPABILIDADE

Segundo a doutrina tradicional e em face do Direito positivo, culpabilidade penal é a consciência ou possibilidade de consciência da reprovação ético-jurídica do fato que se comete, correspondente a um tipo de crime. Por outras palavras: como elemento psicológico do crime, é o conhecimento ou a possibilidade de conhecimento da injuricidade da ação que se pratica, lesiva de um interesse penalmente tutelado. Num caso, tem-se o dolo; noutro, a culpa *stricto sensu*. A culpabilidade, em qualquer de suas formas, refere-se a um fato individuado, penalmente típico, não estando condicionado, para o seu reconhecimento, ao caráter do agente, ao seu temperamento, à sua conduta anterior ou subsequente ao fato, ou, seja, numa palavra, à sua personalidade, à sua constante ou estável intimidade psíquica. O fato penalmente antijurídico pode ser, no *curriculum vitæ* do seu autor, uma singularidade ou chocante exceção, uma atitude aberrante de seu modo de ser, um franco illogismo no seu modo de agir ou reagir; pouco importa: nada disso obstará que seja declarado "culpado".

A culpabilidade, conforme se tem entendido até agora, é a pertinência psíquica do crime ao seu autor, mas limitada a indagação dessa pertinência exclusivamente à vontade livre no momento da ação, ainda que por vontade livre se queira significar a ilusão do homem, de poder escolher entre o bem e o mal e de ser o árbitro do próprio destino — ilusão de que ele não pode ser privado e que tem sido o estímulo do dramático e heróico esforço da espécie humana, no sentido da perfeição, do caminho ascensional para Deus. Antes de

tudo, sem um fato concreto e determinado, correspondente a um tipo de ilícito penal, nitidamente escandido por um texto legal, compreensivo de preceito e sanção, não há falar-se em culpabilidade. Esta se acha vinculada ao primordial e indeclinável *princípio de legalidade*, isto é, ao *nullum crimen sine prævia lege pœnali*. O que pode incidir sob a censura da moral jurídico-social é tão-somente o que se realiza no mundo exterior ou objetivo.

A repressão penal é como São Tomé: somente crê depois que vê. Só há culpabilidade e, portanto, punibilidade pelo que o indivíduo realmente fez, pelo fato penalmente típico que praticou, e não também pelo que ele possa a vir a fazer ou praticar. Somente diz com o “momento” desse fato, e não com a série de “momentos” que hajam contribuído na formação do caráter ou modo de ser do agente. Não ultrapassa o fenômeno psico-físico da ação antijurídica *in concreto*, seja, ou não, o fiel reflexo da personalidade do homem que age. Este é o conceito tradicional da culpabilidade e o único admissível dentro dos princípios centrais do direito penal vigente. Surgiu, entretanto, notadamente por influência do Estado totalitário ou antiliberal, e por iniciativa da doutrina alemã, uma nova concepção de culpabilidade, fundada no estranho postulado de que o indivíduo deve prestar contas, também, de sua própria personalidade, não podendo eximir-se à punição por tê-la deixado formar-se num sentido anti-social. O indivíduo pertence, todo inteiro, ao Estado, a quem incumbe enquadrá-lo ou ajustá-lo aos retábulos da ética jurídico-social. Não há zonas individuais isentas à intervenção estatal, orientada esta, exclusivamente, pela salvaguarda dos interesses do todo social. O indivíduo deve responder, não apenas pela sua ação antijurídica, considerada em si mesma, senão também, e principalmente, pela sua intimidade psíquica, reconhecível pela sua *vita anteacta*, pelo seu *modo de ser* referido ao pretérito. É a teoria chamada da “culpabilidade de autor”, da “culpabilidade do caráter”, da “culpabilidade pela conduta da vida”, ou da “culpabili-

dade de disposição anímica". Já não mais se deveria referir a culpabilidade apenas a um fato isolado ou individuado, mas também, e, acima de tudo, a toda a vida passada do agente ou à sua personalidade integral. Esta corrente de idéias pode dizer-se que remonta a von LISZT. Já dizia este que "a relação jurídica entre a ação e o autor deve ter como "ponto de partida o fato concreto, mas ao mesmo tempo sai "fora dele, imprimindo, então, ao ato o caráter de expressão "da natureza própria do autor".

Também RADBRUCH entendia que "culpabilidade é um estado anímico que permite apreciar uma ação como própria e característica do agente". Não se trataria de reprovar no indivíduo, é bem de ver, o que ele tem de congênito, de constitucional ou de predisposição natural para o mal, mas aquilo que ele adquiriu voluntária e conscientemente em tal sentido, e que podia ter deixado de adquirir.

Na estrutura da personalidade, diz-se, há espaço para a liberdade psíquica. Não é a personalidade uma resultante necessária e mecânica de fatores endógenos e exógenos, pois para a sua formação coopera, até certo ponto, a vontade livre do indivíduo. Pois bem, pelo que o indivíduo contribui livremente para a sua personalidade é que deve responder perante a sociedade. WELZEL, um dos defensores do novo conceito de culpabilidade, refere-se, em linguagem psicanalítica, à "voluntária omissão de vigilância das superiores funções do Ego sobre a vida interior". Somente seria punível o agente, como personalidade ou como caráter, pelo que lhe teria sido possível evitar no sentido de afeiçoar o seu psiquismo ao *mínimo ético* exigido pela disciplina jurídica do convívio social. Seria por esse núcleo de formação livre da personalidade que o indivíduo poderia ser declarado "culpado". Fora daí, o que se apresenta como reconhecível é a *periculosidade*, que justifica a medida de segurança; e não a culpabilidade, que condiciona a pena-retribuição.

Mas, pergunta-se: ainda que se aceite tal raciocínio, como poderia o juiz averiguar se, como e até onde o indivi-

duo podia ter tido a possibilidade, por iniciativa própria, de ser diferente do que veio a ser?

Ao que se argumenta, se se destacam o fato antijurídico e a personalidade do agente, para referir tão-somente àquele a culpabilidade, não passará esta de um árido e inexpressivo esquema de imputação. Se o fato não corresponde ao *modo de ser*, à intimidade psíquica do agente, a culpabilidade não terá sentido. A culpabilidade tem de ser considerada como sendo a conformidade do fato antijurídico à personalidade do réu. Ora, semelhante critério, como é claro, não se coaduna com a idéia tradicional e ainda vigente da *pena-expição* ou *pena-castigo*. Em face do direito positivo, não pode esta ter em conta a intimidade psíquica do agente senão para sua própria medida ou graduação, segundo a *justiça do caso concreto*. A punibilidade (de que é pressuposto a culpabilidade), no sistema penal retributivo, não se confunde com a *individualização da pena in concreto*, alheando-se à consideração de ser, ou não, o crime um reflexo fiel da personalidade do agente. Um indivíduo, pelo menos na atualidade do *jus positum*, só é culpado e punível pelo que faz, e não pelo que é. O que se pune é uma isolada atitude do indivíduo em face do mundo, e não um estado subjetivo, que poderá ser objeto de compulsória correção pedagógica, mas não de pena. O raciocínio de PETROCELLI é incensurável: "A ordem jurídica não importa (ou não importa diretamente) "que alguém tenha um sentimento anti-social ou um defeito de sentimento do dever etc.; o que lhe interessa é "que essas situações do indivíduo não se manifestam em "um ato concreto de anti-sociabilidade, de transgressão do "dever jurídico etc. Na verdade, pode apresentar-se um "indivíduo íntima e acabadamente pervertido, provido de "sentimentos associiais ou anti-sociais, e permanecer sempre "imune a uma atribuição de culpabilidade, enquanto se "vigia suficientemente a si mesmo para não cometer ação "alguma considerada anti-social pelo Direito, e *vice versa*. "O defeito de sentimento pode ser o fundo sobre o qual

“surja a culpabilidade, mas não é a culpabilidade. O estado intelectual ou sentimental, em si mesmo, pode ser o fundamento para um juízo de periculosidade, mas não para um juízo de culpabilidade.”

A culpabilidade é pressuposto ou condição tão-somente da punibilidade, embora possa funcionar, como efetivamente funciona, segundo sua maior ou menor intensidade, na mensuração da pena *in concreto*. Certamente, a culpabilidade não se alheia radicalmente à personalidade psíquica do indivíduo-agente, pois está condicionada, necessariamente, à sua capacidade de direito penal: o indivíduo que, em razão de sua imaturidade ou profunda anormalidade psíquica, não possua o entendimento ético-jurídico ou o poder de auto-inibição, não pode ser culpado, por isso mesmo que não pode incidir no juízo da reprovação penal, que pressupõe a vontade consciente e livre. Mas a condição psíquica da responsabilidade penal é um *præius* em relação à culpabilidade, e não um elemento desta. Pressuposta a responsabilidade, o indivíduo não se faz culpado porque o seu crime seja expressão do seu caráter ou projeção de sua personalidade, mas tão-somente porque agiu voluntariamente, com a consciência ou possibilidade de consciência da reprovação ético-jurídica de sua ação individuada. A culpabilidade é um juízo sobre o *não dever ser* da vontade referida à ação, e não sobre o *não dever ser* do caráter do agente. A caracterologia não pode substituir os critérios ético-jurídicos indispensáveis à noção da culpabilidade. Esta — insista-se — é um juízo de valor acerca da vontade relacionada a um individuado fato antijurídico ou reprovado pela moral jurídica. Não é um juízo de reprovação da personalidade do agente, mas da vontade consciente ou imperdoavelmente inconsiderada que levou à prática de determinado ato antijurídico, seja este, ou não, expressão autêntica da personalidade do agente.

Pretende MEZGER que, mesmo em face do direito positivo vigente, a culpabilidade pode ser conceituada como expressão juridicamente reprovada da personalidade. Não nos parece

que seja isso exato. Sem dúvida, como já foi dito, a culpabilidade exige uma personalidade adequada à imputação do fato antijurídico, ou seja, uma personalidade penalmente *responsável*, mas não quer isso dizer que, para reconhecimento da culpabilidade, é preciso que o dito fato seja expressão genuína da personalidade. Ainda que o fato seja praticado num *momento* excepcional de defecção da personalidade; ainda que ele se apresente como uma singularidade exótica na conduta habitual do agente, nem por isso deixará de haver culpabilidade. Postula-se que o direito positivo autoriza a referência da culpabilidade à personalidade, quando, para julgamento do réu, dá relevo a esta, de par com os motivos determinantes, a *vita anteacta* do réu, a reincidência, a habitualidade no crime, a capacidade de delinquir. Ora, nada disso tem relação com a existência da culpabilidade, mas com o maior ou menor grau de pena a aplicar-se ao réu (o que não se confunde com punibilidade). Ainda que não se trate da personalidade desajustada; ainda que os motivos impelentes tenham sido nobres ou não socialmente reprováveis; ainda que o passado do réu seja irrepreensível; ainda que jamais tenha o réu atritado com a lei penal; ainda que não haja ele revelado senão escassíssima capacidade de delinquir, a culpabilidade não fica excluída, pois somente diz com a vontade livre referida a um fato individuado. O criminoso de emergência ou episódico não deixa de ser culpado e, dadas as circunstâncias, pode ser até mais culpado que um criminoso habitual. A teoria de culpabilidade do caráter ou culpabilidade do autor confunde noções que se diferenciam, identificando culpabilidade com capacidade de delinquir.

Insiste num raciocínio, com sabor de *slogan* positivista, segundo o qual quanto mais o crime corresponde à expressão da personalidade do seu autor, tanto maior é a sua culpabilidade e, inversamente, quanto mais o crime se apresenta alheio à personalidade do agente, tanto menor é a culpabilidade, desaparecendo esta quando não haja correspondência

alguma entre o fato antijurídico e a personalidade. *De jure condito*, é isto, positivamente, inaceitável. O que se pretende fazer é, afinal, identificar culpabilidade até mesmo com periculosidade (estado psíquico integrante da personalidade de certos delinquentes), a cujo respeito, sim, tem inteiro cabimento o dizer-se que quanto mais o crime reflete a personalidade do agente, tanto mais perigoso é este. Falso, porém, e contestável mesmo *de jure condendo*, é raciocínio análogo no tocante à culpabilidade.

Quanto mais o crime corresponde à personalidade, que é o estável modo de ser do indivíduo, por disposição congênita ou aceita influência do mundo circundante, tanto menor é a sua culpabilidade, porque menor é a sua capacidade de resistência ao impulso de reação pelo crime. E quanto menos o crime corresponde à personalidade, tanto maior é a culpabilidade, porque os radicados *motivos de consciência* do agente, no sentido de não se exprimir pela conduta criminosa, lhe asseguravam maior possibilidade de se abster de tal conduta ou reação antijurídica. Certo que é mais *perigoso* o indivíduo cujo crime é *adequado* à sua personalidade; mas periculosidade nada tem a ver com culpabilidade: esta é pressuposto da aplicação da pena retributiva, aquela da aplicação da medida de segurança. A culpabilidade legitima a *repressão*, a periculosidade justifica a *prevenção*. Por mais perigoso que seja um indivíduo, pode não ser culpado, ou ser levemente culpado em relação ao fato concreto e *vice versa*: por mais culpado que seja o agente, pode não ser perigoso. A mais completa ausência de periculosidade não importa ausência de culpabilidade. Suponha-se que logo após o crime, o agente seja atacado de paralisia ou de cegueira, desaparecendo ou ficando prática e inteiramente neutralizado o seu estado subjetivo de periculosidade: nem por isso deixará de ser culpado e merecedor ou passível de pena pelo crime cometido. A culpabilidade, referida à pena-retribuição ou à pena imposta como expiação da injustiça, não deixa, até certo ponto, de deitar raízes no princípio de *justiça abso-*



*luta* propugnado por KANT, segundo o qual, “ainda quando “a sociedade civil se dissolvesse por acordo de todos os seus “membros, o último assassino que se achasse em prisão deveria ser primeiramente executado, para que cada um sofra “aquilo que pelos seus atos merece e a culpa do sangue “derramado não recaia sobre o povo, que não tornou efetiva “a punição, pois que pode ser considerado como cúmplice “nessa pública ofensa à justiça”.

Apegam-se os teoristas da “culpabilidade do caráter”, para que se julgue esta apadrinhada pelo direito penal atual, ao papel de relevo que o mesmo atribui, no cálculo da punição, à *capacidade de delinquir* do agente.

Ora, se a culpabilidade pode interferir como elemento para averiguação da capacidade de delinquir, não é esta, de modo algum, pressuposto daquela, senão apenas um critério diretivo na mensuração proporcional ou individualizadora da pena, isto é, um conjunto de circunstâncias em virtude das quais se pode aquilatar da maior ou menor *criminosidade* do réu no caso concreto. Enquanto a capacidade de delinquir diz com o revelado grau de militante rebeldia contra a ordem jurídica, inserto no crime de que se trata, a culpabilidade é simplesmente a consciente e livre direção da vontade para um resultado antijurídico ou para uma ação ou omissão que se deve prever como capaz de produzir um resultado *contra jus*. A culpabilidade é uma atitude da vontade no sentido do crime, enquanto a capacidade de delinquir é uma potencialidade de impulso anímico, que se descarrega no crime. A maior ou menor capacidade de delinquir, do mesmo modo que a maior ou menor culpabilidade, serve de ponto de referência no cálculo proporcionado da pena, segundo a “justiça do caso concreto”; mas a culpabilidade não se vincula à capacidade de delinquir como a uma condição *sine qua non*. É certo, por outro lado, que a capacidade de delinquir não se confunde com a periculosidade, pois, ao contrário desta, opera na órbita da pena, isto é, na interação dos elementos e dados necessários à individualização da pena. A

capacidade de delinquir que, maior ou menor, existe em todo criminoso, não transcende o âmbito do crime de que se trata; a periculosidade (que nem sempre existe no criminoso), embora possa ter no crime praticado um dos seus *sintomas*, é referida a novos crimes que o agente provavelmente virá a praticar. A capacidade de delinquir, referida ao *momento* do crime, é uma *diagnose*, relacionando-se a um fato certo (o crime realmente praticado); a periculosidade, referida ao futuro, é uma *prognose*, relacionando-se a um fato simplesmente provável (a ulterior reincidência no crime).

A capacidade de delinquir, gravitando no sistema da repressão do crime, funciona, mediante o *arbitrium regulatum* do juiz, na medida da pena, como critério de *individualização*, que não pode deixar de ter em conta o crime como *expressão*, em si mesmo, de maior ou menor maldade ou perversão do agente. A periculosidade, entrosando-se num sistema autônomo de *prevenção*, é o estado psíquico do agente como possível causa de novos crimes. A capacidade de delinquir diz com o que o indivíduo *responsável* se mostra na ocasião do crime, enquanto a periculosidade diz com o que o indivíduo, responsável ou irresponsável, possa vir a fazer, com o que o agente apresenta de duradouro e constante na sua inclinação para o mal. É inegável que a capacidade de delinquir se vincula à personalidade do agente, mas não se identifica com a periculosidade, pois desta se pode dizer que é a capacidade de delinquir mais a inclinação para o crime, resultando numa séria probabilidade de reincidência.

Em resumo: nem a capacidade de delinquir condiciona a culpabilidade, nem representa, como a periculosidade, um estado permanente do psiquismo, a integrar-se no caráter individual. Assim, pelo menos em face do direito legislado, a intervenção da capacidade de delinquir no cômputo da pena não conduz à pretendida culpabilidade do caráter ou, o que vale o mesmo, culpabilidade da personalidade.

Afirma-se que a teoria da “culpabilidade do caráter” tem em mira conservar a diferença ou separação entre pena e

medida de segurança, conjurando a tendência moderna no sentido de absorção daquela por esta, de modo a fazer desaparecer a culpabilidade, com base no libertismo da vontade e na idéia de justiça, para dar lugar exclusivo ao critério de periculosidade, com base no determinismo psíquico e na idéia de utilidade. Cremos, entretanto, que se trata de um esforço inútil. Para salvar a pena-retribuição, não é preciso ampliar o conceito de culpabilidade mediante uma demasiada ou ilimitada latitude da vontade livre na esfera do fenômeno do crime. A teoria da culpabilidade do caráter iria redundar na perplexidade, dada a extraordinária dificuldade, senão impossibilidade de se aferir até onde o livre arbítrio do indivíduo colaborou na estruturação de sua personalidade. Para o juízo de periculosidade e imposição de medida de segurança basta a *probabilidade* de retorno ao crime; para o juízo de culpabilidade e imposição de pena, é necessária a *certeza* sobre os dados condicionantes.

Ou confinamos a culpabilidade dentro do drama de cada crime, ou nos perderemos na indefinida indagação retrospectiva de causas psíquicas da ação criminosa. Ou eliminamos, de uma vez, a pena retributiva, ou não devemos arriscar-nos a desacreditar a elevada idéia de justiça que a lastreia e a tem legitimado, até hoje, na órbita jurídico-social.

## SEGUNDA PARTE

COMENTÁRIOS ADICIONAIS

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO



## ABREVIATURAS USADAS NESTA PARTE DA CBRA

ANÍBAL BRUNC, <i>Dir. Pen.</i>	ANÍBAL BRUNC, <i>Direito Penal</i> , Rio de Janeiro, Forense, 1967.
BETTIOL, <i>Dir. Pen.</i>	G. BETTIOL, <i>Diritto Penale</i> , Pádua, Cedam, 1976 (9. <sup>a</sup> ed.).
CARRARA, <i>Programma</i>	F. CARRARA, <i>Programa del curso de Derecho Criminal</i> , Buenos Aires, Depalma, 1944.
FRAGOSO, <i>Jur. Crim.</i>	HELENO C. FRAGOSO, <i>Jurisprudência Criminal</i> , Rio de Janeiro, Borsoi, 1973.
FRAGOSO, <i>Lições, PG</i>	HELENO C. FRAGOSO, <i>Lições de Direito Penal</i> , Parte Geral, São Paulo, Bushatsky, 1977 (2. <sup>a</sup> ed.).
FRANK, <i>Kommentar</i>	R. FRANK, <i>Das Strafgesetzbuch f. das Deutsche Reich</i> , Tübingen, Mohr, 1931 (18. <sup>a</sup> ed.).
GRISFIGNI, <i>Dir. Pen.</i>	F. GRISFIGNI, <i>Diritto Penale Italiano</i> , Milão, Giuffrè, 1950.
JESCHECK, <i>Lehrbuch</i>	HANS-HEINRICH JESCHECK, <i>Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil</i> , Berlim, Duncker & Humblot, 1972.
LISZT-SCHMIDT, <i>Lehrbuch</i>	F.v. LISZT-EB. SCHMIDT, <i>Lehrbuch des Deutschen Strafrechts</i> , Berlim e Leipzig, Gruyter, 1932 (26. <sup>a</sup> ed.).

M. E. MAYER, <i>Lehrbuch</i>	M.E. MAYER, <i>Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts</i> , Heidelberg, Carl Winters, 1915.
MAURACH, <i>Lehrbuch</i>	REINHART MAURACH, <i>Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil</i> , Karlsruhe, Mueller, 1965.
MEZGER, <i>Tratado</i>	E. MEZGER, <i>Tratado de Derecho Penal</i> , Madrid, Editorial Rev. Derecho Privado, Trad. Rodríguez Muñoz, 1955.
MEYER-ALLFELD, <i>Lehrbuch</i>	H. MEYER-P. ALLFELD, <i>Lehrbuch des Deutschen Strafrechts</i> , Leipzig-Erlangen, Werner Scholl, 1922 (8. <sup>a</sup> ed.).
NPP	<i>Nuevo Pensamiento Penal</i> (Buenos Aires).
NUVOLONE, <i>Sistema</i>	FIFIRC NUVOLONE, <i>Sistema del Diritto Penale</i> , Pádua, Cedam, 1975.
PETRCELLI, <i>Principi</i>	B. PETRCELLI, <i>Principi di Diritto Penale</i> , Pádua, Cedam, 1943.
RECDP	<i>Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal</i> .
RDP	<i>Revista de Direito Penal</i> .
<i>Revue</i>	<i>Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé</i> (Paris).
RF	<i>Revista Forense</i> .
RT	<i>Revista dos Tribunais</i> .
RTJ	<i>Revista Trimestral de Jurisprudência</i> .
<i>Riv. it.</i>	<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i> .



- SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar* A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munique, Beck, 1976 (18.<sup>a</sup> ed., atualizada por LENCKNER, CRAMER, ESER e STREE).
- SOLER, *Der. Pen.* SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 1973.
- VON HIPFEL, *Strafrecht* R. v. HIPFEL, *Deutsches Strafrecht*, Berlim, Julius Springer, 1925.
- WELZEL, *Strafrecht* HANS WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlim, Gruyter, 1969.
- ZStW *Zeitschrift f. die gesamte Strafrechtswissenschaft.*



## TÍTULO II

## DO CRIME

**BIBLIOGRAFIA** — *Sobre teoria do crime*: ANTOLISEI (F.), *L'Analisi del reato, scritti di Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1955; BACIGALUPO (E.), *Lineamientos de la teoria del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1974; BETTIOL (G.), *Objetivismo e subjetivismo no âmbito da noção de delito*, R.B.C.D.P. n.º 9 (1965); BUSCH (R.), *Moderne Wandlung der Verbrechenslehre*, Tübingen, Mohr, 1949; CAMPISI (N.), *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica*, Pádua, Cedam, 1959; CEREZO MIR (J.), *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, ZStW 71/1 (1959); id., *La polemica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal española*, NPP, I, n.º 2 (1972); CORDOBA RODA (J.), *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963; CURY (E.), *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Santiago, Nueva Universidad, 1973; ENGISCH (K.), *Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition*, Festschrift f. Hans Welzel, Berlin, Gruyter, 1974; GALLAS (W.), *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, Berlin, Gruyter, 1955, com tradução de Cordoba Roda, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Bosch, 1959; id., *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968; GRAF ZU DOHNA (A.), *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn, Ludwig Rohrscheid, 1950; GRISPIGNI (F.), *La nuova sistematica del reato nella più recente dottrina tedesca*, Scuola Positiva, 1950, p. 4, também publicado em apêndice ao volume *Diritto Penale italiano*, Milão, Giuffrè, 1950; LUNA (E.), *Estrutura jurídica do crime*, Recife, 1958; MEZGER (E.), *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin-Munique, Duncker & Humblot, 1950; PANNAIN (R.), *La struttura del reato*, Milão, Vallardi, 1958; PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, Riv. It., 1963, 337, também no volume *Studi in onore di F. Antolisei*, Milão, Giuffrè, 1965; trad., na RBCDP n.º 8/19 (1965); RADBRUCH (G.), *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, Frank Festgabe, I, Tübingen, Mohr, 1930; ROXIN (C.), *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972; RUIZ (S.T.), *La estructura del delito en el derecho penal colom-*

biano, Bogotá, Temis, 1969; SCHMIDHAUSER (Eb.), *Zur Systematik der Verbrechenslehre. Eine Grundthema Radbruchs aus der Sicht der neueren Strafrechtsdogmatik*, no volume em homenagem a Radbruch (*Gedächtnisschrift f. Gustav Radbruch*), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1968; WELZEL (H.), *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, Otto Schwartz, 1957, com tradução de Cerezo Mir, *El nuevo sistema de derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1964; WÜRTENBERGER (Th.), *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, Müller, 1959; ZAFFARONI (E.R.), *Teoria del delito*, Buenos Aires, 1973.

### Introdução

1. O título II da Parte Geral reúne um conjunto de normas que regulam diversos aspectos do fato punível, as quais servem de base à elaboração doutrinária sobre as características gerais do crime. Tais disposições legais, além de serem incompletas, não se apresentam em ordem lógica ou sistemática, e assim justifica-se que os comentários aos artigos da lei sejam precedidos por exame geral da matéria. Esse exame corresponde à *teoria do delito* que constitui a parte essencial do sistema de Direito Penal. A teoria do delito estuda as características gerais do fato punível e suas formas especiais de aparecimento, que a doutrina clássica identificava na tentativa (realização incompleta do crime) e no concurso de agentes (realização de um só crime por duas ou mais pessoas).<sup>1</sup> Logo veremos como se pronuncia sobre o assunto a doutrina moderna.

2. HUNGRIA apresenta, com perfeita clareza, o conceito hoje considerado clássico: crime é “o fato (humano) típico (isto é, objetivamente correspondente ao descrito *in abstracto* pela lei), contrário ao direito, imputável a título de dolo ou culpa e a que a lei contrapõe a pena (em sentido estrito)

---

<sup>1</sup> Para alguns autores, também o concurso de crimes seria forma especial de aparecimento. A nosso ver, no entanto, a matéria se situa na *teoria da pena* ou das consequências jurídicas do crime.

como sanção específica". Assim, na análise técnico-jurídica, apresentam-se como características do crime o fato típico, a injuricidade (ilicitude jurídica), a culpabilidade e a punibilidade. "O fato típico e a culpabilidade constituem, respectivamente, o *elemento material* (objetivo, exterior) e o *elemento moral* (psíquico, subjetivo) do crime: a injuricidade é a sua própria essência, e a punibilidade a sua nota *particular*". A fórmula adotada e desenvolvida por HUNGRIA é fruto de larga evolução doutrinária que o mestre não apresenta. A ela vamos aludir, com brevidade, para retomar os caminhos que conduzem às concepções modernas.

### *Análise do delito*

3. A análise do delito é fundamental para o jurista. O crime é, no entanto, conceito unitário, e a análise não significa, de forma alguma, uma decomposição em elementos, mas, sim, o reconhecimento das características ou requisitos gerais do crime, como um todo. Como diz ANTOLISEI, o crime é um todo orgânico: é um bloco monolítico, o qual pode apresentar aspectos diversos, mas não é, de forma alguma, fracionável. Só considerando o crime sob este aspecto é possível compreender seu verdadeiro significado. É unidade incindível e todas as suas notas essenciais são ligadas entre si de modo indissolúvel e nenhuma pode ser concebida independentemente da outra.<sup>2</sup> A análise do crime se inicia na Itália com a obra de CARMIGNANI, que no delito identificava dois *elementos*: um ato de *vontade*, pelo qual o agente quer um efeito contrário à lei, e um ato *físico*, do qual resulta a infração da lei social já promulgada. Tais elementos constituíam a *força moral* e a *força física* do delito.<sup>3</sup> Através da obra de CARRARA (que, por igual, adotava a expressão

<sup>2</sup> ANTOLISEI, *Analisi del reato*, no volume *Scritti di Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1955, 89.

<sup>3</sup> CARMIGNANI, *Elementi di Diritto Criminale*, trad., Milão, 1882, §§ 97, 101 e 115. Escrita em latim, a primeira edição da obra

forças para designar os elementos do crime) desenvolve-se a concepção bipartida que no crime entende haver um elemento *objetivo*, correspondente ao fato, e um *elemento subjetivo*, correspondente à culpabilidade. Vislumbrando, no entanto, a exigência da contrariedade ao direito como elemento essencial do crime, CARRARA dizia que constitui ele um *ente jurídico*, que para existir tem necessidade de certos elementos *materiais* e de certos elementos *morais*, cujo conjunto constitui sua unidade. Todavia, somente a contradição desses antecedentes com a lei jurídica completa seu ser.<sup>4</sup>

A concepção bipartida continuou sustentada na doutrina italiana por autores eminentes, que recusavam à antijuridicidade a categoria de característica ou elemento do crime. Assim, por exemplo, ANTOLISEI, para quem, na decomposição do fato delituoso em seus elementos estruturais "*noi troviamo un fatto umano e un atteggiamento psiquico del soggetto; non troviamo, invece, l'antigiuridicità, perchè essa non è un quid che si distingua dagli altri due e possa isolarsi — quale entità a sè — dagli stessi, ma la loro risultante*".<sup>5</sup>

A concepção tripartida (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), que é, substancialmente, a adotada por HUNGRIA, desenvolveu-se na doutrina alemã, encontrando sua expressão clássica mais acabada nas obras de v. LISZT e BELING, do início do século. O requisito da antijuridicidade, objetivamente considerada, remonta à obra de IHERING (1867), elaborada na perspectiva do direito privado. O requisito da culpabilidade, como característica geral, compreendendo o dolo e a culpa *stricto sensu* como determinação da

<sup>4</sup> CARRARA, *Programa*, § 35. Para estudo da teoria das forças do delito apresentada com insuperável rigor lógico, cf. §§ 53 *et seq.*

<sup>5</sup> ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1955, 146. Para ROCCO, *L'oggetto del reato*, Roma, 1932, 474, a antijuridicidade não seria elemento constitutivo, mas o *in sè* do crime.

é de 1803, e sua forma definitiva é a da 5.<sup>a</sup> edição (Pisa, 1833). Veja-se também a *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1831/32, liv. 2, cap. 4.

vontade contrária ao dever, é oriunda de A. MERKEL. A tipicidade como característica do crime foi introduzida por BELING.<sup>6</sup>

A concepção tripartida teve grande sucesso. A doutrina então elaborada concebe a ação naturalisticamente, como conduta voluntária que causa modificação no mundo exterior, sendo estranha a qualquer valor e excluindo qualquer apreciação normativa. Ação é posição de causa, e como tal, neste primeiro momento, isenta de qualquer valoração própria do mundo do direito. Por isto, essa teoria também se chama *causal*. BELING afirmava que se deve entender por ação um *comportamento corporal* (fase externa, “objetiva” da ação), produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de enervação muscular, “voluntariedade”, fase interna, “subjetiva” da ação); isto é, um *comportamento corporal voluntário*, consistente já em um “fazer” (ação positiva), ou seja, um *movimento corporal*, por exemplo, levantar a mão, movimentos para falar etc., já em um “não fazer” (omissão), isto é, distensão dos músculos.<sup>7</sup> LISZT, por seu turno, expressando a concepção naturalística a que aludimos, entendia que, em realidade, o que constitui crime resulta sempre numa modificação do mundo externo material, perceptível através dos sentidos, embora possa não ser visível, mesmo se tal modificação se limita, como de regra nos crimes de palavra, ao movimento de vibrações do ar e de processos fisiológicos no sistema nervoso de quem é agredido.<sup>8</sup> O tipo é também concebido de modo a excluir qualquer conteúdo valorativo, sendo meramente objetivo e descritivo. Haveria no

<sup>6</sup> JESCHECK, *Lehrbuch*, § 22, I.

<sup>7</sup> BELING, *Esquema de Derecho Penal (Grundzüge des Strafrechts)*, trad. Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944, 19. Em seu *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, Mohr, 1906, 11, BELING sustenta um conceito de ação em que a vontade é elemento “incolor” (*farblos*). O exemplar que citamos deste livro raro pertenceu à biblioteca de NELSON HUNGRIA e está por ele inteiramente anotado.

<sup>8</sup> V. LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, I, 222.



tipo, tão-somente, delimitação descritiva de fatos relevantes penalmente, sem que isso envolvesse valoração jurídica dos mesmos.<sup>9</sup> O tipo seria, pois, um mero *conceito*, ao qual deveria ajustar-se a ação, sendo livre de todo conteúdo subjetivo e de qualquer momento relativo à antijuridicidade.<sup>10</sup> Todavia, a partir da obra de MAX ERNST MAYER (que, como BELING, concebia o tipo livre de toda valoração, e, pois, perfeitamente distinto da antijuridicidade) passou-se a atribuir à tipicidade o caráter de *indício* da antijuridicidade, a respeito da qual permitiria uma conclusão, “até prova em contrário”.<sup>11</sup>

A antijuridicidade vem entendida *objetivamente*, sem qualquer referência aos componentes subjetivos do comportamento, como contrariedade ao direito em sua valoração objetiva do fato. Como diz MEZGER, o direito se concebe como ordenação objetiva de vida e o injusto, portanto, como lesão de dito ordenamento. O direito existe para garantir uma convivência *externa* dos que lhe são submetidos.<sup>12</sup> Por igual, as causas de exclusão da antijuridicidade são apreciadas exclusivamente em seu aspecto objetivo, sendo indiferente, nesse ponto do sistema, o conteúdo subjetivo da ação.

Assim, todo o objetivo, na economia do delito, corresponde ao tipo e à antijuridicidade. Todo o subjetivo pertence à culpa. O dolo e a culpa *stricto sensu* são espécies da culpabilidade, concebidos naturalisticamente como relação psicológica entre o agente e o resultado.

4. A concepção tripartida do crime, largamente difundida, penetra na doutrina italiana com a famosa obra de

<sup>9</sup> BELING, *Lehre von Verbrechen*, 116.

<sup>10</sup> BELING, *Lehre von Verbrechen*, 145: “Der Tatbestand ist frei von allem Rechtswidrigkeitsmomenten.”

<sup>11</sup> M.E. MAYER, *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Carl Winters, 1915, 51: A tipicidade e a antijuridicidade se relacionam como fumo e fogo (*wie Rausch zum Feuer*).

<sup>12</sup> MEZGER, *Tratado*, I, 339.

DELITALA, publicada em 1930,<sup>13</sup> e vem a ser adotada em geral pelos autores, não obstante importantes discrepâncias. BETTIOL afirma seguir o sistema tripartido “*come quanto di meglio la scienza ha saputo finora fare*”.<sup>14</sup>

### *Evolução doutrinária*

5. A evolução se processa em relação ao esquema técnico-conceitual da antiga doutrina, que se revelou inconsistente, e, sobretudo, com a substituição de conceitos naturalísticos e puramente descritivos, por conceitos normativos e valorados, com os quais o conceito de crime se enriquece extraordinariamente.

Um rígido enquadramento naturalístico e causal da ação e de seu conteúdo psicológico conduzia a dificuldades com os crimes culposos e, especialmente, com a omissão. Insurgiu-se RADBRUCH contra o enquadramento de ação e omissão num conceito superior de *comportamento*, que compreendesse ambas as formas de atuação delituosa, pois não se pode colocar sob uma categoria superior Posição e Negação (*A* e *não-A*). Antecipando as conclusões a que haveria de chegar a doutrina atual, RADBRUCH sustentava: “Assim como um conceito e seu contraditório; assim como Posição e Negação, *A* e *não-A*, não podem ser colocados sob outro superior, comum a eles, do mesmo modo têm de aparecer a ação e a omissão uma ao lado da outra e sem conexão entre si.”<sup>15</sup>

O conceito psicológico da culpabilidade também encontrou obstáculos intransponíveis com a culpa *stricto sensu*.

<sup>13</sup> DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Pádua, Cedam, 1930.

<sup>14</sup> BETTIOL, *Dir. Pen.*, 182. Essas expressões são tomadas de MAGGIORE, *Diritto Penale*, Bolonha, Zanichelli, 1949, 205.

<sup>15</sup> RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung f. das Strafrechtssystem*, 1904, 143. Em outro trabalho, publicado muitos anos mais tarde (*Zur Systematik der Verbrechenslehre, in Festgabe f. Reinhard Frank*, Tübingen, Mohr, 1930, I, 158, RADBRUCH entendia que um conceito superior poderia ser reconhecido na realização do tipo (*Tatbestandsverwirklichung*).

Na culpa inconsciente não há qualquer relação psicológica entre o agente e o resultado.<sup>16</sup>

A teoria psicológica da culpabilidade é abandonada com a *teoria normativa*, que surge com a obra de FRANK,<sup>17</sup> e que conduz a concepção complexa da culpabilidade. A idéia de culpa já não mais se resume ao simples conteúdo psicológico do comportamento, sem qualquer referência à proibição normativa. Não se trata mais apenas da vontade, mas sim da vontade que não deveria ser, constituindo a conduta *reprovável*. A culpa consiste na reprovabilidade que recai sobre a ação praticada por imputável, como dolo ou culpa, tendo ou podendo ter o agente consciência de que viola um dever, em circunstâncias de inexigibilidade de comportamento diverso.<sup>18</sup> A imputabilidade é pressuposto da culpabilidade. O dolo e a culpa *stricto sensu*, que até então eram toda a culpabilidade, reduzem-se a um de seus elementos (psico-sobre a ação praticada por imputável, com dolo ou culpa, babilidade. Nos crimes culposos a culpabilidade se funda na violação do dever de atenção, cuidado e diligência (e não mais na falta de representação do resultado).

6. A simetria da concepção tripartida começa a romper-se, no entanto, com a descoberta dos elementos subjetivos do ilícito. Partindo-se da concepção objetiva da antijuridicidade, verificou-se que em diversos casos não é possível reconhecer a ilicitude do fato com base em critérios puramente objetivos. A HEGLER e a MAX ERNST MAYER se deve a clara formulação da teoria, que alcançou reconhecimento geral com a obra de MEZGER, publicada em 1923.<sup>19</sup> Embora

<sup>16</sup> Ampla exposição da matéria em LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 36, III, 5.

<sup>17</sup> FRANK, *Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907.

<sup>18</sup> ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, II, 32; MEZGER, *Tratado*, II, 37; FRANK, *Das Strafgesetzbuch f. das deutsche Reich*, 18.<sup>a</sup> edição, Tübingen, Mohr, 1931, 136.

<sup>19</sup> HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens*, ZStW 36/19 e 184 (1914); M. E. MAYER, ob. cit. (nota 11), 185; MEZGER, *Die subjek-*

os fins do agente sejam, em regra, irrelevantes para a contrariedade ao direito, há casos em que esse fim é decisivo. Assim, por exemplo, será antijurídico o castigo corporal imposto pelo mestre ao aluno, se pretendia vingar-se do pai deste, mas será conforme ao direito, se visava à emenda do discípulo. MEZGER procurou destacar também os elementos subjetivos de exclusão do injusto.

Não mais foi possível sustentar que todo o subjetivo situava-se na culpa.

A concepção normativa da culpabilidade; as tentativas de elaboração de um conceito de antijuridicidade material;<sup>20</sup> os largos debates sobre os conceitos de tipo e tipicidade, com a descoberta dos *elementos subjetivos e normativos do tipo*;<sup>21</sup> o surgimento do Direito Penal da vontade, com o nazismo (Escola de Kiel), e a influência da filosofia dos valores, na década de 1930, representaram várias etapas do desenvolvimento da teoria do delito, que conduziram às suas formulações atuais.<sup>22</sup>

### *Punibilidade*

7. Continuamos a dizer que crime é a ação (ou omissão) típica antijurídica e culpável. HUNGRIA, como vimos, acres-

---

<sup>20</sup> Sobre a matéria, cf. HELENO C. FRAGOSO, *Antijuridicidade*, R.B.C.D.P. 7/38 (1964).

<sup>21</sup> Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Conduta punível*, São Paulo, Bushatsky, 1961, 138, 207.

<sup>22</sup> Para informação sobre o desenvolvimento da teoria, cf. BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenstheorie*, Tübingen, Mohr, 1949; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von Verbrechen*, Berlin, Gruyter, 1955; MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin, Munique, Duncker & Humblot, 1956; JESCHECK, *Lehrbuch*, § 22 et seq.

---

*tiven Unrechtselemente*, *Gerichtssaal*, 89/214 (1923). Para informação completa sobre a matéria, cf. HELENO C. FRAGOSO, *Elementos subjetivos do tipo*, no volume *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, 73.

sentava o atributo *punível*, e nisso estava em boa companhia.<sup>23</sup> Como ensina, no entanto, nosso excelente ANIBAL BRUNO, repetindo o que vários outros já observaram, a pena não é momento constitutivo do atuar criminoso: é a sua consequência jurídica; uma consequência cujos pressupostos são precisamente os elementos do crime, tomado como conjunto dos pressupostos da pena, como o admite MEZGER, e entre eles não pode figurar a pena mesma.<sup>24</sup>

Bem diverso é o conteúdo atribuído pela doutrina moderna às características gerais do crime, com o surgimento da teoria da ação finalista, que, em seu enquadramento fundamental, adotaremos.

### *Teoria da ação finalista*

8. A teoria finalista resultou de largo desenvolvimento doutrinário, fundando-se na filosofia de N. HARTMANN. Explicando o surgimento da teoria naturalista, WELZEL assinala que a teoria da ação aparece condicionada por longo tempo, por pressupostos culturais do velho positivismo naturalístico, que procurava reduzir toda a realidade às relações externas entre as coisas, transportando para o campo das ciências do espírito os critérios e os métodos das ciências naturais.<sup>25</sup> A teoria naturalística contemplava a ação como simples processo causal, constituindo uma concepção que

---

<sup>23</sup> Cf., entre outros, HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, Stuttgart e Colônia, Kohlhammer, 1953, 41; v. HIPPEL, *Deutsche Strafrecht*, Berlim, Springer, 1930, II, 39; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig e Erlangen, 1922, 98; MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, Munique, Beck, 1967, 49. No *Tratado*, no entanto, MEZGER entendia que o *ameaçado com pena* (*Strafrebedrohte*) não é característica da definição, pois não se pode definir o crime através de característica que é sua consequência jurídica.

<sup>24</sup> ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, I, 290. Vejam-se também as incisivas palavras de ROCCO, *L'oggetto del reato*, Roma, 1932, 191.

<sup>25</sup> WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, 3.

MAURACH chama de pré-jurídica e que remontava à psicologia associacionista. Esta, como se sabe, teve grande voga no século XIX, tendo a defendê-la grandes nomes como os de JOHN STUART MILL e HERBERT SPENCER. Reduzia a atividade do espírito a uma espécie de mecânica mental, dele fazendo pura receptividade.<sup>26</sup> A teoria normativa, que se inspirava na filosofia dos valores, foi por WELZEL considerada puramente um complemento da teoria naturalística, pois "a vontade da ação é tratada exclusivamente do ponto de vista causal, como uma modificação do mundo exterior, enquanto o conteúdo e o significado do querer, ou seja, o que é querido, vem separado como pertencente exclusivamente à culpabilidade".<sup>27</sup> Aqui está o ponto básico da teoria finalista: o conteúdo da vontade integra o conceito de ação. Não basta estabelecer apenas que houve vontade, pois assim a ação fica diluída, apresentando-nos a teoria clássica um tronco, com extremidades bem construídas, mas sem cabeça (MAURACH), não passando de um fantasma (WELZEL).

Concepções finalistas da ação aparecem também sustentadas por outros autores, como MEZGER, HELLMUTH MAYER, SCHÖNKE-SCHRÖDER, NAGLER etc., tendo em vista que não há querer humano sem finalidade;<sup>28</sup> mas o que caracteriza a teoria finalista é a introdução do dolo como parte subjetiva da ação.<sup>29</sup> De notar-se, porém, que o *dolo*

<sup>26</sup> CUVILLIER, *Précis de Philosophie*, Paris, Armand Collin, 1953, I, 30, afirma que foi em TAINE que esta corrente, inspirada na analogia das ciências físicas, atingiu seu apogeu: a psicologia se torna uma espécie de *química mental*, que deve decompor nossos estados d'alma, como as ciências físicas decompõem os corpos em elementos simples.

<sup>27</sup> WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, 64.

<sup>28</sup> MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, cit., 12: *Der "Finalität" untersteht alles menschliche Wollen. Es gibt kein Wollen ohne Zweck (Ziel)*.

<sup>29</sup> NIESE, *Finalität, Vorsatz, Fahrlässigkeit*, 1951, 11: "Como representante de uma teoria finalista efetiva no Direito Penal, só pode ser quem considere o dolo na ação ilícita". Cf., no mesmo sentido, MAURACH, *Lehrbuch*, 131.

aqui é o que se tem chamado de *dolo natural*, ou seja, a simples direção da vontade, sem qualquer conteúdo de reprovação ético-jurídica: a possibilidade de querer não depende da imputabilidade. A palavra *dolo* já envolve a idéia de valoração jurídica da vontade e é inadequada no caso, sendo empregada à falta de outra. A culpabilidade fica reservado apenas o juízo de reprovação e a consciência (potencial) da ilicitude da conduta.

A teoria finalista é o termo final de longo desenvolvimento, que abalou profundamente a concepção naturalística e causal da ação e do crime. O termo inicial foi a descoberta dos elementos subjetivos do ilícito, que vieram destruir a harmonia do esquema proposto por BELING. A teoria causal sofreu também grande impacto com as idéias revolucionárias introduzidas pela Escola de Kiel, que acentuava o aspecto subjetivo do crime, com o Direito Penal da Vontade (*Willensstrafrecht*), passando a um plano secundário o sentido clássico de causação de ofensa a um bem ou interesse jurídico. Era, porém, tal corrente expressão do regime político vigente na Alemanha àquela época, tendo desaparecido com o Estado autoritário, praticamente sem deixar vestígios. Ensejou, porém, uma reação contra o primado incontestável da concepção causal da conduta punível, com a obra de HELLMUTH WEBER e HELLMUTH MAYER. O primeiro demonstrou que existem figuras de delito em que a descrição do comportamento anti-social faz-se em tipos que expressam uma atividade causal e também em tipos que expressam uma atividade final, isto é, tipos em que o legislador toma em consideração a vontade do agente, para submeter a pena determinado comportamento dirigido a um resultado. No primeiro caso é proibido um comportamento que dá causa a um resultado. "Chegamos, assim, a um duplo conceito de comportamento: um objetivo e um subjetivo. Aquele corresponde um Direito Penal do resultado; a este, um Direito Penal da vontade".<sup>30</sup>

<sup>30</sup> VON WEBER, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, 8. e *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Bonn, 1948, 55.



HELLMUTH MAYER, por seu turno, insurgiu-se contra o que chamava de *dogma causal*, que ele próprio definia: "O conteúdo do dogma causal que hoje domina a construção dos tipos é o seguinte: considera-se como protótipo de um delito a produção pelo agente de uma modificação no mundo exterior, a qual supõe a lesão de um bem jurídico."<sup>31</sup> Procurava mostrar os problemas que esta concepção oferece, em relação aos crimes comissivos por omissão, mostrando que muitas infrações penais não podem, sem mais, ser consideradas lesões consumadas de bens jurídicos, pois muitos tipos não são suscetíveis de serem compreendidos como simples processos de causação do resultado (p. 168).

Desta elaboração surgiu a teoria finalista. WELZEL afirma que a finalidade e a causalidade são conceitos ontológicos, constituindo uma lei estrutural do Ser e do comportamento humano. Ação humana é exercício de atividade dirigida a um fim, sendo a ação, pois, acontecimento *final* e não apenas *causal*. A finalidade funda-se no fato do conhecimento causal do homem, das possíveis conseqüências de sua atividade em determinada extensão, dispondo, assim, de diversos fins, e dirigindo o planejamento de sua atividade para obtenção desses fins. A pura causalidade não é dirigida a um fim, mas simples resultante fortuita de precedentes componentes causais. Figuradamente falando, a finalidade "vê"; a causalidade é "cega".<sup>32</sup> Censurando a teoria naturalística, afirma ser ela "logicamente insustentável e axiologicamente inaplicável". Isto porque destrói a estrutura ontológica da ação, esquecendo a função do dolo no Direito

---

<sup>31</sup> HELMUTH MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, 163; "A utilidade da teoria causal já é muito duvidosa, porque sua base, o dogma da causação, introduziu-se furtivamente na época do positivismo legal, sem que, em absoluto, tivesse sido fundamentado." O mesmo autor volta extensamente no assunto em seu *Strafrecht*, cit. (nota 23), 124.

<sup>32</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 8, I, e *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, Schwartz, 1961, 3.

Penal. O dolo não pode ser separado do acontecimento externo, pois pertence a ele como fator próprio finalístico que lhe dá forma. Não basta a simples voluntariedade, pois esta não compreende inteiramente a ação como fenômeno social.

Em sua formulação original a teoria parte do reconhecimento de que os crimes culposos e dolosos constituem duas categorias independentes, apresentando estruturas ontológicas diversas, sendo a primeira *causal*, e a segunda, *final*.<sup>33</sup> Assim, o sistema deveria ser dividido de alto a baixo, em duas partes distintas, como há muitos anos GRAF ZU DOHNA sustentara. Este era o entendimento de v. WEBER. WELZEL, porém, procurou subordinar a ação culposa e a dolosa ao conceito geral de ação finalística, e aí surgiram as dificuldades, pois a ação culposa não é dirigida a um fim injurídico. WELZEL buscou resolver o problema afirmando que a finalidade nos crimes dolosos é *atual*, ao passo que nos crimes culposos é *potencial*, pois estes podem ser evitados através de atividade finalística. Esta concepção foi objeto de críticas irresponsáveis. Não é possível conceber a existência de ação culposa, qualificada pela finalidade como potencialmente evitável, sem que isto envolva, desde logo, um juízo sobre a culpabilidade. Impõe-se de pronto uma valoração que o juízo sobre a evitabilidade implica, de modo que nos crimes culposos não é possível separar a culpabilidade da antijuridicidade. Para evitar tais problemas, alguns chegaram ao ponto de pretender excluir os crimes culposos do Direito Penal. BUSCH sustentava que a consideração do dolo e da culpa como formas da culpabilidade mostrou que os crimes culposos, tanto do ponto de vista dogmático como do da Política Criminal, constituem corpos estranhos (*Fremdkörper*) no Direito Penal. GERMANN chegou a propor que a culpa *stricto sensu* fosse abandonada como forma de culpabilidade, e que os crimes

<sup>33</sup> Cf., sobre a matéria, BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, cit. (nota 22), 7.

culposos passassem a ser crimes dolosos de perigo ou fossem limitados a meras contravenções.<sup>34</sup>

As críticas que nesse sentido foram apresentadas terminaram por ser acolhidas pelos próprios partidários da teoria finalista, como NIESE e MAURACH, que propuseram uma nova formulação, a que veio aderir WELZEL: tanto nos crimes dolosos como nos culposos há ação finalística, pois em ambos os casos o autor antecipa mentalmente um resultado. No crime culposos, porém, a finalidade é pura finalidade do Ser, um real processo psicológico, que se refere a um resultado que está fora do tipo (NIESE). Que o resultado seja, no primeiro caso, conforme ao tipo, e, no último, não conforme ao tipo, permanece sem influência para a teoria da ação, à qual só é essencial que tanto nos crimes dolosos como nos culposos haja vontade e sua efetivação. Nos crimes culposos a vontade se dirige a um fim não típico e em regra juridicamente irrelevante (MAURACH). A teoria dos crimes culposos foi objeto de larga elaboração doutrinária e hoje não mais oferece dificuldades.

As conseqüências da teoria finalista da ação afetam todo o sistema. Já vimos que o dolo passa a fazer parte integrante do ilícito objetivo, sendo característica subjetiva do fato, como um *dolo naturalístico*. A culpabilidade nos crimes dolosos transforma-se em puro juízo de valor, integrando a consciência da ilicitude da ação. A teoria do erro, do concurso de crimes, da participação acessória, da ação de inimputáveis, das causas subjetivas de justificação (descriminantes putativas), etc., é submetida a completa revisão.<sup>35</sup>

#### *Estrutura jurídica do crime*

9. Crime é ação (ou omissão) típica, antijurídica e culpável, eventualmente submetida a condição objetiva de punibilidade.

<sup>34</sup> BUSCH, *Moderne Wandlungen*, 43; GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1943, 94, cit. por BUSCH.

<sup>35</sup> Cf. MAURACH, *Lehrbuch*, 141. Para exposição da teoria, além da obra de BUSCH, cf. os trabalhos de WELZEL. *Um die finale*

A ação é atividade humana conscientemente dirigida a um fim e nisso se distingue dos acontecimentos puramente causais, que se devem a forças não governadas pela vontade. Requer, a ação, um comportamento exterior, e, do ponto de vista subjetivo, vontade dirigida a um fim. Esses dois aspectos da estrutura do ser da ação são incindíveis.

A omissão é, no entanto, conceito necessariamente normativo. No plano ontológico existem apenas ações. A omissão pressupõe a existência de norma que imponha a ação omitida. Refere-se à ação ordenada e se situa em plano distinto ao desta. A omissão dá lugar aos crimes omissivos puros e aos comissivos por omissão, cuja estrutura é inteiramente diversa da dos crimes comissivos.

Crime é a ação (ou omissão) *típica*. Tipo é o modelo da conduta proibida a que deve ajustar-se o fato, sendo, pois, *tipo de ilícito*, ou seja, modelo de conduta que o legislador proíbe e procura evitar, tornando-a ilícita. Pode dizer-se que o tipo apresenta a *matéria da proibição* (WELZEL), compreendendo as características objetivas e subjetivas da conduta punível. As características objetivas constituem o *tipo objetivo*. As características subjetivas, o *tipo subjetivo*.

O tipo objetivo compreende a ação e o *evento* (efeito natural da ação que configura a conduta típica), a ela ligado por relação de causalidade. Nos crimes formais (ou de simples atividade) não há evento.

O tipo subjetivo compreende o dolo e os elementos subjetivos do injusto (cf. n.º 24, *infra*).

A realização da conduta típica é *indício* da antijuridicidade, tendo-se presente que a realização da conduta típica

---

*Handlungslehre*, 1949; *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, 1953, e *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, já citado, bem como o seu valioso compêndio, *Das deutsche Strafrecht*, 1969, 11.ª ed. NELSON HUNGRIA opôs-se à teoria com vigoroso trabalho (*A teoria da ação finalista no Direito Penal*, RBCDP 16/7, 1967).

corresponde ao fato proibido. Como o ordenamento jurídico não apresenta apenas proibições ou comandos, mas também normas que permitem ou autorizam certas condutas em regra proibidas sob ameaça de pena, não basta a realização da conduta típica para determinar a sua antijuridicidade: é necessário examinar se a ação ou omissão não estão cobertas por norma permissiva, que exclui a ilicitude. Antijurídica é a conduta contrária ao direito. *Injusto* é a conduta antijurídica em si mesma considerada. Antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato e a norma.

A culpa pressupõe a imputabilidade (capacidade de entendimento e autogoverno tendo-se em vista as exigências do ordenamento jurídico). A culpa é reprovação do ordenamento jurídico pela realização do injusto típico. Objeto da valoração é a ação típica, compreendendo a realização do injusto, em seus aspectos objetivos e subjetivos. Como diz WELZEL, a reprovação da culpabilidade pressupõe que o agente podia formar de modo mais correto, em consonância com a norma, sua resolução antijurídica, não no sentido abstrato, referente a *qualquer homem* em lugar do agente, mas sim no sentido absolutamente concreto de que *este homem, nesta situação*, teria podido formar, de conformidade com a norma, sua resolução volitiva.<sup>36</sup> Culpabilidade é, pois, reprovabilidade *pessoal*, que pressupõe a imputabilidade e se realiza tendo em vista a possibilidade de conhecimento do injusto (potencial consciência da ilicitude) e a exigibilidade de comportamento conforme o direito.

Eventualmente, para que haja crime é necessário que se verifique *condição objetiva de punibilidade*.<sup>37</sup> Trata-se de con-

---

<sup>36</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 19, IV.

<sup>37</sup> Cf., sobre a matéria, extensamente, HELENO C. FRAGOSO, *Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade*, no volume *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*, Rio de Janeiro, Forense, 1962.

dições exteriores ao tipo, de que depende a punibilidade *do fato*. São, assim, condições do crime e não da pena, conclusão lógica, a nosso ver, inafastável.<sup>38</sup> A condição objetiva de punibilidade é, em regra, prevista no preceito ou na sanção, mas pode resultar do sistema legal aplicável à matéria. Pode situar-se, ou não, no desdobramento causal da ação. As condições objetivas de punibilidade tendem a desaparecer do Direito Penal moderno, pois condicionam a punibilidade do fato a elemento alheio à culpabilidade do agente. Impõe-se na matéria interpretação restritiva, devendo entender-se, na dúvida, que a condição é integrante do tipo.<sup>39</sup>

Pelas diversidades sistemáticas que envolvem, os crimes culposos e os crimes omissivos constituem hoje as verdadeiras formas especiais de aparecimento do fato punível.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> No sentido do texto, cf. BELING, *Die Lehre von Verbrechen*, 52; ASUA, *Tratado*, III, 59; PANNAIN, *Manuale*, 274.

<sup>39</sup> FRAGOSO, *Lições*, PG 233.

<sup>40</sup> JESCHECK, *Lehrbuch*, Introdução ao § 54.

## ARTIGO 11

**BIBLIOGRAFIA** — AZZALI (G.), *Contributo alla teoria della causalità nel Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1954; id., *La disciplina del rapporto di causalità. Appunti per una riforma*, *L'Indice Penale*, IX 11.º 1 (1975); BATTAGLINI (G.), *La causa sopravvenuta sufficiente da sola a determinare l'evento*, no volume *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, Giuffrè, 1952; COSTA JR. (P. J.), *Do Nexo Causal*, São Paulo, 1964; LALIA (A. A.), *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, 1975; DEAN (F.), *Il rapporto di mezzo a fine nel Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1967; GIMBERNAT ORDEIG (E.), *Delitos calificados por el resultado y causalità*, Madri, Reus, 1966; GLASS (P.), *Die Kausalität der Unterlassung*, Leipzig, Noske, 1908; GMÜR (R.), *Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, Aarau, Sauerländer, 1959; HONIG (R.), *Kausalität und Objektive Zurechnung*, no volume *Festschrift f. Reinhardt Frank*, Tübingen, Mohr, 1930; HONORÉ (A. M.), *Die Kausalitätslehre im anglo-amerikanischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht*, ZStW 69/95 (1957); KAUFMANN, Arthur, *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, no volume *Festschrift f. Eberhard Schmidt*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht 1961; MALINVERNI (A.), *Il rapporto di causalità ed il caso*, Riv. It., 1959, jan.-mar. 1959; id., *Causalità*, *Novissimo Digesto Italiano*, Turim, 1959, v. III; MUS-SOTO, *Il problema del rapporto di causalità nel Diritto Penale*, no volume *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, Giuffrè, 1952; NU-VOLONE (P.), *Osservazioni in tema di causalità nel Diritto Penale*, no volume *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, Cedam, 1969; PUNZO, *Il problema della causalità materiale*, Pádua, Cedam, 1951; SINISCALCO, *Causalità*, in *Enc. Dir.*, Milão, 1960, v. VI; STELLA (F.), *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milão, Giuffrè, 1975; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milão, Giuffrè, 1967.

## Introdução

10. A introdução em nosso CP de regra expressa sobre a relação de causalidade é consequência do dogma



*causal* a que já nos referimos, ao estudar o surgimento da teoria da ação finalista. Sob influência da filosofia positivista do século passado, a causalidade passou a considerar-se categoria fundamental na economia do delito. O crime surge como processo de causação de um resultado, ou seja, de modificação do mundo exterior.

A tendência moderna é a de limitar a importância da matéria, afirmando-se que a questão do nexo causal não surge em todos os crimes, mas tão-somente nos crimes materiais (ou de evento), dela não se cogitando nos crimes omissivos puros e nos crimes de pura atividade. Por outro lado, verificou-se que a questão do nexo causal estava mal enfocada nos crimes comissivos por omissão: a omissão não causa coisa alguma. Em tais crimes, a responsabilidade penal surge não porque o agente causou o resultado, mas, sim, porque violou o dever jurídico de impedi-lo. Ademais, demonstra-se que o crime não se esgota, em seu conteúdo de desvalor social, no processo de causação de ofensa a um bem jurídico.<sup>1</sup> Daí afirmar BATTAGLINI: "*Non bisogna esagerare l'importanza della questione della causalità materiale, come se dovesse su di essa poggiare tutto l'edificio del diritto punitivo.*"<sup>2</sup>

A relevância da matéria reside no fato de constituir, a causalidade, limitação à responsabilidade penal: não pode o crime ser atribuído a quem não for *causa* dele. Por outro lado, nem tudo o que é causado pelo agente lhe pode ser imputado. Tecnicamente, situa-se a matéria na teoria do tipo, pois a relação de causalidade integra a descrição da conduta proibida e dela depende a sua tipicidade.

11. Raras são as legislações que contêm regra expressa sobre a relação de causalidade. As disposições que aparecem em alguns códigos são sempre inúteis e defeituosas e devem ser eliminadas. Trata-se, como observou agudamente

<sup>1</sup> HELENO C. FRAGOSO, *Objeto do crime*, no volume *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

<sup>2</sup> BATTAGLINI, *Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1949, 180.

SCLER, de um falso problema, pois as dificuldades surgem em número muito limitado de casos, para os quais as fórmulas legislativas oferecem soluções precárias. Nesse sentido pronunciou-se a comissão revisora ministerial, por proposta do autor, ao examinar o art. 14 do anteprojeto HUNGRIA.

Na primeira leitura do anteprojeto foram eliminadas (contra o voto de NELSON HUNGRIA) as disposições sobre causalidade, limitando-se o art. 14 à disciplina da relevância da omissão.<sup>3</sup> A fórmula proposta era, a nosso ver, visivelmente imperfeita, porque, afirmando a causalidade natural da omissão, logo a restringia aos casos em que surge o dever jurídico de impedir o resultado. Por outro lado, ao tratar da interrupção do nexo causal, referia-se impropriamente a “causa autônoma” e admitia a relevância da causa totalmente independente (que já estaria necessariamente abrangida pelo *caput*).<sup>4</sup>

A Comissão Redatora do CP Tipo para a América Latina, ao deliberar sobre a estrutura do fato punível, na reunião celebrada em 1965, na Cidade do México, decidiu contra apenas dois votos (os dos brasileiros NELSON HUNGRIA e PAULO JOSÉ DA COSTA JR.) excluir qualquer disciplina normativa da relação de causalidade. JIMÉNEZ DE ASÚA, naquela oportunidade, enfaticamente, afirmou: “*Todas las disposiciones que se han legislado sobre la causalidad, especialmente en el Código italiano, en realidad no han servido de nada.*”<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Vencido, HUNGRIA fez questão de formular regra sobre o caso fortuito e a força maior (art. 18), que permaneceu, de forma totalmente desnecessária, no texto definitivo, mesmo depois de reintroduzidas as disposições defeituosas do projeto original, que basicamente mantêm o sistema da lei vigente.

<sup>4</sup> Cf. HELENO C. FRAGOSO, *A reforma da legislação penal*, RBCDP 2/58 (1963).

<sup>5</sup> Cf. *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Editorial Jurídica de Chile, Parte General, tomo II, I, 1973, 92. O autor funcionou como relator da matéria.

*A causalidade nos crimes omissivos*

12. A omissão punível tem dado ensejo a graves disputas doutrinárias, constituindo um dos temas mais difíceis e uma das questões mais tormentosas da ciência do Direito Penal. Os autores antigos não cogitavam da omissão como princípio geral, dela tratando apenas com referência a alguns crimes (homicídio, infanticídio, omissão de denúncia de um crime, omissão de auxílio em caso de perigo etc.). Os praxistas italianos, aliás, entendiam que o crime praticado por omissão deveria ser mais brandamente punido, idéia que aparece também em CARPZÓVIO e outros praxistas alemães (*Delictum quod in faciendo consistit, gravius punitur eo quod in omittendo consistit*).<sup>6</sup> A causalidade da omissão, igualmente, não era problemática para FEUERBACH e os autores de sua época, bem como para os que os precederam. BOEHMERO afirmava: "*Omissio non minus eventum noxium producit, quam commissio.*"<sup>7</sup>

Os problemas começaram a surgir com as questões propostas pela teoria da causalidade, ou seja, da imputação física, e com a determinação mais rigorosa do conceito de ação punível.

Geralmente, afirma-se que existem duas espécies de crimes omissivos, tendo sido LUDEN o primeiro a distingui-las nitidamente.<sup>8</sup> Crimes omissivos *próprios* ou *puros* são aque-

<sup>6</sup> A punibilidade mais branda da omissão é, assim, idéia antiga, que ressurge em muitos autores modernos, como MEZGER, *Tratado*, I, 316. O projeto preliminar de CP italiano, de 1949, acolheu esta idéia, facultando a diminuição de pena (art. 20), tendo em vista a menor culpabilidade do agente. O vigente CP alemão possui a respeito disposição expressa (§ 13, 2). Parte-se do entendimento de que é menor o merecimento de pena na omissão porque, contrariamente ao que nesta ocorre, a atividade exige resolução e o ato potencial. WELZEL, *Strafrecht*, § 28, VI. Cf. ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Schwartz, 1959, 300.

<sup>7</sup> Cf. CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte in deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch, Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 149 (1912).

<sup>8</sup> LUDEN, *Ueber den Tatbestand der Verbrechen*, 1840, 259.

les que consistem na simples violação de uma ordem. Omissivos *impróprios* ou *comissivos* por *omissão* seriam os crimes que se concretizam na violação de uma proibição através da abstenção de uma atividade. As duas espécies de crimes omissivos são consideradas muito diversas, apresentando diferente estrutura, e devem ser separadas distintamente, tanto no plano da dogmática como para efeitos práticos.

O problema básico que aqui se apresenta é o seguinte: a omissão é uma realidade, um fato externo, perceptível através dos sentidos (concepção naturalística), ou é apenas uma criação da lei e como tal uma irreabilidade espacial, que somente surge em face de uma exigência estabelecida por uma norma (concepção normativa)? O desenvolvimento doutrinário desta indagação processou-se com o estudo da causalidade nos crimes comissivos por omissão, matéria que desde logo preocupou os autores.

Os partidários da *teoria naturalística* sustentam que a omissão é uma forma de comportamento que se encontra na natureza, podendo ser constatada através dos sentidos, sem qualquer necessidade de se recorrer à norma. Esta tem somente a função de atribuir relevância jurídica à omissão. ANIBAL BRUNO entende que, “como a ação em sentido estrito, ela é um comportamento voluntário, manifestação exterior da vontade do omitente, que, embora não se realize com a materialidade de um movimento corpóreo, não deixa de ser uma realidade que percebemos com a evidência de um acontecer objetivamente realizado. Este é o elemento naturalístico da omissão”.<sup>9</sup> Assim sendo, poder-se-ia afirmar que a conduta consiste na atividade realizada em dado momento e mais na omissão de tudo aquilo que, no mesmo momento, o sujeito não fez.

Contra esta concepção naturalista objetou-se que não pode haver omissão em si.<sup>10</sup> Omissão não é simples *não fa-*

<sup>9</sup> ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, I, 311.

<sup>10</sup> WFLZER, *Strafrecht*, § 26, I: “Es gibt keine Unterlassung ‘an-sich’, sondern nur die Unterlassung einer bestimmter Handlung”. GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von Verbrechen*, cit.,

zer, mas não *fazer algo*, de sorte que só é possível a idéia de omissão em relação a um termo de referência. Como tal, não tem a omissão realidade, surgindo apenas em face de uma ação esperada, devida ou imposta por uma norma, de qualquer natureza. Realidade tem apenas a inércia. A omissão surge de um juízo que constata que a ação esperada, dentro de certo ponto de vista, não se realizou.<sup>11</sup> Esta é a chamada *teoria normativa*, que, em última análise, somente reconhece a existência da omissão referindo a inatividade a uma norma e identificando-a na transgressão de um dever jurídico.

A teoria normativa censura-se o fato de antecipar o juízo de ilicitude; de tornar a omissão parte da teoria da antijuridicidade, pois só esta pode dizer quando uma ação é esperada ou devida, o que depende do dever jurídico de agir. Afirma-se, por outro lado, que faz da omissão o produto de um juízo de outrem, e não uma realidade existente por si mesma.

13. O conceito de omissão é necessariamente normativo. No plano ontológico existem apenas ações. *Omissão* é abstenção de atividade que o agente podia e devia realizar, constituindo transgressão de norma que se apresenta como *ordem* ou comando de agir. Omissão, em consequência, não é mero não fazer, mas, sim, não fazer *algo*, que, nas circunstâncias, era ao agente imposto pelo direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização. É impossível reconhecer omissão através da simples observação do comportamento humano, que só pode revelar atividade ou inatividade corpórea. A omissão envolve sempre a necessidade de um termo de relação, que depende de um juízo objetivo. O *dever de agir* é essencial à omissão.

---

<sup>11</sup> MEZGER, *Tratado*, I, 293: "Não o omitente, senão quem julga, dá realmente vida à omissão."

---

9, agudamente observa que a omissão não pode resultar de uma simples constatação do comportamento realizado, mas de uma comparação entre a conduta que se observa e aquela *que se imagina*.

Nos *crimes omissivos próprios* (ou puros), a omissão consiste na simples transgressão de um comando, que impõe o dever de atuar. São crimes em que não se exige qualquer outro resultado, consumando-se com a abstenção daquela atividade que a própria norma penal impõe, independentemente de qualquer dano ou perigo. Por isso, alguns autores dizem que estes são crimes de simples desobediência. São exemplos o crime de omissão de socorro (art. 135, CP) e o de omissão de notificação de moléstia perigosa (art. 269, CP), nos quais qualquer outro resultado é tipicamente irrelevante, de nada valendo a demonstração de que a ação omitida não teria impedido o dano ou perigo que o legislador procurou afastar.

Nos *crimes comissivos por omissão* a omissão consiste na transgressão do dever jurídico de impedir o resultado. Há aqui a violação de comando que deflui de norma que se situa paralelamente à norma proibitiva (e que está, como esta, igualmente, implícita). Trata-se da norma que impõe o dever de ativar-se, constituindo o agente em garantidor da não superveniência do resultado. O tipo dos crimes comissivos por omissão contém características ou elementos não escritos, que são os pressupostos de fato de que decorre o dever jurídico. Os tipos dos crimes comissivos por omissão são *tipos abertos*.<sup>12</sup> A tipicidade aqui não funciona como indício da antijuridicidade.

14. Nos crimes omissivos puros, a própria norma penal contém uma ordem, e o crime consiste tão-somente na transgressão dessa ordem, ainda que se demonstre que a conduta

---

<sup>12</sup> São *tipos fechados* os que contém completa descrição da conduta ilícita. São *tipos abertos* os tipos em que não se apresenta por completo a descrição da conduta incriminada, que depende da transgressão de normas especiais que o tipo pressupõe. Cf. FRAGOSO, *Lições*, PG, n.º 159. São tipos abertos também os dos crimes culposos e os que fazem expressa referência à ilicitude (exs.: arts. 151, § 1.º, II, 153, 154, 162, 292, CP). Cf. n.º 57, *infra*.

positiva não teria evitado o resultado. A ilicitude nessa espécie de crimes não apresenta problemas.

Nos crimes comissivos por omissão, como vimos, deve o agente ter o dever jurídico de impedir o resultado. A evolução doutrinária nesta matéria tem apresentado grande imprecisão, em face das deficiências do próprio direito positivo. FEUERBACH exigia, para fundamentar este dever, a lei ou o contrato (*Gesetz oder Vertrag*), e SPANGENBERG afirmava serem necessárias especiais relações jurídicas (*besonderen rechtlichen Verhältnisse*). LUDEN, porém, já sustentava fundamentação mais ampla, não se limitando à existência de simples obrigação jurídica de fazer.<sup>13</sup> A jurisprudência e a doutrina são, hoje, no sentido de afirmar a necessidade de um *dever jurídico* de agir. Divergem, porém, grandemente, quando tratam de definir o que entendem aqui por dever jurídico.

Não há dúvida de que surge dever jurídico de agir em face da lei: não há quem o negue. A maioria dos autores, porém, entende que o dever de agir que decorre dos crimes omissivos puros não basta para fundamentar o dever de evitar o resultado, nos crimes comissivos por omissão. Afirma-se que o dever jurídico que surge dos crimes omissivos puros é um simples *dever de agir*, ao passo que nos crimes comissivos por omissão é necessário um específico *dever de evitar o resultado* (*Erfolgsabwendungspflicht*). MEYER-ALLFELD esclarecem que o dever jurídico não se refere aos casos em que a norma põe uma ordem para agir, e ela mesma comina pena para a omissão. Neste caso, concluem, aplica-se apenas a lei especial, embora a omissão da ação ordenada conduza ao resultado que a ameaça penal procura evitar. Surgiu, assim, a teoria da garantia (*Garantenlehre*). É mister que o agente tenha assumido ou que lhe seja imposta uma função de garantia da não superveniência do resultado típico. Não basta um *dever quemvis ex populo*.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Cf. CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte*, cit., 8.

<sup>14</sup> MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch*, 116; MAURACH, § 46, III B.



Costuma-se dizer que o dever de agir e a posição de garantidor surgem também de obrigação contratual, quando o agente se tenha obrigado pelos riscos decorrentes de certa ação. Parece claro, no entanto, que relevante aqui não é o contrato, mas a objetiva aceitação da correspondente situação do dever.<sup>15</sup> Como assinala MAURACH, o contrato faria depender a posição de garantidor do direito privado. O que importa é a livre aceitação e seu entrelaçamento no processo social. Daí não terem valor as limitações da responsabilidade civil e as cláusulas *sine obliquo*.<sup>16</sup> Há também dever de agir quando o agente espontaneamente assume função tutelar ou encargo sem mandato, como no caso do pedestre que ajuda o cego a cruzar a rua ou quando o médico socorre o ferido em situação de emergência.<sup>17</sup>

Uma terceira fonte do dever de agir é a precedente atividade culposa, ou mesmo não culposa e inconsciente, criadora de uma situação de perigo. Nesse sentido é a opinião geral da doutrina, com raras discrepâncias, embora a inexistência de texto expresso obrigue a jurisprudência a mover-se em bases inseguras (SCHÖNKE-SCHRÖDER).

15. Nas legislações modernas aparece invariavelmente disposição específica sobre o dever jurídico de agir nos crimes comissivos por omissão. Alguns textos, no entanto, permanecem vagos.<sup>18</sup>

O anteprojeto HUNGRIA (art. 14) apresentava a seguinte fórmula: “A omissão é relevante como causa quando quem

<sup>15</sup> SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, Introdução (Vorbemerkungen) n.º 118.

<sup>16</sup> MAURACH, *Lehrbuch*, § 46 III C2.

<sup>17</sup> ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, no volume *Scritti di Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 315.

<sup>18</sup> CP Tipo para América Latina, art. 12: “Cuando la ley reprime el hecho atendiendo al resultado producido, responderá también quien no lo impidió si pudo hacerlo de acuerdo con las circunstancias, y si tenía el deber jurídico de evitarlo.” CP alemão, § 13; CP austríaco, § 2; CP grego, art. 15. Veja-se também o art. 40 do CP italiano.

omite devia e podia agir para evitar o resultado, decorrente desse dever seja da lei, seja de relação contratual ou de perigosa situação de fato criada pelo próprio omitente, ainda que sem culpa.”

Por sugestão do autor, inspirado no projeto SOLER (art. 10), o texto foi sensivelmente melhorado, eliminando-se a referência à relação contratual. A fórmula adotada pelo CP de 1969 reza (art. 13, § 2.<sup>o</sup>): “A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.”

No primeiro caso, o dever de agir surge em virtude da lei (ex.: arts. 233, V e 384, II, Cód. Civil). No segundo caso, basta que o agente tenha assumido, seja ou não em virtude do contrato, a posição de garantidor. É o caso da enfermeira ou da ama contratada para velar por uma criança. Mas é também o caso de quem assume de fato o dever de garantia, mesmo que a isto não o obrigue contrato algum. É o caso da enfermeira que permanece em serviço após o seu horário de trabalho, sendo indiferentes as limitações do contrato, inclusive a validade jurídica deste.

Na terceira hipótese, o dever jurídico surge da criação do risco, mesmo sem culpa.

A verificação da existência de dever jurídico de impedir o resultado serve apenas para equiparar a omissão à ação. Fara que haja crime exige-se, ademais, a existência dos requisitos gerais de dolo ou culpa *stricto sensu*.

16. Cumpre examinar especificamente a questão da causalidade. Como dissemos, foi em face da teoria da causalidade que se apresentaram os primeiros problemas da omissão, os quais surgiram com os crimes comissivos por omissão. Nestes, um resultado externo é atribuído ao agente como consequência de sua conduta omissiva. Se a omissão é um nada,

um *nihil*, como pode causar um resultado? Do nada, nada pode provir. *Ex nihilo nihil fit*.

A mais antiga das respostas dadas àquela indagação foi formulada por LUDEN e constitui a teoria do *aliud agere* (*Andershandeln*). A omissão se concretiza na atividade positiva que o agente realiza enquanto omite a ação delituosa. Esta teoria teve grande sucesso. DELITALA, por exemplo, afirmava que a essência da omissão consiste num *aliud facere*, e, invocando MASSARI, entendia que ela constitui uma ação inversa à que se podia e devia realizar.<sup>19</sup> A causalidade, pois, a ser considerada era a que se relacionava com a ação praticada durante a omissão. Contra esta teoria foram apresentadas objeções seríssimas. KRUG, ironicamente, observava que, se a mãe deixa o filho morrer de inanição, enquanto costura meias, causa da morte da criança seria o fato de costurar meias... Observou-se, ainda, que é possível ao agente não praticar qualquer outra ação enquanto omite a que é devida, e que de forma alguma pode o direito atribuir relevância à conduta diversa, que é indiferente, nem precisando ser constatada. Por outro lado, enquanto omite, pode o agente praticar muitas outras ações diversas, que não podem, em conjunto, constituir o elemento físico da omissão.<sup>20</sup>

Outros autores (KRUG, GLASER, MERKEL) procuraram reconhecer o elemento físico e causal da omissão na ação que imediatamente a precedia. Tal ação seria, assim, causa do resultado jurídico. Esta teoria esbarrava na dificuldade intransponível de não ser possível conceber a culpa em mo-

<sup>19</sup> DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Pádua, Cedam, 1930, 134.

<sup>20</sup> PEROCELLI, *Principi*, 305. GRISPIGNI, *Dir. Pen.*, II, 36, observa que a teoria do *aliud agere* é inexata, enquanto concebe a omissão como um *facere* (ação positiva). É exata, porém, enquanto concebe a omissão como conduta *diversa*, pois de outra forma se chegaria ao absurdo de um crime que, não sendo uma conduta, seria... nada. "A conduta diversa, segundo a concepção normativa, não vem em consideração como causa, mas só como objeto do juízo de não conformidade à conduta devida."

mento diverso daquele em que se dá a efetivação da vontade. Não há dolo subsequente.

Procurou-se, ainda, descobrir na própria omissão um conteúdo causal, com a *teoria da interferência*, que teve seguidores em BINDING, BUENGER, HAELSCHNER, ORTMANN, tendo sido formulada por VON BURI. Consiste em afirmar que na omissão o agente realiza um esforço para dominar o impulso que o compele a agir, produzindo-se destarte uma resistência, ou seja, um fenômeno de interferência, entre os impulsos no sentido de agir e de evitar a ação. Observou-se que tal processo interno não corresponde à realidade dos fatos, faltando nos crimes omissivos culposos, sendo de prova difficilima nos crimes dolosos, sem contar que não exclui a objeção já formulada sobre a correspondência entre o processo interno do querer e sua manifestação no mundo exterior.<sup>21</sup>

Modernamente, existem outras correntes a respeito da causalidade da omissão. A primeira afirma que não há, de forma alguma, causalidade na omissão, e que aqui somente é possível falar de uma causalidade jurídica ou normativa, estabelecida pelo direito, ou seja, de uma quase-causalidade. A segunda, com base na teoria naturalística, entende que a omissão é causa, no sentido de que um fenômeno resulta de todas as condições positivas e negativas de sua realização.

MEZGER representa bem a corrente (hoje dominante) que nega a causalidade da omissão. Afirma que não há remédio senão reconhecer resignadamente, ante o fracasso das teorias aventadas, que a omissão não é causal com respeito ao resultado, transformando-se a causalidade da omissão em uma causalidade jurídica ou quase-causalidade, construída *ad hoc* num "mecanismo da ordem social", equiparando-se, para os fins jurídicos, o não impedimento do resultado à causação do mesmo, ainda que dito não impedimento não seja, a rigor, causal. A questão é, assim, deslocada para a

---

<sup>21</sup> VON HIPPEL, *Strafrecht*, II, 158.

antijuridicidade, de modo que a punibilidade dos crimes omissivos impróprios (únicos em que a questão da causalidade se apresenta) depende de dois pressupostos: o dever de atuar e que tal atuação evitasse o resultado. Antes, porém, cumpre indagar se o agente tinha possibilidade de realizar a ação exigida e se tinha possibilidade de influir no resultado.<sup>22</sup>

O CP italiano contém, a propósito da causalidade da omissão, dispositivo expresso: *non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo* (art. 40). Em face desta disposição, a própria Exposição de Motivos ministerial faz referência a uma *causalidade jurídica*, que é admitida pela maioria dos autores. Afirma-se que o próprio direito positivo reconhece que a omissão não é causal, equiparando o não impedimento do resultado à sua causação, nos casos em que o agente tem o dever jurídico de impedi-lo.<sup>23</sup> Contra a causalidade normativa, tem-se afirmado que ela é um perfeito contra-senso, pois o direito pode interpretar a causalidade, mas não pode criá-la; a causalidade está na natureza.<sup>24</sup>

Muitos são os que admitem como causa também as *condições negativas* do resultado, o que no campo da filosofia tem sido sustentado por vários filósofos, entre os quais JOHN STUART MILL. MAURACH afirma que a controvérsia sobre a causalidade da omissão somente se estabeleceu com a pe-

<sup>22</sup> MEZGER, *Tratado*, I, 297.

<sup>23</sup> PETROCELLI, *Principi*, 373: "Se a mãe deixa morrer de fome seu filho, causa da morte é, segundo a relação de causalidade material, o processo orgânico de desnutrição que conduz ao esgotamento das energias vitais; não o fato da mãe que permanece, dolosa ou culposamente, inerte. Na lei, o termo *causa* significa, em tais hipóteses, uma relação de causalidade moral ou jurídica, no sentido de que se atribui a produção do evento no mundo exterior a quem, tendo a possibilidade e o dever, não o impede".

<sup>24</sup> DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milão, Giuffrè, 1950, 137.

netração do pensamento naturalístico na dogmática penal do século XIX. Acrescenta que a dúvida surgiu com a teoria kantiana da causalidade, que concebia a lei da causalidade no sentido da física mecânica, como a cadeia funcional de acontecimentos, uns relacionados aos outros, como *causa efficiens*, excluindo o entendimento prevalente, de identificação entre não evitar e causar. Afirma-se, assim, que, do ponto de vista causal, realmente, a força que age equivale à força que não agiu, desaparecendo o problema, em face de tal conceituação de *causa*. Cumpre indagar se a ação esperada teria evitado o resultado.<sup>25</sup>

Uma colocação análoga encontramos naqueles que resolvem o problema da causalidade da omissão não mais concebendo a causalidade no sentido mecânico-naturalístico, como um processo de desencadeamento de forças, mas como um conceito de relação. Este enquadramento da matéria deve-se a M. E. MAYER, sendo adotado, entre outros, por SAUER e EBERHARDT SCHMIDT.<sup>26</sup> Este último afirma que causalidade não é mais do que a ligação lógico-teorética do conhecimento de dois dados, não como um Ser (*Sein*) ou Vir a ser (*Werden*) físico, porém como nada mais do que uma forma

<sup>25</sup> VON HIPPEL, *Strafrecht*, II, 160: "Causa é um conceito que compreende o *causar* da ação e o *não impedir* da omissão." COSTA E SILVA, *Código Penal*, 1943, 73: "A omissão é tão causal como qualquer outro antecedente do resultado."

<sup>26</sup> M. E. MAYER, *Lehrbuch*, 140; SAUER, *Grundlagen*, 447; EBERHARDT SCHMIDT, no *Lehrbuch*, (de LISZT), 172. Cf., ainda, SAUER, *Frank Festgabe*, I, 207: "A causalidade não é uma força misteriosa intrínseca às coisas, mas um juízo lógico de necessidade (*logisches Notwendigkeitsurteil*)"; id., *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin, Gruyter, 1949, 74: "categoria do nosso conhecimento; elemento de nossa consciência; conexão lógica de conduta e evento". VON WEBER, *Grundriss*, 60: "A causalidade da omissão torna-se um problema muito debatido, quando se concebe a causalidade não como um conceito de relação (*Relationsbegriff*), mas, incorretamente, como um conceito de força física (*physikalischen Kraftbegriff*).". A concepção da causalidade como categoria do conhecimento (*Erkenntniskategorie*) é deduzida do idealismo transcendental de KANT. WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, v. 51 (1931), 705, ob-

de nosso pensar e do nosso conhecer. Causar não significa produzir.

O jurista deve partir do conceito naturalístico ou ontológico de causalidade. Não há causalidade alguma na omissão, que só existe no plano normativo. Nos crimes comissivos por omissão a responsabilidade surge porque o agente podia e devia agir para impedir o resultado, que não impediu. Em face da definição de nossa lei, podemos dizer que ela equipara o não impedimento à causação, considerando como *causa* a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, ou seja, quando, através de um juízo hipotético, for possível afirmar que *a ação esperada, possível e devida*, com segurança, teria impedido o resultado. Esse juízo hipotético terá que ser feito *ex ante*, com base na idoneidade da ação esperada para evitar o resultado no caso concreto, à semelhança do que ocorre na tentativa.<sup>27</sup>

### *Ação e omissão*

17. Em certos casos de crimes culposos em que há, ao mesmo tempo, atividade e omissão, pode surgir dúvida quan-

---

<sup>27</sup> Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Conduta punível*, São Paulo, Bushatsky, 1961, 112, e os autores ali citados.

---

serva, porém, que há aqui um equívoco, pois de acordo com a concepção transcendental a causalidade não é uma forma de conexão subjetiva de nosso conhecimento, que nós aplicamos aos objetos, porque nós não podemos compreendê-los diversamente. A causalidade é uma lei lógica objetiva, à qual os objetos estariam submetidos, ainda que nós não existissemos. Mesmo para o idealismo transcendental a causalidade é categoria do objeto (*Gegenstandskategorie*), que nada tem a ver com a organização do sujeito. Para KANT, a causalidade é realmente uma categoria da razão e como tal conceito puro do entendimento, que se refere *a priori* aos objetos da intuição. KANT desenvolveu a concepção de HUME, para quem na realidade existem apenas seqüências, não sendo a causalidade laço necessário e racional entre duas instâncias. Esta posição, como se sabe, foi retomada por vários filósofos da ciência, no século XIX, especialmente MACH, que combateram a noção de causa, considerando-a vaga e mais metafísica que científica.



to ao fundamento da responsabilidade penal, que pode ser a ação ou a omissão. A matéria pode apresentar inegável relevo, pois só pratica crime omissivo quem viola o dever jurídico de agir, e, nos crimes comissivos por omissão, quando se demonstra que a conduta devida, com segurança, teria impedido o resultado.

A jurisprudência alemã proporciona alguns famosos exemplos. Assim, o caso dos pêlos de cabra, de que se ocupa MEZGER: um industrial adquiriu pêlos de cabra chinesa, para fabricação de pincéis. Embora advertido, pelo fornecedor, de que deveria desinfetar o material, não o fez, entregando-o a seus operários para a realização do serviço. Em consequência, quatro operários foram contaminados por bacilos de carbúnculo e faleceram. A perícia afirmou que possivelmente o resultado seria o mesmo, ainda que houvesse a desinfecção, pois esta deveria ser realizada com certos desinfetantes autorizados, que certamente não eliminariam os germes. Se, neste caso, a responsabilidade é pela omissão, será forçoso negar a tipicidade, pois não se demonstra o nexo causal hipotético da ação esperada, no impedimento do resultado. Diversa é a situação se se entende que a responsabilidade deriva da ação de entregar o material aos operários, pois, segundo a teoria da equivalência, a causalidade é indiscutível.

Interessante é, também, o caso do ciclista, julgado pelo Tribunal Supremo em 1957. O condutor de um ônibus, na ultrapassagem de um ciclista, não manteve a distância imposta pelo Código de Trânsito. Ao fazer a ultrapassagem, o ciclista, que estava embriagado, desviou-se para a esquerda e se projetou sob as rodas traseiras do veículo, vindo a falecer. Demonstrou-se, no entanto, que com toda a probabilidade o acidente teria ocorrido, mesmo que a distância regulamentar tivesse sido observada.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Para esses e outros casos, cf. ROXIN, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, no volume *Problemas básicos del derecho penal*, trad., Madri, Reus, 1976, 149.

Em tais casos, MEZGER entende que não se pode resolver o problema segundo a configuração externa do fato, mas, sim, com base no aspecto contra o qual se dirija a reprovação jurídica em cada caso: “A distinção entre fato comissivo e fato omissivo não é uma questão de fato, mas de valoração.”<sup>29</sup> No caso dos pêlos de cabra, o que se reprova, segundo MEZGER, não é o fato de entregar o material aos operários, mas, sim, o de não desinfetá-lo.

ARTHUR KAUFMANN sugere que, se o fato contém elementos tanto de atividade como de omissão, em caso de dúvida deve ser considerado como fazer positivo.<sup>30</sup> Outros autores entendem que decisivo é o “peso fundamental” (SCHRÖDER) ou o “sentido social da ação” (KAUFMANN).

Os critérios valorativos são, como se percebe, precários e imprecisos. Por isso mesmo deve ser adotada a orientação de ROXIN, que parte sempre do comportamento ativo que constitui antecedente causal do resultado. Afirmada a causalidade da ação, o problema se transfere para o exame da culpa (imprudência) com que tenha o agente atuado.<sup>31</sup> Os exemplos que invocamos são casos de ação e não de omissão e devem ser resolvidos com o exame da violação do cuidado objetivo exigível. Nos crimes dolosos, como é óbvio, não haverá qualquer dificuldade.

---

<sup>29</sup> MEZGER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, Beck, Munique e Berlim, 1960 (9.<sup>a</sup> ed.), 76: “Die Unterscheidung von Begehungs — und Unterlassungstat ist also keine Tatsachen —, sondern eine Wertungsfrage.”

<sup>30</sup> ARTHUR KAUFMANN, *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Festschrift f. Eberhard Schmidt*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, 212.

<sup>31</sup> ROXIN, ob. cit. (nota 28), 153.

## ARTIGOS 12 A 14

**BIBLIOGRAFIA** — ALBRECHT (Peter), *Der untaugliche Versuch*, Basileia, Helbing & Lichtenhahn, 1973; ARAUJO (Orestes), *La tentativa*, Montevideo, 1958; BERNARDINO GONZAGA (J.), *Tentativa e crime consumado*, RBCDP 9/147 (1965); BOCKELMANN (P.), *Wann ist der Rücktritt von Versuch freiwillig*, no volume *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, Schwartz, 1957; BRITO ALVES (Roque), *Desistência voluntária e arrependimento eficaz*, Recife, Imprensa Industrial, 1959; BURKHARDT (B.), *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1975; CARACCIOLI (I.), *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milão, Giuffrè, 1975; COESTER, *Die Vorbereitungshandlung im E 1927*, *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 329 (1933); CURY (E.), *La teoria del principio de ejecución en la tentativa*, *Rev. Ciencias Penales*, XXII n.º 2 (1963); FIEDLER, *Vorhaben und Versuch im Strafrecht*, 1967; FIORE (C.), *Il reato impossibile*, Nápoles, Jovene, 1959; v. GEMMINGEN, *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 306 (1932); GERTHOFFER (C.), *La tentative et la complicité*, no volume *Hommage Patin*, Paris, Cujas, 1965; HAU (H.), *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1974; v. HIPPEL (Reinhard), *Untersuchungen über den Rücktritt von Versuch*, Berlim, Gruyter, 1966; LATAGLIATA (A. R.), *La desistenza voluntaria*, *Riv. It.*, 1969; MALO CAMACHO (Gustavo), *Tentativa del delito*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971; MUNHOZ NETTO (A.), *Da tentativa no Código Penal Brasileiro*, Curitiba, Editora Litero-Técnica, 1958; MUÑOZ CONDE (F.), *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, Bosch, 1972; NOVOA MONREAL (E.), *Algunas consideraciones acerca de la tentativa*, *Rev. Ciencias Penales*, XX, n.º 1, (1961); NEPPI MODONA (Guido), *Il reato impossibile*, Milão, Giuffrè, 1965; Id., *I concetti di "idoneità degli atti", e "inidoneità dell'azione", struttura e accertamento*, *Riv. It.*, 1963; NÚÑEZ BARBERO (R.), *El delito imposible*, Salamanca, 1963; PETROCELLI (B.), *Il delitto tentato*, Pádua, Cedam, 1955; RIGHI (Esteban), *Problemas sistematicos de la punibilidad de la tentativa inidonea*, no volume *Homenagem al profesor Luis Ji-*

ménez de Asúa, Buenos Aires, Pannedille, 1970; ROXIN (Claus), *Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada*, no volume *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madri, trad., Reus, 1976; id., *Der Anfang des beendeten Versuchs*, *Festschrift f. R. Maurach*, 1972; SALM (Karl), *Das Versuchte Verbrechen*, Karlsruhe, Müller, 1957; SCARANO (Luigi), *La tentativa*, Bogotá, trad., Temis, 1960; SCHOENWANDT (H.), *Grundlagen der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, Göttingen, Jur. Diss., 1975; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, 1958; STÖGER (Fritz), *Versuch des untauglichen Täters*, Berlin, Gruyter, 1961; ULSENHEIMER (Klaus), *Grundfragen des Rücktritts von Versuch in Theorie und praxis*, Berlin, Nova York, Gruyter, 1976; VANNINI (O.), *Reato impossibile*, *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Pádua, Cedam, 1954; VASSALLI (G.), *La disciplina del tentativo*, *Atti del convegno nazionale di studi su alcune tra le più urgenti riforme del Diritto Penale*, 1961; WOMELSDORF (U.), *Zur Problematik des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt*, Münster, Jur. Diss., 1976.

### *Conceituação da tentativa*

18. A fórmula da tentativa adotada na legislação em vigor foi mantida no CP de 1969. Ela fixa o limite mínimo do fato punível no *início da execução* da conduta típica, critério objetivo que remonta ao Código francês e que foi adotado por vários outros importantes códigos. Há tentativa quando, iniciada a execução, não se consuma o delito por circunstâncias alheias à vontade do agente. Três são, assim, os elementos da tentativa: (a) início da execução do fato delituoso; (b) vontade dirigida no sentido da consumação (mesmo sob forma de dolo eventual), juntamente com outros elementos subjetivos do tipo; (c) não superveniência do resultado, por circunstâncias que não dependem da vontade do agente.

A punição de atos preparatórios torna incertos os limites da ilicitude e corresponde a intolerável tendência autoritária, enfraquecendo o sistema de garantias do direito punitivo, essencial ao regime democrático.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Exemplo deplorável de punição de atos preparatórios tivemos na legislação chamada *revolucionária*, em data recente. Cf. DL 510, de 20.3.69, alterando a redação do art. 42 do DL 314 (lei de segurança nacional).

A distinção entre atos preparatórios e atos de execução continua a atormentar os juristas e os legisladores. O novo CP soviético (art. 15), como o código de 1926 (art. 19), continua se referindo à punição dos atos preparatórios, que, no entanto, distingue, e, inclusive, define ("considera-se preparação de um crime buscar ou aprontar meios ou instrumentos para cometer um crime, bem como a criação dolosa de condições dirigidas ao mesmo fim; considera-se tentativa de um crime a ação dolosa dirigida diretamente à realização de um crime, sem que por isso o crime seja levado a termo, por causas não dependentes da vontade do culpado"). Decisivo, no direito soviético, não é a realização de atos executivos ou preparatórios, mas o perigo social criado pela ação.<sup>2</sup>

A nova Parte Geral do CP alemão (§ 22), procurando definir de forma mais precisa o início da tentativa, adotou nova fórmula, inspirada por WELZEL: "Tenta um fato punível quem, de acordo com sua representação do fato, se põe em atividade imediata para realização do tipo."<sup>3</sup> Adotou-se a teoria individual objetiva, segundo a qual a tentativa tem por base o plano individual do autor e se inicia com aquela atividade que, de acordo com esse plano, o põe em relação imediata com a realização do tipo.<sup>4</sup> É inegável, a nosso ver, que a nova fórmula (*Ansatzformel*) amplia os limites da punibilidade, quando se parte da teoria formal objetiva (como

<sup>2</sup> NAPOLITANO, *Il nuovo codice penale sovietico*, Milão, Giuffrè, 1963, 115.

<sup>3</sup> "Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt".

<sup>4</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 24 III. A exposição de motivos do projeto de 1962 esclarece que só há início de execução quando o agente se põe em relação imediata com o início da realização do tipo. E que isto se verifica em todas as ações que, de acordo com o plano do agente, imediatamente precedam a ação que corresponde ao tipo. Assim, põe-se em relação imediata com a ação de matar não apenas quem dispara a arma, mas também quem a aponta, mirando a vítima. Cf. *Entwurf eines Strafgesetzbuches, E. 1962, mit Begründung*, 144.

faz, com boas razões, NELSON HUNGRIA), embora a intenção tenha sido a de fixar bases mais firmes para a caracterização dos atos executivos.<sup>5</sup> Todavia, representa, efetivamente, limitação em face da chamada teoria material objetiva, segundo a qual, partindo-se da conduta típica, considera-se tentativa também a realização de ações que a precedem.

O novo CP austríaco (de 1974) seguiu pelo mesmo caminho ao estatuir (§ 15) que o fato se considera tentado quando o agente realiza sua decisão de executá-lo (ou de determinar que outrem o execute), através de ação imediatamente precedente à execução.

Permanece válida em nosso direito, a nosso ver, a exata lição do mestre segundo a qual o ato de execução se configura com a agressão direta ao bem jurídico, e, pois, com o início de realização da conduta típica.<sup>6</sup> A formulação teórica dessa conceituação é, como se percebe, simples, mas sua aplicação pode conduzir a problemas difficilimos, pela insuficiên-

---

<sup>5</sup> Veja-se o que diz ROXIN na obra coletiva escrita com STREE, ZIPF e JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, Munique, Beck, 1974, 15.

<sup>6</sup> Pequena nota deixada por HUNGRIA observava: "O mesmo conceito é repetido numa das mais recentes monografias sobre a tentativa de crime, qual a de GIOVANI BRICHETTI, presidente honorário da Corte de Cassação italiana (*Il delitto tentato*, 1963, 38): *'... mentre negli atti esecutivi vi ha un attacco al diritto altrui penalmente tutelato, negli atti preparatori non si ha ancora questo attacco'*. FRIAS CABALLERO, um dos mais ilustres penalistas ibero-americanos, no seu livro *El proceso ejecutivo del delito*, à p. 148, dilucida a questão, figurando um exemplo: um amador de equitação, escolhendo e montando um cavalo treinado em corrida de obstáculos, resolve fazê-lo saltar uma cerca, cuja altura não é fácil de vencer, e para isso conduz o animal a uma distância que calcula suficiente e, a seguir, empreende o galope, mas acontecendo que o cavalo tropeça e vai ao chão com o cavaleiro. Pois bem: a escolha do cavalo e a tomada de distância são atos preparatórios, enquanto o empreendimento do galope, rumo à meta, é ato de tentativa, isto é, execução em curso, que não chega *ad exitum* por circunstância alheia à vontade do agente."

cia dessas fórmulas em termos práticos e pela dificuldade em identificar, em certos casos, o início de realização da conduta típica. A experiência de nossos tribunais por vezes registra aplicação problemática do critério adotado pela lei. No caso de crime complexo, por exemplo, o STF já decidiu, adotando regra geral correta, que a tentativa ocorre com o começo de execução do crime que inicia a formação do todo unitário. Assim, no caso de latrocínio, em que o agente mata a vítima e não consuma a subtração de valores, há tentativa do crime previsto no art. 157, § 3.º CP (RTJ 61/321).<sup>7</sup> No caso de atentado violento ao pudor, o tribunal entendeu que não há início de execução se o agente se limita a agarrar a mulher, desistindo de seu intento e interrompendo a ação à aproximação de outra pessoa (RTJ 62/689). Nesse caso, não teria havido início da realização da conduta típica. Não há tentativa se o agente saca a arma que não chega a ser brandida, por ter sido ele prontamente desarmado. Trata-se de ato preparatório (RF 167/388). Há tentativa de furto, se o agente completa a escalada e é surpreendido forçando a porta (RF 201/276). A tentativa de homicídio qualificado não oferece dificuldades (RF 205/347), mesmo praticada com dolo eventual (RF 189/323; 195/356).

### *Punição da tentativa*

19. A punição da tentativa está, de certa forma, ligada a seus fundamentos. Se a tentativa se funda, como se sustenta desde a antiga doutrina, no perigo que a ação acarreta ao bem jurídico tutelado, a atenuação da pena deve ser obrigatória (a punibilidade neste caso deve-se restringir ao início de execução, com atos idôneos para alcançar o resultado). Se a tentativa se funda na manifestação de vontade contrária ao direito, como sustentam as teorias subjetivas, a

---

<sup>7</sup> A solução que indicamos para essa hipótese é diversa, cf. H. C. FRAGOSO, *Lições*, PE, I, n.º 320.



atenuação de pena deve ser meramente facultativa (sendo neste caso punível, inclusive, a ação absolutamente inidônea para alcançar o resultado).<sup>8</sup>

Embora se deva partir, a nosso ver, da teoria realista (ou objetiva), há casos em que a proximidade do resultado e a gravidade do dano causado bem justificam a aplicação da mesma pena prevista para o crime consumado. Por sugestão nossa, a Comissão Revisora do anteprojeto HUNGRIA, em sua primeira fase, alterou o parágrafo único do art. 14, que passou a dispor: "Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado." A Exposição de Motivos esclarecia: "Na punição da tentativa, manteve-se o critério de redução da pena, de um a dois terços, com regra geral. Todavia, em casos de gravidade excepcional, permitiu-se a aplicação da mesma pena prevista para o crime consumado. Recolheu-se, assim, a lição de nosso grande COSTA E SILVA (*Código Penal*, 1943, p. 69). Se o agente, querendo matar, vem a inutilizar a vítima, tornando-a, por exemplo, cega ou parálitica, merece a pena do crime consumado. Sem chegar a tais extremos, outros casos podem ser formulados, a evidenciar a correção do critério." A regra atualmente em vigor, no entanto, foi reintroduzida no texto do CP de 1969, como atualmente se encontra.<sup>9</sup>

20. A redução da pena obrigatória para a tentativa tem por base a pena cominada ao crime consumado, que deverá

<sup>8</sup> Cf. JESCHECK, *Lehrbuch*, § 49, II.

<sup>9</sup> O critério da redução de pena facultativa é adotada pelo C. P. alemão (§ 23), bem como pelos códigos da União Soviética (art. 15) e da Suíça (art. 21), entre outros. Ao lado do critério da redução obrigatória, adotado pela nossa lei, encontra-se o da equiparação do crime consumado à tentativa (códigos austríaco, § 15; francês, art. 2.º, etc.).

ser diminuída de um a dois terços. Essa redução se regula pelas circunstâncias da própria tentativa, e não pelas circunstâncias do crime, que devem ser consideradas na fixação da pena-base. É bom que se diga que essa dosimetria nos aumentos ou diminuições de pena, prevista na Parte Geral e, particularmente, na Parte Especial do Código, corresponde a concepção inteiramente ultrapassada na aplicação da pena. Esta deve ser feita tendo o juiz em conta todos os elementos do fato e, particularmente, a personalidade do agente, sem limitações que perturbem aqui o poder discricionário de individualizar a pena.

O sistema da lei em vigor, no entanto, não deve dar lugar a equívocos. Os critérios a serem aqui considerados são os que se referem ao que CARRARA chamava de *quantidade física* da tentativa,<sup>10</sup> que está em função dos atos executados e do resultado obtido, em sua maior ou menor proximidade da consumação. Dificilmente podem ser levados em conta os componentes subjetivos do comportamento, independentemente do resultado. Não se exclui que, num caso excepcional, possa ser considerado o empenho do agente na reiteração dos atos de execução, para aferir da maior ou menor *quantidade* do malefício, tendo em vista o efeito alcançado. De regra, no entanto, os componentes subjetivos que influem na punibilidade da tentativa referem-se à desistência e ao arrependimento, que têm tratamento especial.

Ante a pretensão de considerar-se a circunstância da menoridade, para a redução da pena da tentativa, o STF já decidiu que a atenuante da menoridade é levada em conta apenas para a fixação da pena. “A redução concernente à tentativa, que pode variar entre um e dois terços, resulta não das atenuantes de que já decorreu a fixação da pena, mas das circunstâncias da própria tentativa.”<sup>11</sup>

<sup>10</sup> CARRARA, *Programma*, § 392.

<sup>11</sup> R. T. J. 59/198 Cf. FRAGOSO *Jur. Crim.* n.º 462

*Crime putativo*

21. A teoria do crime putativo na situação de flagrante preparado (que muito deve a NELSON HUNGRIA) foi consagrada pela jurisprudência dos tribunais, surgindo na Súmula n.º 145, do STF: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação." O próprio STF fixou, através de diversos julgados, o alcance do enunciado da Súmula: Só há flagrante preparado, e, pois, crime putativo, no caso de agente provocador que induz artificialmente a vítima a praticar um crime imaginário, para ser surpreendido pela autoridade policial. A mera predisposição da autoridade, sem provocação, como ensina HUNGRIA, não torna putativo o crime.<sup>12</sup>

No caso de flagrante preparado pode ocorrer que apenas seja nulo o flagrante, subsistindo o crime anteriormente já consumado. É o caso do fiscal que exige vantagem do contribuinte e este, comunicando o fato à autoridade, *prepara* o flagrante. Neste caso, o flagrante é nulo, mas o processo deve prosseguir, pois o crime (art. 316, CP) se consumou com a mera exigência. O mesmo ocorre no crime de corrupção passiva (art. 317, CP), quando há solicitação. Neste caso, o crime é unilateral.

<sup>12</sup> Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.* n.º 138.

## ARTIGO 15

**BIBLIOGRAFIA** — Sobre culpabilidade em geral: ACHENBACH (H.), *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlim, Schweitzer, 1974; AMERICANO (Odin), *Da culpabilidade normativa*, no volume *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*, Rio de Janeiro, Forense, 1962; BACIGALUPO (E.), *Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena*, *Rev. Ciencias Penales* (Santiago), v. XXXII, fasc. 1.º (1973); id., *Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht*, no volume em homenagem a Welzel (*Festschrift f. Hans Welzel*), Berlim-Nova York, Gruyter, 1974; BADER (Karl S.), *Schuld, Verantwortung, Sühne als rechtshistorisches Problem*, no volume *Schuld Verantwortung, Strafe*, Erwin Frey (Ed.), Zúrique; Schulthess, 1964; BAIGÚN (D.), *Culpabilidad y alienación*, no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Panedille, 1970; BAUMANN (J.), *Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens*, no volume *Homenaje al P. Julian Pereda, S. J.*, Bilbao, 1965; BAUMGARTEN (A.), *Schuld und Willensfreiheit*, no volume da *Schweizerische Zeitschrift f. Strafrecht*, em homenagem a Haferkamp, Berna, 1946; BELING (E.), *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, Leipzig, Engelmann, 1910; BELLAVISTA (G.), *Il problema della colpevolezza*, Palermo, 1942; BETTIOL (G.), *Colpa morale e responsabilità*, no volume *Delitto e personalità*, Milão, Giuffrè 1955; id., *Sobre las ideas de culpabilidad en un derecho penal moderno*, no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Panedille, 1970; BINDING (K.), *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, Leipzig, Meiner, 1919; CEREZO MIR (J.), *El "versari in re ilícita", y el párrafo tercero del art. 349 bis del C. P. español*, no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Panedille, 1970; COOPER (H. H. A.), *Mens rea*, no volume *Diez Ensayos sobre el "common law"*, Lima, 1967; CUNHA LUNA (E.), *A culpabilidade*, *Rev. Inf. Legislativa*, n.º 51 (1976); DEL RE (M.), *Colpevolezza e Colpevolizzazione*, 1976; DÓRIA

FURQUIM (L.), *Aspectos da culpabilidade no novo Código Penal*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974; ENGISCH (K.), *Um die charakterschuld*, *Monatsschrift f. Kriminologie und Strafrechtsreform*, junho, 1967; ETCHEBERRY (A.), *La culpabilidade como fundamento y medida de la pena*, *Rev. Ciencias Penales* (Santiago), v. XXXII, fasc. 1.º (1973); FRAGOSO (H. C.), *Pena y culpabilidad*, *ibidem*, (também publicado em *Ciência Penal* n.º 1, 1973); FREY (E.), *Verantwortung und Schuld oder der Zweckgedanke als Leitmotiv des Strafrechts*, no volume *Schuld Verantwortung Strafe*, Erwin Frey (Ed.), Zurique, Schulthess, 1964; id., *Schuld, Verantwortung — Strafe als Kriminalpolitisches Problem*, *ibidem*; GALLI (L.), *La responsabilità penale per le conseguenze non volute di una condotta dolosa*, Milão, Giuffrè, 1949; GALLO (M.), *Il Concetto unitario di colpevolezza*, Milão, Giuffrè, 1951; GIMBERNAT ORDEIG (E.), *La culpabilidad como critério regulador de la pena*, *Rev. Ciencias Penales* (Santiago), v. XXXII, fasc. 1.º (1973); GIANTURCO (B.), *L'elemento psicologico del reato. La coscienza*, Bari, Giustizia Nova, 1971; GRAF ZU DOHNA (A.), *Zum neusten Stande der Schuldlehre*, *ZStW*, v. 32; HOLD v. FERNECK (A.), *Die Idee der Schuld*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1911; HORN (E.), *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, Berlin e Munique, Duncker & Humblot, 1969; JANKA (K.), *Die Grundlagen der Strafschuld*, Viena, Manz, 1885; JIMÉNEZ DE ASÚA (L.), *La colpevolezza normativa e il giudizio di rimproverabilità*, *Scuola Positiva*, 1963, n.º 3; id., *L'infraction préterintentionnelle*, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1960; id., *La culpabilidad y su concepción normativa*, *El Criminalista*, I, 2.ª série, Buenos Aires, Zavalia, 1955; KAUFMANN (Arthur), *Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankes im Strafrecht*, no volume *Programm f. ein neues Strafgesetzbuch*, J. Baumann (Ed.), Frankfurt am Main e Hamburgo, Fischer, 1968; KAUFMANN (F.), *Die Philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*, Leipzig e Viena, Deuticke, 1929; KELLER (W.), *Menschliche Existenz, Willensfreiheit und Schuld*, no volume *Schuld, Verantwortung Strafe*, Erwin Frey (Ed.), Zurique, Schulthess, 1964; KÜCHENHOFF (G.), *The problem of guilty in the philosophy of law*, trad. na revista *Law and State* (Tübingen), 1976; LANG-HINRICHSSEN (D.), *Die Schuld und Irrtumslehre, Materialien zur Strafrechtsreform*, 2. Band, Bonn, 1954; LEONE (F.), *Colpevolezza e correlazione tra imputazione e sentenza*, *Scritti De Marsico*, Milão, Giuffrè, 1960; LOEFFLER (A.), *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig, Hirschfeld, 1895; MAIHOFER (W.), *objektive Schuld-elemente*, no volume em homenagem a Hellmuth Mayer, *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966; MARCETUS, *Der Gedanke der Zumutbarkeit, Strafrechtliche*

*Abhandlungen*, fasc. 243; MAURACH (R.), *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttel e Hannover, Wolfenbütteler, 1948; id., *A teoria da culpabilidade no Direito Penal alemão*, RBCDP n.º 15 (1966); MEZGER (E.), *La culpabilidad en el moderno derecho penal*, trad., 1946, também publicado em *Justitia*, v. 54; NASS (Gustav), *Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens*, Neuwied am Rhein, Luchterhand, 1963; NÚÑEZ (R.), *La culpabilidad en el código penal*, Buenos Aires, Depalma, 1946; NUVOLONE (P.), *Colpa civile e colpa penale*, no volume *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, I, Pádua, Cedam, 1969; OEHEN (F.), *Die Entwicklung der Strafrechtlichen Schuldlehre in der Schweizerischen Literatur seit 1890*, Hochdorf, 1960; ORSCHEKOWSKI (W.), *La culpabilidad en el derecho penal socialista*, *Rev. Ciencias Penales* (Santiago), v. XXX fasc. 1.º (1972); PETROCELLI (B.), *La concezione normativa della colpevolezza*, *Riv. It.*, 1948; id., *La colpevolezza*, Pádua, Cedam, 1962; RADBRUCH (G.), *Ueber den Schuldbegriff*, *ZStW*, v. 24; RAHNER (Karl), *Schuld, Verantwortung, Strafe in der Sicht der Katholischen Theologie*, no volume *Schuld Verantwortung Strafe*, Erwin Frey, (Ed.), Zúrique, Schulthess, 1964; RANIERI (S.), *Il problema della colpevolezza e l'avvenire del diritto penale*, *Scuola Positiva*, 1964, p. 169; REYES (Alfonso), *La culpabilidad*, Bogotá, Exter-rado de Colombia, 1977; RICH (A.), *Verantwortung, Schuld, Strafe in der Sicht des protestantischen Theologen*, no volume *Schuld Verantwortung Strafe*, Erwin Frey (Ed.), Zúrique, Schulthess, 1964; ROXIN (C.), *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, *Rev. Ciencias Penales* (Santiago), v. XXXII, fasc. 1.º (1973); id., *"Culpabilidad" y "responsabilidad" como categorias sistematicas jurídico-penales*, no volume *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976; id., *Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad*, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 2, 1977, Madrid; SAUER (W.), *Vorsatz, Irrtum, Rechtswidrigkeit*, *ZStW*, v. 51 (1931); SCARANO (L.), *La non esigibilità nel diritto penale*, 1948; SCHREIER (F.), *Schuld und Unrecht*, Brünn, Praga, Leipzig e Viena, Rudolf M. Rohrer, 1935; SEELIG (E.), *Die Schuld im Strafrecht*, *Annales Universitatis Saraviensis*, II, 1953; SOLER (S.), *Culpabilidade real e culpabilidade presumida*, RBCDP n.º 4 (1964); STAIGER (E.), *Charakter und Schuld in der Tragödie*, no volume *Schuld Verantwortung Strafe*, Erwin Frey (Ed.), Zúrique, Schulthess, 1964; STUMPFL (F.), *Motiv und Schuld*, Viena, Franz Deuticke, 1961; THIERFELDER, *Objektiv gefasste Schuldmerkmale*, *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 308 (1932); UFLACKER (H. A.), *A concepção normativa da culpabilidade e o código brasileiro de 1940*, *Rev. Fac. Dir. Pelotas*, junho, 1962; VANNINI (O.), *Per un concetto unitario di colpevolezza*, no volume *Raccolta di alcuni scritti*

*minori*, Milão, Giuffrè, 1952; VITALE (N.), *La preterintenzione*, Milão, Giuffrè, 1956; WARDA (G.), *Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein*, no volume em homenagem a Welzel (*Festschrift f. Hans Welzel*), Berlim-Nova York, Gruyter, 1974; WELZEL (H.), *Persönlichkeit und Schuld*, ZStW, v. 60 (1941); WILLIAMS (Glanville), *The mental element in crime*, Londres, Oxford University Press, 1965.

Sobre dolo: ANTOLISEI (F.), *La volontà nel reato*, no volume *Scritti di Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1955; BAIGÚN (D.), *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Buenos Aires, Depalma, 1967; BRICOLA (F.), *Dolus in re ipsa*, Milão, Giuffrè, 1960; CARRARA, *Dolo*, *Opuscoli di Diritto Criminale*, Prato, I, 1878 (também publicado no Apêndice da trad. Soler do Programma); COUSINHO MAC IVER (L.), *El dolo eventual en la dogmatica chilena*, *Rev. Ciencias Penales*, maio-agosto, 1968; DELITALA (G.), *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *Annuario della Università Cattolica del Sacro Cuore*, 1932; FINZI (M.), *El llamado "dolo específico", en el Derecho Penal argentino y comparado*, Buenos Aires, Depalma, 1943; id., *Il cosiddetto "dolo specifico"*, no volume em homenagem à memória de Arturo Rocco, II, Milão, Giuffrè, p. 38; FUKUDA (T.), *Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente*, ZStW, v. 71, p. 38; GALLO (M.), *Il dolo, oggetto e accertamento*, Milão, Giuffrè, 1953; GIMBERNAT ORDEIG (E.), *Acerca del dolo eventual*, *Nuevo Pensamiento Penal*, v. I, n.º 3 (também publicado no volume *Estudios de Derecho Penal*, Madri, Civitas, 1976); GRÜNEWALD (G.), *Der Vorsatz des Unterlassungsdelikt*, no volume em homenagem a Hellmuth Mayer (*Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*), Berlim, Duncker & Humblot, 1966; HARDWIG (W.), *Vorsatz bei Unterlassungsdelikte*, ZStW, v. 74 (1962); id., *Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, ZStW, v. 78 (1966); HENKEL (H.), *Die "praesumptio doli", im Strafrecht*, no volume em homenagem a Eb. Schmidt (*Festschrift f. Eb. Schmidt*), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961; KOHLER (J.), *Vorsatz und Absicht*, no volume *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim, Benscheimer, 1890; LAMPE (E. J.), *Ingerenz oder dolus subsequens?*, ZStW, v. 72, p. 93; MAGALHAES NORONHA (E.), *Dolo eventual*, *Justitia*, v. 47 (1964); MALINVERNI (A.), *Scopo e movente nel diritto penale*, Turim, Utet, 1955; MARCADAL (B.), *Recherches sur l'intention en droit pénal*, *Revue de Sc. Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1967, fasc. 1.º; MAYER (M. E.), *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1903; MIMIN (P.), *L'intention et le mobile*, no volume em homenagem a Maurice Patin (*La Chambre Criminelle et sa jurisprudence*), Paris, Cujas, s/d.; MUSOTTO (G.), *Il problema del dolo specifico*, no volume em homenagem a Antolisei, Milão,



Giuffrè, 1965; PECORARO-ALBANI (A.), *Il dolo*, Nápoles, Jovene 1955; PEDRAZZI (C.), *Il fine dell'azione delittuosa*, Riv. It., 1950; p. 259; PIACENZA (S.), *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, Turim, Giappichelli, 1943; PLATZGUMMER (W.), *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, Viena, Springer, 1964; RIBEIRO FILHO (Basiléu), *A teoria normativa do dolo e a irrelevância do erro de direito*, Rev. Direito (M. P. da Guanabara), n.º 6; RICCIO (S.), *Il dolo eventuale*, 1940; RIGHI (Esteban), *El dolo eventual en la tentativa*, Nuevo Pensamiento Penal, v. I, n.º 2; SCHMIDHÄUSER (E.), *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, Recht und Staat*, fasc. 356/7, Tübingen, Mohr, 1968; SCHRÖDER (H.), *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes*, no volume em homenagem a Sauer (*Festschrift f. Wilhelm Sauer*), Berlim, Gruyter, 1949; SOUZA NETO, *O motivo e o dolo*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1949; STRATENWERTH (G.), *Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit*, ZStW, v. 71 (1959); TAVARES (Juarez), *Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo*, Rev. Dir. Penal, n.º 6 (1972); VANNINI (O.), *Poche parole, ma chiare parole in tema di dolo*, Milão, Giuffrè, 1953; VOCKE, *Vorsatz und Fahrlässigkeit vom psychologischen Gesichtspunkt*, ZStW, v. 48; WELZEL (H.), *Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem*, ZStW, v. 67 (1955); ZOLLER (A.), *Die Abgrenzung des dolus eventualis von der bewussten Fahrlässigkeit in der Praxis*, Freiburg, 1946.

*Sobre consciência da antijuridicidade*: BECK (A.), *Das Unrechtsbewusstsein in den deutschen Strafgesetzentwürfen*, Strafrechtlichen Abhandlungen, fasc. 226 (1927); CEREZO MIR (J.), *La consciencia de la antijuridicidad en el código penal español*, Rev. Estudios Penitenciarios, v. 20 (1964); CORDOBA RODA (J.), *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962; FIGUEIREDO DIAS (Jorge), *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, Coimbra, Almedina, 1969; GETTLER (W. H.), *Schuld und Unrechtsbewusstsein im Strafrecht*, Kölner, Diss., 1932; KADECKA (F.), *Ist das Unrechtsbewusstsein ein allgemeines Schuldmerkmal?* Schweizerische Zeitschrift f. Strafrecht, v. 53 (1939); KAUFMANN (Arthur), *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, Hanns Krach, 1949; LANG-HINRICHSSEN (D.), *Zur Frage des Unrechtsbewusstseins*, ZStW, v. 63 (1951); MANGAKIS (G.), *Das Unrechtsbewusstsein in der Strafrechtlichen Schuldlehre nach Deutschen und Griechischen Recht*, 1954; MAURACH (R.), *Das Unrechtsbewusstsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik*, no volume em homenagem a Eb. Schmidt, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961; MEZGER (E.), *Das Unrechtsbewusstsein als Vorsatzbestandteil*, no volume em homenagem à memória de Arturo Rocco, II, Milão, Giuffrè, 1952; *Die Sub-*

*jektiven Unrechtselemente, Der Gerichtssaal*, v. 89 (1924); SCHMIDHAUSER (Eb.), *Ueber Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins*, no volume em homenagem a Hellmuth Mayer (*Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*), Berlim, Duncker & Humblot, 1966; SCHMIDT-LEICHNER (E.), *Unrechtsbewusstsein und Irrtum in ihrer Bedeutung für den Vorsatz im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 351 (1935); VON HIPPEL (R.), *Vorsatz und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, ZStW*, v. 51, p. 153 (1931).

Sobre culpa "stricto sensu": ALIMENA (F.), *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, Priulla, 1947; id., *Il concetto unitario del reato colposo*, *Riv. It.*, 1939, fasc. 4.º; ALTAVILLA (E.), *La professione ed il delitto colposo, Scuola Positiva*, 1948, p. 52; BOLDT (G.), *Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat, ZStW*, v. 68 (1956); BRICOLA (F.), *Aspetti problematici del c. d. rischio consentito nei reati colposi, Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*, Università degli Studi di Pavia, Anno Academico 1960-61; BUSTOS RAMÍREZ (J.), *Culpa y finalidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967; CARDENAS (Raul F.), *Los delitos culposos, Criminália*, março, 1969; CHAVANNE (A.), *Le problème des délits involontaires, Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1962, p. 241; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderlich Sorgfalt*, Colônia, 1963; EXNER (F.), *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig e Viena, Franz Deuticke, 1910; FISCHER, *Das Vergessen als Fahrlässigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen* fasc. 346 (1934); FRAGOSO (H. C.), *Estrutura do crime culposos, Rev. Inf. Legislativa*, n.º 51 (1976), também publicado na *Rev. Ordem dos Advogados do Brasil*, n.º 18 (1976); FRISCH (P.), *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1973; GESSNER (C.), *Die bewusste Fahrlässigkeit*, Diss. Saarbrücken, 1959; HALL (Karl Alfred), *Ueber die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlag de lege ferenda*, no volume em homenagem a Mezger (*Festschrift f. Edmund Mezger*), Munique e Berlim, Beck, 1954; JESCHECK (H. H.), *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernem Strafrecht*, Freiburg im Breisgau, Ferdinand Schulz, 1965; JIMÉNEZ DE ASÚA (L.), *Problemas modernos de la culpa, Rev. Der. Pen. y Criminología*, n.º 1, (1968); KAUFMANN (Armin), *Das Fahrlässig Delikt*, separata da *Zeitschrift f. Rechtsvergleichung*, 1964, (também publicado em *NPP* n.º 12, 1976); LENCKNER (Th.), *Technischen Normen und Fahrlässigkeit*, no volume em homenagem a Engisch (*Festschrift f. Karl Engisch zum 70. Geburtstag*), Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969; MAGALHÃES NORONHA (E.), *Do crime culposos*, São Paulo, Saraiva, 1966; MAIHOFFER (W.) *Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW*, v. 70 (1958); MESSINA (S.), *Considerazioni intorno alla delinquenza col-*

posa, *Scuola Positiva*, 1963, fasc. 2; NUÑEZ BARBERO (R.), *Juridical Structure of criminal negligence in modern doctrine*, *Revue Int. Droit Pénal*, 1976, n.ºs 1/2; id., *El delito culposos (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*, Salamanca, 1975; NUVOLONE (P.), *La répression et la prévention en matière d'infractions involontaires*, no volume *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, I, Pádua, Cedam, 1969; OEHLER (D.), *Die Erlaubte Gefährsetzung und die Fahrlässigkeit*, no volume em homenagem a Eberhard Schmidt (*Festschrift f. Eb. Schmidt*), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961; PADOVANI (T.), *Il grado della colpa*, *Riv. it.*, 1969, p. 819; PREUSS (W.), *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin e Munique, Duncker & Humblot, 1974; RICCIO (S.), *Il reato colposo*, Milão, Giuffrè, 1952; ROKOFYLLOS (C.), *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence*, Paris, 1967; ROXIN (C.), *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, no volume *Problemas básicos del derecho penal*, Madri, Reus, 1976; id., *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, *Ibidem*; VANNINI (O.), *Colpa cosciente nell'art. 43 del codice penale*, *Raccolta di alcuni scritti minori*, Milão, Giuffrè, 1952; WELZEL (H.), *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, Mueller, 1961 (também publicado na *Rev. Dir. Penal*, n.º 3, 1971, *Culpa e delitos de circulação*); ZIEGLER (W.), *Fahrlässigkeit und Gefährdung. Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 359; *Les problèmes posés, dans le droit pénal moderne, par le développement des infractions non-intentionnelles*, *Actes du VIII ème. Congrès International de Droit Pénal*, Paris, Sirey 1965.

### Conceito de culpa

22. A extensa bibliografia existente na doutrina sobre culpabilidade revela que este tem sido um dos temas a que os estudiosos da matéria têm dedicado maior atenção. Como diz MAURACH, referindo-se à culpa, “não existe outro elemento constitutivo do crime que tenha sofrido tantas evoluções na sua elaboração, nem uma transformação tão notória em sua interpretação na ciência penal”.<sup>1</sup>

Mestre HUNGRIA adota a concepção normativa de culpabilidade, que resultou do abandono da teoria psicológica,

<sup>1</sup> MAURACH, *A teoria da culpabilidade no direito penal alemão*, RBCDP n.º 15, 1966, 20.

insustentável, e que remonta à obra notável de FRANK. A culpabilidade não tem por base apenas a vontade, mas, sim, a vontade que não deveria ser, ou seja, a vontade reprovável, que representa conduta contrária ao dever imposto pela norma.

Segundo tal concepção, que enriqueceu extraordinariamente o conceito de crime, são elementos constitutivos da culpa a *imputabilidade* (que constitui, em verdade, capacidade genérica de culpa ou do atuar reprovável), o dolo ou a culpa *stricto sensu* (como elemento psicológico-normativo) e a exigibilidade de comportamento conforme ao direito, como elemento essencial à reprovabilidade. O dolo e a culpa *stricto sensu* são formas da culpabilidade.<sup>2</sup> A consciência da ilicitude é apresentada como essencial ao dolo.

A teoria normativa da culpabilidade realmente não constitui concepção rigorosamente normativa, porque inclui, ao lado de elementos normativos, outros de natureza puramente psicológica. O dolo, como vontade de realização do fato punível, não pode constituir a culpa, se esta vem entendida como juízo de reprovação sobre a conduta. Como momento da finalidade, o dolo pertence à ação (BUSCH), como elemento incindível. O doente mental e o menor também agem dolosamente. O dolo, como componente subjetivo do comportamento ilícito, é objeto da valoração, passando a compor o

---

<sup>2</sup> A definição de culpa, com seus elementos constitutivos, é apresentada com variações mais ou menos importantes pelos autores mais categorizados. Cf. ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, II, 27; MEZGER, *Tratado*, II, 1: "A culpabilidade é o conjunto dos pressupostos da pena, que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica. A ação aparece, por isso, como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do agente." Para MEZGER, "segundo o direito positivo, atua culpavelmente (1) o imputável que (2) age dolosa ou — nos casos especialmente determinados — culposamente, e (3) em cujo favor não existe causa alguma de exclusão da culpabilidade". Veja-se também, por representativos, LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 36; FRANK, *Kommentar*, antes do § 51 (p. 136).

tipo subjetivo.<sup>3</sup> Essa a conclusão que chega a teoria finalista, a que não hesitamos em aderir.

23. A culpabilidade reduz-se, assim, a juízo puramente normativo e se define como reprovabilidade da conduta típica e ilícita de quem tem a capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao direito. É reprovável a ação ilícita porque o agente não atuou conforme ao dever, podendo fazê-lo. Não é reprovável a ação do inimputável; se faltava ao agente a possibilidade de conhecer a ilicitude de seu comportamento ou se não lhe era exigível conduta diversa, conforme ao direito.

#### *Tipo subjetivo*

24. O dolo integra o tipo subjetivo (de injusto) dos crimes dolosos. Como os finalistas observaram, com toda a razão, as ações dos tipos de crimes dolosos não podem ser compreendidas sem que se considere a direção da vontade que as conduz e anima. O tipo subjetivo dos crimes dolosos compõe-se do dolo e, eventualmente, de outros elementos subjetivos de que depende a ilicitude (cf. n.<sup>o</sup> 29, *infra*).

#### *Dolo*

25. Nossa lei contém definição de dolo, no art. 15, I, C. P.: diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Dolo é consciência e vontade de realização da conduta típica. Compreende um *elemento cognitivo* (conhecimento do fato que constitui o injusto) e um *elemento volitivo* (vontade de realizá-lo).

É curioso observar que o novo C. P. alemão renunciou à definição de dolo e de negligência (*culpa stricto sensu*). O

---

<sup>3</sup> GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1950, 39.

§ 15 limita-se a dizer: "Punível é apenas o atuar doloso, se a lei expressamente não impõe pena ao atuar negligente."<sup>4</sup> O CP Tipo para a América Latina define (art. 25): "Age com dolo quem quer a realização do fato legalmente descrito, assim como quem a aceita, prevendo-a pelo menos como possível."

Como lembra GALLAS, a verdadeira oposição entre a teoria final da ação e os partidários da sistemática tradicional não afeta à função mesma do dolo, porém à questão de se o dolo realiza essa função já no âmbito do injusto ou apenas no da culpabilidade.<sup>5</sup> Permanece válida, em consequência, a excelente lição que a respeito ministra NELSON HUNGRIA. Em seu momento cognitivo, o dolo deve cobrir todos os elementos do tipo (descritivos ou normativos), inclusive a relação de causalidade.<sup>6</sup>

#### *Dolo eventual*

26. A propósito do dolo eventual, pequena nota deixada por HUNGRIA observava: "Nota-se que, principalmente na justiça de primeira instância, há uma tendência para dar elasticidade ao conceito do dolo eventual. Dentre alguns casos, a cujo respeito fomos chamados a opinar pode ser citado o seguinte: três rapazes apostaram e empreenderam

<sup>4</sup> *Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit strafe bedroht.* O projeto de 1962, no entanto, continha complicada definição de dolo (§ 16), de intenção e de consciência (*Wissentlichkeit*) (§ 17), de negligência (*Fahrlässigkeit*) e de negligência grave (*Leichtfertigkeit*) (§ 18). Essa orientação evidentemente influenciou o novo CP austriaco (§§ 5 e 6). A Exposição de Motivos do projeto alemão dizia: "Essas definições são tão decisivas para a aplicação do direito penal que o código penal deve esclarecer em que consistem." (*Begründung*, p. 129.)

<sup>5</sup> GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Bosch, trad., 1959, 46.

<sup>6</sup> Sobre os elementos do dolo, seu alcance e significado, cf. também H. C. FRAGOSO, *Lições*, PG, n.º 146.

uma corrida de automóveis pela estrada que liga as cidades gaúchas de Rio Grande e Pelotas. A certa altura, um dos competidores não pôde evitar que o seu carro abalroasse violentamente com outro que vinha em sentido contrário, resultando a morte do casal que nele viajava, enquanto o automobilista era levado, em estado gravíssimo, para um hospital, onde só várias semanas depois conseguiu recuperar-se. Denunciados os três rapazes, vieram a ser pronunciados como co-autores de homicídio doloso, pois teriam assumido *ex ante* o risco das mortes ocorridas. Evidente o excesso de rigor: se eles houvessem previamente anuído em tal evento, teriam, necessariamente, consentido de antemão na eventual eliminação de suas próprias vidas, o que é inadmissível. Admita-se que tivessem previsto a possibilidade do acidente, mas, evidentemente, confiaram em sua boa fortuna, afastando de todo a hipótese de que não ocorresse efetivamente. De outro modo, estariam competindo, *in mente*, estupidamente, para o próprio suicídio."

Prevalece, em relação ao dolo eventual, a *teoria do consentimento*, que é a adotada pela nossa lei e pelas legislações modernas.

Com respeito às fórmulas de FRANK, que NELSON HUNGRIA transcreve e comenta, desejamos observar que a primeira delas (*teoria hipotética do consentimento*) não pode ser aceita sem reservas, pois nem sempre conduz à exclusão do dolo eventual.<sup>7</sup> A segunda fórmula de FRANK (*teoria positiva do conhecimento*) constava do projeto alemão de 1962 (§ 16).

### *Nulla poena sine culpa*

27. Para proscrever a responsabilidade objetiva, o CP de 1969, seguindo o exemplo da legislação moderna, dispõe

<sup>7</sup> Veja-se, entre outras, a crítica certaíra de BOCKELMANN (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Munique, Beck 1973, 84).



(art. 19): “pelos resultados que agravam especialmente as penas só responde o agente quando os houver causado, pelo menos, culposamente”. Essa disposição é oriunda do anteprojeto HUNGRIA (art. 17) e se refere aos crimes qualificados pelo resultado.

Em relação ao CP em vigor, entenderam os que o elaboraram de rejeitar a sábia sugestão de COSTA E SILVA, no sentido de introduzir regra semelhante no texto final do projeto, embora de início houvessem aceitado a recomendação do eminente mestre. Como explica HUNGRIA, julgou-se desnecessário o dispositivo, que seria ocioso, pois não há responsabilidade penal sem dolo, ou, pelo menos, culpa. A experiência demonstrou que a sugestão havia sido bem inspirada, pois são muitos e importantes os autores que, entre nós, sustentam haver responsabilidade objetiva nos crimes qualificados pelo resultado. A boa doutrina em face da lei vigente, no entanto, está com NELSON HUNGRIA.

### *Consciência da antijuridicidade da ação*

28. A consciência da antijuridicidade da ação constitui questão difícil e intrincada, havendo a propósito grandes divergências entre os autores. A extensa e erudita análise que da matéria faz NELSON HUNGRIA esclarece bem a questão. Desejaríamos assinalar que os nossos tribunais raramente cogitam da consciência da ilicitude como elemento do dolo ou da culpabilidade.<sup>8</sup> Sustenta o mestre a *teoria normativa do dolo*, acolhida em geral pela doutrina entre nós (teoria extrema do dolo), segundo a qual o conhecimento *atual* da ilicitude do fato, como elemento psicológico, integra o dolo.

A essa concepção tem-se observado que certos delinquentes brutais e insensíveis às exigências do direito podem agir sem consciência da ilicitude da ação (MAURACH), enfraquecendo-se dessa forma o sistema repressivo. Daí ter surgido

---

<sup>8</sup> Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 190.

a idéia de “cegueira” ou de “hostilidade do direito”, para ressaltar a existência de dolo em tais casos.<sup>9</sup>

Com o deslocamento do dolo para o âmbito da ação que realiza a conduta típica, por força da orientação introduzida pela teoria finalista, e reduzido o dolo ao que se tem chamado de dolo *natural* (representação e vontade da ação e do resultado que constituem o crime), a consciência da ilicitude permanece como componente da *culpabilidade*, porque é elementar ao juízo de reprovação que se dirige ao autor do fato ilícito. Essa é a chamada *teoria da culpabilidade*.

Sendo a culpa puramente juízo de valor, a consciência da ilicitude que nela se integra não deve ser considerada como fato psicológico (consciência *atual* da ilicitude), mas sim como mera consciência *potencial* do atuar contrário ao dever. Se não podia o agente conhecer a ilicitude do fato, não há culpabilidade, embora o dolo subsista.

#### *Elementos subjetivos (especiais) do tipo*

29. Como vimos, o dolo passa a constituir o *tipo subjetivo*, como consciência e vontade da realização do fato que constitui o crime. De acordo com a definição legal (art. 15, I, CP), o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Diz-se o tipo *congruente* quando o seu aspecto subjetivo corresponde ao objetivo.

---

<sup>9</sup> Sobre a matéria pode-se ver a contribuição de MEZGER ao livro homenagem a KOHLRAUSCH (*Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohlrausch Festschrift*, 1944, 180) e o desenvolvimento que dá ao tema em seu *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlim-Munique, Duncker & Humblot, 1950, 43, abandonando a idéia de *cegueira* para falar em *hostilidade ao direito* (*Rechtsfeindschaft*). Cf. LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La “ceguera jurídica” y el remanente imputable en el error de prohibición*, no volume *Estudios de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*, Rio de Janeiro, Forense, 1962, 9. O artificialismo da teoria é evidente.

Assim, por exemplo, no crime de homicídio: o tipo objetivo consiste na ação e no resultado de matar alguém; o tipo subjetivo, na vontade e consciência de matar alguém.

Verificou-se, no entanto, que o dolo (que se esgota na vontade dirigida ao resultado típico) não é o único elemento subjetivo do tipo. Junto a ele aparecem, por vezes, outros componentes subjetivos da ação, que condicionam a ilicitude e, pois, a tipicidade. Quando falamos de tipo, nos referidos a *tipo de injusto*.

A teoria dos elementos subjetivos da ilicitude foi formulada por MAX ERNST MAYER e HEGLER, tendo alcançado reconhecimento geral na doutrina alemã com o trabalho de MEZGER, *Elementos subjetivos do ilícito*, publicado na revista *Gerichtssaal*, em 1923.<sup>10</sup> HEGLER dizia que o dano social objetivo pode depender, em certos casos, de *momentos subjetivos*, como no furto e no estelionato. O propósito de apropriar-se da coisa, no furto, e o de obter vantagem pessoal, no estelionato, constituem elementos subjetivos da conduta delituosa. Trata-se de crimes em que a parte subjetiva ultrapassa a objetiva. É um erro — dizia — considerar tais elementos, como em geral se fazia, como componentes da culpabilidade. São momentos subjetivos do comportamento socialmente danoso, que atinge um interesse.<sup>11</sup> Tais elementos não se referem à culpa porque o objeto do dolo só pode ser exterior e objetivo: a intenção não pode ser objeto do dolo. Nesses casos, a intenção só pode referir-se à lesão do interesse (antisociabilidade do fato). A intenção é condição do caráter lesivo aos interesses da sociedade, porque é evidente que o comportamento, objetivamente considerado, por si só, não

<sup>10</sup> MEZGER, *Die subjektive Unrechtselemente*, *Gerichtssaal*, v. 89, 214 (1923). Para extensa informação sobre a matéria, cf. HELEN C. FRAGOSO, *Elementos subjetivos do tipo*, no volume *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, 73, com indicação da bibliografia clássica mais importante.

<sup>11</sup> HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens*, *ZStW*, v. 36, 31.

atinge aqueles interesses.<sup>12</sup> MAX ERNST MAYER, por seu turno, assinalava que existem elementos subjetivos que tornam a ação contrária ao direito e que são genuínas características da antijuridicidade.<sup>13</sup>

30. A doutrina e a jurisprudência entre nós têm designado o dolo nos tipos congruentes como *genérico*, denominando *dolo específico* o especial fim ou motivo de agir de que depende a ilicitude de certas figuras de delito. Tais denominações são impróprias.

Os elementos subjetivos do ilícito aparecem nas seguintes categorias de delitos:

(a) Nos crimes que exigem especial fim de agir (o chamado dolo específico). Assim, todos os casos em que resulta, da própria definição do delito, que a conduta típica deve ser realizada para alcançar um fim que transcende o momento consumativo do fato punível. É o caso, por exemplo, do crime de prevaricação (art. 319, CP): para que a conduta seja típica e ilícita é mister que o agente retarde ou deixe de praticar indevidamente ato de ofício, ou que o pratique contra disposição expressa de lei, *para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*. Aqui se incluem também as infrações que BINDING chamava de *delitos com resultado cortado*,<sup>14</sup> nos quais o resultado natural da ação não é exigido pela lei para a consumação do delito, embora deva constituir o fim de agir. Assim, o crime de ministrar veneno para o fim de causar dano à saúde (§ 229, CP alemão) e o crime de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131, CP brasileiro), no qual a ação é praticada *com o fim de transmitir a outrem a moléstia*. Igual-

<sup>12</sup> HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriff*, no volume em homenagem a Frank (*Frank Festgabe*, Tübingen, Mohr, 1931, I, *passim*).

<sup>13</sup> M. E. MAYER, *Lehrbuch*, 1915, 186.

<sup>14</sup> BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, 66. Teil, Leipzig, 1904, II, 11 (existe dessa obra nova edição fotocopiada da Scientia Verlag, Aalen, 1969). Cf. também, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, Felix Meiner, 1916, II, 1.165.

mente entram nesta categoria os chamados *crimes atrofiados de dois atos*, nos quais a ação que corresponde ao tipo e consuma o crime é praticada com a intenção de praticar o agente uma ação posterior. Ex.: formar cédulas com fragmentos de notas verdadeiras, para o fim de restituí-las à circulação (art. 290, CP). Aqui também entra o propósito de ofender nos crimes contra a honra. Esse especial fim de agir é elementar ao conteúdo de fato da ação, pois dele depende a própria existência da ofensa.<sup>15</sup>

(b) Uma segunda categoria de elementos subjetivos do ilícito é constituída por certas tendências subjetivas da ação, que aparece nos crimes que envolvem atos libidinosos, os quais necessariamente requerem o fim de satisfazer a própria concupiscência.

(c) São também elementos subjetivos do ilícito certas características particulares do ânimo com que o agente atua, tais como certos motivos (motivo fútil ou torpe) ou certas formas de ação (crueldade ou perversidade).<sup>16</sup> Como afirma WELZEL, é discutível se tais elementos são características do injusto ou da culpabilidade. “Somente aquelas características que assinalam exclusivamente um grau especial de reprovabilidade constituem características especiais da culpabilidade.” No caso temos elementos que fundamentam ou fortalecem o juízo de desvalor social relativamente ao fato,<sup>17</sup> e que constituem, por isso, elementos subjetivos do ilícito.

31. Na hipótese de co-autoria (realização plural da conduta típica), o elemento subjetivo (especial) do tipo deve estar presente na ação de todos os co-autores. No caso de

<sup>15</sup> ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Losada, 1951, I, n.º 1.217 (p. 738).

<sup>16</sup> Quem primeiramente chamou a atenção para tais elementos foi SCHMIDHÄSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, Mohr, 1958. Em geral, cf. BETTIOL, *Estado do Direito e “Gesinnungsstrafrecht”*, RDP, 15/16, 7 (1974).

<sup>17</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 13, II, 2.

instigação e cumplicidade, basta que esteja presente o elemento subjetivo no autor e o partícipe conheça sua existência.<sup>18</sup>

### *Estrutura do crime culposo*

32. Em seu anteprojeto, abandonando o critério do CP em vigor, NELSON HUNGRIA procurou definir a culpa *stricto sensu* de forma mais abrangente: “Diz-se o crime culposo, quando o agente, deixando de empregar a atenção ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevenindo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo” (art. 16, II). A Comissão Revisora ministerial que atuou na primeira fase limitou-se a acrescentar a palavra *cautela*. “Diz-se o crime culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária...” A Exposição de Motivos explicava: “Na definição da culpa *stricto sensu* abandonou-se o critério casuístico do código vigente, em favor de uma definição mais ampla e correta. A ilicitude nos crimes culposos surge pela discrepância entre a conduta observada e as exigências do ordenamento jurídico com respeito à cautela necessária em todo comportamento social para evitar dano aos interesses e bens de terceiros. O conceito de cuidado necessário no tráfico jurídico é, sem dúvida, objetivo e normativo, devendo corresponder à conduta que teria um homem prudente e inteligente, na situação do autor. Daí não deflui, ainda, a culpabilidade, que não se estabelece com o critério do *homo medius*, capaz de permitir apenas um desvalor do resultado. A culpa está em função da reprovabilidade da falta de observância por parte do agente, nas circunstâncias em que se encontrava, do cuidado exigível, ou seja, da diligência ordinária ou especial a que estava obrigado.” Com a Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973, o art. 17, II, CP de 1969, voltou à redação do CP vigente.

<sup>18</sup> JESCHECK, *Lehrbuch*, § 30. III.

33. Em muitas leis e projetos mais recentes encontramos definições de crime culposos em que se procura dar noção mais completa da culpa *stricto sensu*. O Projeto Alternativo (1966), por exemplo, em seu § 18, dispõe: "obra culposamente quem, por deixar de observar o cuidado a que estava obrigado e de que era capaz, realiza, por isso, o tipo legal". O CP Tipo para a América Latina, em seu art. 26, define a situação de crime culposos: "Age com culpa quem realiza o fato legalmente descrito por inobservância do dever de cuidado que lhe incumbe, de acordo com as circunstâncias e suas condições pessoais, e, no caso de representá-lo como possível, se conduz na confiança de poder evitá-lo." No mesmo estilo é a disposição do CP grego, de 1950 (art. 28): "Age com negligência quem deixa de observar o cuidado a que estava obrigado de acordo com as circunstâncias, e que poderia ter empregado, e por isso não prevê o resultado causado pela ação, ou, prevenindo-o como possível, confia em que não sobrevirá." Veja-se também o CP tcheco, de 1950 (§ 3, 2); o iugoslavo, de 1951 (art. 7.º, 3); o húngaro, de 1961 (sec. 17); o búlgaro, de 1968 (art. 11, 3).

O anteprojeto HUNGRIA procurou orientar-se no sentido dessa legislação, seguindo os exemplos dos projetos de SOLER (art. 20) e EDUARDO CORREIA (art. 12).

34. A estrutura do crime culposos sofreu profunda transformação com a teoria finalista, que trouxe, na matéria, aperfeiçoamento notável. Na doutrina tradicional vinha a culpa considerada como forma da culpabilidade, fundando-se na previsibilidade do resultado e tendo neste o seu elemento fundamental. Em consequência, apresentaria estrutura idêntica à dos crimes dolosos, no que se refere à ação e à antijuridicidade, distinguindo-se apenas quanto à culpabilidade.

Diante da teoria psicológica da culpabilidade (que nesta vê mera relação psicológica entre o agente e o resultado), dificuldades intransponíveis surgiram no que concerne à culpa inconsciente, na qual não há qualquer relação psico-



lógica entre o agente e o fato exterior ligado causalmente à sua ação. Daí o antigo entendimento, que remonta a ALMENDIGEN, de que os crimes culposos deveriam estar fora do Direito Penal.<sup>19</sup> Dificuldades dessa natureza, no entanto, foram ultrapassadas com a teoria normativa da culpabilidade.

Deve-se aos estudos de EXNER, e, sobretudo, de ENGISCH, o particular relevo que se passou a atribuir à violação do cuidado objetivo exigível, como elemento da estrutura dos crimes culposos. Não é possível que se afirme a antijuridicidade de um comportamento apenas porque sobreveio certo resultado. A inexistência de culpa nos casos em que o agente revelou o cuidado exigível no âmbito de relação pressupõe a exclusão da ilicitude.<sup>20</sup>

Os finalistas, dando seguimento a essa evolução, observaram que o resultado está fora da ação e que o elemento decisivo da ilicitude do fato culposo reside no *desvalor da ação*, e não do resultado, como se imaginava.<sup>21</sup>

A estrutura do crime culposo é inteiramente diversa da do crime doloso, surgindo hoje esta espécie de delitos como autêntica forma especial de aparecimento do fato punível, exigindo exame específico de todos os seus elementos.

35. Diz-se o crime culposo quando o agente, através de negligência, imprudência ou imperícia, viola o dever de cuidado, atenção ou diligência a que estava adstrito e causa um resultado típico.

<sup>19</sup> L. H. VON ALMENDIGEN, *Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen*, Giessen, 1804, 11, cit. por EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig e Viena, Deuticke, 1910, 19, 5. A mesma idéia reaparece em vários autores, a partir de KOHLRAUSCH (*Reform des Strafrechts*, Aschrott-Liszt — I, 194). Cf. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967, 16.

<sup>20</sup> EXNER, ob. cit., 193; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlin, Otto Liebmann, 1930, 278, 344.

<sup>21</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 18, 3.

A ação nos crimes culposos é também atividade corpórea comandada pela vontade e dirigida a um fim. Neste caso, porém, os fins visados pelo agente estão fora do tipo, sendo ordinariamente lícitos. É o caso do motorista que conduz o veículo em excesso de velocidade para chegar mais cedo ao destino, e que atropela e mata o pedestre.

Nos crimes dolosos o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo. A conduta é típica quando o agente atua com vontade dirigida ao resultado que configura o delito. Nos crimes culposos não há vontade dirigida ao resultado. A conduta típica é indicada de forma genérica, referindo-se ao comportamento em que o agente revela negligência, imprudência ou imperícia e causa o resultado.

Determina-se, portanto, a tipicidade dos crimes culposos com a transgressão das normas que fixam, nas circunstâncias do fato concreto, o dever de cuidado, atenção ou diligência, para evitar dano a bens ou interesses jurídicos de terceiros. O tipo dos crimes culposos é *aberto*, ou seja, nele não se apresenta, por completo, a descrição da conduta típica, que deve ser determinada pelo juiz. Como diz, com precisão, WELZEL, “enquanto que, para outros fatos delituosos, suficientemente definidos ou fechados, a realização do fato previsto pela lei implica no caráter antijurídico dessa realização, de forma que basta ao juiz comprovar a realização do fato previsto em lei para concluir por sua ilegitimidade, deve o juiz, diante das definições abertas dos crimes culposos, assumir parte do papel do legislador, vale dizer, deve determinar a própria ação delituosa, relegada à imprecisão pela definição legal”. “Toda ação que, com um resultado suscetível de constituir o fato delituoso, não apresenta características do ‘cuidado a observar-se na relação com os demais’ é ação típica do crime culposos.”<sup>22</sup>

<sup>22</sup> WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, Müller, 1961, 15. Ver a tradução: *Culpa e delitos de circulação*, RDP, n.º 3, 23 (1971).

Quais sejam as normas do cuidado objetivo exigível é questão deixada à apreciação do juiz, considerando as circunstâncias do fato concreto. O cuidado objetivo se mede pelas consequências geralmente previsíveis da ação, excluindo-se, por isso mesmo, do âmbito dos crimes culposos, os resultados anormais. No caso dos delitos culposos ocorridos na circulação de veículos, muitas dessas normas estão no Código de Trânsito (arts. 83, 84, 87, 89, 90, 91, 92), que fixa também deveres para os pedestres (arts. 86 e 93). São em geral regras elaboradas pela experiência e pela reflexão, para disciplinar o trânsito e diminuir ao mínimo os riscos inevitáveis de uma atividade perigosa da vida moderna.

Em relação a essa espécie de delitos, a jurisprudência alemã desenvolveu o chamado "princípio de confiança" (*Vertrauensgrundsatz*), segundo o qual os usuários da via devem confiar em que os demais respeitarão, por igual, as normas de prudência que regem a circulação de veículos. Com base nisso determina-se o comportamento exigível do motorista e do pedestre (ou dos outros motoristas), para saber se ocorrem, ou não, específicos deveres de atenção, diligência ou cuidado. Esse princípio não pode prevalecer, evidentemente, se o agente não se comportou com observância dos deveres que lhe competiam. Convém lembrar, no entanto, que há certas *imprudências previsíveis*.<sup>23</sup>

Quando se trata de ofício ou profissão, pode-se dizer que não viola o cuidado objetivo exigível o agente que observa as regras da arte (*legis artis*), ou seja, normas de comportamento dadas pela ciência, pela experiência ou pela prática habitual. Não age ilícitamente o profissional que observa fielmente as regras do seu ofício, embora essas regras estejam em constante evolução. Embora não seja necessariamente contrário ao dever o comportamento que se afasta das

---

<sup>23</sup> ENRIQUE CURY, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Santiago, Ediciones Nueva Universidad, 1973, 119: "Atrás da bola vem a criança."

normas, é em geral conforme o dever o comportamento que as observa.<sup>24</sup>

As normas que constituem o cuidado objetivo exigível são fixadas de modo objetivo e geral, ou seja, segundo os padrões médios gerais vigentes no meio social. Deve-se ter presente não só as características gerais de uma pessoa prudente e normal, mas, também, as características específicas do agente, com as qualificações profissionais que acaso apresente (médico, engenheiro, mecânico, piloto etc.).

A *tipicidade* dos crimes culposos determina-se pela comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas mesmas circunstâncias, teria uma pessoa de discernimento e prudência ordinários.<sup>25</sup>

A inobservância do cuidado exigível, com a superveniência do resultado, constituindo a conduta típica, conduz à

---

<sup>24</sup> THEODOR LENCKNER, *Technische Normen und Fahrlässigkeit*, no volume em homenagem a Karl Engisch (*Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt am Main, Klostermann, 1969, 503*). No rumoroso caso do desabamento da via elevada em construção no Rio Comprido (Rio de Janeiro), em que numerosas pessoas morreram ou ficaram gravemente feridas, atribuiu-se a causa do desastre à abertura de “janelas de inspeção” nas vigas, as quais teriam elevado as tensões superficiais. Demonstrou-se, no entanto, que tais aberturas foram executadas rigorosamente de acordo com a técnica habitual daquele tipo de construção (vigas em caixão). Não houve, portanto, violação do cuidado objetivo exigível. O Tribunal de Alçada do Estado, aplicando (equivocadamente, aliás) exclusivamente o critério da previsibilidade, condenou o engenheiro responsável pela obra. Trata-se de manifesto erro judiciário, que atingiu um engenheiro de renome internacional.

<sup>25</sup> O *Model Penal Code* (1962) refere-se a “*deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation*” (sec.2.02). Cf. também CP de Nova York (1967), § 15.05; CP de Illinois, § 4. O projeto de novo CP federal (*Study draft of a new Federal Criminal Code*), de 1970, se refere a “*deviation from acceptable standards of conduct*” (§ 302). Sobre o conceito de *recklessness* e *negligence* no direito anglo-americano, cf. H. C. FRAGOSO, *Notas sobre o direito penal anglo-americano*, no volume *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, 103.

antijuridicidade da ação, que, todavia, não se presume. É *exigível* o cuidado objetivo quando o resultado era previsível para uma pessoa razoável e prudente, nas condições em que o agente atuou (previsibilidade objetiva). Daí não surge, porém, ainda, a *culpa* nos crimes culposos, pois esta depende da reprovabilidade pessoal do comportamento, que está em função da previsibilidade *pelo agente*, nas circunstâncias em que atuou.

É indispensável verificar a causalidade da conduta típica (violação do cuidado objetivo exigível) em relação ao resultado, que integra o tipo. Como observa WELZEL, "o tipo de injusto dos delitos culposos contém, como a miúdo se tem observado, um momento omissivo, que de certa forma põe em paralelo os delitos culposos e os delitos comissivos por omissão. O desvalor da ação nos tipos culposos consiste na omissão de uma melhor direção final exigida pelo direito, para evitar lesões de bens jurídicos".<sup>26</sup> Nos crimes culposos, a violação do cuidado objetivo exigível pode ocorrer através de uma ação (sobretudo nos casos de imprudência) e pode ocorrer através de uma omissão (abstenção de atividade devida). A causalidade será determinada segundo as regras gerais, num e noutro casos, e o seu ponto de referência é a ação ou omissão violadora do cuidado exigível.

Pode haver dúvida, no caso de conduta negligente ou imprudente relacionada com evento lesivo que venha a ocorrer, em realidade, por causas diversas. É o caso do médico descuidado que pratica ação capaz de produzir a morte do enfermo, que, entretanto, morreria mesmo que a ação obedecesse rigorosamente às regras da arte. Em tais casos não responde o agente pelo resultado. O nexo causal deve ser previsível. A dúvida nessa matéria se resolve sempre em favor do réu.

O resultado, nos crimes culposos, como vimos, integra o tipo, não constituindo, como alguns autores supõem, condi-

<sup>26</sup> WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, Schwartz, 1952, 24.

ção objetiva de punibilidade.<sup>27</sup> Embora o resultado, nos crimes culposos, seja comumente obra do acaso, é certo que não há violação exigível do dever de cuidado se não for ele previsível e não há reprovabilidade se ele não for previsível *para o agente*, nas circunstâncias em que atuou. Basta isto, a nosso ver, para que se exclua a possibilidade de que seja o resultado condição objetiva de punibilidade.<sup>28</sup>

A previsibilidade, aferida com critérios *objetivos* (externos ao agente), determina-se segundo padrões gerais, com base na ficção do *homo medius*, que é intolerável para estabelecer a culpabilidade (que é sempre reprovabilidade *personal*), mas é válida para caracterizar a exigibilidade do dever de atenção, diligência e cuidado, cuja transgressão configura a antijuridicidade dos crimes culposos (se sobrevier o resultado). A previsibilidade objetiva é o limite mínimo da ilicitude nos crimes culposos.

A efetiva previsão do resultado dá lugar à *culpa consciente* (ou culpa com previsão). Se o agente não previu o resultado que podia e devia prever, a culpa será *inconsciente*. Essa distinção é, em princípio, irrelevante, embora alguns autores afirmem que a culpa inconsciente é *mais grave* que a consciente.<sup>29</sup>

A *antijuridicidade* dos crimes culposos se exclui, como nos crimes dolosos, pela ocorrência de causa de justificação.

---

<sup>27</sup> É a opinião de mestre HUNGRIA (p. 201). No mesmo sentido, MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, UTET, 1950, I, 711; VANNINI, *Le condizioni estrinseche di punibilità*, no volume *Raccolta di alcuni Scritti minori*, Milão, 1952, 76; ENRIQUE CURY, ob. cit. (nota 23), 130. A verdade é que a questão do resultado, nos crimes culposos, constitui problema difícil e complexo, para o qual a doutrina ainda não encontrou solução satisfatória. Cf. ARMIN KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1964, 43.

<sup>28</sup> JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit in modernen Strafrecht*, Freiburg i. Br., Ferdinand Schulz, 1963, 16.

<sup>29</sup> O CP italiano prevê agravante genérica no art. 61, inciso 8.º: "L'avere, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento."

É o caso do estado de necessidade, do exercício regular de direito, do estrito cumprimento de dever legal etc. Do ponto de vista subjetivo, a justificação da conduta resulta da direção da vontade no sentido de alcançar um resultado socialmente valioso.

A *culpabilidade* nos crimes culposos não difere, em sua estrutura, da dos crimes dolosos. Ela aqui também requer imputabilidade (capacidade de culpa), o conhecimento potencial da ilicitude e a exigibilidade de comportamento conforme o direito. É, aqui também, a culpabilidade, reprovabilidade pessoal pela realização da conduta típica e antijurídica.

Nos crimes culposos, como vimos, a ação típica e antijurídica é a que viola o cuidado objetivo exigível para a generalidade das pessoas. A *culpa* em tais crimes está em função da reprovabilidade pessoal da falta de observância, por parte do agente, nas circunstâncias em que se encontrava, do cuidado objetivo exigível, ou seja, da diligência ordinária ou especial a que estava obrigado.

A consciência (potencial) da ilicitude necessária para a reprovabilidade será, no caso, a possibilidade de conhecer o agente a violação do cuidado objetivo, inclusive com referência à possível lesão do bem jurídico.<sup>30</sup> Ou seja: deve o agente poder conhecer que seu comportamento viola o dever de cuidado, atenção e diligência que lhe competia observar e que daí poderia resultar a lesão do bem jurídico.

Na perspectiva da culpabilidade, a previsibilidade do resultado não pode funcionar como mera ficção jurídica. Para fundar a reprovabilidade do comportamento contrário ao dever é necessário afirmar que o agente de que se trata, nas circunstâncias em que ocorreu o fato, podia, pelo menos, prever o resultado. Culpabilidade é sempre reprovabilidade pessoal. Inteiramente despropositada será, para os efeitos da culpabilidade, qualquer referência ao *homo medius*.

<sup>30</sup> WELZEL. *Strafrecht*, § 22, II, 3, E.



A inexigibilidade de outra conduta opera com maior amplitude nos crimes culposos, pois há estados e situações a que o agente é levado *sem culpa*, que excluem a reprovabilidade da imprudência ou da negligência com que ele vem a atuar. Não é reprovável a lesão do cuidado objetivo de quem atua imprudentemente, em consequência do medo, do susto, da fadiga e de outros estados semelhantes a que tenha sido levado sem culpa.

## ARTIGOS 16 E 17

**BIBLIOGRAFIA** — ASSIS TOLEDO (F.), *O erro no direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1977; ASÚA (L.J.), *La "ceguera jurídica" y el remanente imputable en el error de proibición*, no volume *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*, Rio de Janeiro, Forense, 1961; BACIGALUPO (E.), *Sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código Penal*, NPP, I, n.º 1; id., *Tipo y error*, Buenos Aires, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, 1973; BARTULLI (A.), *Errore incolpevole e buona fede nelle contravenzioni*, Riv. it., 1962, 1.147; BINDING (K.), *Ueber den Irrtum bei Delikten im heutigen Strafrecht und in dem der Zukunft*, no volume *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, Munique e Leipzig, Duncker & Humblot, 1915; BUSCH (R.), *Ueber die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum*, Festschrift für Edmund Mezger, Munique e Berlin, Beck, 1954; CASTILLA (A.J.), *Error de hecho en la jurisprudencia argentina*, no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Pannedille, 1970; CAVALLO (V.), *I limiti della conoscibilità del diritto penale*, no volume *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, Cedam, 1954; COUTURIER (J.P.), *L'erreur de droit invincible en matière pénale*, Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1968, 547; CRISTIANI, *Profilo dogmatico dell'errore su legge extrapenale*, Pisa, 1955; DELOGU, *Errore proprio e errore improprio nella teoria dell'errore in diritto penale*, Riv. It. Dir. Pen., 1935, 727; ENGISCH (K.), *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtsfertigungsgründen*, ZStW 70 (1958), 566; ESCOBEDO, *Observazioni circa l'errore su legge diversa da quella penale*, Giust. Pen., 1935, III, c. 762; FRANÇON (A.), *L'erreur en droit pénal*, no volume *Quelques aspects de l'autonomie du Droit Pénal*, Paris, Dalloz, 1956; FROSALI (R.A.), *Errore (Diritto Penale)*, *Novissimo Digesto Italiano*, Turim, Utet; id., *L'errore nel diritto penale*, no volume *Studi in onore di F. Antolisei*, I, Milão, Giuffrè, 1965; GALLI, *L'errore di fatto nel Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1948; GÖSSEL (K.H.), *Ueber die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht*, Berlin e Munique, Duncker & Humblot, 1974; GROSSO (C. F.), *Errore sull' scriminanti*, Milão, Giuffrè, 1961; HAUTZMANN (F.), *Der Irrtum im*

*alten und im neuen Recht*, Berlin, Leipzig e Stuttgart, Kohlhammer, 1907; HONIG (R.M.), *Irrig Annehmen und Glauben als Tatbestandsmerkmale*, no volume em homenagem a Hellmuth Mayer (*Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966); KAUFMANN (ARMIN), *Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum*, Festschrift für Eb. Schmidt, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, 319; KAUFMANN (ARTHUR), *Die Irrtumsregelung im E. 1962*, ZStW 76 (1964), 543; KERSHER, *Tatbestands — und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, Munique, 1969; KÖHLER (A.), *Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum*, Munique, Beck, 1904; KOHLHAAS, *Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von persönlichen Strafausschließungsgründen*, ZStW 70 (1958), 217; LANZI (A.), *L'errore su legge extra-penale*, L'Indice Penale, X (1976), 299; MEZGER (E.), *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, 180; MUNHOZ NETO (A.), *Descriminantes putativas fáticas*, RDP 17/18 (1975); id., *Erro de fato e erro de direito no anteprojeto de Código Penal*, RBCDP n.º 4 (1964); PALAZZO (F.C.), *L'errore sulla legge extra-penale*, Milão, Giuffrè, 1974; PIACENZA (S.), *Errore ed ignoranza di diritto in materia penale*, Turim, Utet, 1960; id., *Qualche appunto sull'errore di diritto in materia penale*, Scritti giuridici in onore di A. de Marsico, Milão, Giuffrè, 1960; PLAWSKI (S.), *L'erreur de droit*, Revue de Sc. Crim., Droit Pénal Comparé, 1962, 497; ROXIN (C.), *Die Behandlung des Irrtums im E. 1962*, ZStW 76 (1964), 582; SALM (K.), *Zur Rechtsprechung des BGH über den Strafbefreienden Irrtum*, ZStW 69 (1957), 522; SANTUCCI, *Errore (dir. pen.)*, Enciclopedia del diritto, XV, Milão, 1966; SCHRÖDER (H.), *Die Irrtumsrechtsprechung des BGH*, ZStW 65 (1953), 178; STELLA (F.), *L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie criminosa*, Riv. it., 1964, 81; SCHWEITZER (M.), *El error de derecho en materia penal*, Santiago, 1964; WARDA (G.), *Die Abgrenzung von Tatbestands und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955; id., *Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtum*, ZStW 71, 252 (1959).

### *Erro de direito*

36. A tendência da legislação moderna é no sentido de atribuir ampla relevância ao erro de direito, equiparando-o ao erro de fato. A regra *error juris nocet* é incompatível com um direito penal da culpa. Como diz mestre SOLER, em seu projeto, “*si se aspira a la construcción de un derecho penal cuyo núcleo esté constituido por la culpabilidad y si, en consecuencia, se postula como principio ideal el de que nadie sea*

*sin culpa sometido a pena, no cabe duda de que el error y la ignorancia de derecho quitan base de justicia a la punición*".

No mesmo sentido, peremptoriamente, o nosso ANIBAL BRUNO: "A regra de que o erro de direito não exclui a pena está em contradição com o princípio fundamental da culpabilidade."<sup>1</sup> Essa contradição torna-se evidente quando se afirma que a consciência da antijuridicidade da ação é elementar ao dolo ou, como preferimos, à culpabilidade.

Numerosos códigos e projetos atribuem relevância ao erro de direito. Já o CP suíço, de 1937, dispõe (art. 20): "*La peine pourra être atténuée librement par le juge, à l'égard de celui qui a commis un crime ou un délit alors qu'il avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. Le juge pourra aussi exempter le prévenu de toute peine.*" O projeto SOLER (art. 22) declara não culpável o que atua na suposição de obrar lícitamente, devido à ignorância ou à errônea apreciação da lei, que não lhe sejam censuráveis. Caso contrário, a pena pode ser atenuada.<sup>2</sup> O projeto EDUARDO CORREIA (art. 13) disciplina de forma idêntica o erro de direito e o erro de fato: "O erro sobre um elemento constitutivo de um tipo legal de crime exclui o dolo. § 1.º O preceituado neste artigo abrange o erro sobre circunstâncias justificativas do fato e sobre a proibição. § 2.º Ao caso descrito é equiparável aquele em que o agente, ao praticar o fato, representa erroneamente um estado de coisas que, a existir, o desculparia. § 3.º Fica de todo modo ressalvada a aplicação das regras da punição dos crimes por negligência. § 4.º No caso de a exclusão do dolo resultar de erro sobre a proibição, será aplicável uma pena determinada no quadro da moldura penal dolosa do fato praticado, livremente atenuável, sempre que o agente possa ser censurado pelo seu erro ou ignorân-

<sup>1</sup> ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, II, 115.

<sup>2</sup> O projeto alternativo alemão segue o mesmo critério (§ 20), adotado também pelo novo CP alemão em vigor (§ 17). Ao passo que o projeto se refere a erro *não censurável*, o código alude a erro *não evitável*.

cia.” O CP Tipo para a América Latina (art. 28) declara: “Não é culpável quem, por erro invencível, age na convicção de que o fato que realiza não está sujeito a pena. Se o erro não foi invencível, o fato será reprimido com uma pena não inferior à metade do mínimo, nem superior à metade do máximo da estabelecida para o crime correspondente.” O novo CP austriaco (em vigor desde 1.º de janeiro de 1975), em seu § 9.º, dispõe: “Não age culpavelmente quem não conhece a ilicitude do fato em virtude de erro de direito, se o erro não lhe for censurável. O erro de direito é censurável se a ilicitude for, para o agente ou para qualquer outra pessoa, facilmente reconhecível, ou se o agente não tiver conhecimento das disposições correspondentes, embora esteja a isso obrigado em virtude de sua profissão, de suas ocupações ou das demais circunstâncias do fato. Se o erro for censurável, no caso de dolo, aplica-se a sanção penal prevista para o crime doloso; no caso de culpa, a que corresponde ao crime culposo.”

O anteprojeto HUNGRIA (art. 19) orientava-se no sentido de atribuir maior relevância ao erro de direito: “A pena pode ser atenuada, substituída por outra menos grave ou mesmo excluída quando o agente, por escusável ignorância ou erro de interpretação da lei, supõe lícito o fato.”<sup>3</sup> A Comissão Revisora, que funcionou na primeira fase, equiparou o erro de direito ao erro de fato, prevendo-os no mesmo dispositivo.<sup>4</sup> A revisão final e a emenda legislativa (Lei 6.016, de 1973) caminharam para trás, adotando afinal fórmula menos ampla que a prevista no projeto original: “A pena

<sup>3</sup> O autor inspirou-se no CP iugoslavo (art. 19).

<sup>4</sup> Uma pequena nota, deixada por NELSON HUNGRIA, comenta, a propósito: “Após um quarto de século de vigência do atual código, o anteprojeto de novo código entendeu de ser mais arrojado, emparelhando com os mais recentes códigos do mundo civilizado. Dispõe ele, englobando num mesmo artigo a disciplina do erro de fato e do erro de direito: “Não age dolosamente quem, ao praticar o crime, supõe, por erro escusável, a inexistência de circunstância de fato

pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave, quando o agente, por escusável ignorância ou errada compreensão da lei, supõe lícito o fato" (art. 20). Essa fórmula, embora tímida, como se percebe, representa importante avanço diante da prevista no CP vigente. Ela significa que o juiz pode, reconhecendo o erro de direito, atenuar a pena entre um quinto e um terço (art. 59) ou substituir a pena de reclusão pela de detenção ou a pena de detenção pela pena de multa. Nesta última substituição deve ser adotado o critério previsto no art. 46, CP de 1969.

37. Tecnicamente, o erro que versa sobre lei extrapenal é erro de direito e, como tal, irrelevante. Parece-nos, no entanto, que não é possível deixar de atribuir relevância a essa espécie de erro, que comumente se reflete diretamente sobre o fato constitutivo do crime. O CP italiano, tratando do erro de fato, esclarece (art. 47): "*L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato.*" A doutrina procura distinguir entre o erro sobre a lei extrapenal como erro de direito irrelevante do erro de direito que se resolve sobre o fato constitutivo do crime.<sup>5</sup>

Em qualquer caso, a nosso ver, o erro de direito extrapenal deve-se resolver como erro de fato. Nesse sentido, a velha lição de CARRARA: "Quando a invocação da *ignorância* recai sobre outras *leis diversas* da que na atualidade do juízo se quer executar, a alegação do acusado em nada vulnera a majestade da lei. A lei diversa conserva todo o seu vigor e não se trata de aplicá-la ou não. Ela, por conseguinte, per-

---

<sup>5</sup> BETTIOL, *Dir. Pen.*, 432.

---

que o constitui, ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima, ou quem, por escusável ignorância ou erro de interpretação da lei, supõe lícito o fato; § 1.º. Se o erro deriva de culpa, a este título responde o agente, se o fato é punível como crime culposos." Tal fórmula, embora adotasse um princípio correto, é claramente imperfeita, por várias razões.

manece estranha ao juízo que se ventila em matéria penal. É um mero *quid facti*. A ignorância dessa lei (sempre que seja verossímil e não afetada) deve admitir-se como escusa. Deve-se considerar uma *ignorância de fato* e equiparar-se a esta para todos os efeitos do juízo penal, porque exclui ou limita o *dolo* do acusado.”<sup>6</sup>

Como erro de direito extrapenal (e, pois, como erro de fato) deve ser resolvida a situação de erro que versa sobre os complementos de *norma penal em branco*. Assim, por exemplo, não pratica o crime previsto no art. 269, CP, o médico que supõe não ser de comunicação compulsória certa moléstia. No mesmo sentido deve-se resolver a situação de erro sobre *elementos normativos do tipo*.<sup>7</sup> É o caso do agente que erra sobre a qualificação jurídica de *documento* ou de *warrant*, nos crimes em que são elemento material, ou o de quem erra sobre a condição de coisa *alheia*, no furto.<sup>8</sup>

### *Erro de tipo e erro de proibição*

38. As insuficiências da classificação erro de fato-erro de direito (que remonta ao direito romano) são notórias e têm sido assinaladas por muitos autores. O fato que constitui o crime envolve comumente elementos de natureza jurídica (*elementos normativos*), não sendo *de fato* o erro que versa sobre os mesmos. O erro que recai sobre relação jurídica de que depende a configuração da conduta típica não é erro de fato, mas de direito. Por outro lado, como se tem observado, não é possível separar o fato do direito. Alguns exemplos revelam a perplexidade a que conduz a divisão clás-

<sup>6</sup> CARRARA, *Della ignoranza come scusa*, *Opuscoli di Diritto Criminale*, Prato, VII, 1880, 385. Publicado também como apêndice à tradução argentina do *Programma*, Buenos Aires, Depalma, 1949, 61.

<sup>7</sup> FRAGOSO, *Lições*, PG. 178. Veja-se também nossa obra *Conduta punível*, São Paulo, Bushatsky, 1961, 138 e 207.

<sup>8</sup> A essa hipótese de erro de direito extrapenal se refere, dando-lhe relevância, a passagem de GAIO inserta no *Digesto*, 41, 3. 36 e 37.



sica. Assim, se, nos crimes comissivos por omissão, o agente erra sobre os pressupostos fáticos do dever de impedir o resultado, haverá erro de fato, mas se erra sobre a existência do dever, o erro é de direito: Tício é enfermeiro contratado para assistir Caio, gravemente enfermo, até às 18 horas. Certo dia, logo depois das 18 horas, Caio começa a passar mal e não é socorrido por Tício, que se preparava para sair e julgava que sua obrigação de atender ao enfermo se encerrava às 18 horas. Sem socorro, Caio veio a falecer. No crime de furto, se o agente erra sobre a condição do objeto material, imaginando que este lhe pertence, há erro de fato; se erra sobre a sua faculdade de dispor da coisa, o erro é de direito. O erro quanto à existência de *warrant* ou de conhecimento de depósito (art. 178, CP) é erro de direito se o agente não conhece a significação jurídica do documento.

No contrabando há erro de direito se o agente não sabe que determinada mercadoria é de importação proibida.

O esforço feito pela doutrina no sentido de atenuar o rigor da regra segundo a qual o erro de direito não escusa não impede o artificialismo das soluções. É o caso da equiparação do erro de direito extrapenal ao erro de fato.

Farece-nos que a doutrina deve elaborar a sistematização do erro de acordo com critérios de maior precisão, esclarecendo, para os efeitos de sua aplicação perante nossa lei, conforme o caso, se correspondem ao que ela denomina erro de fato ou erro de direito.

### 39. São duas as situações de erro:

- (a) pode o erro versar sobre elemento ou circunstância constitutiva da conduta típica, sejam tais elementos ou circunstâncias de natureza puramente factual ou jurídica (erro de tipo);
- (b) pode o erro versar sobre a ilicitude do comportamento (erro de proibição).

A expressão *erro de tipo* não corresponde a *erro de fato*, pois abrange também os elementos de natureza jurídica que se referem à conduta típica. Assim, se alguém faz constar de um documento declaração falsa que supõe verdadeira, atua em situação de erro de fato. Se, no entanto, sabe que a declaração é falsa, mas não sabe que o escrito constitui juridicamente um documento, o erro é de direito. Em ambas as hipóteses, temos um *erro de tipo*.

O erro de tipo tem por efeito excluir sempre o dolo, embora possa subsistir a punibilidade a título de culpa, se o erro é *inescusável*.

Perante nossa lei, o erro sobre elementos ou circunstâncias de natureza jurídica relativos à conduta típica é, tecnicamente, irrelevante. Todavia, à semelhança do que (artificialmente) se faz em relação ao erro de direito extrapenal, parece-nos que todo erro de tipo deve ser resolvido como erro de fato.

O erro sobre circunstâncias que constituem formas qualificadas do crime é, igualmente, erro de tipo. A eventual exclusão, por erro, da forma qualificada (tipo derivado) não impede a configuração do tipo básico.

As agravantes genéricas (art. 44, CP) devem também estar cobertas pelo dolo e são sempre excluídas pelo erro.<sup>9</sup> Todavia, o erro sobre as circunstâncias atenuantes (art. 48, CP) ou sobre elementos que tornam o crime privilegiado

---

<sup>9</sup> HFFLENO C. FRAGOSO, *Circunstâncias agravantes*, RBCDP n.º 6 (1964), 113: "É indispensável fixar como princípio básico fundamental o de que não pode ser considerada a circunstância agravante se não houve culpa em relação à mesma." Sobre as resoluções do IX Congresso Internacional de Direito Penal (Haia, 1964) quanto à matéria, cf. RBCDP n.º 7 (1964), 124 ("O Congresso considera desejável que a apreciação das circunstâncias agravantes seja feita respeitando-se as regras gerais que concernem à responsabilidade subjetiva"). As atas do congresso também podem ser consultadas (*Neuvième congrès international de Droit Pénal*, La Haye, 1964, 57 e 478).

(quando não sejam de natureza subjetiva) é sempre irrelevante.

40. O erro de proibição exclui a reprovabilidade do comportamento e deveria, em todos os casos, excluir a culpabilidade, pois a consciência (pelo menos potencial) da ilicitude é indispensável a esta. Há erro de proibição quando o agente supõe, por erro, ser lícito o seu comportamento. Trata-se de erro sobre a antijuridicidade da ação. O dolo subsiste, pois o erro em tal caso não recai sobre elementos do tipo, seja qual for a sua natureza. Em todos os casos de erro de proibição, o agente tem consciência e vontade de realizar a conduta que constitui o tipo legal.

A semelhança do que ocorre em relação ao erro de tipo, há erro de proibição não só quando o agente supõe que seu comportamento seja permitido, mas, também, quando lhe falta representação sobre a valoração jurídica do fato.<sup>10</sup>

Há erro de proibição basicamente em três casos:

1. O agente supõe ser lícito seu comportamento, porque desconhece a existência de lei penal que o proíba (ignorância ou errada compreensão da lei);

2. O agente supõe ser lícito seu comportamento, porque imagina, por erro, a existência de causa de justificação (erro sobre existência de uma causa de exclusão da antijuridicidade);

3. O agente supõe ser lícito seu comportamento, porque imagina situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima (descriminantes putativas).

41. A primeira hipótese é a de ignorância ou errada compreensão da lei, na qual temos ignorância ou erro de direito, que a lei vigente declara irrelevantes. Tanto faz que o agente desconheça a existência da lei ou que suponha não

---

<sup>10</sup> JESCHECK, *Lehrbuch*, § 41. II, 1.

mais estar ela em vigor ou, ainda que a interprete incorretamente.

Como já vimos, a doutrina tem temperado o rigor do princípio contido no art. 16, CP, declarando que o erro de direito extrapenal corresponde ao erro de fato. É o caso, por exemplo, do erro sobre a existência dos complementos de lei penal em branco.

No caso dos tipos abertos<sup>11</sup> em que se faz expressa referência à ilicitude, com o emprego de expressões como “indevidamente”, “sem justa causa”, “sem permissão legal” etc., o erro sobre tais elementos é *erro de proibição*, pois se refere à ilicitude. Ferrente a lei vigente esse tipo de erro deve ser considerado *erro de fato*.

Nos crimes comissivos por omissão, o erro sobre os pressupostos de fato relativos à posição de garantidor da não superveniência do resultado é *erro de tipo* (erro de fato), que exclui o dolo. Todavia, o erro sobre o próprio dever de impedir o resultado é *erro de proibição* (erro quanto à licitude), que constitui erro de direito, irrelevante.

Se escusáveis, a ignorância ou a errada compreensão da lei constituem circunstância atenuante (art. 48, III, CP). Se se tratar de contravenção, a pena pode deixar de ser aplicada (art. 8.º, LCP).

42. A segunda hipótese é a de erro sobre a existência de causa de justificação. Seria o caso de quem, por erro, imagina ser lícito matar pessoa gravemente enferma, a seu pedido, para livrá-la de mal incurável. Esse tipo de erro de proibição é *erro de direito* irrelevante.

43. A terceira hipótese de erro de proibição é a das descriminantes putativas, cuja disciplina jurídica NELSON HUNGRIA expõe superiormente. Nossa lei expressamente declara que neste caso há *erro de fato*. Se o erro derivar de culpa

<sup>11</sup> FRAGOSO, *Lições*, PG n.º 159.

o agente responde pelo crime culposos, se houver incriminação do fato como tal. Se o erro for provocado por terceiro, responderá este pelo crime (art. 17 § 2.º, CP).<sup>12</sup>

44. É importante observar que o erro culposos não se confunde com o crime culposos. No crime culposos, a vontade se dirige a um fim, geralmente lícito, diverso do resultado que configura o crime. O agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo. No caso de erro culposos, a vontade se dirige à realização de fato antijurídico, cuja ilicitude poderia o agente perceber, se não faltasse ao dever de cuidado. Como se percebe, o dolo, neste caso, subsiste. No homicídio praticado em legítima defesa putativa, por exemplo, o agente quer matar, supondo-se vítima de agressão atual ou iminente e injusta. Na hipótese de erro que deriva de culpa, a lei considera um crime doloso como se fosse culposos, atendendo à sensível diminuição da culpabilidade.

45. Ao erro sobre causa de exclusão da antijuridicidade assimila-se integralmente o erro sobre os limites jurídicos de uma causa de justificação. Trata-se de erro de proibição (erro quanto à licitude), que, em nosso sistema de direito, constitui *erro de fato*. É o caso, por exemplo, de quem, agredido, supõe-se autorizado a empregar meio desnecessário para defender-se. Se tal erro for inescusável, o agente responde a título de culpa.

<sup>12</sup> Para os partidários da teoria dos elementos negativos do tipo, segundo a qual as causas de justificação excluem a tipicidade o erro sobre os pressupostos de fato das causas de exclusão da ilicitude é erro de tipo. Cf. H. J. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1960, 314. Sobre a teoria, cf. H. C. FRAGOSO, *Conduta punível*, São Paulo, Bushatsky 1961, 159 e 207. Sobre o tema, particularmente, ENGISCH, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen*, ZStW 70, 566.

## ARTIGO 18

**BIBLIOGRAFIA** — Sobre a coação irresistível: AZEVEDO (P. F.). *A coação irresistível no Direito Penal brasileiro*, RT 215; CAMPOS PIRES (A.). *A coação irresistível no Direito Penal brasileiro*, Belo Horizonte, 2.<sup>a</sup> ed., 1973; GEILEN (G.), *Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff*, no volume em homenagem a Hellmuth Mayer (*Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Berlim, Dunckler & Humblot, 1966; PECORARO ALBANI, *Costringimento fisico*, in *Enciclopédia del diritto*, Milão, XI, 242.

Sobre obediência hierárquica: DOLAPTSCHIEFF (N.) *Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich?*, ZStW 58 (1938) 238; FIERRO (G. J.), *La obediencia debida*, *La Ley*, 21.2.63; id., *Algo más sobre la obediencia debida*, *La Ley*, 8.5.65; id., *La obediencia debida en el ambito penal y militar*, *Criminalia*, jan., 1969; GREEN (L.), *Superior orders in national and international law*, Leyden, Sijthoff, 1976; JIMÉNEZ DE ASÚA (L.), *La obediencia jerárquica en la legislación comparada*, in *Estudios jurídicos en homenaje al Professor Enrique A. C. Aztría*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 1966; MAYER (H.), *Der bindende Befehl im Strafrecht*, no volume em homenagem a Frank (*Frank Festgabe*), I, Tübingen, Mohr, 1930; RIVACOBIA Y RIVACOBIA (M.), *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, Valparaíso, Edeval, 1969; SANTORO (A.), *L'ordine del superiore nel Diritto Penale*, Turim, Utet, 1957; id., *L'esecuzione di ordini privati causa di giustificazione*, no volume in *memoria de Filippo Grispigni*, Milão, Giuffrè, 1956; STRATENWERTH (G.) *Verantwortung und Gehorsam*, Tübingen, Mohr, 1958. Bibliografia adicional em JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VI, 762.

## Coação irresistível

46. O CP de 1969, seguindo a correta orientação traçada por NELSON HUNGRIA, trata separadamente da coação física e da coação moral. A coação física exclui a própria ação

pois esta se define necessariamente como comportamento voluntário. O art. 23 dispõe: "Não é autor do crime quem o pratica sob coação física irresistível, respondendo tão-somente o coator." E o art. 24: "Não é culpado quem comete o crime sob coação moral irresistível." O texto revisto (que a Lei 6.016/73 emendou) rezava: "Não é culpado quem comete o crime sob coação moral, que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade." Essa mesma orientação está no projeto do Prof. SCLER (art. 23), que explica: "*Distinguimos la coacción de la violencia, porque esta no es una causa de exclusión de la culpabilidad, sino de la autoría.*"

A coação moral irresistível constitui caso de inexigibilidade de comportamento diverso e, por isso, boa parte da doutrina moderna a apresenta como espécie do estado de necessidade que exclui a culpa. Segundo JESCHECK, caracteriza o estado de necessidade por coação o fato de que aqui o agente não busca no fato punível uma saída para a situação de perigo, mas, sim, é constrangido à ação em estado de necessidade através da força ou da ameaça perigosa.<sup>1</sup>

O novo CP alemão (§ 35) não mais trata da coação separadamente, incluindo-a na fórmula geral do estado de necessidade exculpante. O estado de necessidade por coação moral é apenas forma especial de aparecimento do estado de necessidade geral.<sup>2</sup> Essa mesma orientação foi adotada pelo projeto alternativo alemão (§ 23) e pelo novo CP austríaco (§ 10). O projeto de CP Tipo para a América Latina (art. 31), sob a rubrica *Não exigibilidade de outra conduta*, dispõe: "Não é culpável quem obrar sob coação ou perigo de mal atual e grave, seja ou não provocado pela ação de um terceiro, quando razoavelmente não se lhe pode exigir uma conduta diversa."

Na coação moral irresistível subsiste o dolo, como componente subjetivo da ação (*coactus tamen voluit*). A ação realizada é antijurídica e pode dar lugar à legítima defesa.

<sup>1</sup> JESCHECK, *Lehrbuch*, § 44 III 1.

<sup>2</sup> WALTER STREE, *Rechtswidrigkeit und Schuld*, no volume *Einführung in das neue Strafrecht*, Munique, Beck, 1974, 54.



47. Perante nosso CP o conceito de violência deve incluir o emprego não consentido de inebriante e outras substâncias que retirem do agente a capacidade de resistência. A impropriedade é, no entanto, manifesta. A subministração não violenta de narcóticos e inebriantes apresenta-se como emprego de um meio fraudulento ou astucioso, sem agressão física ou coação pessoal externa. A subministração de tais substâncias pode ser feita através de violência, de ameaça ou de fraude. A melhor orientação é a da expressa equiparação legal.<sup>3</sup>

48. Parece-nos difícil aceitar a idéia de que na coação moral, o ponto de referência é o do *homo medius*. Trata-se de causa de exclusão da culpabilidade, ou seja, da reprovabilidade do comportamento, que se aprecia sempre de forma subjetiva. A culpabilidade constitui reprovabilidade *pessoal* e depende da situação concreta do autor concreto.<sup>4</sup> Como ensina WELZEL, a reprovação da culpabilidade pressupõe que o agente podia formar de modo mais correto, em consonância com a norma, sua resolução da ação antijurídica, não no sentido abstrato referente a qualquer homem em lugar do agente, mas sim no sentido absolutamente concreto de que *este homem, nesta situação*, teria podido formar, de acordo com a norma, sua resolução volitiva.<sup>5</sup>

Percebe-se, em consequência, que a ficção do *homo medius* não pode ser aceita e não tem sentido, quando se trata de aferir a culpabilidade. A coação moral deve, pois, ser irresistível *para o agente*, nas circunstâncias em que se achava.

<sup>3</sup> CP argentino, art. 78: "*Queda comprendido en el concepto de violencia, el uso de medios hipnóticos y narcóticos*". Para SOLER, *Der. Pen.* I, 151, admitir tal conclusão por via jurisprudencial constitui aplicação analógica da lei penal.

<sup>4</sup> MAURACH, *Lehrbuch*, § 30 II C. Como diz o consagrado mestre, "para o juízo de desvalor *culpabilidade*, o único elemento decisivo é o poder do autor".

<sup>5</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 19 IV. Veja-se a correta orientação do projeto alternativo (§ 23) e a crítica que em sua fundamentação se faz aos critérios do projeto de 1962 (p. 59).

*Obediência hierárquica*

49. A disciplina jurídico-penal da obediência hierárquica apresenta dificuldades consideráveis que têm desafiado a doutrina. A ação empreendida pelo subordinado, em obediência à ordem ilegal, é antijurídica. " Declara-se isento de pena o inferior hierárquico, sempre que a ordem não seja manifestamente ilegal, sem indagar se houve ou não, de sua parte, erro quanto à legalidade da ordem. Como se percebe, fica, então, difícil, resolver todos os casos como exclusão da culpabilidade, por *erro de direito*, aqui excepcionalmente relevante.<sup>7</sup> Se a ordem não for manifestamente ilegal, subsiste a escusa ainda que não haja erro algum por parte do executor, obrigado juridicamente a obedecer. Em princípio, não sendo manifestamente ilegal, a ordem obriga.<sup>8</sup>

Exclui-se a culpabilidade do agente por inexigibilidade de outra conduta. O fundamento reside no dever de obediência que definiu do sistema de subordinação e disciplina a que o agente está submetido. A presença de tal dever exclui a reprovabilidade do comportamento.

Nessa fórmula se inclui a situação de erro, ou seja, a situação em que o agente supõe ser lícita a ordem (não manifestamente ilegal). Em tal caso, haveria *erro de proibição* (erro sobre a ilicitude), que constitui erro de direito, aqui excepcionalmente relevante, mesmo nos casos em que seja inescusável.

---

<sup>6</sup> É o que se tem afirmado na doutrina, a partir da obra de M. E. MEYER, *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Carl Winters, 1915, 334. O entendimento de que existe, no caso exclusão da culpabilidade se tornou dominante, embora os fundamentos divirjam.

<sup>7</sup> Se o fundamento fosse o erro, indispensável seria, em todos os casos, que a obediência hierárquica conduzisse à exclusão da consciência da ilicitude, como sustentava CARRARA, *Programma*, § 316. Pode-se falar em erro também quanto ao dever de obediência.

<sup>8</sup> É o que se deduz do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União (Lei 1.711, de 28.10.52, art. 194, VII).

Há inexigibilidade mesmo nos casos em que o agente conhece a ilegalidade da ordem (não manifestamente ilegal), cedendo ao dever de obediência que a hierarquia e a disciplina impõem."

Como é óbvio, o dolo subsiste. O erro de tipo é perfeitamente possível. Sendo antijurídica a ação realizada, pode ocorrer a legítima defesa contra ela.

Responde pelo crime o superior hierárquico que dá a ordem. A situação é de *autoria mediata*.<sup>10</sup>

50. Se a ordem é manifestamente ilegal e o agente conhece a ilegalidade, responde pelo crime em concurso com o superior. Tratando-se de exclusão da culpabilidade, o ponto de referência da ilegalidade manifesta é sempre a pessoa do executor. C CP Tipo para a América Latina (art. 32) fornece algumas indicações interessantes, ao dispor: "Não é culpável quem atua em virtude de obediência hierárquica, sempre que concorram os seguintes requisitos: 1.º) que a ordem emane de autoridade competente para expedir-la e reúna as formalidades legais; 2.º) que o agente esteja hierarquicamente subordinado a quem expede a ordem; 3.º) que a ordem não revista manifestamente o caráter de fato punível."

51. No direito militar, o dever de obediência tem como único limite a prática de ato manifestamente criminoso. Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução, constitui crime de insubordinação (art. 163, CPM). Exclui-se a culpabilidade se o agente comete o crime "em estrita obediência a ordem *direta* de superior hierárquico, em matéria de serviço. Se a ordem do superior

---

<sup>9</sup> No direito alemão a solução é diversa. Cf. MAURACH, *Lehrbuch*, § 34, III B.

<sup>10</sup> FRAGOSO, *Lições*, PG n.º 246. SOLER, *Der. Pen.*, I, 278, resolve a situação de obediência hierárquica como *deslocamento da ação*, que deve ser atribuída ao autor da ordem juridicamente irrecusável.

tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior" (art. 38 CPM).

O dever de obediência no direito militar é bem mais severo. A responsabilidade penal se exclui, aqui também, por inexigibilidade de outra conduta.

52. No campo do direito penal internacional tem-se negado à obediência hierárquica o efeito de dirimente. O art. 8.º do estatuto de Londres, com o qual foi constituído pelos aliados, em 8 de agosto de 1945, o Tribunal Militar Internacional, de Nuremberg, expressamente dispunha que o fato de ter sido o crime praticado em obediência hierárquica ou no cumprimento de ordens do governo não eximiria de pena, podendo apenas constituir atenuante.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Veja-se sobre a matéria JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VI, n.º 1.862 (p. 853), e QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Madri, Instituto Francisco de Vitória, 1955, I, 178, e a bibliografia que ambos mencionam.

## ARTIGOS 19 A 21

**BIBLIOGRAFIA** — *Sobre a antijuridicidade*: DELL'ANDRO (R.), *L'antigiuridicità*, Enc. del Diritto, II, 542; FERNANDEZ DE MOREDA, *Esencia de lo antijuridico*, no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Panedille, 1970; FRAGOSO (H. C.), *Antijuridicidade*, RBCDP n.º 7 (1964); GRAF ZU DOHNA (A.), *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle, 1905; HEINITZ (E.), *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, *Strafrechtliche Abhandlungen*, v. 211 (1928); id., *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, no volume *Festschrift f. Eb. Schmidt*, 1961; KERN (E.), *Grade der Rechtswidrigkeit*, *ZStW*, v. 64 (1952); MENÉNDEZ (E.), *Reflexiones sobre la antijuridicidad*, no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964; MORO (A.), *La antijuridicidad penal*, trad., Buenos Aires, Atalaya, 1949; NAGLER (J.), *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, no volume *Festgabe f. Reinhart Frank*, 1930, I; NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, *ZStW*, v. 77 (1965); NOWAKOWSKI (F.), *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, *ZStW*, v. 63 (1951); PETROCELLI (B.), *L'antigiuridicità*, Pádua, Cedam, 1966; VALLETTA (A.), *L'antigiuridicità penale in relazione allo scopo della norma*, Nápoles, Jovene, 1951.

*Sobre causas de exclusão da antijuridicidade*: AZZALI (G. P.), *La causa e lo scopo nella teoria dei limiti scriminanti*, *Bolletino do Instituto da Universidade de Pavia*, 1960/61; CARRARA (F.), *Scuse legali*, *Opuscoli*, VI; LOLCE (R.), *Lineamenti di una teoria generali delle scusanti*, Milão, Giuffrè, 1957; FIORE (C.), *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Nápoles, Morano, 1966; FRANCO GUZMAN (R.), *Classificación logico-jurídica de las causas de justificación*, no volume *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964; GALLAS (W.), *Öfflichtenkollision als Schuldaußschliessungsgrund*, no volume *Festschrift f. Edmund Mezger*, Munique e Berlim, Beck, 1954; GREGORI (G.), *Adeguateza Social e teoria del reato*, 1969; HENKEL (H.), *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, no

volume *Festschrift f. Edmund Mezger*, 1954; HIRSCH (H. J.), *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, ZStW, v. 74, 1962; JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen*, v. 269; KLUG (U.), *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, no volume em homenagem a Eb. Schmidt (*Festschrift f. Eb. Schmidt*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961); LEPOINTE (E.), *Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs*, *Revue de Sc. Crim. et Droit Pénal Comparé*, 1969, p. 547 (3.º fasc.); MAGALHÃES (D.), *Causas de exclusão de crime*, São Paulo, Saraiva, 1975; SANTAMARIA (D.), *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, 1961; SCHAFFSTEIN (F.), *Soziale adäquanz und Tatbestandslehre*, ZStW, v. 72, 1960; STEVENSON (Oscar), *Da Exclusão de crime*, São Paulo, Saraiva, 1941; STRATENWERTH (G.), *Prinzipien der Rechtfertigung*, ZStW, 68 (1956); WARDA (G.), *Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen*, no volume *Festschrift f. R. Maurach*, 1972.

*Sobre estado de necessidade*: AUSSEL (J. M.), *La contrainte et la nécessité en droit pénal*, no volume *Quelques aspects de l'autonomie du Droit Pénal*, Paris, Dalloz, 1956; GIMBERNAT ORDEIG (E.), *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, no volume *Estudios de Derecho Penal*, Madri, Civitas, 1976; GROSSO (C. F.), *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità*, no volume em homenagem a Antolisei, Milão, Giuffrè, 1965; GRÜNHUT (M.), *Grenzen des übergesetzlichen Notstandes*, ZStW, v. 51; JESUS (D. E.), *Estado de necessidade*, *Ciência Penal* n.º 1 (1973); LENCKNER (T.), *Der rechtfertigende Notstand*, 1965; id., *Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung*, no volume *Festschrift f. H. Mayer*, 1960; MACHADO (L. A.), *Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta* RDP n.º 7/8 (1972); MCLARI (A.), *Profili dello stato dello stato di necessità*, Padua, Cedam, 1964; OETKER (F.), *Notwehr und Notstand*, *Frank Festgabe*, Tübingen, Mohr, 1930, I; SCHMIDT (E.), *Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand*, ZStW, v. 49; SCHRÖDER (H.), *Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II*, no volume *Festschrift f. Eberhard Schmidt*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961.

*Sobre legítima defesa*: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO (N.), *Legítima defensa y proceso*, no volume *Estudios Penales, Homenaje ao P. Julián Pereda*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965; ALTAVILLA (E.), *Difesa legittima*, *Novissimo Digesto Italiano*, V, 619; CARRARA, *Una questione di moderame*, *Opuscoli*, v. VII; DEL ROSAL (J.), *Legítima defensa*, *Estudios Penales*, Madri, 1948; DIAS PALOS (F.), *La legítima defensa*, Barcelona, 1971; GOULART (H.), *O excesso na defesa*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1968; GROSSO (C. F.), *Difesa legittima e stato di necessità*, Milão, Giuffrè, 1964; LINHARES (M. J.), *Legítima defesa*, São Paulo, Saraiva, 1975; MELO ALMADA

(C.), *Legittima Difesa*, São Paulo, Bushatsky, 1958; NUVOLONE (P.), *La legittima difesa del provocatore*, no volume *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, Cedam, 1969; id., *Le due forme dell'eccesso colposo*, no mesmo volume; RIVACCOBA Y RIVACCOBA (M.), *Del fundamento a la defensa en la legitima defensa*, no volume *Estudios Penales, Homenaje al P. Julian Perez*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965; ROXIN (C.), *Die provozierte Notwehrlage*, ZStW, v. 85.

*Sobre exercício regular de direito*: CARACIOLLI (I.), *L'esercizio del diritto*, Milão, Giuffrè, 1965; FROSALI (R. A.), *L'esercizio di un diritto nel sistema delle cause di non punibilità*, no volume *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Pádua, Cedam, 1954; MANTOVANI (F.), *Esercizio del diritto (diritto penale)*, *Enc. del Diritto*, Milão, 1964.

*Sobre consentimento do ofendido*: DELOGU (T.), *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milão, Giuffrè, 1936; GRISPIGNI (F.), *Il consenso dello offeso*, Roma, 1924; SEVERO CABALLERO, *El consentimiento del ofendido*, *Cuadernos de los Institutos*, Universidade Nacional de Córdoba, n.º 93 (1967); VANNINI (O.), *Il mio irreducibile pensiero sull'efficacia del consenso in materia penale*, *Raccolta di alcuni scritti minori*, Milão, Giuffrè, 1952; VASSALLI (G.), *Algunas consideraciones sobre el consentimiento del paciente y el estado de necesidad en el tratamiento medico-quirúrgico*, NPP, II, n.º 1 (1973).

### *Antijuridicidade e injusto*

53. É ilícita a conduta que, a juízo do legislador, atinge certos valores da vida social, que se procura proteger sob ameaça de pena. A ilicitude penal aparece referida a tipos de injusto, ou seja, certos modelos de comportamento que descrevem condutas proibidas ou impostas sob ameaça de pena, porque atingem (em termos de dano ou de perigo) certos bens ou interesses da coletividade.

Não basta, porém, para que se estabeleça a ilicitude, a mera realização da conduta correspondente ao tipo de injusto, pois existem, ao lado das normas que proíbem ou impõem certos comportamentos, outras que os tornam *justificados*, ou seja, conforme ao direito.

Em consequência, para que seja antijurídica, deve a conduta corresponder ao tipo de injusto e não estar coberta por



uma causa de exclusão da ilicitude. *Antijurídica é a conduta típica contrário ao direito.*

Distingue-se a antijuridicidade do injusto. Antijuridicidade é a relação contraditória entre o fato típico e a norma. É antijurídica, por exemplo, a ação de matar alguém. Injusto é a conduta ilícita em si mesma considerada. O homicídio constitui um injusto. A antijuridicidade é unitária para todo o ordenamento jurídico e não pode ser maior ou menor. O que é antijurídico no campo do direito penal será também em outros setores do direito. Não pode ser penalmente ilícita a conduta que corresponde à realização de qualquer direito. C injusto, no entanto, pode ser penal, civil, trabalhista etc., e é suscetível de ser mais ou menos grave.<sup>1</sup>

Não é incorreto dizer que a antijuridicidade é juízo de desvalor (ou juízo negativo de valor) que recai sobre a conduta típica, tendo-se em vista as exigências do ordenamento jurídico. A expressão *juízo*, como ensina WELZEL, é aqui empregada em sentido figurado: "o sujeito desse 'juízo negativo de valor' não é o homem individual (nem mesmo o juiz), mas o ordenamento jurídico como tal." Objeto desse juízo é a *conduta típica*, o que significa que deve ser considerada não só a realização do tipo objetivo (ação ou omissão e resultado) como também a ocorrência do tipo subjetivo (dolo e outros elementos subjetivos eventuais do tipo). Assim, para estabelecer a ilicitude da prevaricação praticada pelo funcionário (art. 319, CP), não basta ter presente a ação de retardar ou a omissão de deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou a ação de praticá-lo contra disposição expressa de lei. Tais comportamentos só constituirão o injusto se se determina que foram realizados com consciência e vontade (dolo) e mais com o propósito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal

<sup>1</sup> Em geral sobre a matéria, cf. WELZEL, *Strafrecht*, § 10; WESSELS, *Direito Penal*, trad., Porto Alegre, Fabris, 1976, 65. Para MEZGER, *Tratado*, I, 338, antijuridicidade e injusto são expressões sinônimas.

<sup>2</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 10, II.

(elemento subjetivo do injusto). Os componentes do tipo subjetivo não pertencem à culpabilidade, como já deixamos estabelecido (cf. n.º 22, *supra*).

54. A concepção que deixamos exposta contrasta com o entendimento geralmente adotado pela doutrina entre nós, que NELSON HUNGRIA expõe com a mestria habitual. Afirma-se, em geral, que a antijuridicidade se determina através de um juízo puramente objetivo, no sentido de que ficam excluídas quaisquer considerações sobre componentes subjetivos do comportamento.

Essa teoria objetiva da antijuridicidade é de índole privatística e remonta a IHERING.<sup>3</sup> Ela parte do entendimento segundo o qual o direito exerce uma dupla função, como imperativo e como norma de valoração. No primeiro aspecto, o direito determina certos comportamentos, como norma de determinação (*Bestimmungsnorm*), correspondendo a um imperativo; no segundo, o direito é norma de valoração (*Bewertungsnorm*), através da qual se regula externamente a vida social, valorando as ações humanas segundo sua objetividade. A ordem jurídica primeiramente valora as ações humanas segundo sua direção objetiva; depois impõe aos súditos não realizarem culpavelmente as ações antijurídicas.<sup>4</sup>

A teoria objetiva, no sentido que acima expusemos, opunha-se à concepção subjetiva, que remonta a MERKEL:

<sup>3</sup> IHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, 5.

<sup>4</sup> DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Pádua, Cedam, 1930, 21: "L'ordinamento giuridico prima valuta le azioni umane secondo la loro direzione oggettiva, e considera se contrastino o meno ai propri scopi, poi, sulla base di quella valutazione, impone ai sudditi di comportarsi in un modo piuttosto che in un altro, o, in altre parole, di non porre colpevolmente in essere le azioni che reputi contrastanti ai propri fini, o, più brevemente, azioni antigiuridiche." Veja-se sobre a matéria, FRAGOSO, *Antijuridicidade*, RBCDP n.º 7 (1964), 37, e a ampla bibliografia ali citada. Veja-se também a formulação moderna do conceito em JESCHECK, *Lehrbuch*, § 24, II.

o direito caracteriza-se como conteúdo de comandos e proibições de caráter jurídico; o ilícito, portanto, como transgressão de tais comandos ou proibições.<sup>5</sup> A ordem jurídica seria constituída por um complexo de proibições e ordens, que se dirigem aos súditos, correspondendo o ilícito à violação de tais normas. Essas proibições e ordens dirigem-se à vontade das pessoas imputáveis. Em consequência, só seria possível reconhecer uma ofensa a essas proibições, ou seja, um ilícito, com referência à vontade. O inimputável não seria capaz de praticar ação antijurídica. Não haveria antijuridicidade sem culpa.<sup>6</sup>

A concepção subjetiva contrasta com o fato indiscutível da ação antijurídica do inimputável.<sup>7</sup> Conduz, por outro lado, a confusão metodológica inadmissível entre o injusto e a culpabilidade. Como nota WÜRTENBERGER, o juízo de valor sobre a atitude pessoal do agente em relação a seu ato e à ordem jurídica total, relativamente a seus direitos e deveres, refere-se à culpa e não ao ilícito.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, I, 42.

<sup>6</sup> Para MEZGER, *Tratado*, I, 344, o mais consequente defensor da teoria subjetiva do injusto, construindo seu argumento sobre a teoria dos imperativos, é HOLD VON FERNECK (*Die Rechtswidrigkeit*, 1903/1905), que chega à completa equiparação da culpabilidade e injusto. Na doutrina italiana é importante mencionar, na orientação subjetiva, PETROCELLI, *L'Antigiuridicità*, Pádua, Cedam, 1966, e ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1955, 136/7. Cf. FRAGOSO, *Antijuridicidade*, RBCDP n.º 7, 34, e a bibliografia ali invocada.

<sup>7</sup> Particularmente significativa, a opinião de THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. de Alessandro Levi, Pádua, Cedam, 1951, 96: "Può essere tuttavia positivamente fornita la prova, che in realtà le norme valgono anche per l'irresponsabile. Ciò si evince da un solo fatto incontestabile e giammai contestato: che l'ordinamento giuridico riconosce obbligazioni degli irresponsabili." A THON se deve a teoria dos imperativos.

<sup>8</sup> WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, Müller, 1959, 60 e 66. A crítica de WÜRTENBERGER dirige-se particularmente à teoria do ilícito pessoal, formulada por WELZEL.

55. A antijuridicidade é o resultado de um juízo *objetivo*, na medida em que independe da culpa (reprovabilidade) com que tenha o agente atuado. JESCHECK esclarece que a antijuridicidade é uma grandeza objetiva, porque a sua medida é a mesma para todos e que o conceito de *objetivo* aqui equivale a *validade geral*.<sup>9</sup> O juízo negativo de valor, no entanto, necessariamente deve recair sobre o modelo de conduta ilícita, compreendendo os seus aspectos objetivos e subjetivos. A expressão *antijuridicidade objetiva* conduz a equívocos. A teoria da antijuridicidade se limita à caracterização negativa do ato, não da personalidade do agente.<sup>10</sup>

56. O debate em torno à fixação de um conceito de antijuridicidade *material*, como conteúdo do injusto está abandonado, a nosso ver, pela doutrina.<sup>11</sup> Parte-se do entendimento fundamental de que o tipo de conduta proibida ou imposta sob ameaça de pena é *tipo de injusto*, que constitui indício da antijuridicidade. A conduta típica será antijurídica se não houver causa de justificação. Pode-se dizer que a realização da conduta que corresponde ao tipo de injusto constitui antijuridicidade *formal*. Materialmente antijurídica é a conduta típica que não está coberta por causa de exclusão da ilicitude.<sup>12</sup>

### *Tipicidade e antijuridicidade*

57. A função indiciária do tipo exerce-se plenamente nos *tipos fechados*, ou seja, naqueles tipos que contêm, por completo, a descrição da conduta incriminada. Os tipos fechados correspondem à regra geral.

<sup>9</sup> JESCHECK, *Lehrbuch*, § 27, 5, 2. Igualmente, § 24, III, 4, a.

<sup>10</sup> MAURACH, *Lehrbuch*, § 24, II, 1.

<sup>11</sup> Para exposição completa das teorias mais importantes, cf. FRAGOSO, *Antijuridicidade*, RBCDP n.º 7, 38.

<sup>12</sup> MAURACH, *Lehrbuch*, § 24, III, 2.

Existem, todavia, igualmente, *tipos abertos*, ou seja, tipos nos quais não se contém a descrição completa do comportamento delituoso, que depende de transgressão de normas especiais que o tipo pressupõe. Compete ao juiz complementar o tipo atendendo aos critérios gerais fixados pela própria lei ou por normas que ela pressupõe. Como diz WELZEL, saber se determinado elemento constitui, ou não, característica do tipo depende da função que exerce como componente da norma, e não da sua localização na lei.<sup>13</sup> No caso dos tipos abertos desaparece a função indiciária do tipo.

São tipos abertos os dos *crimes culposos*, que apenas descrevem resultados. A ação em tal categoria de delitos não se dirige no sentido do resultado, mas a outros fins, geralmente lícitos, fora do tipo. Sabe-se apenas da ação típica dos crimes culposos que deve causar certo resultado e ser praticada com negligência, imprudência ou imperícia (art. 15, II, CP), ou seja, com transgressão do dever objetivo de cuidado a que o agente estava adstrito. Compete ao juiz verificar qual a conduta correspondente ao dever objetivo de cuidado que competia ao agente observar, determinando, assim, a tipicidade (cf. n.º 35, *supra*).

São também abertos os tipos dos *crimes comissivos por omissão* (cf. n.º 13, *supra*), pois nestes deve o agente ter o dever jurídico de impedir o resultado. As situações de fato de que deflui tal dever não estão previstas na lei (diversamente do que ocorre no CP de 1969, art. 13, § 2.º), cabendo ao juiz aqui verificar se o agente assumiu ou se lhe foi imposta a condição de garante da não superveniência do resultado, determinando desta forma a conduta típica.

Uma terceira hipótese de tipos abertos é a daquela em que se faz expressa referência à ilicitude, com o emprego de expressões como “indevidamente” (arts. 151; 151 § 1.º, II; 162, CP etc.); “sem justa causa” (arts. 153 e 154, CP); “sem permissão legal” (art. 292, CP) etc. São as hipóteses da cha-

---

<sup>13</sup> WELZEL, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, Bonn, 1958, Bundesdruckerei, 6.º volume, 278.

mada *ilicitude especial*. A conduta típica depende aqui da transgressão de normas que a incriminação pressupõe e que devem ser necessariamente consideradas pelo juiz para estabelecer a tipicidade do comportamento do agente.

58. Não são ilícitas as ações que, não obstante corresponderem formalmente a uma ação típica, constituem fatos normais da vida de relação. Fala-se, a propósito, impropriamente em *ação socialmente adequada*. BETTIOL afirma que valorar como típicos fatos que representam a manifestação de atividade adequada às exigências e às finalidades sociais em certo momento histórico-cultural significa exprimir um juízo de lógica abstrata, que está fora da vida. Sustenta ainda que não é possível conceber as figuras delituosas como esquemas, em contraste com a história, ou como figuras geométricas que vivem num mundo ideal, sem qualquer nexos com o mundo social no qual o direito exerce sua eficácia, constituindo, assim, estruturas de vida rígidas e mumificadas. A *fattispecie* penal é apenas um *aspecto patológico* da vida de relação, não um aspecto normal da própria vida.<sup>14</sup>

Não podem ser típicas, portanto, ações como a intervenção cirúrgica com êxito (ou mesmo, em certos casos, sem êxito); a circuncisão dos israelitas; as lesões insignificantes feitas pelas manicures; as privações de liberdade irrelevantes etc. Não constitui corrupção a entrega de presentes como *festas* de fim de ano aos funcionários.

Embora submetida a críticas, particularmente em suas formulações originais, a teoria da ação socialmente adequada deve ser aceita como princípio geral de interpretação<sup>15</sup> ou como princípio regulador geral da ilicitude da conduta típica, através do qual se exclui a tipicidade de certos comportamentos. A adequação social não se confunde com as causas de exclusão da antijuridicidade, porque não há aqui norma permissiva alguma.

<sup>14</sup> BETTIOL, *Dir. Pen.*, 272.

<sup>15</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 10, IV.

ROXIN também se refere à adequação social como auxiliar interpretativo, para restringir o teor literal de certos tipos de delito, que acolhem também formas de conduta socialmente admissíveis. E introduz o chamado *principio da insignificância* (*Bagatellprinzip*), que permite desde logo excluir de certos tipos danos de pouca monta. É o caso de lesões corporais insignificantes.<sup>16</sup>

### *Causas de justificação em geral*

59. Tem-se esforçado a doutrina, sem resultados compensadores, na busca de princípios gerais de exclusão da ilicitude. Não existe um princípio geral que abranja todas as causas de justificação, ao contrário do que supunham os autores que buscaram estabelecer a essência da ilicitude através da antijuridicidade material.

Parece-nos, no entanto, que podem elas ser classificadas em três grandes grupos:

1. causas que se fundam em *situação de necessidade* (estado de necessidade e legítima defesa);
2. causas que se fundam na *atuação do direito* (exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal);
3. causa que se funda na *ausência de interesse* (consentimento do ofendido).<sup>17</sup>

60. As causas de justificação estão previstas na lei penal (art. 19, CP), inclusive na parte especial (art. 128, CP). Podem também fundar-se no direito consuetudinário e resultam da totalidade do ordenamento jurídico. Isso significa

---

<sup>16</sup> ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad., Barcelona, Bosch, 1972, 53.

<sup>17</sup> MEZGER, *Tratado*, I, 408, reconhece dois princípios gerais: princípio da ausência de interesse e princípio do interesse preponderante.



que se a ação é permitida pelo direito civil, por exemplo, não pode ser ilícita para o direito penal. Assim, o emprego da força pelo possuidor turbado ou esbulhado para manter-se ou restituir-se na posse (art. 502, Cód. Civil) não pode constituir ilícito penal, sendo exercício de direito (art. 19, III *in fine*, CP), que exclui a antijuridicidade da ação.

61. Embora a doutrina, entre nós, seguindo a lição de mestre HUNGRIA, permaneça em geral fiel ao entendimento de que as causas de exclusão da antijuridicidade são apreciadas objetivamente, com exclusão de todo componente subjetivo do comportamento, parece-nos que não é possível dispensá-lo.

O juízo de antijuridicidade recai sobre a conduta típica, compreendendo os aspectos objetivos e subjetivos do tipo. Se o autor não dirige sua conduta conscientemente no sentido da justificação, subsiste o desvalor da ação que realiza. Assim, não há legítima defesa sem vontade de defender-se; não há justificação pelo estado de necessidade, se o agente não atua com vontade dirigida à salvação do bem em perigo; não há exercício regular de direito nem cumprimento de dever legal sem a consciência de agir em tais condições.<sup>18</sup>

Nenhum impedimento existe de que se interprete a lei vigente no sentido de exigir o componente subjetivo das causas de justificação. Ao contrário, as fórmulas legislativas adotadas parecem favorecer esse entendimento.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> MAURACH, *Lehrbuch*, 25, V, B, 2: "A justificação de uma ação típica depende, em todas as causas de justificação, de que o resultado último autorizado objetivamente se baseie na vontade do autor tendente a esse resultado; ao elemento *objetivo* de justificação (o atuar na realidade, apesar da realização do tipo, conforme ao direito) deve corresponder, como elemento *subjetivo* de justificação, a vontade de atuar autorizado socialmente." Veja-se também WELZEL, *Strafrecht*, § 14, I, 3, 6, e SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 51, Vorbem. 75.

<sup>19</sup> Veja-se particularmente a definição legal do estado de necessidade.

62. Como já vimos (n.º 40, *supra*), há *erro de proibição* se o agente imagina que ocorre situação de fato que, se realmente existisse, tornaria a ação legítima. Trata-se de erro sobre a licitude do comportamento, que nossa lei considera *erro de fato* (art. 17, segunda parte, CP). Em tal caso, exclui-se a culpabilidade, subsistindo a tipicidade e a anti-juridicidade da ação. Se o erro deriva de culpa, a esse título será punível o agente, se o fato é previsto como crime culposos.

### *Estado de necessidade*

63. O CP de 1969 adotou, em relação ao estado de necessidade, a chamada teoria diferenciadora, que distingue a situação em que a necessidade torna a ação lícita (art. 28) do caso em que exclui a culpa, por inexigibilidade de outra conduta (art. 25).

Segundo essa teoria, o estado de necessidade justifica em situação de conflito o sacrifício de um bem de menor valor. Exclui, no entanto, a culpa o sacrifício de um bem de igual ou de maior valor se for inexigível do agente conduta diversa. O direito, neste último caso, não declara lícita a ação, mas admite, dadas as circunstâncias, a exclusão da reprovabilidade do comportamento.

A teoria diferenciadora, hoje amplamente dominante na doutrina alemã,<sup>20</sup> resultou da concepção normativa da culpabilidade (mais particularmente, da inexigibilidade de conduta diversa como exclusão da culpa) e das deficiências da previsão legal do estado de necessidade, no velho CP alemão

---

<sup>20</sup> Fielis à *teoria unitária*, segundo a qual o estado de necessidade sempre exclui a ilicitude, permaneceram VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Berlim, Springer, 1930, II, 231; GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, Berlim e Leipzig, Gruyter, 1932, 150 e HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, Stuttgart e Colônia, Kohlhammer, 1953, 189. MAYER, no entanto, distingue: no conflito de bens desiguais, o sacrifício do de menor valor está justificado. No caso de bens desiguais, o fato praticado em estado de necessidade não é proibido.

(§ 54). Com a obra de GOLDSCHMIDT e a de FREUNDENTHAL, passou-se a considerar que o estado de necessidade a que se referia o código excluía a culpabilidade, sendo causa de justificação o estado de necessidade previsto no Código Civil.<sup>21</sup> A idéia fundamental é a de que é conforme ao direito o sacrifício de um bem de menor valor no conflito criado pelo estado de necessidade. A situação de necessidade, no caso previsto no CP, pode dar lugar à exclusão da culpabilidade, mas permanece antijurídica.

A distinção entre os dois casos de estado de necessidade penetrou nas legislações<sup>22</sup> e consta de vários projetos.<sup>23</sup>

Com a rubrica "*estado de necessidade como excludente de crime*", o CP de 1969 dispõe (art. 28): "Considera-se em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar direito seu ou alheio de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia evitar, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo." O "*estado de necessidade como excludente da culpabilidade*" está previsto no art. 25: "Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou de afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa."<sup>24</sup>

<sup>21</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*; *Österreichische Zeitschrift f. Strafrecht*, 1913; FREUNDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, Tübingen, 1922.

<sup>22</sup> CP grego (arts. 25 e 32); CP alemão (§§ 34 e 35); CP austríaco (§§ 3 e 10), etc.

<sup>23</sup> Anteprojeto HUNGRIA (arts. 22 e 26); projeto SOLER (arts. 15 e 23); projeto alternativo (*Alternativ Entwurf*) (§§ 15 e 23); projeto EDUARDO CORREIA (arts. 37 e 45); CP Tipo para a América Latina (arts. 17 e 30).

<sup>24</sup> Veja-se a *Exposição de Motivos* do CP de 1969, n.º 14.

O CP vigente adota fórmula unitária, referindo-se apenas ao sacrifício de um bem que, “nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (art. 20, CP). Essa fórmula compreende também o caso de conflito de bens de igual valor, no qual subsiste a ilicitude, excluindo-se apenas a culpabilidade.

*Estado de necessidade como excludente do injusto*

64. O que justifica a ação típica praticada em estado de necessidade é aqui o princípio do interesse predominante. É essencial que o bem que se procura salvar seja de maior valor que o sacrificado, segundo critérios objetivos e gerais de valoração.

A *colisão de deveres* constitui uma espécie de estado de necessidade, pois todo dever está vinculado a um determinado bem jurídico.<sup>25</sup> É o caso do advogado que só poderá impedir crime grave iminente se revelar o segredo que lhe foi confiado pelo cliente (exemplo de MAURACH).

A ação está justificada se é o único meio para salvar o bem em perigo atual, não provocado pelo agente. *Perigo atual* significa probabilidade de dano presente e imediata, não bastando a mera possibilidade. Se já se consumou o dano, por igual, inexistente estado de necessidade, ressalvada a hipótese em que a ação pode ser praticada para fazer cessar o evento que constitui a lesão jurídica ou para evitar que esta se amplie.

O estado de necessidade não pode ser invocado por quem voluntariamente causou a situação de perigo. Essa fórmula, no regime do CP de 1969, refere-se ao dolo e à culpa. Todavia, perante o vigente CP, refere-se exclusivamente ao dolo, sendo, pois, possível o estado de necessidade se o agente causa o perigo por inobservância do cuidado devido.

Deve o agente atuar *para salvar* o bem ameaçado, sendo indispensável que tenha consciência da situação de perigo e

---

<sup>25</sup> MAURACH. *Lehrbuch*. § 27, V.

de agir para evitar a lesão.<sup>20</sup> A existência objetiva de uma situação de estado de necessidade não justifica a ação praticada dolosamente, sem que o agente tenha consciência de agir para salvação do bem em perigo. Em tal caso, pratica crime. Incabível é a legítima defesa perante o estado de necessidade. Pode, no entanto, a pessoa atingida, por seu turno igualmente alegar estado de necessidade.

O erro quanto à situação de necessidade constitui *erro de proibição*, que nossa lei considera erro de fato (art. 17, segunda parte, CP). O *excesso do estado de necessidade* é antijurídico, e por ele responderá o agente, a título de dolo ou de culpa, conforme o caso. O CP de 1969 dispõe que o excesso não é punível quando resulta de escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação e que, mesmo quando punível o excesso doloso, pode o juiz atenuar a pena (art. 30, §§ 1.º e 2.º). No caso de excesso escusável, haverá, em relação ao mesmo, antijuridicidade. Exclui-se aqui a culpabilidade (reprovabilidade).

Tratando-se de causa de exclusão da antijuridicidade, a ação praticada é lícita. Em consequência, não será punível a participação.

#### *Estado de necessidade excludente da culpabilidade*

65. Diversamente do que ocorre em relação a outras legislações, o estado de necessidade exculpante previsto no CP de 1969 refere-se à salvação de qualquer bem. O bem sacrificado pode ser superior ao que se busca preservar, desde que não seja razoavelmente exigível ao agente conduta diversa. A inexigibilidade é o fundamento da exclusão da culpa.

A inexigibilidade de outra conduta não constitui causa geral e supralegal de exclusão da culpa, como supunha FREUNDENTHAL. Ela opera somente nos limites em que é

---

<sup>20</sup> JESCHECK, *Lehrbuch*, § 33, IV, 4: "O agente deve também aqui agir com o propósito de salvar" (*Rettungswille*). Nesse sentido a doutrina é hoje, na Alemanha, pacífica. O novo CP contém expressa referência ao fim de agir ("*um die Gefahr... abzuwenden*").

admitida pelo direito positivo.<sup>27</sup> Isto não significa que as causas de inexigibilidade previstas na lei não permitam aplicação analógica. Reconhecem, em geral, os autores que nos crimes culposos a inexigibilidade de outra conduta tem maior amplitude, pois há estados e situações, a que o agente é levado *sem culpa*, os quais tornam inexigível o dever de objetivo de cuidado.<sup>28</sup>

O perigo deve ser atual e não provocado pelo agente, dolosa ou culposamente, e o sacrifício do bem deve ser o único meio capaz de afastar o perigo.

A vida humana representa um "máximo valor absoluto". Em consequência, não se pode dizer justificada a ação de quem causa a morte de uma pessoa para salvar a vida de várias. Em tal caso, não existe *mal menor*. Haverá, no entanto, inexigibilidade de outra conduta e, pois, exclusão da culpabilidade.<sup>29</sup>

Titular do bem em perigo deve ser o próprio agente ou pessoa a ele ligada "por estreitas relações de parentesco ou de afeição". As relações de parentesco compreendem também a filiação ilegítima, inclusive os filhos adulterinos.

Aqui também se exige vontade dirigida no sentido da salvação do bem em perigo, embora possam concorrer outros motivos. Pelo excesso inescusável responderá o agente, a título de dolo ou culpa, conforme o caso.

Não se encontra no novo CP solução expressa para o erro no estado de necessidade exculpante, que outras leis prevêem (§ 35,2, CP alemão). Trata-se de exclusão da culpabilidade e a regra a ser aplicada é a de que, em matéria de escusa, o putativo equivale ao real. Se o agente erroneamente supõe encontrar-se em estado de necessidade exculpante, seu comportamento não é censurável. Se o erro for

<sup>27</sup> MAURACH, *Lehrbuch*, § 33, II, B. Veja-se o excelente trabalho de PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *Considerações em torno à supra-legalidade no direito penal*, RBCDP n.º 6 (1964), 19.

<sup>28</sup> FRAGOSO, *Lições*, PG, n.ºs 200 e 214.

<sup>29</sup> MAURACH, *Lehrbuch*, § 33, II, C. Cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Estado de necessidade*, *Ciência Penal* n.º 1 (1973), 96.

inescusável, responderá ele a título de culpa, se o fato é punível também como crime culposos.<sup>30</sup> O dolo subsiste.

Se o agente excede os limites da necessidade, responderá pelo excesso, a título de dolo ou culpa, conforme o caso. Se o excesso resulta de escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo em face da situação (excesso *intensivo*), não será punível (art. 30, § 1.º, CP de 1969).

No estado de necessidade exculpante, como é óbvio, subsiste a antijuridicidade da ação. Em consequência, é difícil resolver o caso de participação, quando o partícipe não esteja igualmente em estado de necessidade, pois a regra é que a punibilidade de cada um dos concorrentes se determine segundo a própria culpabilidade, independentemente da culpabilidade dos demais (art. 35, § 1.º, CP de 1969).

Tomem-se os exemplos de MAURACH: 1.º) A, B e C empreendem excursão perigosa. A vai adiante, seguido de B e C, atados por uma corda. Em dado momento, C cai num desvão, pondo B também em perigo. Instigado por A, B rompe a corda, salvando-se com o sacrifício de C. 2.º) Na mesma situação, A, instigado por B, rompe a corda, salvando B em prejuízo de C.

A situação de A é, em qualquer caso, antijurídica. No primeiro exemplo, participa, mediante instigação, na ação de B. No segundo exemplo A é autor e o partícipe é que se encontra em estado de necessidade. O problema da culpabilidade só poderá surgir se A não tiver relação de parentesco ou de afeição com a pessoa a ser salva, pois se assim for há também para o terceiro estado de necessidade que exclui a culpa. A escolheu, em qualquer dos casos, o mal menor e repugnaria admitir a sua responsabilidade penal, caso inexistam as relações de parentesco ou de afeição.

<sup>30</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 23, I, 3; JESCHECK, *Lehrbuch*, § 48, II; MAURACH, *Lehrbuch*, § 38, II, B. Para a doutrina mais antiga, cf. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 42, VI; FRANK, *Kommentar*, § 54, I, 5. a.



Os autores divergem na solução. SCHÖNKE-SCHRÖDER entendem que subsiste a responsabilidade penal.<sup>31</sup> MAURACH pronuncia-se em sentido contrário, reconhecendo, no entanto, que são insatisfatórias as tentativas para buscar um fundamento para a solução correta.<sup>32</sup> RUDOLPHI entende que, embora seja antijurídica a ação ou a participação de terceiro no estado de necessidade exculpante, em caso algum pode ser ele punível.<sup>33</sup>

### *Legítima defesa*

66. Manteve o novo CP definição de legítima defesa que corresponde ao que se contém no código vigente. Como bem nota ANIBAL BRUNO, a legítima defesa é instituto que atingiu notável grau de acabamento. Aos comentários de mestre HUNGRIA desejamos acrescentar que, a nosso ver, não há legítima defesa sem vontade dirigida no sentido da reação defensiva. Como observa ANIBAL BRUNO, "apesar do caráter objetivo da legítima defesa, é necessário que exista, em quem reage, a vontade de defender-se. O ato do agente deve ser um gesto de defesa, uma reação contra ato agressivo de outrem, e esse caráter de reação deve existir nos dois momentos de sua atuação, o subjetivo e o objetivo. O gesto de quem defende precisa ser determinado pela consciência e vontade de defender-se".<sup>34</sup>

<sup>31</sup> SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 54, n.º 11. No mesmo sentido, KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, Berlim, Gruyter, 1950, § 54, I, 4.

<sup>32</sup> MAURACH, *Lehrbuch*, § 33, III. Veja-se também WELZEL, *Strafrecht*, § 23, III.

<sup>33</sup> RUDOLPHI, *Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?*, ZStW, n.º 78 (1966), 98. Sobre a matéria, veja-se GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, no volume *Estudios de Derecho Penal*, Madri, Civitas, 1976, 107. Para o autor, o estado de necessidade é sempre causa de justificação.

<sup>34</sup> ANIBAL BRUNO, *Dir Pen.*, I, 380.

67. A questão do excesso na legítima defesa tem conduzido a jurisprudência a certas dúvidas, relativamente à formulação de quesitos, no júri. Segundo o código vigente, “o agente que excede culposamente os *limites da legítima defesa* responde pelo fato, se este é punível como crime culposo”. A que *limites* a lei se refere?

Os limites a que a lei faz referência são os da *necessidade*, e a doutrina o reconhece, sem discrepâncias. O CP de 1969 (art. 30) a eles alude expressamente (“o agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os *limites da necessidade*, responde pelo fato, se este é punível a título de culpa”). O vigente CP italiano, por igual, no art. 55, dispõe: “*Quando nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli art. 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti... imposti dalla necessità, si applicano la disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.*”

O excesso, precisamente por ser excesso, pressupõe a existência anterior de uma situação de legítima defesa. Trata-se de uma legítima defesa em que a pessoa injustamente agredida se defende *demais*. Por isso diz MANZINI, com toda a propriedade: “*Perchè si abbia eccesso colposo nella difesa occorre che il fatto sia stato cominciato nelle circostanze presupposti dalla difesa legittima.*”<sup>35</sup>

O excesso deve ocorrer, portanto, diante de agressão atual ou iminente e injusta, a direito próprio ou alheio, pois são esses os pressupostos fundamentais da legítima defesa.

O excesso que aqui se considera é apenas o que se tem denominado *intensivo*, ou seja, o excesso que se refere à *espécie* dos meios empregados ou ao *grau* de sua utilização. O agente faz mais do que é necessário para defender-se. Diz-se o excesso *extensivo* quando não há, ou quando não há mais, a agressão.<sup>36</sup> É o que ocorre com o *pretexto de legítima*

<sup>35</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Turim, Utet, 1950, II, n.º 408 (p. 367).

<sup>36</sup> SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 53, V.

defesa e quando é atingido o agressor que foge após a consumação do ataque.<sup>37</sup>

Mestre SOLER expressa bem essas idéias quando ensina que o excesso se refere aos *limites da ação* e não à sua inicial licitude. E que por isso se chama excesso “à intensificação desnecessária da ação inicialmente justificada”.<sup>38</sup>

A *superabundância de meios*, ou seja, o excesso, pode referir-se tanto ao emprego de meio desnecessário como ao uso imoderado dos meios necessários. É o que ensina com precisão NELSON HUNGRIA (p. 464): “Só há falar-se em *excesso de legítima defesa* quando o agredido podia ter escolhido um meio menos prejudicial ou usou imoderadamente do meio a que teve de recorrer.”<sup>39</sup>

Há excesso por emprego de meio desnecessário, quando o agente, podendo defender-se eficazmente com um bastão, emprega um revólver.<sup>40</sup> Há uso imoderado dos meios necessários, quando, usando um bastão, o agente golpeia violenta e repetidamente o agressor, de forma inteiramente desproporcionada à agressão.

Se o júri reconhece que houve agressão atual ou iminente e injusta a direito próprio ou de outrem, e se nega que os meios empregados para repeli-la tivessem sido necessários, cumpre indagar se foi doloso ou culposos o emprego dos meios desnecessários.

Dada a sua índole comum, podem os quesitos sobre a necessidade e a moderação ser englobados num só.

O excesso é antijurídico (e pode dar lugar, inclusive, a legítima defesa), constituindo apenas exclusão ou diminuição da culpabilidade. Se for doloso, o agente responde pelo resultado do excesso na forma de crime doloso. Se for culposos, o agente responde por crime culposos, se o fato for a tal título

<sup>37</sup> MEZGER, *Tratado*, II, 193.

<sup>38</sup> SOLER, *Der. Pen.*, II, 386.

<sup>39</sup> No mesmo sentido, cf. ANIBAL BRUNO, I, 384.

<sup>40</sup> ANTOLISEI, *Manuale de Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1956, 225.

incriminado. Exclui-se a culpa integralmente, se o excesso, consciente ou não, não é censurável, o que ocorre quando deriva de medo, de perturbação ou de susto (CP de 1969, artigo 30, § 1.º). Nesse caso há inexigibilidade de outra conduta.<sup>41</sup> São os chamados elementos *astênicos*. Se o excesso deriva do ódio ou da excitação da pessoa agredida (estados *estênicos*), é censurável, e por ele responderá, sem dúvida, o agente, a título de dolo. O excesso deve aparecer sempre informado pelo fim de defender-se e não pelo de vingar a agressão.<sup>42</sup>

A jurisprudência do STF é hoje pacífica no sentido de declarar a nulidade do julgamento em que se considera prejudicado o quesito sobre o excesso, se o júri nega a necessidade dos meios.<sup>43</sup>

### *Consentimento do ofendido*

68. Apesar da oposição de mestre HUNGRIA, parece-nos não haver dúvida de que há situações em que o consentimento do ofendido exclui a antijuridicidade. Há, por certo, casos em que o consentimento exclui a própria tipicidade. É o caso, por exemplo, da invasão de domicílio (art. 150, CP). Há, no entanto, por outro lado, situações excepcionais em que o consentimento se refere a bens jurídicos *disponíveis*, ou seja, bens exclusivamente de interesse privado (que a lei protege somente se são atingidos contra a vontade do titular). O consentimento nesses casos traz consigo uma renúncia à proteção jurídica,<sup>44</sup> que exclui a ilicitude. De nenhum efeito é o consentimento quando se trata de bens *indisponíveis*, ou seja, bens que envolvem interesses da coletividade.

<sup>41</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 23, II. 1. c.

<sup>42</sup> SOLER, *Der. Pen.*, I, 391

<sup>43</sup> RTJ 70/345; 76/732.

<sup>44</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 14, VII, 2. Sobre a história do consentimento como causa de justificação (que remonta ao princípio romano *volenti non fit injuria*, D. 47, 10, 1 § 5), cf. JESCHECK, *Lehrbuch*, § 34, II.

A honra, a liberdade, a inviolabilidade dos segredos, o patrimônio são bens disponíveis. A vida, a integridade corporal,<sup>45</sup> os costumes, a saúde pública etc., são bens indisponíveis.

O consentimento deve ser dado pelo titular do bem, mas não vigoram a tal respeito as limitações do direito privado. Será válida a manifestação de vontade de quem é capaz de discernimento, não obtida através de coação ou de fraude. O consentimento *posterior* é irrelevante, embora possa ter efeitos práticos nos crimes de ação privada (art. 102, § 2.º, CP). Antes de praticada a ação pode o consentimento ser revogado.

Do ponto de vista subjetivo, será indispensável que o agente tenha consciência do consentimento e atue em função dele.<sup>46</sup> O erro aqui resolve-se sempre segundo os princípios gerais que regem o erro quanto à antijuridicidade da ação (art. 17, segunda parte, CP).

---

<sup>45</sup> O CP alemão (§ 226 a) exclui a ilicitude da lesão corporal no caso de consentimento da vítima. O CP italiano apresenta disposição de validade geral (art. 50).

<sup>46</sup> JESCHECK. *Lehrbuch*, § 34, V.

## ARTIGOS 22 A 24

**BIBLIOGRAFIA** — *Sobre imputabilidade*: BELEZA DOS SANTOS, *O conceito ético-jurídico de responsabilidade penal*, no volume *Estudos de Direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*, Rio de Janeiro, Forense, 1962; BIRKMEYER (K.), *Schuld und Gefährlichkeit*, Leipzig, Felix Meiner, 1914; BOCKELMANN (P.), *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit*, ZStW, n.º 75, 372; BRICHTA (M.), *Zurechnungsfähigkeit oder Zweckmässigkeit?*, Leipzig e Viena, Franz Deuticke, 1903; BRICOLA (F.), *Il fatto del non imputabile e pericolosità*, Milão, Giuffrè, 1961; CEREZO MIR (J.), *El Tratamiento de los semi-imputables*, *Revista de Ciencias Penales* (Chile), v. XXXII, n.º 1; CIVOLI (C.), *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, *Enciclopedia Pessina*, v. V; COLACE (F.), *Imputabilità e pericolosità nel Codice Penale*, Milão, Giuffrè, 1938; CORDOBA RODA (J.), *L'imputabilité diminuée dans le droit pénal espagnol*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1967, fasc. 1/2; CRESPI, *Imputabilità (dir. pen.)*, *Enciclopédia del diritto*, XX, Milão, 1970, 763; DEL ROSAL (J.), *Sull'imputabilità*, *Archivio Penale*, 1959, I; DÍAZ PALOS (F.), *La base metafísica de la imputabilidad: la libertad y su negación*, no volume *Estudios Penales*, em homenagem ao P. Pereda, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965; id., *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, Bosch, 1965; DI TULLIO (B.), *Presupposti criminologici della responsabilità penale*, *Scuola Positiva*, 1960, p. 183; DRAPKIN (I.), *Cromosomas sexuales anormales y responsabilidad criminal*, no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964; ENGISCH (K.), *Die Lehre von devant le droit*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1966, 2.º fasc. (também publicado no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964); ENGISCH (K.), *Die lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlim, 1963; GALLO (M.), *Capacità penale*, *Novissimo Digesto italiano*, Turim, II, 1958, 80; GRAVEN (J.), *L'évolution de la notion de "responsabilité pénale" et ses effets*, *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, v. 18, n.º 3 (1964); GULLOTTA (G.), *Criminalità e cromosomi*, *L'Indice Penale*, Ano III.

n.º 3 (1969); GÜNTHER (C.), *Die Zurechnung im Strafrecht*, Berlin e Leipzig, Georg Wattenbach, s/d; HARTUNG (F. E.), *La responsabilità penale quale concetto científico*, Quaderni di Criminologia Clínica, 1967, n.º 3; HELDMANN (H. H.), *Zurechnungsfähigkeit Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit*, no volume *Materialien zur strafrechtsreform*, 2. Band, Bonn, 1954; JIMÉNEZ DE ASÚA (L.), *Imputabilidad e imputabilidad disminuida*, *El Criminalista*, Buenos Aires, Zavalia, VII, 1966; *Id.*, *El hombre imputable*, *ibidem*, IV, 1960; KAUFMANN (Armin), *Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum*, no volume em homenagem a Eb. Schmidt, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961; KOPFLOW (H.), *Zum Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, Giessen, Schulz, 1931; LAINGUI (A.), *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970; MEZGER (E.), *Zurechnungsfähigkeit*, no volume em homenagem a Frank (*Frank Festgabe*, Tübingen, Mohr, 1930, I); *id.*, *Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit*, 1949; *id.* *Modernos aspectos de la imputabilidad*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1956, 437; MORO (A.), *La capacità giuridica penale*, Pádua, Cedam, 1939; NUVOLONE (P.), *Das Problem der Verantwortlichkeit im italienischen Strafrecht*, no volume *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, Milão, Giuffrè, 1969; PELLEGRINI (R.), *Imputabilità ed incapacità di intendere o di volere nella giurisprudenza della Corte Suprema*, no vol. *Scritti giuridici in onore de V. Manzini*, Pádua, Cedam, 1954; PINATEL (J.), *Biologie et responsabilité*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1968, fasc. 3; PIRES (Nelson), *Reações criminosas de curto circuito*, Rio de Janeiro, 1968; PISAPIA (G. D.), *Contributo alla determinazione del concetto di capacità nel diritto penale*, *Studi di Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1956; POTIGLIATTI BARBOS (M.), — MARINI (G.), *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, Milão, Giuffrè, 1964; SABATINI (G.), *Biologia e diritto nel concetto di imputabilità*, *Giustizia Penale*, 1965, janeiro, I, col. 1; SCHNEIDER (K.), *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, Stuttgart, George Thime, 1961; SEELIG (E.), *Zum Problem der Neufassung des § 51*, no volume em homenagem a Mezger (*Festschrift f. Edmund Mezger*, Munique e Berlin, Beck, 1954); SESSO (R.), *Imputabilità e sistematica del reato*, Milão, Giuffrè, 1962; SILVEIRA (V. C.), *Tratado da Responsabilidade Criminal*, São Paulo, 1956; SILVEIRA (José dos Santos), *Da imputabilidade no direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1960; SPOLANSKY (N. E.), *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, *Rev. Der. Penal Crim.*, n.º 1 (1968); STUMPFL (F.), *Motiv und Schuld*, Viena, Franz Deuticke, 1961; TIEGHI (O. N.), *Reflexologia Criminal*, *Psicologia y*



*responsabilidad criminal*, Buenos Aires, Astrea, 1974; VON LISZT, *Die Strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, Vorträge und Aufsätze*, 1905, v. II; WÖLFFLE, *Verminderte Zurechnungsfähigkeit und Strafrechtsschuld, Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 414 (1940); WYRSCH (J.), *Ueber "Schwere Bewusstseinsstörung" (art. 10 StGB) und "in seinen Bewusstsein beeinträchtigt"*, *Revue Pénale Suisse*, 1968, fasc. 2; ZLATARIC (B.), *Lo statuto giuridico dei delinquenti anormale*, *Scuola Positiva*, 1963, p. 589.

*Sobre doença e perturbação mental*: ALVES GARCIA (J.), *O alienado em face das leis penais*, *Revista Jurídica* (Fac. Nacional de Direito), v. X, p. 367; BONNET (E. F. P.), *El transtorno mental transitorio*, *Criminalia*, abril de 1964; CAVALLARI (V.), *Il proscioglimento per infermità di mente e il preteso "interesse" del sano e del semi-infermo al ricovero in un manicomio giudiziario*, no volume *Studi in onore di F. Antolisei*, Milão, Giuffrè, 1965, I; CORNIL (P.), *La loi belge de défense sociale à l'égard des anormaux*, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1968, fasc. 2; DE VICENTIIIS-SEMERARI, *Contributo medico legale all'interpretazione della norma giuridica a contenuto psicopatologico*, *Giustizia Penale*, junho de 1965; I; col. 161; nov. 1966, I, col. 353; ago-set. 1967, I, col. 225; id., *Follia morale ed imputabilità*, *Giust. Pen.* fev. 67, I, col. 33; FARAONE (G.), *In tema di anomalie psichiche ed imputabilità*, *Quaderni di Criminologia Clinica*, 1964, n.º 4; GIBBENS (T. C. N.), *Le traitement des délinquents anormaux en Angleterre*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1969, fasc. 3; HENRIQUEZ (E. C.), *Transtornos mentales transitorios*, *Criminalia*, junho de 1964, p. 362; HUBER (G.), *Mental abnormality and society*, *Law and State*, v. 6 (1972), Tübingen; KAISER (G.), *Influence of advances in biology and medicine on penal law*, *Law and State*, v. 7 (1973), Tübingen; LEGRAND, *Le traitement institutionnel des délinquents anormaux*, *Revue Sc. Crim. Droit Comparé*, 1968, fasc. 2; LEVASSEUR (G.), *La delinquenza degli anormali*, *Scuola Positiva*, 1964, p. 212; MATTHIJS (J.), *La loi belge de defense sociale à l'égard des anormaux*, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1968, fasc. 2; MERAL SEGURA (J.), *La esquizofrenia como fator de la criminalidad*, *Criminalia*, julho de 1964, p. 440; MORAES (Oswaldo D.), *Nexos sintomáticos entre crime e doença mental*, tese, 1954; PÉREZ-VITORIA MORENO, *El "transtorno mental transitorio" como causa de inimputabilidad en el código penal español*, no volume *Studi in memoria de Arturo Rocco*, Milão, Giuffrè, 1952; SCHULTE (W.), *Psychiatric Aspects of Crime*, *Law and State*, v. 4 (1971), Tübingen; SPARKS (R. F.), *The decision to remand for mental examination*, *British Journal of Criminology*, v. 6, n.º 1, jan. 1966.

Sobre embriaguez: ARRUDA MIRANDA (D.), *O problema criminológico do alcoolismo*, RBCDP n.º 1 (1963); BALESTRA (Andrés A.), *Da embriaguez como figura autónoma*, *Ciência Penal* n.º 1 (1973); BRICOLA (F.), *Finzione di imputabilità ed elemento soggettivo nell'art. 92 comma 1 c.p.*, *Riv. It.*, 1961, 486; BRUNO (Anibal), *Embriaguez voluntária ou culposa e responsabilidade penal*, in *Estudos Jurídicos em honra de Soriano Neto*, Recife, 1962; também publicado na RBCDP n.º 7 (1964); BRUNO, *Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti*, *Enciclopédia del Diritto*, Milão, 1962, XI, 432; CORSONELLO, *Actiones liberae in causa*, Pádua, Cedam, 1947; CRESPI, *Il problema della colpevolezza nella ubriachezza volontaria o colposa*, *Riv. It.* 1950, 740; FLÜCK, *Alkoholrausch und Zurechnungsfähigkeit*, 1968; FRIAS CABALLERO (J.), *Acerca de la responsabilidad penal del ebrio en el Código Penal argentino*, no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964; KRAUSE (F. W.), *Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung*, *Helmuth Mayer Festschrift*, Duncker & Humblot, Berlim, 1966; QUIROZ CUARÓN (A.), *Alcoholismo y criminalidad en Mexico*, *ibidem*; SAWIKI (J.) *Les problèmes concernant la responsabilité pénale posés par l'alcoolisme*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1960, 1.º fasc., também publicado no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964; SOUZA SANTOS (B.), *Crimes cometidos em estado de embriaguez*, Coimbra, 1968; SCHULTZ (H.), *Die Behandlung der Trunkenheit im Strafrecht*, Frankfurt e Berlim, 1960; TERRAGNI (M. A.), *Responsabilidad penal del ebrio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976; VENDITTI, *Actio libera in causa*, *Enciclopedia del diritto*, Milão, 1958, I, 533; ZAFFARONI (E. R.), *La embriaguez en el derecho penal*, *Criminalia*, junho de 1965.

Sobre emoção e paixão: GEILEN, *Zur Problematik des Schuld ausschliessenden Affekts*, Maurach Festschrift, 1972; KRÜMPPELMANN (J.), *Motivation und Handlung im Affekt*, Hans Welzel Festschrift, Walter de Gruyter, Berlim, Nova York, 1974; RUGGIERO (G.), *La rilevanza giuridico-penale degli stati emotivi e passionali*, Nápoles, Jovene, 1958; VANNINI (O.), *Ancora sugli stati emotivi e passionali*, *Raccolta di alcuni scritti minori*, Milão, Giuffrè, 1952; *id.*, *Ubriachezza colposa*, *ibidem*.

Sobre menoridade: BULHÕES DE CARVALHO (F. P.), *Vinte teses sobre a assistência ao menor e ao incapacitado*, Rio de Janeiro, 1975; CAVALLIERI (A.), *A lei sobre menores infratores*, *Revista de Direito (MP da Guanabara)*, n.º 7; *Direito do menor*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976; HERZOG (J. B.), *Adolescentes e jovens adultos delinquentes*, RBCDP n.º 3 (1963); PIGHI (G.), *La capacità di intendere*

*e di volere dei minori fra i quattordici e i diciotto anni nella giurisprudenza, L'indice Penale, Ano X (1976), n.º 2; SCHAFFSTEIN (F.), Die Jugendzurechnungsunfähigkeit im Verhältniß, ZStW, n.º 65, 191; id., Jugendstrafrecht, Stuttgart, Kohlhammer, 1966.*

### *Imputabilidade e capacidade de culpa*

69. Responsabilidade penal e imputabilidade são, evidentemente, coisas diversas, sendo indiscutível a impropriedade de nosso vigente CP, que emprega uma expressão pela outra. *Responsabilidade penal* é o dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável. *Imputabilidade* é capacidade de culpa, ou seja, condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento.

Embora houvesse mantido em seu anteprojeto a expressão “responsabilidade penal”, NELSON HUNGRIA concordou em substituí-la por “imputabilidade penal”.<sup>1</sup> Abandonando a expressão “imputabilidade”, o novo CP alemão (§§ 19/21) trata da matéria sob a rubrica “capacidade de culpa” (*Schuldfähigkeit*), com o que se deixa claro, no próprio texto da lei, a sua natureza jurídica.<sup>2</sup>

A imputabilidade é pressuposto da culpa e se refere à capacidade de um obrar reprovável. Se o agente não tiver capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou de auto-determinação segundo tal entendimento, nenhum juízo de censura poderá recair sobre sua conduta.

A questão da imputabilidade deve ser examinada *após* a determinação da antijuridicidade. O inimputável pode agir em situação que exclua a ilicitude e se essa defesa for apresentada não cabe a absolvição sumária (art. 411, CPP) com internamento (art. 91, CP).

<sup>1</sup> No Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro existe um exemplar do anteprojeto que pertenceu ao mestre, onde aparece a emenda manuscrita, de seu próprio punho.

<sup>2</sup> O novo CP austríaco (§ 11), no entanto, manteve-se fiel à designação tradicional (*Zurechnungsunfähigkeit*).

A culpa é referida à vontade e se relaciona com um fato determinado. A imputabilidade é referida à genérica capacidade de autodeterminação consciente, partindo-se do postulado da liberdade de agir segundo os próprios motivos, essencial ao direito punitivo. Como diz NUVOLONE, somente pode alguém ser chamado a responder por um crime enquanto se parta da hipótese segundo a qual ele, querendo, poderia agir diversamente.<sup>3</sup>

O dolo constitui elemento subjetivo do tipo (cf. n.º 24, *supra*), despido de todo conteúdo normativo. Se se adota o enquadramento básico da teoria finalista da ação, não pode haver dúvida de que o inimputável também pode agir dolosamente.

### *O critério biopsicológico*

70. O critério biopsicológico adotado pelo vigente CP como fórmula de exclusão da imputabilidade aparece, em geral, nas codificações modernas. Ele foi adotado pelo CP Tipo para a América Latina (art. 19) e pelo CP de 1969 (art. 31), que manteve, afinal, a disposição da lei em vigor.

Trata-se de um esquema jurídico perfeito, mas cientificamente precário. Exclui-se a imputabilidade somente se a doença mental ou o desenvolvimento mental retardado conduzem à incapacidade completa de entendimento ou de autogoverno. KURT SCHNEIDER opôs rigorosa crítica ao esquema legal, observando que a fórmula adotada é uma espécie de construção de dois andares (*zweistöckiger Aufbau*) que se baseia numa psicologia da ação divorciada da experiência, pois separa na ação uma parte intelectual de outra correspondente à decisão da vontade. Imagina-se que o agente primeiramente reflita se a ação é correta ou incorreta, permitida ou proibida e que, após tal reflexão, em outra etapa do com-

---

<sup>3</sup> NUVOLONE, *Sistema*, 243; ROXIN (*A culpabilidade como critério limitativo da pena*, RDP 11/12, 7, 1973) questiona a possibilidade de fundar-se o direito penal numa autêntica *profissão de fé*.

portamento, se decida a agir. Embora tal esquema possa ocorrer, quase ninguém agirá dessa forma. Pode o perito verificar e descrever (com as limitações da ciência atual) a existência de perturbação ou alteração mórbida do psiquismo, mas as indagações sobre a capacidade potencial e concreta de entendimento da ilicitude e, sobretudo, sobre a capacidade de autodeterminar-se segundo esse entendimento *são irresponsáveis*.<sup>4</sup>

Os juristas atendem a essas graves ponderações observando que o componente biológico da fórmula (mórbida perturbação do psiquismo), não é constituído precisamente de características corporais-biológicas, sendo, a rigor, características *psicológicas* e que a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento não é verdadeiramente uma característica psicológica, mas, sim, sociológico-valorativa, que compete aos juristas. MEZGER sugere que mais correto seria nos referirmos, de um lado, a características *descritivas*, e, de outro, a características *valorativas* (normativas).<sup>5</sup> O juízo sobre a imputabilidade baseia-se em certos elementos de fato de natureza psicológica, mas é substancialmente uma apreciação valorativa, que se relaciona com a capacidade de um obrar reprovável, que transcende a atividade do perito e que compete ao julgador.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> K. SCHNEIDER, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, Stuttgart, Georg Thieme, 1961, 26; "Wir Können diese konkreten Fragen schlechterdings nicht beantworten." O autor recomenda que se desconfie do perito que se julga capaz de responder a tudo.

<sup>5</sup> MEZGER, *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., Berlim, Gruyter, 1957, § 51, 10. Veja-se também MEZGER-BLEI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Munique, Beck, 1967, § 55 e a 16.ª edição da mesma obra (1975), que aparece exclusivamente sob a responsabilidade de HERMANN BLEI, §§ 52 e 57.

<sup>6</sup> Referindo-se a MEZGER, MAURACH, *Lehrbuch*, § 36, II, C, 2, entende que ele apresenta "precipitada capitulação ante o ceticismo do psiquiatra". Veja-se sobre a matéria, HANDDENBROCK, *Die juristisch-psychiatrische Kompetenzgrenze beider Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, ZStW n.º 75, 460.

Diz-se que o critério é *biopsicológico-normativo*, o que se deve entender não só porque se exige de determinados estados anormais de espírito não consequências psicológicas puras, mas em relação com o mandamento legal (caráter criminoso do fato),<sup>7</sup> como igualmente porque o juízo de imputabilidade em face daqueles estados anormais é necessariamente valorativo.

### *O alcance da fórmula legal*

71. Procurando estreitar as malhas da lei, nosso vigente CP limita-se a referir a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, como fundamento da inimputabilidade, declarando que a emoção e a paixão, bem como a embriaguez (salvo quando completa e fortuita) não excluem a responsabilidade penal.

A Comissão Revisora do anteprojeto HUNGRIA, em sua primeira fase, com a concordância do mestre, referiu-se também à grave perturbação da consciência, eliminando as disposições sobre emoção, paixão e embriaguez, que seriam consideradas segundo a regra geral. Essa orientação é a única compatível com um direito penal da culpa, mas não foi mantida pelos que revisaram o malogrado projeto em sua última fase. O CP de 1969 (arts. 31/34) mantém, basicamente, as soluções do CP vigente.

A relevância da grave perturbação da consciência aparece em geral nos códigos modernos. Ela foi afastada do CP vigente, como deixa transparecer NELSON HUNGRIA, em face do temor a uma fórmula que pudesse lembrar a desastrosa experiência com a disposição do art. 27 § 4.º do CP de 1890. O CP Tipo para a América Latina (art. 19) dispõe: "Não é imputável quem, no momento da ação ou omissão, devido a enfermidade mental, desenvolvimento psíquico incompleto ou retardado, ou grave perturbação da consciência, não tiver a

---

<sup>7</sup> ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, II, 131.

capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com essa compreensão. O Tribunal ordenará seja o agente submetido a uma medida de segurança curativa, salvo no caso de grave perturbação da consciência sem base patológica, em que não se aplicará nenhuma medida.” O projeto SOLER (art. 24), igualmente, dispunha: “*No es punible el que no haya podido, en el momento del hecho, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones debido a insuficiencia de sus facultades, alteración morbosa, aunque sea transitoria, de ellas o a una grave perturbación de la conciencia.*”<sup>8</sup>

72. A fórmula restrita do código brasileiro, no entender de ANÍBAL BRUNO, força a assimilar à categoria de *doença mental* (art. 22), ou de *perturbação da saúde mental* (art. 22 parágrafo único), “estados crepusculares não patológicos ou fronteiriços da patologia, como o sono normal, isto é, estados crepusculares que podem ocorrer no começo ou no fim do sono ou no sonambulismo ou na hipnose por sugestão, além de fatos de natureza mórbida, transitórios ou não, que comprometem o exercício normal das funções psíquicas, com profunda alteração da consciência”.<sup>9</sup> É difícil, no entanto, aceitar, à falta de expressa referência legislativa (como existe, por exemplo, no CP argentino, art. 34), que estados de inconsciência não patológicos possam ser equiparados à doença mental ou à perturbação da saúde mental. Trata-se de casos de perda ou de profunda perturbação da consciência que não se devem à alteração mórbida do psiquismo e que, como diz SOLER, constituem situações intermédias entre as causas de exclusão da imputabilidade e as causas de exclusão da culpabilidade, que só têm relação com um fato determinado, como a ignorância e o erro.<sup>10</sup> A pretendida equiparação, em face

<sup>8</sup> A referência a grave perturbação da consciência encontra-se também no CP suíço (art. 10), no CP alemão (§ 20) e no CP austríaco (§ 11), entre outros.

<sup>9</sup> ANÍBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, II, 133.

<sup>10</sup> SOLER, *Der. Pen.*, II, 61.



da nossa lei, só será possível em casos de nítido processo patológico, como o do delírio provocado por certos estados febris. Se houver inconsciência, falta, evidentemente, ação.

73. Seguindo ao que esclarece a Exposição de Motivos e à lição de mestre HUNGRIA, a doutrina e a jurisprudência, entre nós, admitem que os silvícolas e os surdos-mudos não educados apresentam desenvolvimento mental incompleto.<sup>11</sup>

Em relação ao silvícola, como já tivemos oportunidade de assinalar, nem sempre a questão estará bem posta pelo aspecto da inimputabilidade. Inimputabilidade é capacidade de culpa, vale dizer, capacidade de governar a própria conduta de conformidade com as exigências do ordenamento jurídico. Parece-nos ter razão MANUEL DURÁN quando diz que "*no hay fundamento válido alguno para formular como principio general, el de la inimputabilidad del indio*". Escrevendo em relação ao índio boliviano, diz DURÁN: "*El indio em general posee la capacidad suficiente para darse cuenta de sus actos y está dotado del sentido ético necesario para apreciar aquellos inmorales o prohibidos y para abstenerse de ejecutarlos. Vive de acuerdo con normas morales que vienen de sus antepasados y es casi seguro que si alguien se dedicase a hacer un estudio comparativo de la moralidad media de la población que habita en las ciudades con la de los indios, llegaría a la conclusión sorprendente de que en esa comparación resulta favorecido el elemento autoctono. Lo prueba el hecho fácilmente comprobable de que la criminalidad del indio es reducida, si se considera que tiene menos posibilidades que el blanco para eludir la acción de la justicia, por su desamparo económico y social.*"<sup>12</sup> Trata-se de atribuir relevância jurídica ao deficit social dos silvícolas, enquanto estranhos e alheios ao nosso estilo de civilização.

<sup>11</sup> FRAGOSO, *Jur. Crim.* n.º 260.

<sup>12</sup> MANUEL DURÁN, *El indio ante el derecho penal*, no volume *Estudios Jurídicos en homenaje al prof. Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1964, 556.

Seria indubitavelmente mais correto estabelecer expressamente a inimputabilidade do silvícola inadaptado. Aqui, com grande clareza, se revela muito bem o caráter valorativo do juízo de imputabilidade, que compete ao julgador, na análise da capacidade de culpa.

O Estatuto do Índio (Lei 6.001, de 19.12.73), em seu art. 56, esclarece que, “no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado.”<sup>13</sup> O art. 57 dispõe: “Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as suas instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida, em qualquer caso, a pena de morte.”

### *Embriaguez*

74. As disposições do CP vigente sobre embriaguez são oriundas do CP italiano (arts. 91/93) e conduzem a intolerável responsabilidade objetiva.<sup>14</sup> Somente quando completa e fortuita, exclui a embriaguez a imputabilidade. Fora daí, e excluída, no mesmo caso, a hipótese de semi-imputabilidade, o agente responde, a título de dolo ou de culpa *stricto sensu*. Não é possível justificar essa solução através da teoria da *actio libera in causa*, pois esta requer dolo ou culpa em relação ao

<sup>13</sup> O CP peruano (art. 45) permite que o juiz, tendo em vista o desenvolvimento mental dos índios, seu grau de cultura e seus costumes, aplique prudencialmente a sanção penal, podendo substituir a pena por internação em colônia penal. Sobre a legislação pertinente, em nosso país, cf. LEDA MARIA CARDOSO NAUD, *Índios e indigenismo*, Rev. Inf. Legislativa, ns. 15/16 (1967).

<sup>14</sup> NUVOLONE, *Sistema*, 251; BETTIOL, *Dir. Pen.*, 375.

resultado, no momento em que o agente tinha plena capacidade de entendimento ou de autogoverno.

Entende-se por *actio libera in causa* o comportamento de quem, em estado de plena capacidade de entender e querer, põe-se em situação de perda da capacidade de ação ou de imputabilidade, vindo a praticar, em tal situação, fato punível que pretendia ou que assumiu o risco de realizar (*actio libera in causa dolosa*) ou que previu, sem pretender realizar, ou ainda que não previu, mas era previsível (*actio libera in causa culposa*). O fato punível realizado pode constituir crime omissivo (*omissio libera in causa*).<sup>15</sup>

Ao contrário do que se afirma na Exposição de Motivos (n.º 21), não se aplica a teoria da *actio libera in causa* a todos os casos em que o agente se pôs em estado de inconsciência. Se o fato punível que em tal estado veio o agente a praticar não era sequer previsível, *para ele* no momento de plena imputabilidade, não há culpa e é forçoso admitir que estamos diante de mera responsabilidade pelo resultado.

75. Ferante o CP de 1969 parece-nos que a situação é diversa, pois foi eliminado o princípio geral constante do art. 24, II, CP vigente. Não mais se diz que a embriaguez voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, não exclui a responsabilidade (*rectius* imputabilidade). O novo código limita-se a disciplinar os casos de embriaguez derivada de caso fortuito ou força maior, para expressamente reconhecer que excluem ou atenuam a imputabilidade, conforme retirem, total ou parcialmente, a capacidade de entendimento ou autogoverno.

---

<sup>15</sup> SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 51, IV, 1; JESCHECK, *Lehrbuch*, § 40, VI. No direito alemão, fora dos casos de *actio libera in causa*, a embriaguez voluntária ou culposa é punida como crime autônomo, se o agente em estado de inconsciência praticar fato que a lei define como crime (§ 330 a), o qual funciona como condição objetiva de punibilidade. Cf. CRAMER, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Tübingen, Mohr, 1962; MAURACH, *Lehrbuch*, § 36, II E.

Assim sendo, serão totalmente irrelevantes os casos de *actio libera in causa*, ou seja, as situações em que há dolo ou culpa em relação ao resultado. O agente aqui responderá pelo crime a título de dolo ou de culpa *stricto sensu*, conforme o caso. Todavia, mesmo sendo a embriaguez voluntária ou culposa, não há responsabilidade pelo resultado se este era imprevisível *para o agente*, no momento em que estava lúcido, e havia incapacidade completa de entendimento ou de autogoverno. Haverá semi-imputabilidade, se a embriaguez, em tais circunstâncias, apenas reduz a capacidade de entender e querer. Esta solução é a única que se ajusta à filosofia do novo CP, com o qual se procurou “ajustar nossa legislação penal às exigências fundamentais de um direito penal da culpa, que visa proscrever toda forma de responsabilidade objetiva” (Exposição de Motivos, CP de 1969, n.º 3).

76. A intoxicação crônica através do álcool é claramente patológica, e se conduz à incapacidade de entendimento ou de autogoverno, exclui ou diminui a imputabilidade segundo seja tal incapacidade completa ou parcial. O álcool é droga<sup>16</sup> que gera dependência física, com graves consequências sobre o processo volitivo e, conseqüentemente, sobre a capacidade de autogoverno. Esta solução não permite dúvidas.<sup>17</sup> Nestes casos, no entanto, será extremamente mais difícil a já árdua tarefa de saber se o agente tinha capacidade de entender a ilicitude do fato ou de se determinar segundo tal entendimento. Em geral, a embriaguez que conduz à inconsciência só permitirá a prática de crime por omissão.

---

<sup>16</sup> Cf. *Drug Abuse and its prevention*, colóquio preparatório ao XI Congresso Internacional de Direito Penal, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1973, ns. 3/4, *passim*; *Fifth UN Congress on the prevention of crime and the treatment of offenders* (Genebra, 1975), UN, Nova York, 1976, 12. Entre as conclusões deste congresso (em que o autor funcionou como relator), lê-se: “*It was agreed that alcohol was a drug and that alcoholism was a major aspect of drug abuse.*”

<sup>17</sup> ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, II, 157.

77. Em princípio, o erro sobre a ilicitude (erro de proibição) deveria ter ampla ressonância sobre a culpabilidade, excluindo-a. Numa legislação moderna, que nesse sentido se orientasse, as limitações contidas na fórmula legal da inimizabilidade só teriam efetivamente relevância para o momento volitivo (capacidade de autogoverno em face da compreensão da ilicitude). Se o erro de proibição tivesse em nosso sistema de direito a amplitude que lhe conferem outras leis estrangeiras, teríamos exclusão da culpabilidade não só quando a incapacidade de entendimento resultasse de doença mental ou de desenvolvimento mental retardado, mas também quando derivasse de qualquer outra causa.<sup>18</sup> Nesse sentido poderíamos prever que a teoria do erro se projetará sobre a capacidade de culpa, com a ampla revisão que se processa nas legislações modernas quanto ao alcance do erro de direito.

No regime de nosso vigente CP, admite-se, por uma ficção jurídica, a imputabilidade do ébrio, qualquer que seja a situação. É necessário conferir, em tal hipótese, ao erro, toda a sua relevância jurídica. Como ensina ANÍBAL BRUNO, tem-se de admitir o “erro do ébrio, que subtrai coisa alheia, julgando, na embriaguez, que ela lhe seja própria ou o daquele que agride por considerar-se, na confusão da crise alcoólica, em situação de legítima defesa ou estado de necessidade.”<sup>19</sup>

### *Menoridade*

78. Como já tivemos oportunidade de assinalar, o problema dos menores desajustados e abandonados é demasiadamente árduo e difícil. Ao se instituírem os Tribunais de Menores, na segunda metade do século passado, pretendia-se submetê-los a disciplina coercitiva inteiramente diversa da

---

<sup>18</sup> WELZEL, *Strafrecht*, § 21, 2; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 51, nota 2; ARMIN KAUFMANN, *Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum*, *Eb. Schmidt Festschrift*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, 319.

<sup>19</sup> ANÍBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, II, 157.

que as leis previam para os adultos, numa autêntica revolução. No direito antigo, como se sabe, os menores eram submetidos ao Direito Penal dos adultos, excluindo-se a responsabilidade dos de tenra idade (por presunção absoluta de inexistência de malícia), e atenuando-se a pena no caso dos que já haviam entrado na puberdade. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, no início do século passado, eram ainda executados os menores que haviam cometido certos crimes, na faixa de 8 a 14 anos de idade.

Com os Tribunais de Menores, o procedimento judiciário, em tese, não se institui contra, mas a favor do jovem delinquente, de tal modo que, ao invés de visar primariamente determinar a culpa, para aplicar a punição na medida do malefício praticado, pretende-se conhecer as causas e condições do comportamento anti-social, provendo às medidas de reabilitação adequadas.

Teoricamente, o autor de fato que constitui crime é então considerado uma criança ou um jovem com problemas, diante dos quais a sociedade se protege através do tratamento ou da reabilitação. Mesmo a punição, quando necessária, é concebida em termos de pena medicinal. O Estado se apresenta como a última instância de parentesco e se põe no lugar dos pais (*in loco parentis*).

A realização dessa filosofia generosa não tem dado os resultados que se pretendia alcançar. E daí os esforços de tantos no sentido de ampliar o caráter assistencial da ação judiciária através de outros órgãos.

O Estado se substitui aos parentes como *ultima ratio*, como derradeira instância de intimidação, de coerção, de repressão e de punição. O conflito se estabelece, então, em termos ainda mais dramáticos.

Em primeiro lugar, porque é instrumento demasiadamente tosco e brutal, para intervir em situações delicadas de carência e crise, agravando comumente os problemas que pretende resolver. Em segundo lugar, porque o mecanismo policial-judiciário está inteiramente desaparelhado, não con-

tando com a estrutura médico-assistencial e tutelar indispensável. Em terceiro lugar, porque as medidas institucionais que prevê para os casos mais graves (internação correcional), estão postas em cheque e se acham em crise, como soluções de tratamento e repressão penal, como demonstra o quadro complexo e difícil da delinquência de adultos.

Cs menores que a lei chama de abandonados, e que percorrem etapa que antecede à delinquência, constituem sobretudo grave problema social, que dificilmente se resolve com medidas assistenciais e paternalistas e que está ligado à estrutura social vigente.

Quem é o responsável pelo abandono? Quem são os abandonados?

Quem é o responsável pelo abandono no caso de famílias numerosas, que vivem na miséria, quando os pais ganham salário mínimo (ou estão em estado de subemprego), não tendo o mínimo necessário à própria sobrevivência?

No Brasil, segundo dados obtidos por uma Comissão Parlamentar de Inquérito, existem 15 milhões de menores abandonados ou em estado de carência. No Rio de Janeiro, mais de 50% das infrações penais praticadas por menores são crimes contra o patrimônio.<sup>20</sup> A estrutura policial e judiciária é demasiadamente formal, impessoal e objetiva, e não pode funcionar adequadamente sem uma retaguarda médico-assistencial eficaz; sem centros de recolhimento de menores, centros de observação e triagem, institutos médico-psicológicos para os que apresentem graves desvios da personalidade, sem estabelecimentos de terapêutica social. Tudo isso demanda verbas vultosas, que dependem de um sistema institucionalizado de obtenção de fundos.

---

<sup>20</sup> *Delinquência juvenil na Guanabara. Introdução à teoria e pesquisa sociológicas da delinquência juvenil na cidade do Rio de Janeiro*, Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, Julzado de Menores, Rio de Janeiro, 1973. Cf. a respeito desse trabalho, RDP 9/10, 76 (1973).



Finalmente, projetam-se sobre as soluções de internamento para os jovens delinquentes os graves problemas que hoje constituem a crise das prisões.

O internamento correcional é sempre sentido pelo menor como *pena*. Ele constitui o último recurso judicial no caso de jovens delinquentes perigosos.

Os princípios que inspiraram o surgimento dos Tribunais de Menores foram estendidos aos jovens adultos delinquentes e hoje dominam a penologia da criminalidade dos adultos. Os jovens delinquentes, afinal, são encarcerados como os adultos, surgindo aqui os problemas revelados pela sociologia e a psicologia da comunidade prisional nos últimos tempos.

São, pois, complexas e difíceis as questões que envolvem a delinquência juvenil como problema social. Não podem os juristas isoladamente resolvê-las, por melhores que sejam suas intenções e por mais brilhante que seja a sua imaginação criadora.

O sistema de educação coativa obrigatória de menores, mesmo que não houvessem praticado crime algum, proposto de longa data por alguns pioneiros,<sup>21</sup> contempla-se hoje com reservas, após larga experiência.

Em que medida pode ser transferido dos Tribunais de Menores a outras autoridades ligadas ao bem-estar do menor o poder para impor sanções e outras medidas coercitivas (como, por exemplo, o internamento, a perda ou a suspensão do pátrio poder)? Em alguns lugares, essa transferência se operou. É o caso dos países escandinavos e de várias unidades da Federação nos Estados Unidos (Califórnia, Wisconsin, Minnesota, etc.), que atribuem às Child Welfare Authorities os poderes de disposição quanto aos menores infratores e desajustados. A questão é delicada, porque põe em jogo direitos e, pois, a transferência de poderes jurisdicionais a autoridades administrativas. O que caracteriza o Tribunal de

<sup>21</sup> VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1871-1904, I, 451.

Menores, como agência do Estado, é, precisamente, o seu poder de ameaçar e controlar.<sup>22</sup>

A fracassada experiência das autoridades administrativas nas Juntas de Livramento Condicional, decidindo sobre a terminação da pena indeterminada, nos Estados Unidos, mostra bem o perigo de retirar-se do juiz a decisão sobre medidas que restringem a liberdade.

79. Estão os menores sujeitos às medidas correcionais previstas no Código de Menores (Decreto 17.493-A, de 12.10.1927) e na Lei 5.258, de 10.4.67, com redação dada pela Lei 5.439, de 22.5.68. Para os efeitos do processo, considera-se sempre a idade do menor à data do fato.<sup>23</sup>

São as seguintes as medidas aplicáveis aos menores de 14 a 18 anos:

I — Se os motivos e as circunstâncias do fato e as condições do menor *não evidenciem periculosidade*, o juiz poderá deixá-lo com o pai ou responsável, confiá-lo a tutor ou a quem assuma a sua guarda, ou mandar interná-lo em estabelecimento de reeducação ou profissional e, a qualquer tempo, revogar ou modificar a decisão;

II — Se os elementos referidos no item anterior *evidenciam periculosidade*, o menor será internado em estabelecimento adequado, até que, mediante parecer do respectivo diretor ou do órgão administrativo competente e do Ministério Público, o juiz declare a cessação da periculosidade (art. 2.º, I e II, Lei 5.253).

Completada a maioridade (21 anos) sem que haja sido declarada a cessação da periculosidade, será ele transferido para colônia agrícola ou instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, ou seção especial de outro estabelecimento (destinado ao cumprimento de medida de segurança), à disposição do juiz criminal. Aplicar-se-á, quanto

<sup>22</sup> TAFT, *Criminology*, Nova York, Macmillan, 1961, 638.

<sup>23</sup> Art. 5.º, parágrafo único, Lei 5.258.

à revogação da medida, o disposto no CP sobre a revogação da medida de segurança (art. 7.º, §§ 2.º e 3.º, DL 3.914, de 1941, lei de introdução ao CP). Essas disposições são particularmente odiosas e intoleráveis, tendo dado lugar a graves abusos, em matéria de crimes contra a segurança nacional.

O processo por fato que a lei define como crime, praticado por menor de 14 a 18 anos, está regulado pela Lei 5.258 (art. 3.º).

Se se tratar de menor de 14 anos, autor ou partícipe de fato que a lei define como crime, as medidas cabíveis estão previstas no Código de Menores (arts. 68 e 79), e dependem de ser, ou não, o menor abandonado ou pervertido ou, ainda, perigoso. Nesse caso, o menor, segundo a lei, não será submetido a processo penal de espécie alguma.<sup>24</sup>

### *Semi-imputabilidade*

80. Nosso CP, fiel a seu modelo nessa matéria, incorporou o sistema do *duplo binário*, que prevê, ao lado da pena (que teoricamente deveria fundar-se e medir-se pela culpabilidade do agente), a medida de segurança (que deveria ter por base a periculosidade). Esse sistema, concebido como fórmula de conciliação, partiu dos projetos suíços e alemães e consolidou-se no código ROCCO e nos códigos penais promulgados entre as duas grandes guerras. Cumpriu, no entanto, o seu ciclo histórico, sem atender aos graves problemas da criminalidade, defrontando-se hoje com extensa crise de todo o sistema punitivo.

Se atende, o sistema do duplo binário, às exigências de simetria lógica, está inteiramente fora da realidade. Não há diferença alguma entre pena privativa da liberdade e medida de segurança detentiva para imputáveis. A pena deve ser cumprida, na medida do possível e do necessário, para recu-

---

<sup>24</sup> Veja-se sobre a matéria o belo livro de ALYRIO CAVALLIERI. *Direito do menor*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976.

peração social do delinqüente, exercendo sobre ele individualizada ação educativa (art. 37, CP de 1969). A medida de segurança detentiva tem caráter aflitivo e, pela sua indeterminada duração, caráter mais aflitivo que a pena. Daí a chamada crise do duplo binário.<sup>25</sup> Não foi possível manter a pureza do sistema, por mais que se esforçassem os juristas, e, no plano da realidade penitenciária, a falência foi, pode-se dizer, total. Não foi possível executar as medidas de segurança detentivas para imputáveis em regime distinto do previsto para a prisão.

O tratamento legal previsto para os semi-imputáveis constitui o aspecto mais dramático dessa crise, pois consagra o absurdo da imposição da pena (embora atenuada) pelo *quantum* de culpabilidade revelada e, depois, da medida de segurança curativa (para atender à anomalia de que o agente é portador). Esse absurdo tem sido assinalado por autores importantes.<sup>26</sup>

A legislação moderna orienta-se nessa matéria segundo o chamado *criterio vicariante*, que é oriundo do projeto STCOSS. O direito penal de nosso tempo evolui no sentido da unificação entre pena e medida de segurança. O CP de 1969 eliminou as medidas de segurança detentivas para imputáveis e consagrou o critério vicariante (art. 93). A nova Parte Geral do CP alemão adotou o mesmo critério (§§ 67 e 67 b), o que é significativo num país cujas leis penais estão tradicionalmente aferradas ao princípio de retribuição.

Como esclarece a Exposição de Motivos do CP de 1969, “no caso de semi-imputabilidade, tal seja a situação que a determina, pode o juiz aplicar pena atenuada, enviando o agente a estabelecimento correccional, ou pode, em substituição, ordenar o seu internamento em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal, ou em seção especial, de um ou de outro. Se sobrevier

<sup>25</sup> JESCHECK, *Lehrbuch*, § 8, 4, aludindo ao embuste das etiquetas (*Etikettenschwindel*).

<sup>26</sup> Cf. BETTIOL, *Dir. Pen.*, 370, e os autores por ele citados.

a cura, o condenado pode ser transferido a estabelecimento penal, não ficando excluído seu direito a livramento condicional. Por outro lado, se, findo o prazo da internação substitutiva, persistir o mórbido estado psíquico do internado, condicionante da periculosidade atual, a internação passa a ser por prazo indeterminado". A antipsiquiatria está demonstrando, de forma eloquente, a necessidade de rever essas soluções de internação (que realmente é punitiva) por tempo indeterminado.

81. A *embriaguez fortuita incompleta* que retire ao agente a plena capacidade de entender a ilicitude do fato, ou de se determinar de acordo com esse entendimento, também conduz à imputabilidade diminuída. Neste caso, a pena também pode ser reduzida de um a dois terços (art. 24, § 2.º, CP), não sendo aplicável qualquer medida de segurança, pois não há presunção de periculosidade. O CP de 1969 manteve essas soluções (art. 32, parágrafo único).

### *Drogas*

82. A Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, mal inspirada nesse passo, entendeu de introduzir regra especial sobre imputabilidade. O art. 19 dessa lei dispõe: "É 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 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. A pena pode ser reduzida de um terço a dois terços se, por qualquer das circunstâncias previstas neste artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento."

Essa disposição é perfeitamente inútil e não traz qualquer alteração às regras gerais do CP. A situação de incapacidade total ou relativa de entendimento ou de autogoverno, por embriaguez devida ao álcool ou substância de efeitos análogos, proveniente de caso fortuito ou de força maior, já está disciplinada no CP (art. 24, §§ 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup>), exatamente nos mesmos termos em que, com redação rebuscada, a contempla a nova lei.<sup>27</sup> A declaração expressa de que a *dependência* também conduz à inimputabilidade (quando exclui a capacidade de entendimento ou de autogoverno) ou à semi-imputabilidade (quando tal capacidade é apenas reduzida) veio tornar claro que o viciado é um doente e que a intoxicação crônica constitui doença mental (cf. n.<sup>o</sup> 76, *supra*).

---

<sup>27</sup> Veja-se a crítica feita pelo autor ao projeto de que resultou essa lei, no volume YOLANDA CATÃO-HELENO C. FRAGOSO, *Abuso de drogas na legislação brasileira*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1976, 89.

## ARTIGOS 25 A 27

**BIBLIOGRAFIA** — BARRETO (Tobias), *Mandato Criminal*, no volume *Estudos de Direito*, I, Edição do Estado de Sergipe; BING (E.), *Behandlung der Anstiftung im geltendem Strafrecht und im Entwurf 1914*, Borna Leipzig, Robert Noske, 1914; BOCKELMAN (P.), *Ueber Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, no volume *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, Schwartz, 1957 (há tradução argentina *Relaciones entre Autoria e Participación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960); id., *Nochmals ueber Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, ibidem; id., *Die moderne Entwicklung von Täterschaft und Teilnahme*, ibidem; BOSCARELLI (M.), *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato*, Pádua, Cedam, 1958; CARRARA (F.), *Una questione di complicità*, Opuscoli, VII; id., *Offerta di delitto*, Opuscoli, VI; CASSIA (A.), *Il rapporto di causalità e concorsi di persone nel reato*, 1968; COENDERS (A.), *Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme*, Düsseldorf, Schwann, 1909; CORREIA (Eduardo), *Problemas fundamentais da comparticipação eriminosa*, no volume *Direito Criminal*, Coimbra, Arménio Amado, 1953; DELL'ANDRO (R.), *La fattispecie plurisoggettiva in Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1956; DELLA TERZA (E.), *Struttura del reato a concorso necessario*, Milão, Giuffrè, 1971; DIETZ (W.), *Täterschaft und Teilnahme*, no volume *Materialien zur Strafrechtsreform*, Bonn, 1954; DÖDERLEIN (W.), *Die Mittelbare Täterschaft de lege lata und de lege ferenda*, Strassburg, Müh, 1911; DROST, *Anstiftung und mittelbare Täterschaft in dem künftigen Strafgesetzbuch*, ZStW v. 51; DUPEYRON (Chris.), *L'infraction collective*, Revue, 1973, 2.º fasc.; EXNER (F.), *Fahrlässiges Zusammenwirken*, no volume *Frank Festgabe*, I, Tübingen, Mohr, 1930; FIERRO (G. J.), *Teoria de la participación criminal*, Buenos Aires, Ediar, 1964; FIGUEIREDO FERRAZ (Esther), *A co-delinquência no direito penal brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1976; FLEURY (F.), *Diversità del reato rispetto a quello voluto da taluno dei concorrenti*, Giustizia Penale, II, col. 788 (Jul-Ago. 1966); FLICK (G. M.), *Sui limiti di aplicabilità dell'art. 116 CP*, Riv. it., 1964; FRANZHEIM (H.), *Die Teilnahme an unvorsätzlichen Haupttat*, Berlim, Gruyter, 1961;



FROSALI (R. A.), *Concorso di persone nel reato*, *Novissimo Digesto*, It., III; GALLAS (W.), *Täterschaft und Teilnahme*, no volume *Materialien zur Strafrechtsreform*, Bonn, I, 1954; GALLAS, BOCKELMANN, DAHS e BLAU, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme*, no volume *Deutsche Beiträge zum VII. Internationale Strafrechtskongress*, Berlim, Gruyter, 1957 (número especial da ZStW); GERTHOFFER (C.), *La tentative et la complicité*, no volume *Hommage Patin*, Paris, Cujas, 1965; GIMBERNAT ORDEIG (E.), *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, ZStW v. 80 (1968); id., *Autor y complice en Derecho Penal*, Madrid 1966; GRIMM (Victor E.), *Principals, Accessories and the continuing crime*, *Journal Crim. Law. Crim., Pol. Sc.*, 51/1 (1960); HALL (K. A.), *Ueber die Teilnahme and Mord und Totschlag*, no volume em homenagem a Eb. Schmidt (*Eb. Schmidt Festschrift*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961); HEGLER, *Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigen Handeln der Mitterlsperson*, no volume *Festgabe für R. Schmidt*, 1932; HERGT (R.), *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen*, Heidelberg, Carl Winters, 1909; HIERLICH (E.), *Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft im Reichsstrafrecht*, Dillenburg, Weidenbach, 1909; HILGEMANN (W.), *Die Teilnahme an der Teilnahme*, Berlim, Trankel, 1908; JESUS (Damásio E.), *Da co-delinqüência em face de novo Código Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976; JIMÉNEZ DE ASÚA (L.), *La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de participación en la infracción*, *El Criminalista*, segunda serie, Buenos Aires, Zavalia, IV, 1960; KIENAPFEL (D.), *Erscheinungsform der Einheitstäterschaft*, no volume *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, HEINZ MÜLLER-DIETZ (ed.), Colônia, Berlim, Bonn e Munique, Carl Heymanns, 1971; KÖHLER (J.), *Mittäterschaft und Beihilfe*, no volume *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim, Bensheimer, 1890; id., *Anstiftung*, *ibidem*; KOTSALIS (Leonidas G.), *Die mittelbare Täterschaft und deren abgrenzung von der Anstiftung unter berücksichtigung der Akzessorietät der Teilnahme*, Tübingen, Köhler, 1975; LAMPE, *Ueber Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen*, ZStW v. 77 (1965); LANGE (R.), *Beteiligter und Teilnehmer*, no volume *Festschrift f. Maurach*, 1972; LATAGLIATA (A. R.), *I principi del concorso di persone nel reato*, Nápoles, Jovene, 1964; id., *Concorso di persone nel reato*, *Enc. Diritto*, v. VII; LEIRIA (Fabricio), *Autoria e Participação Criminal*, Porto Alegre, 1974; LESS (G.), *Der Unrechtharakter der Anstiftung*, ZStW v. 69 (1967); LETZGUS (K.), *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1972; LÜDERSSEN (K.), *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, Nomos, 1967; MAJER (O.), *Mittelbaren Täterschaft*, Tübingen, Laupp, 1905; MER-

KEL (P.), *Anstiftung und Beihilfe*, no volume *Frank Festgabe*, II, Tübingen, Mohr, 1930; MEZGER (E.), *Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug*, ZStW v. 40; NOVOA MONREAL (E.), *Algumas considerações sobre o concurso de pessoas no fato punível*, RBCDP n.º 16 (1967); NUVOLONE (P.), *Pluralidad de delitos y pluralidad de delinquentes*, no volume *Trent'Anni di diritto e procedura penale*, Pádua, Cedam, I, 1969; PAGLIARO (A.), *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milão, Giuffrè, 1966; PALMIERI (R.), *Osservazione in tema di istigazione a delinquere*, Riv. it., 1968, 996; PIOTET (P.), *Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre*, ZStW, v. 69 (1957); PISAPIA (G. D.), *Unità e pluralità di soggetti attivi nella struttura del reato*, no volume em homenagem a Manzini (*Scritti giuridici in Onore di V. Manzini*, Pádua, Cedam, 1954); id., *Sul criterio distintivo tra partecipazione criminosa e reità mediata*, no volume *Studi di Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1956; RANIERI (S.), *Il concorso di più persone in un reato*, Milão, Giuffrè, 1952; RICCIO (S.), *L'autore mediato*, Nápoles, Jovene, 1939; RODRIGUEZ MOURULLO (G.), *El autor mediato en Derecho Penal Español*, no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Panedille, 1970; ROEDER (H.), *Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikte*, ZStW v. 69 (1967); ROSENFELD (E. H.), *Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv Ausführungshandlung*, no volume *Frank Festgabe*, II, Tübingen, Mohr, 1930; ROXIN (C.), *Sobre la autoria y participación en el Derecho Penal*, no volume em homenagem a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Panedille, 1970; id., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburgo, Cram, de Gruyter, 1967; SALAMA, *Il concorso di più persone nel reato*, Nápoles, Jovene, 1965; SCHLUTTER (K.), *Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme*, *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 420 (1941); SCHMIDT (Eb.), *Die mittelbare Täterschaft*, no volume em homenagem a Frank (*Frank Festgabe*, II, Tübingen, Mohr, 1930); SCHRÖDER (F. C.), *Der Täter hinter dem Täter*, 1965; SESSO (R.), *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, Milão, Giuffrè, 1955; SPASARI (M.), *Profili di una teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milão, Giuffrè, 1956; VANNINI (O.), *Concorso nel reato mediante omissione*, no volume *Raccolta di alcune Scritti minore*, Milão, Giuffrè, 1952; VINCIGUERRA (S.), *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a reato proprio*, Riv. it., 1967, 207; VOGLER (T.), *Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat*, no volume em homenagem a Heinitz (*Festschrift f. Ernst Heinitz*, Berlim, Gruyter, 1972); WOLF (P.), *Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft*, Breslau-Neukirch, 1927; ZLATARIC (B.), *La participation criminelle et les différents formes de culpabilité*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, ns. 1/2 (1927).

*Concurso de agentes*

83. A questão do concurso de agentes constitui difícil e complexa matéria, que nosso vigente CP procurou resolver com simplicidade, inspirado no código italiano. Adotou-se um *conceito extensivo de autor*, com base na teoria da equivalência dos antecedentes. Todos quantos concorrem para o crime são *autores*, estando em princípio, submetidos à mesma escala penal.

Mestre HUNGRIA elabora, a propósito do tema, com o brilho habitual, o que se poderia chamar de doutrina ortodoxa, recusando admitir distintas categorias de concurso na ação comum e rejeitando, como falsa, a teoria da acessoriedade da participação em sentido estrito. Parece indispensável, no entanto, ter presente a diversa situação de quem realiza a ação típica (cuja punibilidade deflui das normas incriminadoras previstas na Parte Especial) e a quem, realizando ação atípica, e, em geral, atos meramente preparatórios, concorre na conduta típica de outrem. A responsabilidade penal neste último caso deflui da regra sobre concurso de agentes prevista na Parte Geral, que funciona como causa extensiva da punibilidade. O exame das diversas formas de concurso apresenta relevância técnica e está, como se tem dito, na natureza das coisas, constituindo realidade humana e social. A adoção pela lei do conceito unitário não exclui, portanto, o trabalho teórico, no sentido de fixar o conceito e o alcance da autoria e da participação e de suas distintas formas de aparecimento. Neste sentido se orienta autorizada doutrina na Itália e em nosso país.<sup>1</sup> Como diz JIMENEZ DE ASÚA, a diferença real entre autor, instigador e cúmplice, lei alguma pode desconhecer.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Cf. BETTIOL, *Dir. Pen.*, 505; ANTOLISEI, *Manuale*, 384; MANZINI, *Trattato*, II, 507; MAGGIORE, *Dir. Pen.*, II, 567; ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, II, 263; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1977, 355, etc.

<sup>2</sup> JIMENEZ DE ASÚA, *La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de participación en la infracción*, *El Criminalista*, 2.ª série, Buenos Aires, Zavalla, IV, 221.

84. Os códigos em geral mantêm a diversa disciplina jurídica da autoria e da participação. Nesse sentido podemos lembrar em data recente, a nova Parte Geral do CP alemão (§§ 25 a 27), o CP da República Democrática Alemã, de 1968 (§ 22) e o CP Tipo para a América Latina (arts. 33 a 37), entre outros. O conceito unitário, no entanto, foi adotado pelo CP austríaco, de 1975 (§ 12), mantendo-se, aliás, basicamente, a solução do velho código de 1852 (§ 5.º),<sup>3</sup> bem como pela lei alemã de contravenções (*Ordnungswidrigkeitengesetz*), de 1968 (§ 9.º).

85. O conceito unitário, estabelecendo a punição de todos os partícipes secundários segundo a mesma escala penal prevista para os que realizam a conduta típica, conduz a soluções injustas, quando o limite mínimo é elevado. Se alguém, com conhecimento de causa e sem participar de qualquer proveito, promete ao ladrão refúgio após o crime, será punido, no regime da lei de segurança nacional, com a pena mínima de 10 anos de reclusão; se da violência empregada na subtração resultar morte, o partícipe receberá no mínimo, a pena de prisão perpétua (art. 27, DL 898). Se se tratar de um roubo comum, as penas mínimas serão, respectivamente, 4 e 15 anos. Tivemos caso de pessoa condenada à prisão perpétua por participação secundária no seqüestro do embaixador alemão.

Por outro lado, a aplicação da regra segundo a qual todos quantos concorrem de qualquer forma para o crime são *autores* dele, igualmente conduz a soluções injustas e a certos graves equívocos.<sup>4</sup> O conceito extensivo de autor só pode ser

<sup>3</sup> Veja-se a Exposição de Motivos (*Dokumentation zum Strafgesetzbuch, Bundesministerium für Justiz, Staatsdruckerei, 1974, 66.*

<sup>4</sup> O TA de São Paulo já condenou, como co-autores de furto, pessoas que, após a subtração de um veículo, saíram a passeio com os ladrões (RT 416/266). Veja-se, porém, RT 427/447. O mesmo tribunal também já condenou como partícipe do furto o mecânico que, sem prévio ajuste, recebia carros furtados para consertar. Cf. AZEVEDO FRANCESCHINI, *Jurisprudência*, I, n. 793.

adotado, como regra legislativa simples e prática, se as escalas penais estabelecem mínimos reduzidos (o que, infelizmente, não é o caso da legislação brasileira), ou se se prevê atenuação especial para o partícipe secundário, o que poderia ser feito, inclusive, através de fórmula de aplicação facultativa.

O CP de 1969 (art. 35) manteve basicamente a fórmula da lei vigente, introduzindo, porém, a regra de ouro segundo a qual “a punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente das dos outros, determinando-se segundo a própria culpabilidade”. Cf. CP Militar, art. 53, § 1.º.

#### *Espécies de concurso*

86. Duas são as espécies fundamentais de concurso de pessoas na ação delituosa: a dos autores e a dos partícipes em sentido estrito. *Autor* é quem realiza a conduta típica, no todo ou em parte, por si ou através de outra pessoa, nos casos de *autoria mediata*. A realização plural da conduta típica dá lugar à *co-autoria* propriamente dita. *Partícipe* é quem, sem realizar a ação típica, de qualquer modo contribui para a conduta delituosa de outrem. A participação não constitui forma autônoma de fato punível, mas está necessariamente subordinada à realização da conduta típica e antijurídica por outrem. Por isso se diz que a participação é sempre acessória. A atividade dos partícipes somente é punível em virtude das normas secundárias que estendem a responsabilidade penal.<sup>5</sup>

#### *Autoria*

87. A autoria e a participação definem-se a partir da realização da conduta típica. Trata-se de saber quem praticou a ação que constitui o crime e quem nela tomou parte, sem a executar.

O CP Tipo para a América Latina (art. 33) define como autor o que realiza o fato legalmente descrito por si ou ser-

---

<sup>5</sup> BETTIOL, *Dir. Pen.*, 498.

vindo-se de outrem. Da mesma forma, o vigente CP alemão (§ 25): “É punido como autor quem pratica o fato punível por si mesmo ou através de outra pessoa.”

A definição a partir da realização da conduta típica constitui a chamada *teoria formal objetiva*, que delimita, com nitidez, a participação e a autoria. Ela deve ser completada para que o conceito de autor abranja também a situação de quem, tendo o domínio final do fato, se serve, para cometer o crime, de pessoa não imputável ou não culpável (autoria mediata). Podemos, assim, dizer, com MAURACH, que autoria é genuinamente a realização do tipo baseada na própria atividade, à qual será equiparada a utilização de um instrumento humano, quando tal instrumento não tenha sido capaz de realização responsável do fato.<sup>11</sup>

Nos crimes dolosos, a doutrina moderna tem caracterizado como autor quem tem o *domínio final do fato*, no sentido de decidir quanto à sua realização e consumação, distinguindo-se do partícipe que apenas cooperaria, incitando ou auxiliando. A teoria do *Tatherrschaft* iniciou-se com WELZEL e a teoria finalista da ação. Autoria final seria forma compreensiva de domínio finalístico do fato.<sup>12</sup> A tipicidade da ação não seria, assim, decisiva para caracterizar o autor. Necessário seria ter o agente o controle subjetivo do fato e atuar no sentido desse controle.<sup>13</sup> Assim, seria autor não apenas quem diretamente realiza a conduta típica (objetiva e subjetivamente) e o autor mediato, mas também, por exemplo, o chefe de uma quadrilha que, sem realizar a ação típica, planeja e decide a atividade dos demais, pois é ele que tem,

<sup>11</sup> MAURACH, *Lehrbuch*, AT § 47, III A.

<sup>12</sup> Seu remoto antecedente é o trabalho *Studien zum System des Strafrechts*, publicado por WELZEL em 1938 (ZStW v. 58, 539). Cf. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburgo, Cram de Gruyter, 1967, 84. Veja-se WELZEL, *Strafrecht*, § 15, I, 1.

<sup>13</sup> ENRIQUE CURY, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Santiago, Ediciones Nueva Universidad, 1973, 265.

eventualmente em conjunto com outros, o domínio final da ação.

Embora essa concepção possa efetivamente representar mais exata caracterização da autoria, em correspondência com a realidade dos fatos, entendemos que deve ser mantida a chamada *teoria formal objetiva*, completada pela idéia de autoria mediata.

O VI Congresso Internacional de Direito Penal (Atenas, 1957) aprovou resolução em que se define como autor quem por sua ação realiza os elementos constitutivos materiais e subjetivos da infração. Nos casos de crimes omissivos, é autor aquele a respeito de quem existe a obrigação de atuar. Definiu-se como co-autores "os que conjuntamente realizam os atos de execução com a intenção comum de cometer a infração". Autor mediato é o que determina a cometer uma infração o executor que não pode ser responsável."

Deve o autor reunir os requisitos previstos no tipo para o sujeito ativo nos crimes próprios<sup>10</sup> e atuar com dolo e os demais elementos subjetivos do tipo, eventualmente exigidos.

### *Pessoas jurídicas*

88. Nosso sistema de Direito Penal mantém-se fiel ao princípio segundo o qual as pessoas jurídicas não podem praticar crimes. A responsabilidade penal é pessoal (depende de atuação do sujeito) e subjetiva (depende de culpa). A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de um crime, como titular do bem jurídico atingido através da ação delituosa, mas não pode ser autor (pois é incapaz de ação e de culpa), independentemente das pessoas físicas que agem em seu nome. Estas serão os autores do crime, quando agirem em representação, por conta ou em benefício de pessoa jurídica,

---

<sup>9</sup> Cf. *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1958, 205; JIMENEZ DE ASÚA, ob. cit. (nota 2), 240.

<sup>10</sup> FRAGOSO, *Lições PG*, n. 259.



segundo a regra geral.<sup>11</sup> As pessoas jurídicas não pode ser realmente aplicada pena criminal.<sup>12</sup>

No direito continental continua a prevalecer a regra *societas delinquere non potest*. A Constituição italiana proclama (art. 27): “*La responsabilità penale é personale*.” Em relação aos delitos econômicos e fiscais, no entanto, tem-se admitido a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, como é o caso do direito francês.<sup>13</sup>

No Direito Penal anglo-americano, no entanto, constitui entendimento comum o de que a responsabilidade penal das

---

<sup>11</sup> Veja-se regulação expressa da matéria no § 14 do CP alemão vigente. Quando a lei exige que o autor tenha qualidade ou características especiais (crimes próprios), estas devem estar presentes na pessoa que atua em representação da sociedade.

<sup>12</sup> VON LISZT admitia a responsabilidade penal das penas jurídicas (LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 155), que é repudiada, em geral, pelos autores. Para um resumo da opinião dominante, cf. JESCHECK, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände*, ZStW v. 65 (1953), 210, e, do mesmo autor, *Das Menschenbild unseren Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, Mohr, 1957, 34. Veja-se também HEINITZ (E.), *Empfiehl es sich die Strafbarkeit der Juristischen Person gesetzlich vorsusehen?*, no volume *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, Tübingen, Mohr, I, 1953, 65; ENGISCH, trabalho com o mesmo nome, na mesma publicação (v. II, 7); ROTBERG (Eb.), *Für Strafe gegen Verbände*, no volume *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, Karlsruhe, Müller, 193; DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, *Rev. Int. Drott Pénal*, 1949, 339.

<sup>13</sup> DUPONT-DELESTRAINT (P.), *Droit Pénal des Affaires*, Paris, Daloz, 1974, 27. Sobre as questões processuais, cf. DAUVERGNE-HERZOG, *Problèmes de procédure concernant la responsabilité pénale des personnes morales*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1962, 798. O direito econômico constitui a grande área onde se introduz e onde se discute essa forma anômala de responsabilidade penal. Cf. AFTALIÓN (E.), *Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, 1959, 91; PEDRAZZI (C.), DA COSTA JR. (Paulo), *Direito Penal das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, 26; BRICOLA (F.), *Il costo del principio “Societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, no volume *Il diritto penale delle società commerciali*, NUVOLONE (P.), ed., Milão.

pessoas jurídicas é indispensável para garantir eficiente repressão à criminalidade. O direito antigo, porém, não conhecia essa forma de responsabilidade penal, que na Inglaterra surgiu a partir de 1840, distinguindo-se inicialmente os crimes em que havia ação concreta imputável a alguém (*misfeasance*) dos casos em que havia o mero descumprimento de deveres impostos por lei, não imputável, portanto, a pessoa determinada (*non-feasance*). Somente para essa última classe de infrações se admitia a responsabilidade da pessoa jurídica (ex.: a falta de reparos numa estrada). O *Interpretation Act*, de 1889, no entanto, esclareceu que o emprego pela lei da palavra *pessoa* abrange também as pessoas jurídicas, a menos que seja evidente a intenção em contrário. Os tribunais têm dado ampla aplicação a esse princípio. Inicialmente, entendia-se que a responsabilidade penal só era cabível em crimes punidos com multa e que era excluída nos casos que exigissem expressamente a intenção criminosa. Tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, no entanto, têm havido casos em que pessoa jurídica é acusada de crimes contra a pessoa, inclusive homicídio.<sup>14</sup> A questão fundamental é a que se relaciona com a possibilidade de haver *mens rea* em relação à pessoa jurídica. A resposta tem sido afirmativa, considerando-se como intenção criminosa da sociedade o dolo de seus *controlling officers*.<sup>15</sup> O *Model Penal Code* (sec. 2.07) prevê amplamente a responsabilidade penal de *corporations* e, inclusive, de *unincorporated associations*.

---

<sup>14</sup> TURNER, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, Cambridge, University Press, 1958, 72; CLARK (W. L.) — MARSHALL (W. L.), *A treatise on the law of crimes*, 5.<sup>a</sup> ed. preparada por JAMES J. KEARNEY, Chicago, 1952, 155.

<sup>15</sup> PERKINS (R. M.), *Criminal Law*, Brooklyn, Foundation Press, 1957, 554.

---

Gluffrè, 1971, 75; SIEGERT (K.), *Idee fondamentali del nuovo diritto penale economico germanico*, no volume *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Pádua, Cedam, 1954, 466; FAIVRE (P.), *La responsabilité pénale des personnes morales*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1958, 547.

A antiga lei penal de Nova York (sec. 1932) continha regra geral para os casos em que *corporation* é acusada de crime punível com prisão: a pena deve ser de multa, não superior a cinco mil dólares.<sup>16</sup>

No direito brasileiro, o princípio *societas delinquere non potest* é regra absoluta. Com referência à responsabilidade dos administradores de sociedades, no entanto, algumas leis mal inspiradas aparentemente têm procurado caminhar no sentido da responsabilidade objetiva.<sup>17</sup>

### Co-autoria

89. Co-autor é quem executa, juntamente com outros, no todo ou em parte, a ação ou omissão que configura o delito. Só pode ser co-autor quem poderia cometer o crime como único autor. Não se exige ajuste prévio, mas é indispensável que todos tenham a consciência de cooperar na ação comum. Há co-autoria, por exemplo, se Tício imobiliza a vítima para que Mévio a mate. Se falta a consciência de cooperar na ação comum, haverá *autoria colateral*, rara nos crimes dolosos, mas freqüente nos crimes culposos. É o caso de dois motoristas que, conduzindo seus veículos com imprudência, provocam acidente. Exemplo em caso de crime doloso: Tício e Caio, cada

<sup>16</sup> Em geral sobre o assunto, cf. EDGERTON, *Corporate Criminal Responsibility*, *Yale Law Journal*, v. 36, 827 (1927). A regra a observar na Inglaterra hoje é a de que as pessoas jurídicas podem ser processadas por qualquer infração penal punível com pena de multa. Deve-se, porém, ter presente que, a partir do *Criminal Law Act*, de 1967, todas as infrações penais podem ser punidas com multa, salvo os casos de pena estabelecida por lei. Cf. WILLIAMS (W. J.), *Moriarty's Police Law*, Londres, Butterworths, 1974, 10; CURZON (L. B.), *Criminal Law*, Londres, Macdonald & Evans, 1973, 58. Sobre o direito anglo-americano em geral, cf. FRAGOSO (H. C.), *Notas sobre o Direito Penal Anglo-Americano*, no volume *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, 83.

<sup>17</sup> L. 4.728, de 1965 (Mercado de Capitais), art. 73, § 2.º. Cf., a respeito, FRAGOSO (H. C.), *O novo Direito Penal Tributário e Econômico*, RBCDP n.º 12, 63 (1966).

um ignorando a ação do outro, alvejam Mévio, matando-o. Nesse caso, cabe distinguir: se se demonstra que a vítima morreu pela ação de ambos os agressores, os dois responderão por homicídio consumado. Se a vítima, ao ser alvejada por Caio já estava morta pela precedente ação de Tício, só este responderá por homicídio consumado. Caio será responsável de tentativa de homicídio. Se não for possível comprovar a quem se deve o resultado morte (Tício e Caio empregam armas iguais e apenas um dos projéteis atinge a vítima, não se sabendo de que arma proveio), a solução é atribuir a ambos a responsabilidade por tentativa de homicídio, abstraída a consumação.<sup>18</sup>

### *Autoria mediata*

90. Como vimos, é também autor (mediato) quem se serve de outra pessoa inimputável ou não culpável para cometer o crime. A expressão autoria mediata é imprópria, como nota mestre SOLER,<sup>19</sup> mas a idéia fundamental de que aqui estamos realmente diante de um *autor*, embora não realize a ação típica, é incensurável.<sup>20</sup> Na autoria mediata o agente se serve de outra pessoa como instrumento.

As qualidades e condições pessoais exigidas pela lei, nos crimes próprios, devem estar presentes no autor mediato. Só podem ser autores mediatos os que também poderiam ser autores imediatos.

As hipóteses de autoria mediata compreendem todas as situações em que o executor é inimputável ou age sem culpa. Assim, se o agente se serve de um menor ou de um doente mental. Há autoria mediata no caso do médico que dolosamente determine à enfermeira de boa fé que ministre o remédio letal. Não se exclui que o executor possa eventualmente responder por crime culposos: Tício sugere a Caio que, por

<sup>18</sup> Cf., para esta última solução, DAMÁSIO E. DE JESUS, ob. cit. (nota 1), 378.

<sup>19</sup> SOLER, *Der Pen.*, II, 258.

<sup>20</sup> ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, II, 268: "Nenhum argumento verdadeiramente válido tem sido oposto à noção de autoria mediata".

brincadeira, alveja Mévio com arma supostamente descarregada, para assustá-lo. Em tais casos não há concurso porque falta convergência de vontade. Tício responderá, como autor mediato, por homicídio doloso, e Caio, por homicídio culposo, pois faltou ao dever de atenção e cuidado que lhe impunha o fato de manejar com um instrumento perigoso. Há também autoria mediata no caso de obediência hierárquica.

Pode haver autoria mediata por omissão, como demonstra o exemplo de MAURACH: o guarda de estabelecimento psiquiátrico voluntariamente permite que um alienado ataque outro.

Se o agente erra quanto à imputabilidade do executor e supõe que está realizando instigação, responderá como autor mediato.

Se, ao contrário, supõe que o executor seja inimputável, quando realmente é imputável, haverá mera participação (instigação). A questão é relevante em nosso direito, em matéria de crimes próprios. A qualidade ou condição pessoal que se comunica aos demais concorrentes (art. 26 CP) deve estar presente no autor, não bastando que se refira ao participe. Pelos excessos do autor mediato responderá o autor nos limites do que dispõe o art. 48, parágrafo único, CP.<sup>21</sup> Os casos de erro de execução por parte do executor devem ser resolvidos como de *aberratio ictus* para o autor mediato.<sup>22</sup>

Exclui-se a possibilidade de autoria mediata nos crimes de mão própria, pois nestes a ilicitude depende da execução pessoal da conduta punível (ex.: adultério, bigamia). A participação nesses crimes é, no entanto, indubitável.

### *Crime culposo*

91. O tipo dos crimes culposos é aberto (cf. n.º 35, *supra*) e a conduta típica se realiza com a transgressão do

<sup>21</sup> Diversa é a situação perante o CP Militar e perante o CP de 1969, que acolheram o princípio geral de punição segundo a própria culpabilidade. É a regra do CP alemão (§ 29).

<sup>22</sup> WESSELS, *Direito Penal*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1976, 124. Veja-se também JESCHECK, *Lehrbuch*, § 62, III.

dever objetivo de cuidado que conduz ao resultado, qualquer que seja a contribuição causal do agente. Nos crimes culposos, em consequência, é autor todo aquele que viola o dever objetivo de cuidado a que estava adstrito, provocando, isoladamente ou em concurso com outras pessoas, o resultado típico. Como se percebe, nos crimes culposos há apenas autoria ou autoria colateral, mas não pode haver participação, porque esta é sempre a realização de conduta atípica. Nos exemplos em geral formulados pela doutrina a situação é sempre de autoria sucessiva, nunca de participação. Assim, se o passageiro instiga o motorista ao excesso de velocidade que conduz ao acidente, ambos são autores. Afirma-se também que o concurso de agentes depende da convergência de vontades na realização da conduta e que depende do dolo em relação ao resultado (princípio da convergência), e, por isso, muitos recusam a possibilidade de concurso em crime culposos.<sup>23</sup> Essa concepção, no entanto, não poderia ser aceita diante de sistemas legislativos como o italiano, que contém expressa referência ao concurso de agentes em crime culposos (art. 113), e também, perante nossa lei. Em nosso sistema de direito, exclui-se apenas a participação, porque incompatível com a estrutura do crime culposos.

O vigente CP alemão exclui expressamente a participação em crime culposos (§§ 26 e 27) e a doutrina é, hoje, pode-se dizer, uniforme nesse sentido. A autoria mediata em crime culposos é também objeto de intenso debate, mas a nosso ver não há dúvida de que é perfeitamente possível.<sup>24</sup> É o caso do pai que entrega as chaves do carro ao filho menor inabilitado, para que o conduza.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> JESCHECK, *Lehrbuch*, § 61, II, "não há participação em crime culposos, porque neste não pode haver participação na deliberação do autor". MAURACH, *Lehrbuch*, § 47, III B: "como o autor imprudente se representa tão só um fator acidental de causalidade, sua ação não pode servir de base a uma teoria da participação".

<sup>24</sup> No sentido do texto, cf. ROXIN, ob. cit. (nota 7), 538.

<sup>25</sup> Nesse exemplo, convém notar que o crime depende de culpa do condutor e esta não pode ser presumida. Cf. RT 421/260; 416/217; 388/276 e 278.

O STF tem admitido, em numerosas decisões a co-autoria, em sentido amplo, no crime culposos,<sup>26</sup> seguindo à doutrina, em geral, no Brasil,<sup>27</sup> e à própria Exposição de Motivos do CP. Os que sustentam a inexistência de concurso em crime culposos, afirmam a punibilidade autônoma dos agentes, como autores, de modo que a questão, como disse ALFRED LÉGAL em seu relatório ao VII Congresso Internacional de Direito Penal, “é, em verdade, de pouca importância”.

### Participação

92. A participação é necessariamente acessória, pois depende da realização da conduta típica e antijurídica pelo autor. Como diz BOCKELMANN, a participação pressupõe a autoria, sendo, em si mesma, inimaginável.<sup>28</sup> A participação se realiza através de conduta penalmente irrelevante, que acede ao fato principal, adquirindo significação jurídica somente quando, pelo menos, o autor inicia a execução.<sup>29</sup> A participação constitui contribuição ao crime realizado por outrem, apresentando-se, basicamente sob duas formas: a participação moral (determinação e instigação) e a participação material (cumplicidade).

Do ponto de vista objetivo, a participação constitui *contribuição causal* (embora não indispensável) ao delito. Não há participação inócua. Assim, por exemplo, não há instigação se o agente já está determinado a praticar o delito (*omnimodo facturus*).<sup>30</sup> Excluindo-se a possibilidade de ins-

<sup>26</sup> RTJ 34/645; 44/307; 50/319; 59/266; HC 39.539, DJ 28.2.63, 747; RHC 47.958, DJ 1.7.70, 2756.

<sup>27</sup> Cf., porém, DAMÁSIO E. DE JESUS, ob. cit. (nota 1), 366. Na Itália, a exclusão do concurso de agentes no crime culposos remonta a CARRARA (*Programma*, § 436).

<sup>28</sup> BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Munique, Beck, 1973, 169 e 182; Id., *Ueber das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, no volume *Strafrechtliche Untersuchungen*, Goettingen, Schwartz, 1957, 31. Veja-se a argumentação irresponsível de BETTIOL *Dir. Pen.*, 498.

<sup>29</sup> Vejam-se, porém, os arts. 27 e 76, parágrafo único, CP.

<sup>30</sup> SOLER, *Der. Pen.*, II, 280.



tigação, não há auxílio se o autor não emprega a arma que lhe foi dada pelo cúmplice.

Igualmente, inexistente participação depois que o crime se consumou, podendo surgir apenas favorecimento (arts. 348 e 349 CP). O auxílio prometido com antecedência, no entanto, constitui participação. O crime permanente admite participação e co-autoria enquanto durar a ação.

Do ponto de vista subjetivo, a participação requer vontade livre e consciente de cooperar na ação delituosa de outrem. Não se exige o prévio concerto, bastando que o partícipe tenha consciência de contribuir para o crime. A consciência da cooperação pode faltar no autor, como no exemplo do criado que deixa aberta a porta para facilitar o ladrão, que desconhece o auxílio.<sup>31</sup> Como se percebe, o conteúdo subjetivo do comportamento do partícipe é diferente do que se exige para o autor e bastaria isto para justificar a distinção que a doutrina realiza.

Não há participação culposa em crime doloso. Também não há participação dolosa em crime culposo. Não há concurso de agentes sem homogeneidade de participação subjetiva (princípio de convergência): a vontade de todos os que concorrem deve ser dirigida no sentido de realizar o mesmo tipo. É suficiente o concurso com dolo eventual.

Pode haver participação por omissão, se o partícipe tinha o dever jurídico de impedir o resultado. Caso inexistir tal dever, haverá simples *conivência*, impunível. Não se exclui que em tal caso, possa a omissão constituir crime autônomo (art. 135, CP).

Nos crimes próprios, as qualidades ou condições pessoais exigidas pela lei devem estar presentes no autor, não bastando que ocorram em relação ao partícipe. A condição pessoal do autor deve ser conhecida pelo partícipe. Tempo do crime é o da ação típica. O tempo e o lugar do crime é o mesmo para autores e partícipes.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Nessa hipótese, o furto não seria qualificado pelo concurso de agentes (art. 155, § 4.º, IV, CP).

<sup>32</sup> ANTOLISEI, *Manuale*, 399 e 402.

A participação moral se apresenta sob forma de *determinação* (o agente faz nascer no executor a decisão de cometer o crime com consciência e vontade) ou de *instigação* (o agente excita ou reforça a deliberação). É comum a participação moral ser designada por *instigação*. Ela compreende o mandato, a persuasão, o conselho, a ameaça, a coação resistível e, inclusive, a aparente dissuasão. A enumeração não é completa. A instigação à instigação é perfeitamente admissível. A instigação por omissão é inconcebível.

A participação material ocorre através da cumplicidade, que é o auxílio prestado à ação delitucosa, com pleno conhecimento de causa. Não se exclui a cumplicidade por omissão, como no caso do vigia ou guarda-noturno, sempre que haja o dever jurídico de impedir o resultado. Pode o auxílio também ocorrer subjetivamente, através de explicações ou de instruções ou advertências. A promessa de auxílio posterior é instigação.

A antiga doutrina distinguia a cumplicidade *primária* (auxílio indispensável) da *secundária* (auxílio que facilita). A distinção é irrelevante, mas pode ser considerada para a aplicação da pena. Não se exige que o auxílio seja *conditio sine qua non*.<sup>33</sup> Em casos de participação e co-autoria os tribunais têm afirmado ser indispensável que a denúncia, sob pena de inépcia, descreva em que consistiu o concurso de cada co-réu.<sup>34</sup>

#### *Participação em crime menos grave*

93. O CP de 1969 abandonou a regra prevista no art. 48 parágrafo único do CP vigente, adotando o princípio geral de que cada um dos que concorrem no fato comum deve

---

<sup>33</sup> Assunto controvertido. Nesse sentido, no entanto é a opinião dominante. Cf. JESCHECK, *Lehrbuch*, § 64, IV, 2c.

<sup>34</sup> Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, ns. 168, 169, 170, 171; RTJ 57/389; 57/836; 63/53 e 404. RT 380/186 e 441/397.

responder segundo sua própria culpabilidade, independentemente da dos demais. As soluções previstas no direito vigente (inspiradas no art. 116, CP italiano) constituem intolerável responsabilidade objetiva,<sup>35</sup> e só podem ser temperadas pela aplicação rigorosa da regra sobre interrupção do nexo causal.

---

<sup>35</sup> NUVOLONE, *Sistema*, 379, esclarece que a Corte de Cassação italiana, interpretando o art. 116 CP exige referência do evento a dolo eventual, ou, pelo menos, a culpa consciente.

## BIBLIOGRAFIA GERAL

- ANTOLISEI (F.), *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 7.<sup>a</sup> ed., atualizada por LUIGI CONTI, Milão, Giuffrè, 1975.
- ANTON ONECA (J.), *Derecho Penal, Parte General*, Gráfica Administrativa, I, 1949.
- BAYARDI BENGHOA (F.), *Derecho Penal Uruguayo*, Montevideu, Centro Estudiantes de Derecho, 1963/1970.
- BATTAGLINI (G.), *Direito Penal, Parte Geral*, trad., São Paulo, Saraiva, 1973.
- BAUMANN (J.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1975.
- BELING (E.), *Esquema de Derecho Penal e La Doctrina del delito-tipo*, trad. Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- BELING (E.), *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, Mohr, 1906.
- BETTIOL (G.), *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, Cedam, 1966.
- BETTIOL (G.), *Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1976.
- BINDING (K.), *Compendio di Diritto Penale, Parte Generale*, trad. A. Borettini, Roma, Athenaeum, 1927.
- BINDING (K.), *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, Duncker & Humblot, I, 1885.
- BINDING (K.), *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, Felix Meiner, vol. I, 1922; vol. II, tomo I, 1914; vol. II, tomo II, 1916; vol. III, 1918; vol. IV, 1919.
- BLEI (H.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Munique e Berlim, Beck, 1975.
- BOCKELMANN (P.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Munique, Beck, 1973.
- BOUZAT (P.) e PINATEL (J.), *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, vol. I, *Droit Pénal Général*, Paris, 1970.
- BRITO ALVES (R.), *Direito Penal, Parte Geral*, Recife, Inojosa Editores, 1977 (3.<sup>a</sup> ed.).

- BRUNO (Anibal), *Direito Penal, Parte Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1967 (3 vols.).
- CARNELUTTI (F.), *Lecciones de Derecho Penal, El delito*, trad. Santis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952.
- CARRARA (F.), *Programa del curso de derecho criminal*, trad. Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- CAVALLO (V.), *Diritto Penale, Parte Generale*, Nápoles, Conte, 1948.
- CEREZO MIR (J.), *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, Madri, Editorial Tecnos, 1976.
- CERNICCHIARO (L. V.), *Estrutura do Direito Penal*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1972.
- CHAVEAU (A.), HÉLIE (F.), *Théorie du Code Pénal*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1861.
- CHIOSSONE (T.), *Manual de Derecho Penal Venezolano*, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1972.
- CONTI (U.), *Il Codice Penale illustrato articolo per articolo*, vários autores, Milão, Società Editrice Libreria, 1934, 3 vols.
- CORREIA (Eduardo), *Direito Criminal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1963.
- COSTA E SILVA (A. J.), *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, I, 1930; II, 1938.
- COSTA E SILVA (A. J.), *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Contasa, I, 1967.
- COUSIÑO MAC IVER (L.), *Derecho Penal Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, I, 1975.
- CUELLO CALÓN (E.), *Derecho Penal, Parte General*, 17.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, revisto por Cesar Camargo Hernández, 1975.
- DELITALA (G.), *Il "fatto" nella teoria del reato*, Pádua, Cedam, 1930.
- DEL ROSAL (J.), *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Madri, I, 1968; II, 1972.
- DE MARSICO (A.), *Diritto Penale, Parte Generale*, Nápoles, Jovene, 1969.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Précis de Droit Criminel*, Paris Dalloz, 1946.
- DOUCET (J.), *Précis de Droit Pénal Général*, Liège, Faculté de Droit d'Economie et de Sciences Sociales de L'Université, 1976.
- ETCHEBERRY (A.), *Derecho Penal*, Santiago, Editora Nacional Gabriela Mistral, 1976.
- ESER (A.), *Strafrecht*, Munique, Beck, 1976.
- FERIA (Bento), *Código Penal Brasileiro (Comentado)*, Rio de Janeiro, Distribuidora Record Editora, 1961, vols. 1 a 3.
- FERRI (E.), *Principios de Derecho Criminal*, trad. RODRIGUEZ MUÑOZ, Madri, Reus, 1933.

- FEUERBACH (A. R.), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen  
Peinlichen Rechts*, 14.<sup>a</sup> ed., atualizada por C. J. A. Mittermaier,  
Giessen, Geord Friedrich Heyers Verlag, 1847.
- FINGER (A.), *Das Strafrecht*, Berlim, Carl Heymanns, 1912.
- FLORIAN (Eugenio), *Parte Generale del Diritto Penale*, Milão,  
Vallardi, 1934.
- FONTÁN BALLESTRA (C.), *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1957.
- FRAGOSO (H. C.), *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, 2.<sup>a</sup> ed., São  
Paulo, Bushatsky, 1977.
- FRAGOSO (H. C.), *Jurisprudência Criminal*, Rio de Janeiro, Borsoi,  
1973, (2 vols.).
- FRANK (R.), *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen,  
Mohr, 1931.
- FROSALI (R. A.), *Sistema Penale Italiano*, Turim, Utet, 1958.
- GARCIA (Basileu), *Instituições de Direito Penal*, 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo,  
Max Limonad.
- GARÇON (E.), *Code Pénal Annoté*, edição refundida por Rousselet  
(M.), Patin (M.) e Ancel (M.), Paris, Sirey, 1959.
- GARRAUD (R.), *Traité Théorique et pratique du Droit Pénal Français*,  
Paris, 1913.
- GARRAUD (R.), *Précis de Droit Criminel*, Paris, Sirey, 1907.
- GERLAND (H. B.), *Deutsches Reichsstrafrecht*, Berlim e Leipzig,  
Gruyter, 1932.
- GLANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part*, 1961.
- GRISPIGNI (F.), *Diritto Penale Italiano*, Milão, Giuffré, 1952.
- HAFTER (E.), *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemei-  
ner Teil*, Berna, 1946.
- HALL (J.), *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis, Bobbs-  
Merril, 1960.
- V. HIPPEL (R.), *Deutsches Strafrecht*, vol. I, *Allgemeine Grundlagen*,  
1925; vol. II, *Das Verbrechen, Allgemeine Lehren*, 1930, Berlim,  
Julius Springer.
- JANKA (K.), VON KALLINA (E.), *Das Oesterreichische Strafrecht*,  
Praga, Viena e Leipzig, Tempsky, 1902.
- JESCHECK (H. H.), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Ber-  
lin, Duncker & Humblot, 1972.
- JESUS (Damásio E. de), *Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Sa-  
raiva, 1977.
- JIMÉNEZ DE ASÚA (L.), *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires,  
Losada, vols. I a VII, 1964/70.
- JIMÉNEZ DE ASÚA (L.), *La ley y el delito*, Caracas, Andrés Bello,  
1945.

- KENNY (C. S.), *Outlines of Criminal Law*, 19.<sup>a</sup> edição, preparada por J. W. C. TURNER, Cambridge, University Press, 1966.
- KIENAPFEL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlim e Nova York. Gruyter, 1975.
- KÖHLER (August), *Deutsches Strafrecht*, Leipzig, von Veit, 1917.
- KOHLRAUSCH (E.) e LANGE (R.), *Strafgesetzbuch*, 43.<sup>a</sup> ed., Berlim. Gruyter, 1961.
- LABATUT (G.), *Derecho Penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. I, 1968; II, 1969.
- LAGARDE (I.), *Droit Pénal Canadien*, Montréal, Wilson e Lafleur 1974.
- LAMMASCH (H.) e RITTNER (Th.), *Grundriss des Oesterreichischen Strafrechts*, Viena, Staatsdruckerei, 1926.
- LEKSCHAS (J.), e RENNEBERG (J.), coordenadores, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlim, Staatsverlag, 1976.
- V. LISZT e SCHMIDT (Eb.), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlim e Leipzig, Gruyter, 1932.
- LOGOZ (Paul), *Commentaire du Code Pénal Suisse*, 2.<sup>a</sup> ed., Neuchâtel Paris, Delachaux & Niestlé, 1976, atualizada por Yves Sandoz.
- LYRA FILHO (Roberto) e CERNICCHIARO (L. V.), *Compêndio de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Bushatsky, 1973.
- LYRA (Roberto), *Novo Direito Penal*, Editor Borsoli, Rio de Janeiro, 1971, 3 vols.
- LYRA (Roberto), *Direito Penal Normativo*, Rio de Janeiro, Konfino, 1977.
- LYRA (Roberto), *Expressão mais simples do Direito Penal*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976.
- MAGALHÃES NORONHA (E.), *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, I, 1977.
- MAGGIORE (G.), *Diritto Penale*, vol. I, *Parte Generale*, Bolonha, Zanichelli, 1949.
- MALANIUK (W.), *Lehrbuch des Strafrechts*, Viena, Manzschke Verlag. 1948 (3 vols.).
- MANZINI (V.), *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, Utet. vols. 1 a 3, 1950.
- MARCHAL (A.) — JASPAR (J. P.), *Droit Criminel, Traité théorique et Pratique*, Bruxelas, Larcier, 1976.
- MARQUES (José Frederico), *Tratado de Direito Penal*, São Paulo. Saraiva, vol. I, 1964; II, 1965; III, 1966.
- MAURACH (R.), *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe. Müller, 1971; vol. I, 5.<sup>a</sup> ed., atualizada por Heinz Zipf, *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Heidelberg-Karlsruhe. Müller, 1977.



- MAYER (H.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart e Colônia, Kohlhammer, 1953.
- MAYER (M. E.), *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Carl Winters, 1915.
- MENDOZA (José Rafael), *Curso de Derecho Penal Venezolano, Parte General*, Caracas, El Cojo, 1965.
- MERLE (R.) — VITU (A.), *Traité de Droit Criminel*, Paris, Cujas, 1967.
- MESTIERI (J.), *Teoria Elementar do Direito Criminal*, Rio de Janeiro, 1971.
- MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig e Erlangen, Werner Scholl, 1922.
- MEZGER (E.), *Tratado de Derecho Penal*, trad. Rodriguez Muñoz, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- MEZGER (E.), *Strafrecht, Studienbuch, Allgemeiner Teil*, Munique e Berlim, Beck, 1960.
- MIR PUIG (S.), *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1976.
- MOMMSEN (Th.), *Le Droit Pénal Romain*, trad. J. Duquesne, Paris, Albert Fontemoing, 1907.
- NOVOA MONREAL (E.), *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago, Editorial Juridica de Chile, I, 1960; II, 1966.
- NOWAKOWSKI (F.), *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz, Viena e Colônia, 1955.
- NÚÑEZ (R. C.), *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.
- NÚÑEZ (R. C.), *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Córdoba, Lerner Ediciones, 1972.
- NUVOLONE (P.), *Il sistema del Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1975.
- NYPELS (J. S. G.) e SERVAIS (J.), *Le Code Pénal Belge Interpreté*, Bruxelas, Émile Bruylant, 1896 (4 vols.).
- ORTOLAN (M.), *Éléments de Droit Pénal*, Paris, Plon, 1863.
- OTTO (Harro), *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlim e Nova York, Gruyter, 1976.
- PACHECO (Joaquim Francisco), *El Código Penal concordado y comentado*, Madri, Carlos Bailly Bailliere, 1867 (3 vols.).
- PAGLIARO (A.), *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Milão, Giuffrè, 1972.
- PANNAIN (R.), *Manuale di Diritto Penale*, Turim, Utet, 1950.
- PAOLI (G.), *Il Diritto Penale Italiano*, Pádua, Cedam, 1936.
- PAVON VASCONCELOS (F.), *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, México, Porrúa, 1967.

- PÉREZ (Luiz Carlos), *Derecho Penal Colombiano, Parte General*, Bogotá, Temis, 1959.
- PÉREZ (Luiz Carlos), *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1976.
- PERGOLA (U.), *Il reato*, Roma, Tipografia Consorzio Nazionale, 1930.
- PERKINS (R. M.), *Criminal Law*, Brooklyn, Foundation Press, 1957.
- PESSINA (E.), *Elementos de Derecho Penal*, trad. H. Gonzalez, Madri, Reus, 1936.
- PETROCELLI (B.), *Principi di Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1943.
- PISAPIA (G. D.), *Istituzioni di Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1965.
- POMPE (W. P. J.), *Das niederländische Strafrecht*, trad. W. M. E. Noach, Berlim, Dunckler & Humblot, 1976.
- PORTE PETIT CANDAUAP (C.), *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, México, UNAM, 1968.
- PUIG PEÑA (F.), *Derecho Penal, Parte General*, 1969.
- QUINTANO RIPPOLES (A.), *Curso de Derecho Penal*, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- RANIERI (S.), *Diritto Penale, Parte Generale*, Milão, Casa Editrice Ambrosiana, 1945.
- RANIERI (S.), *Manuale di Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1952.
- RITTLER (Th.), *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1954.
- ROCCO (Arturo), *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, vol. I, *Opere Giuridiche*, Roma, Società Editrice Foro Italiano, 1932.
- RODRIGUEZ DEVESEA (J. M.), *Derecho Penal Español, Parte General*, Madri, 1976.
- ROMERO SOTO (L. E.), *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Temis, 1969.
- ROSSI (T.), *Traité de Droit Pénal*, Bruxelas, Hauman, 1835.
- ROUX (J. A.), *Cours de Droit Pénal et de Procédure Penale*, Paris, Sirey, 1920.
- SABATINI (G.), *Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale*, vols. 1 a 3, Catania, Casa del Libro Editrice, 1946.
- SABINO JUNIOR (Vicente), *Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1967.
- SALGADO MARTINS (J.), *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1974.
- SALTELLI — DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, 1931 (2 vols.).
- SANTORO (A.), *Manuale di Diritto Penale*, Turim, Utet, 1958.
- SAUER (W.), *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlim, Gruyter, 1955.
- SCHMIDHAUSER (Eb.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, Mohr, 1970.

## BIBLIOGRAFIA

645

- SCHMIDT (Richard), *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Leipzig, Hirschfeld, 1931.
- SCHÖNKE (A.) e SCHRODER (H.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 18.<sup>a</sup> ed., atualizada por Lenckner, Cramer, Eser e Stree, Munique, Beck, 1976.
- SEVERIANO RIBEIRO (Jorge), *Do crime. Da Responsabilidade. Da co-autoria*, Rio de Janeiro, Livraria Jacintho Editora, 1943.
- SILVELA (L.), *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madri, Fe. 1903 (2 vols.).
- SIQUEIRA (Galdino), *Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Livraria Jacintho Editora, 1932.
- SOLER (S.), *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 1973.
- STÉFANI (G.) — LEVASSEUR (G.), *Droit Pénal Général et Procédure Pénale*, I, Paris, Dalloz, 1971.
- STOOSS (Carl), *Lehrbuch des Oesterreichischen Strafrechts*, Viena e Leipzig, 1913.
- STRATENWERTH (G.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Colônia, Berlin, Bonn e Munique, Carl Heymanns Verlag, 1971.
- TENÓRIO (Oscar), *Da Aplicação da lei penal*, Rio de Janeiro, Livraria Jacintho Editora, 1942.
- VAN CALKER (F.), *Strafrecht*, Munique, Berlin e Leipzig, Schweitzer Verlag, 1927.
- VANNINI (O.), *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Florença, Carlo Cya, 1947.
- VIDAL (G.), MAGNOL (J.), *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitenciaire*, Paris, Arthur Rousseau, 1916.
- VOUIN (R.), LEAUTÉ (J.), *Droit Pénal et Procédure Pénale*, Paris, PUF, 1972.
- v. WEBER (H.), *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Bonn, Ferd. Dummlers, 1948.
- WEGNER (A.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1951.
- WELZEL (H.), *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, Gruyter, 1969.
- WESSELS (J.), *Direito Penal, Parte Geral*, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1976.
- WIECZOREK (Eb.), *Strafrecht. Kurzlehrbuch zum Allgemeiner Teil des StBG in der seit 1975 geltenden Fassung*, Stuttgart, Munique e Hannover, Boorberg, 1976.



## ÍNDICE ALFABÉTICO DE ASSUNTOS

(Os números referem-se às páginas)

### AÇÃO

- Conceito — 10, 506
- Conceito clássico — 495
- Conceito naturalístico — 495
- Teoria da ação finalista — 500

### AÇÃO E OMISSÃO

- Situações de dúvida — 523

### AÇÃO SOCIALMENTE

#### ADEQUADA

v. *Antijuridicidade*

### "ABERRATIO ICTUS"

- Aberratio delicti* — 252
- Conceituação — 247, 248

### "ACTIO LIBERA IN CAUSA"

v. *Embriaguez*

- Conceituação — 210
- Emoção violenta — 213
- Crime culposos — 201

### AGENTE PROVOCADOR

- Crime putativo — 104, 434

### ANTI JURIDICIDADE

- Ação socialmente adequada — 585
- Antijuridicidade e tipicidade — 583
- Antijuridicidade material — 499, 583
- Causas de exclusão supralegais — 23
- Causas de justificação — 22, 266, 586
- Concepção objetiva — 494, 496

### ANTI JURIDICIDADE (cont.)

- Crime culposos — 584
- Crimes comissivos por omissão — 584
- Elemento do crime — 21
- Erro de fato — 22
- Estado de necessidade — 588
- Ilicitude especial — 584
- Injusto — 507, 579
- Positivismo jurídico — 24
- Princípio da bagatela — 586
- Teoria das normas de cultura — 23
- Teoria objetiva — 581
- Teoria subjetiva — 581
- Tipo de injusto — 583
- Tipos abertos — 584

### ARREPENDIMENTO EFICAZ

- Conceito — 92
- Extinção da punibilidade — 28

### AUTORIA

v. *Concurso de agentes*

### BEM JURÍDICO

- Conceito — 10

### CASO FORTUITO

- Colo — 123

### CASO FORTUITO E FORÇA

#### MAIOR

- Disposição legal — 511
- Exclusão da punibilidade — 143

**CAUSALIDADE***v. Relação de causalidade***CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE**

Consentimento do ofendido — 268

Estado de necessidade — 268, 270

Estrito cumprimento do dever legal — 268

Exercício regular de direito — 268

Generalidades — 266

Legítima defesa — 268, 280

**CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**

Arrependimento eficaz — 93

Desistência voluntária — 93

**CAUSAS PESSOAIS DE EXCLUSÃO DE PENA**

Punibilidade — 27

**CIÊNCIA DO DIREITO PENAL**

Positivismo jurídico — 443

**COAÇÃO FÍSICA**

Critérios de aferição — 258

**COAÇÃO IRRESISTÍVEL**

Ameaça — 259

Coação física — 255, 258

Coação física e moral — 571

Coação moral — 259

Conceituação — 254

Exclusão da culpabilidade — 25

*Homo medius* — 573

Inexigibilidade — 572

**CO-AUTORIA***v. Concurso de agentes***CONCEITO DE CRIME**

Ação — 506

Ação e omissão — 497

Análise do delito — 493

Conceito analítico — 505

Concepção bipartida — 493

Concepção tripartida — 494

**CONCEITO DE CRIME (cont.)**

Condições objetivas de punibilidade — 507

Culpabilidade — 494

Definição — 492

Elemento objetivo e elemento subjetivo — 492

Elementos — 493

Fato típico — 10

Omissão — 506

Punibilidade — 499

Teoria da ação finalista — 500

Tipicidade — 494

Tipo — 506

**CONCURSO DE AGENTES**

Agente provocador — 433

Agravação da pena — 424

Arrependimento — 435

Atenuação da pena — 424

Autoria — 626

Autoria colateral — 631

Autoria mediata — 404, 632

Circunstâncias incommunicáveis — 436

Co-autoria — 631

Conceito unitário — 624

Conceituação — 624

Concurso necessário — 425

Cooperação dolosamente distinta — 416

Crime culposos — 420, 633

Crime multitudinário — 426

*Delictum non secutum* — 438

Elemento subjetivo — 414

Erro accidental — 253

Espécies de concurso — 626

Generalidades — 398

Instigação sucessiva — 419

Omissão — 422

Participação — 412, 635

Participação de participação — 419

**CONCURSO DE AGENTES**

(cont.)

Participação em crime menos grave — 637

Participação em estado de necessidade — 593

Teoria monística — 409

**CONCURSO NECESSÁRIO***v. Concurso de agentes***CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE**

Conceito — 28, 507

Crime condicionado — 58

**CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE DA AÇÃO***v. Culpabilidade*

Conceito — 143

Erro de direito — 148, 221

**CONSENTIMENTO DO OFENDIDO***v. Causas de exclusão da anti-juridicidade*

Conceito — 597

**CONTRAVENÇÃO PENAL**

Tentativa — 87

**CUMPRIMENTO DE DEVER****LEGAL**

Descriminante putativa — 229

**CRIME**

Conceito jurídico — 9

Crime de dano — 20

Crime formal — 20

Teoria sintomática — 9

**CRIME A DISTÂNCIA**

Conceituação — 49

**CRIME BILATERAL**

Conceito — 50

**CRIME COLETIVO**

Conceito — 50

**CRIME COMISSIVO**

Conceito — 11, 42

**CRIME COMISSIVO POR****OMISSÃO***v. Crime omissivo***CRIME COMISSIVO POR OMIS-**  
**SÃO (cont.)**

Conceito — 11, 42

Dever jurídico de impedir o resultado — 516

Crime culposos — 556

Erro de proibição — 569

**CRIME COMPLEXO**

Conceito — 53

**CRIME COMUM**

Conceito — 53, 57

**CRIME CONDICIONADO**

Tentativa — 87

**CRIME CONSUMADO**

Conceito — 73

**CRIME CONTINUADO**

Conceito — 44

**CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR**

Gêneros de primeira necessidade — 454

Serviços profissionais e mercadorias — 453

**CRIME CULPOSO***v. Culpa "stricto sensu"**Actio libera in causa* — 201

Antijuridicidade — 557, 584

Causalidade — 556

Conceito — 552

Concurso de agentes — 420, 633

Condição de punibilidade — 201

Consciência da ilicitude — 558

Cuidado objetivo — 553

Culpabilidade — 553

Definição legal — 550

Desvalor da ação — 552

Estrutura — 504, 550

Inexigibilidade de outra conduta — 559

Momento omissivo — 556

Omissão — 199

Previsibilidade — 557

Princípio da confiança — 554

Punibilidade excepcional — 214



## CRIME CULPOSO (cont.)

Tentativa — 85

Tipicidade — 553, 555

## CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA

Conceito — 46

## CRIME DE AÇÃO PRIVADA

Conceito — 58

## CRIME DE AÇÃO PÚBLICA

Conceito — 58

## CRIME DE CONCURSO

## NECESSÁRIO

Conceito — 51

Crime bilateral — 50

## CRIME DE CONTEÚDO

## VARIÁVEL

Conceito — 46

## CRIME DE DANO

Conceito — 20

## CRIME DE ENSAIO

Crime putativo — 107

## CRIME DE MERA SUSPEITA

Crítica — 11

## CRIME DE PERIGO

*v. Perigo*

Conceito — 43

## CRIME DE SIMPLES ATIVIDADE

Conceito — 13

## CRIME DOLOSO

Conceito — 44

## CRIME E CONTRAÇÃO

Distinção — 39

## CRIME ESPECIAL

Crime próprio — 54

## CRIME EXHAURIDO

Conceito — 43

## CRIME FORMAL

Conceito — 20, 43

## CRIME HABITUAL

Conceito — 45

## CRIME IMPOSSÍVEL

Conceito — 96

Crime putativo — 104

## CRIME IMPOSSÍVEL (cont.)

Teoria objetiva temperada — 100

Teorias — 100

## CRIME INSTANTÂNEO

Conceito — 44

Efeito permanente — 44

## CRIME MATERIAL

Conceito — 43

## CRIME OMISSIVO

Causalidade — 69, 512, 518

Conceito — 42

Crime comissivo por omissão — 515

Crime omissivo puro — 512, 515

Dever jurídico de impedir o resultado — 70, 515

Espécies — 512

Omissão — 513

Punibilidade — 512

Relação de causalidade — 69, 512, 518

Sistemática — 512

Tentativa — 87

## CRIME PERMANENTE

Conceito — 44

## CRIME POLÍTICO

Conceito — 57

## CRIME PLURISSUBSISTENTE

Conceito — 49

## CRIME UNISSUBSISTENTE

Conceito — 48

## CRIME PRETERDOLOSO

*v. Culpabilidade*

Conceito — 44, 140

## CRIME PRETERINTENCIONAL

*v. Culpabilidade*

## CRIME PRINCIPAL E

## ACESSÓRIO

Conceito — 58

## CRIME PRIVILEGIADO

Conceito — 55

## CRIME PROGRESSIVO

Conceito — 47

**CRIME PRÓPRIO**

Conceito — 54

**CRIME PUTATIVO**

Agente provocador — 104

Conceito — 104, 533

Crime de ensaio — 107

**CRIME QUALIFICADO**

Conceito — 55

**CRIME QUALIFICADO PELO  
RESULTADO**

Exigência de culpa — 544

**CRIME SIMPLES**

Conceito — 53

**CRIME UNILATERAL**

Conceito — 50

**CRIMINOSOS PASSIONAIS**

Generalidades — 372

**CULPABILIDADE***v. Exclusão de culpabilidade**Actio libera in causa* — 210

Capacidade de delinquir — 482

Causas de exclusão — 25

Coação irresistível — 254

Conceito de culpa — 112, 475,  
507, 540Concepção normativa — 498,  
540Consciência da ilicitude — 143,  
545

Crime preterdoloso — 140

Crime preterintencional — 129

Culpabilidade do caráter — 476

Culpabilidade pela conduta da  
vida — 476Culpa *stricto sensu* — 114, 497

Dolo — 114

Elemento do crime — 25

Imputabilidade — 25

*Nulla poena sine culpa* — 113,  
134, 544Obediência hierárquica — 254,  
540**CULPABILIDADE (cont.)**

Personalidade do agente — 479

Responsabilidade objetiva —  
113

Teoria caracterológica — 113

Teoria normativa — 498, 540

Teoria psicológica — 113

Teoria sintomática — 113

*Versari in re illicita* — 113, 114,  
124, 132, 207**CULPA "LATO SENSU"***v. Culpabilidade***CULPA "STRICTO SENSU"***v. Crime culposos*

Compensação de culpas — 208

Conceituação — 183

Crime culposos por omissão —  
119Culpa consciente — 116, 175,  
184, 203, 557Culpa inconsciente — 175, 184,  
203, 498, 557Culpa *lata*, leve e levíssima —  
202

Culpa por extensão — 184

Culpa presumida — 206

Definição — 185, 550

Erro profissional — 204, 554

Graus da culpa — 202

Imperícia — 203

Imprudência — 203

Não exigibilidade — 189

Negligência — 203

Previsibilidade — 184, 186, 188,  
191

Punibilidade excepcional — 214

Risco consentido — 204

**DANO***v. Crime de dano***DELINQUÊNCIA JUVENIL***v. Menoridade*

**DELITOS COM RESULTADO****CORTADO**

v. *Elementos subjetivos do ilícito*

**DESCRIMINANTES PUTATIVAS**

Erro culposo — 570

Erro de fato — 229

Erro de proibição — 569

Estado de necessidade — 229

Legítima defesa — 229

**DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA**

Conceito — 92

Extinção da punibilidade — 28

**DIREITO PENAL**

Conceituação — 456

Influência do direito civil — 446

Orientação realística — 450

Positivismo jurídico — 443

**DIREITO PENAL DO RESULTADO**

v. *Teoria do delito*

Noção — 502

**DOENÇA MENTAL**

v. *Imputabilidade*

**DOLO**

Caso fortuito — 123

Consciência da ilicitude — 143

Definição — 114, 542

Dolo alternativo — 116

Dolo de dano — 173

Dolo de perigo — 173

Dolo de propósito — 178

Dolo determinado — 116

Dolo direto — 115

Dolo específico — 177, 548

Dolo eventual — 115, 116, 543

Dolo genérico — 177, 548

Dolo geral — 182

Dolo indeterminado — 88, 116

*Dolus generalis* — 88, 116

*Dolus malus e dolus bonus* — 181

*Dolus velatus e dolus apertus* — 181

**DOLO (cont.)**

Elemento normativo — 158

Ímpeto — 181

Precedente — 182

Preterdolo — 123

Subseqüente — 182

Teoria da ação finalista — 501, 504

Teorias — 114

**DOLO EVENTUAL**

v. *Dolo*

Fórmulas de Frank — 117, 344

**ELEMENTOS SUBJETIVOS DO ILÍCITO**

v. *Tipo subjetivo*

Co-autoria — 549

Crimes atrofiados de dois atos — 549

Delitos com resultado cortado — 548

Dolo específico — 177

Espécies — 548

Teoria — 498

**EMBRIAGUEZ**

*Actio libera in causa* — 610

CP de 1969 — 610

Embriaguez fortuita incompleta — 619

Erro — 612

Generalidades — 383

Imputabilidade — 609

Intoxicação crônica — 611

*Omissio libera in causa* — 15

**EMOÇÃO E PAIXÃO**

v. *Imputabilidade*

*Actio libera in causa* — 213

**ERRO**

Erro culposo — 570

Erro de tipo e erro de proibição — 565

Sistematização — 566

**ERRO DE DIREITO**

Conceituação — 216

**ERRO DE DIREITO (cont.)**

- Consciência da ilicitude — 221
- Crime putativo — 104
- Erro sobre lei extrapenal — 222, 564
- Ignorância ou errada compreensão da lei — 216, 568
- Norma penal em branco — 565
- Relevância — 561

**ERRO DE FATO**

- Aberratio ictus* — 247, 248
- Acidental — 247
- Conceituação — 225
- Consciência da injuridicidade — 228
- Crime putativo — 104
- Descriminantes putativas — 229
- Erro de pessoa — 247
- Erro essencial — 226
- Erro provocado — 246
- Escusável — 226, 227
- Exclusão da culpabilidade — 25

**ERRO DE PROIBIÇÃO**

- Conceito — 566
- Descriminantes putativas — 569, 588
- Erro sobre limites jurídicos das causas de justificação — 570
- Existência de causa de justificação — 569
- Hipóteses em que se verifica — 568
- Ignorância ou errada compreensão da lei — 568
- Ilícitude especial — 569
- Imputabilidade — 612
- Tipos abertos — 569

**ERRO DE TIPO**

- Circunstâncias agravantes — 567
- Conceito — 566, 567
- Formas qualificadas do crime — 567

**ERRO PROFISSIONAL**

v. *Culpa "stricto sensu"*

**ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS**

Punibilidade — 27

**ESTADO DE NECESSIDADE**

v. *Causas de exclusão da anti-juridicidade*

- Colisão de deveres — 590
- Como excludente de crime — 589, 590
- Como excludente da culpabilidade — 589, 591
- Descriminante putativa — 229
- Erro — 591
- Excesso — 593
- Legítima defesa — 591
- Não exigibilidade — 26
- Participação — 593
- Reparação do dano — 280
- Requisitos — 273
- Teoria diferenciadora — 588

**ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL**

Conceito — 308

**EVENTO**

v. *Resultado*

Conceito — 10

**EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO**

Conceito — 308

**EXIMENTES**

Causas de exclusão da pena — 27

**EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**

- Abolitio criminis* — 28
- Anistia — 28
- Conceito — 27
- Decadência — 28
- Desistência voluntária e arrependimento eficaz — 28
- Graça — 28
- Indulto — 28

**EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**  
(cont.)

Livramento condicional e suspensão condicional da pena — 28

Morte do agente — 28

Perdão — 28

Perempção — 28

Prescrição — 28

Reabilitação e retratação — 28

Renúncia ao direito de queixa — 28

Ressarcimento do dano — 28

*Subsequens matrimonium* — 28

**GANGSTERISMO**

Pena — 194

**ILÍCITO ESPECIAL**

v. *Antijuridicidade*

**ILÍCITO PENAL**

Conceito de crime — 9

Ilicito administrativo — 35

Ilicito civil — 29

Punibilidade — 26

**ÍNDIOS**

v. *Silvícolas*

**INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA**

Alcance — 591

Estado de necessidade — 271, 589

**INJURIDICIDADE**

v. *Antijuridicidade*

**INJUSTO**

v. *Antijuridicidade*

**INTERESSE**

Conceito — 10

**IMPUTABILIDADE**

Alcance da fórmula legal — 606

Anormalidades psíquicas. Classificação — 356

Capacidade de culpa — 603

Caracterologia — 342, 350

Conceito — 25

**IMPUTABILIDADE (cont.)**

Criminosos passionais — 372

Crítério blopsicológico — 604

Culpabilidade — 541

Desenvolvimento mental incompleto ou retardado — 336

Doença mental — 333

Drogas — 619

Embriaguez — 383, 609

Emoção e paixão — 367

Erro sobre a ilicitude — 612

"Fronteiriços" — 338

Generalidades — 320

Imaturidade — 359

Livre arbítrio — 322

Menoridade — 612

Método blopsicológico — 323, 329

Perícia — 390, 605

Personalidades psicopáticas — 340

Pressuposto da culpabilidade — 507

Psicanálise criminal — 343, 352

Psicologia individual — 346

Psicopatas. Classificação — 342

Quesitos — 390

Requisitos psicológicos — 358

Responsabilidade penal — 603

Semi-imputabilidade — 337, 617

Silvícolas — 608

Sistema do duplo binário — 617

**LATROFÍNIO**

Tentativa — 91

**LEGÍTIMA DEFESA**

v. *Causas de exclusão da antijuridicidade*

Agressão atual ou iminente e injusta — 290

Elemento subjetivo — 594

Emprego moderado dos meios necessários — 301

Estado de necessidade — 591

Excesso — 236, 238, 595

## LEGÍTIMA DEFESA (cont.)

- Excesso culposo — 304
- Generalidades — 280
- Legítima defesa putativa — 229, 239
- Legítima defesa recíproca — 307
- Possibilidade de fuga — 292
- Preservação de direito — 298
- Pretexto de legítima defesa — 240
- Requisitos — 287
- Subjetiva — 237
- Teorias — 283

## LESÃO CORPORAL

- Tentativa — 90

## MEDIDA DE SEGURANÇA

- Fundamento — 198

## MENORIDADE

- Delinquência juvenil — 359
- Emancipação civil — 359
- Imputabilidade — 359, 612
- Legislação — 616
- Medidas aplicáveis — 616
- Tribunais de menores — 612

## MÍNIMO ÉTICO

- Teoria — 151, 154

## NORMAS DE CULTURA

- Teoria — 154

## NÃO EXIGIBILIDADE

- Culpa *stricto sensu* — 189
- Exclusão da culpabilidade — 591

## OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

- Autoria mediata — 575
- Conceituação — 260
- Direito militar — 575
- Direito Penal internacional — 576
- Erro de proibição — 574
- Exclusão da culpabilidade — 25
- Inexigibilidade — 574

## OMISSÃO

- v. *Crimes omissivos*
- Causalidade — 69
- Conceito — 10, 506, 513
- Conceito normativo — 514
- Concurso de agentes — 422

## PARTICIPAÇÃO

- v. *Concurso de agentes*

## PENA

- Caráter afliitivo da sanção — 197
- Criminosos incorrigíveis — 465
- Pena perpétua — 462
- Prevenção especial — 198
- Prevenção geral — 197, 198
- Retribuição — 195

## PENA DE MORTE

- Abolição — 459
- Eficácia — 460, 463
- Erro judiciário — 469
- Exemplaridade — 468

## PENA DE PRISÃO

- Atualidade — 192

## PERICULOSIDADE

- Conceito de crime — 9

## PERIGO

- Atual ou iminente — 20
- Coletivo ou comum — 20
- Conceito — 13
- Crime de perigo — 20
- Crítério misto — 16
- Presumido ou concreto — 19
- Probabilidade e possibilidade — 18
- Teoria objetiva — 16
- Teoria subjetiva — 15

## PESSOAS JURÍDICAS

- Responsabilidade penal — 11, 628

## POSITIVISMO JURÍDICO

- v. *Antijuridicidade*
- Ciência do Direito Penal — 443

**PREMEDITAÇÃO**

Conceito — 179

Dolo — 178

**PRESSUPOSTOS DO CRIME**

Conceituação — 29

**PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL**

Aplicação da pena — 26

Conceito de crime — 10

**PRISÃO ABERTA**

Exame — 193

**PUNIBILIDADE**

Causas pessoais de exclusão de pena — 27

Elementos do crime — 26

Extinção da punibilidade — 27

**RELAÇÃO DE CAUSALIDADE**

Causalidade — 60

Causalidade da omissão — 69

CP de 1890 — 63.

Crime culposos — 556

Crime omissivo — 518

Dogma causal — 509

Elemento indispensável — 20

Exame — 509

Interrupção do nexos causal — 67

Legislações — 510

Teorias — 61

Teoria da causalidade adequada — 61

Teoria da equivalência — 61, 65

**RESPONSABILIDADE COLETIVA**

Tribunal de Nuremberg — 11

**RESPONSABILIDADE OBJETIVA**

Crimes agravados pelo resultado — 133

**RESPONSABILIDADE PENAL***v. Imputabilidade*

Conceito — 603

Pessoas jurídicas — 628

**RESPONSABILIDADE PENAL**

(cont.)

Pressuposto da culpabilidade — 25

**RESULTADO**

Crimes de resultado — 13

Dano ou perigo — 13

**SILVICOLAS**

Estatuto do Índio — 609

Imputabilidade — 608

**TENTATIVA**

Ato preparatório e ato de execução — 81, 528

Começo de execução — 79

Conceito — 74, 77, 527

Contravenção penal — 87

Crime complexo — 91

Crime condicionado — 87

Crime culposos — 85

Crime omissivo próprio — 87

Crime unissubsistente — 87

Desistência voluntária — 92

Dolo de ímpeto — 87

Dolo eventual — 90

História — 77

Inadmissibilidade — 85

*Iter criminis* — 76

Latrocínio — 91

Lesão corporal — 90

Pena — 91, 530

Tentativa abandonada — 92, 94

Tentativa branca — 90

Teorias — 75

**TENTATIVA INIDÔNEA***v. Crime impossível***TEORIA DA AÇÃO FINALISTA**

Crime culposos — 551

Dolo — 504

Estrutura do crime culposos — 504

Evolução — 500

**TEORIA DO CRIME**

Análise do crime — 493



**TEORIA DO CRIME (cont.)**

Conceito — 492, 505  
 Direito Penal da vontade — 502  
 Direito Penal do resultado — 502  
 Dogma causal — 503  
 Elementos subjetivos do ilícito — 498  
 Escola de Kiel — 499, 502  
 Estrutura jurídica do crime — 505

**TIPICIDADE**

Conceito — 20  
 Conceito de crime — 10  
 Indício da antijuridicidade — 506  
 Tipicidade e antijuridicidade — 21

**TIPO**

Conceito — 506  
 Conceito clássico — 495

**TIPO (cont.)**

Elementos normativos — 499  
 Indício da antijuridicidade — 496  
 Tipo congruente — 546  
 Tipo objetivo — 505  
 Tipo subjetivo — 506

**TIPO DE INJUSTO**

*v. Antijuridicidade*

**TIPOS ABERTOS**

Antijuridicidade — 584  
 Crimes culposos — 553  
 Erro de proibição — 569

**TIPO SUBJETIVO**

Dolo — 542  
 Elementos — 542  
 Elementos subjetivos do injusto — 546

**"VERSARI IN RE ILLICITA"**

*v. Culpabilidade*

**VIOLÊNCIA**

Emprego de inebriantes — 573

**VOLTA**



# Conheça melhor os comandos do Adobe Acrobat Reader



**Busca por palavras**

**Visualização 100%**

**Encaixa página na tela**

**Encaixa página na largura**

**Segue à última página vista**

**Volta à última página vista**

**Vai à última página**

**Próxima página**

**Página anterior**

**Primeira página**

**Selecionar Textos**

**Lente de aumento**

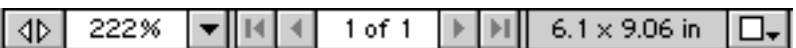
**Movimentar Páginas**

**Miniaturas e marcadores**

**Imprimir**

**Abrir outros documentos**

**Sobre o Acrobat Reader**



**Páginas contínuas**

**Tamanho da página**

**Movimentação pelas páginas**

**Nível de Zoom**

**Miniaturas e marcadores**

**1**

**1**

**2**

**2**

