LUÍS ROBERTO CAVALIERI DUARTE

REESTRUTURAÇÃO DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. UMA RESSIGNIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS.

Tese de doutorado.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Tadeu Palmieri Buonicore

UniCEUB

Brasília- DF

2025

LUÍS ROBERTO CAVALIERI DUARTE

REESTRUTURAÇÃO DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME.
UMA RESSIGNIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS.

Tese apresentada no curso da pós-graduação *Stricto Sensu* do UniCEUB, como requisito parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Bruno Tadeu Palmieri Buonicore.

UniCEUB

Brasília- DF

2025

Nome: DUARTE, Luís Roberto Cavalieri.

Título: Reestruturação do conceito analítico de crime. Uma ressignificação dos elementos.

Tese apresentada no curso da pós-graduação *Stricto Sensu* do UniCEUB, como requisito parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito.

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

À Deus, por ter me dado saúde e paz nesse caminho.

À Jana, minha querida esposa, pela compreensão e incentivo.

Aos meus filhos, Pedro e Matheus, pelo tempo que lhes foi subtraído.

Aos meus pais, Saulo e Eliana, pelos conselhos da vida.

Aos meus irmãos, Rafael e Frederico, pelo suporte de sempre.

Aos meus avós, Arlette e Ivan (*in memorian*), pela inspiração.

AGRADECIMENTOS

A pesquisa que se apresenta é fruto de uma inquietação do autor sobre a percepção da teoria do delito no universo acadêmico, cuja troca de experiências com colegas, professores e alunos, fez despertar a curiosidade de tentar resolver o enigma da argumentação jurídica, quando da subsunção jurídico-penal, considerando o conceito estratificado do delito. Em vista do desafio posto, não conseguiria sem o olhar cuidadoso dos meus professores e dos colegas de turmas. Assim, consigno os seguintes agradecimentos:

De início, agradeço a Defensoria Pública do Distrito Federal que me proporcionou a realização e conclusão desse doutoramento, por meio de seu programa de bolsa. Sem dúvida, não faria esse curso sem o valoroso apoio dessa grande instituição.

Ao Professor e advogado, Dr. Bruno Buonicore, agradeço por ter aceitado o desafio da orientação no processo de doutoramento. Para mim, cada encontro foi inspirador, em razão das conversas interessantes sobre a dogmática penal. Agradeço por ter me escolhido para ser seu suplente no Conselho de Segurança Pública do Distrito Federal, em razão do grupo de pesquisa sobre Dogmática Penal, por onde também teve a possibilidade de me apresentar o cenário alemão da dogmática penal. Certamente, todos os encontros e ensinamentos deram grande contribuição para a tese.

Ao Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Luis Roberto Barroso, com quem pude ter uma nova perspectiva sobre os valores da Democracia e da Constituição. Em cada aula, suas exposições fizeram parte da forma de como se realizar uma pesquisa de fundo, orientado pelo olhar pragmático e prático, com o fim de promover a efetividade da Justiça. Agradeço, gentilmente, pelo convite de montarmos a banda "*bis in idem*", em vista dos homônimos, bem como de compartilhar boas histórias sobre nosso nome.

Ao Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Luiz Fux, pela generosidade de ensinar, com elegância, sobre a análise econômica do Direito, com vista a promover o bem-estar social, ao menor custo possível. A influência do aprendizado reflete na tese, na medida em que essa busca oferecer meios

concretos de minimizar e corrigir os erros dos operadores do Direito Penal, quando das argumentações.

Ao Professor, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e ex-Ministro da Corte de Haia, Dr. Francisco Rezek, pela simplicidade de realizar a arte de ensinar sobre os conflitos do mundo e suas resoluções. Em meio a tantas histórias de casos globais, sua percepção sobre Direito Internacional e Direitos Humanos, transcende a autoridade dos argumentos para um aprendizado inesquecível, de modo a trazer luz à pesquisa.

Ao Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Luiz Edson Fachin, pela demonstração de amor ao Direito e ensinamento sobre a clivagem do Direito Civil. Desde o Império Romano, passando pela idade clássica e moderna do Direito, apresentando a Era das Codificações, a se chegar ao Direito Civil Constitucional Contemporâneo, contribuiu diretamente na percepção de fatos passados que se presentificam com o seu legado e oferecem um norte prospectivo para a exegese da tese.

Ao Professor e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Carlos Ayres Britto, pela poética forma de ensinar sobre a interpretação da Constituição Federal. Seus poemas declamados em sala para a hermenêutica da Lei Maior, fez entender que os estudos têm sua linguagem figurada para melhor compreender os lances da vida. Sua paixão pela docência, inclusive, quando estava indo para o centro cirúrgico, não o fez deixar de ir, primeiro, à aula. Sua incrível capacidade de amar tudo e a todos, transforma-o em um verdadeiro Mestre.

Ao Professor, Historiador, Procurador da Fazenda Nacional e Consultor Geral da União, PHD Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, por mostrar o quanto a leitura e as artes são fascinantes para a compreensão do universo, através do Direito Comparado, para a transformação social e impacto de cada cultura na formação do Direito. Ensinou-me a arte da simplicidade humana, mesmo conhecendo o mundo inteiro, falando inúmeras línguas e cujo resumo de seu currículo chega a 345 páginas.

Ao Professor e PHD Nitishi Monebhurrun, muito obrigado por olhar o embrião da tese e me orientar na pesquisa e na metodologia. Com sua técnica de investigação da pesquisa, apresentada em cada encontro e em seus livros, fez-me

perceber a importância de uma busca orientada das fontes confiáveis para transformar o poder da argumentação, além de ensinar a forma de apresentação da tese.

À professora Anita Gcolotela, *from beautiful South África*, que sempre me ajudou com o aprendizado da língua inglesa com muita leveza, ajudando-me a obter a compreensão, a tradução e a correção dos textos utilizados ao longo do doutoramento. Muito obrigado.

Ao Professor e Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, PHD. Antônio Henrique Graciano Suxberger, pelo incentivo e entusiasmo apresentados para prosseguir na pesquisa

Ao Professor e Juiz Federal do TRF – 4ª Região, PHD. Guilherme Roman Borges, pelos ensinamentos, desde o mestrado e pela ampliação dos horizontes jurídicos, além de aceitar o convite de ser o meu examinador nessa banca.

Ao Professor PHD Carlos Viveiros, por aceitar a análise e a examinação nas bancas, dando-me importantes e precisas lições sobre a pesquisa, lapidando o objeto dessa tese.

Finalmente, aos amigos, colegas e monitores do programa de pós-graduação *Stricto Sensu* do UniCEUB, muito obrigado pela ajuda direta na tese, onde, por meio de conversas e discussões, pude obter novos olhares e fontes para embasar o resultado proposto.

RESUMO

DUARTE, Luís Roberto Cavalieri. Reestruturação do conceito analítico de crime. Uma ressignificação dos elementos. Pág. 441. Doutorado – UniCEUB. 2025.

O presente estudo versa sobre o conceito analítico de crime, como objeto de fundamentação da imputação penal, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, apresentando, sob perspectiva crítica, os sistemas utilizados pelos operadores do Direito Penal, para demonstrar a necessidade de revisitação dos significantes, bem como a proposição de novos rumos. Apesar da enorme valia das teorias do delito, ainda há paradoxos de fundamentação que tornam teratológica a imputação de determinados fatos previstos como crime a determinadas pessoas, notadamente aos inimputáveis, além da existência de absolvição de pessoas com fundamentos que não se amoldam ao conceito. Com isso, tem-se a preocupação de cotejar todos os aspectos que circundam determinados fatos para oferecer razões mais condizentes com a realidade científica. Por isso, além de perpassar pelas teorias do conceito analítico, a proposta envereda na interdisciplinariedade para buscar os substratos para a reestruturação do conceito de delito, valendo-se da Filosofia, da Psicologia, da Sociologia, da Neurociência, da Psiquiatria e do Direito para compreender formação e a importância da consciência, como elemento natural e normativo, visando corrigir o erro de fundamentação da imputação do injusto penal culpável. Com as ciências duras e humanas, adentra-se no estudo da formação da consciência para se redefinir e reestruturar os significantes contido no conceito operacional, além de enfrentar os delitos culturalmente motivados no âmbito do dolo natural, da tipicidade material e do dolo normativo, propondo, dessarte, o reconhecimento da utilização da Política Criminal, de faceta decolonial, pelos operadores. Com isso, ousa-se propor antítese às teorias do delito, apresentadas pelos principais teóricos, com a finalidade de corrigir os elementos do injusto penal e da culpabilidade.

Palavras-chave: Conceito. Crime. Elementos. Reestruturação.

ABSTRACT

DUARTE, Luís Roberto Cavalieri. *Restructuring of the Analytical Concept of Crime: A Redefinition of the Elements. Doctoral Dissertation* – UniCEUB, 2025.

This research adresses the analytical concept of crime as the foundation for criminal attribution within the Brazilian legal system, adopting a critical perspective, it examines the systems employed by criminal law practitioners to demonstrate the need for modifying established meanings and proposing new directions. Despite the significant value of crime theories, paradoxes in their foundations persist, leading to incomprehensible attributions of certain legally defined criminal acts to specific individuals—particularly those deemed non-imputable—and resulting in acquittals based on reasoning that does not align with the concept. Consequently, the study emphasizes the importance of analyzing all aspects surrounding specific acts to provide justifications that align more closely with scientific reality. Hence, the research not only depends on theories of the analytical concept, but also embraces other studies drawin from philosophy, psychology, sociology, neuroscience, psychiatry, and law to understand the formation and significance of consciousness as both a natural and normative element. This approach aims to rectify foundational errors in attributing culpable unlawful acts. By integrating medical and human sciences, the study delve into the development of consciousness to redefine and restructure the signifiers within the operational concept. It also addresses culturally motivated offenses in the context of natural intente, substantial factual conformity, and normative intent, thereby advocating for the recognition of a decolonial facet of criminal policy by legal practitioners. In doing so, it boldly proposes an antithesis to prevailing crime theories presented by leading scholars, with the objective of correcting the elements of unlawful acts and culpability.

Keywords: Concept; Crime; Restructuring; Elements.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 14

A METODOLOGIA DA PESQUISA, O REFERÊNCIAL TEÓRICO E A JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DA ANÁLISE DA DOGMATÍCA PENAL E DA POLÍTICA CRIMINAL PARA REESIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE DELITO. ..23

1 CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. ORIGEM, FINALIDADE E CONTROVÉRSIAS. 34

1.1 A EVOLUÇÃO DOS MECANISMOS DOGMÁTICOS DO DELITO E A NECESSIDADE DE REVISITAR O SIGNIFICANTE. 34

1.2 DESAFIO DE SUPERAÇÃO DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DAS SISTEMÁTICAS DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME..... 42

1.2.1 TEORIA CAUSAL E O DÉFICIT DO NATURALISMO NA PROPOSIÇÃO CONCEITUAL. 43

1.2.1.1 Conduta e Tipicidade no Sistema Causalista 43

1.2.1.2 Justificantes no Causalismo 56

1.2.1.3 Culpabilidade no Causalismo: Imputabilidade. 58

1.2.1.4 Culpabilidade no Causalismo: O dolo e a culpa como elementos póstumos. 63

1.2.1.5 A punibilidade no Causalismo. 68

1.2.2 O NEOCAUSALISMO E SEUS INCREMENTOS INSUPERÁVEIS. 70

1.2.3 TEORIA FINALISTA WELZIANA. 76

1.2.3.1 A INCOMPREENSÃO DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO INJUSTO PENAL E O EQUÍVOCO DA VALORAÇÃO EXCLUSIVA DA CONDUTA. 76

1.2.3.2 A TERATOLOGIA DA CULPABILIDADE FINALISTA. O PARADOXO DA INIMPUTABILIDADE E A FALSA ATRIBUIÇÃO DE TEORIA PURAMENTE NORMATIVA DA CULPABILIDADE..... 85

1.2.4 TEORIA SOCIAL DA CONDUTA E SUA INDEFINIÇÃO. 90

1.2.5 TEORIAS FUNCIONAIS E A AMPLITUDE DE SUBSUNÇÃO. 92

1.2.5.1 Teoria Funcionalista Teleológica ou Moderada de Claus Roxin e suas crises de legitimação. 93

1.2.5.2 Teoria Funcionalista Radical ou Sistêmica de Günther Jakobs e sua Inviabilidade. 103

1.2.5.3 Teoria da Tipicidade Conglobante e Funcionalista Redutora de Eugênio Raul Zaffaroni e a necessidade de verificação. 106

1.3 A CRISE DA CULPABILIDADE NOS SISTEMAS NATURALISTAS, FINALISTA E FUNCIONALISTAS A JUSTIFICAR A REESTRUTURAÇÃO DO CONCEITO DOGMÁTICO DE CRIME E SUA TENSÃO COM A POLÍTICA CRIMINAL. 112

2 ELEMENTO SUBJETIVO DO FATO TÍPICO FINALÍSTICO E SUA TERATOLOGIA 123

2.1 CONTORNOS ATUAIS DA DEFINIÇÃO E DOS ELEMENTOS NO CONCEITO ESTRATIFICADO FINALÍSTICO DO DELITO E SUAS INCOMPREENSÕES. 123

2.2 A REVISITAÇÃO DOS SIGNIFICANTES CONTIDOS NA ESTRUTURAÇÃO DO CONCEITO ANALÍTICO DE DELITO. 137

2.3 O *LOCUS* CIENTÍFICO DO ESTUDO DA CONSCIÊNCIA. 143

2.3.1 A PERCEPÇÃO FILOSÓFICA DO COGNITIVO HUMANO. 145

2.3.2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS ESTUDOS DA CONSCIÊNCIA NA PSICOLOGIA PARA A COMPREENSÃO DA ORDEM RACIONAL DE INDAGAÇÃO. 164

2.3.3 A CATEGORIZAÇÃO E A VERIFICAÇÃO PSIQUIÁTRICA DA CONSCIÊNCIA HUMANA. 173

2.3.4 O CONTRIBUTO DA NEUROCIÊNCIA PARA O CONHECIMENTO DA CONSCIÊNCIA. 187

2.3.4.1 A Neurociência e a formação da consciência. 192

2.3.4.2 A Teoria da Informação Integrada de Tononi. 201

2.3.5 OS ELEMENTOS SOCIOLÓGICOS DA CONSCIÊNCIA HUMANA. A CULTURA COMO MODELADORA DA CONSCIÊNCIA. 207

2.4 CONSCIÊNCIA E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR POSSÍVEL AO DIREITO PENAL. 215

3 A TIPICIDADE E A CULPABILIDADE COM SEUS PARADOXOS. 230

3.1 A PERSPECTIVA DA ATUAL DOGMÁTICA PENAL E A FUNDAMENTAÇÃO DE REESTRUTURAÇÃO DO EIXO "CONDUTA TÍPICA E CULPABILIDADE"...230

3.2 A ANÁLISE DA CONSCIÊNCIA COMO ELEMENTO SUBJETIVO E AS CIRCUNSTÂNCIAS ANTECEDENTES QUE INTERFEREM EM SUA FORMAÇÃO. 236

3.2.1 AUSÊNCIA DO ESTADO DE VIGÍLIA E SUA RELAÇÃO COM A IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL. 239

3.2.2 AUSÊNCIA DE CONSCIÊNCIA E DO ESTADO DE VIGÍLIA EM DECORRÊNCIA DO ÁLCOOL OU SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. A INVENCIBILIDADE DA ADMISSÃO DA

RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL E A JUSTA POSIÇÃO DESSA CIRCUNSTÂNCIA. 244
3.2.3 A FALTA DE CONSCIÊNCIA EM DECORRÊNCIA DE DEFICIÊNCIAS SENSORIAIS OU MENTAIS. A REALOCAÇÃO DOS ELEMENTOS NO CONCEITO ANALÍTICO DE DELITO. 262
3.2.3.1 Tratamento jurídico-penal da inconsciência pela falta do órgão sensorial. Seu equívoco e resolutividade. 264
3.2.3.2 Tratamento jurídico-penal da completa inconsciência em decorrência de deficiência mental. O paradoxo e a congruência. 269
3.2.3.3 Da persecução judicial do fato típico imputado ao inimputável (art. 26, CP). Os elementos processuais que justificam a realocação da inimputabilidade. 284
3.2.4 O ENGANO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS (ERRO DE TIPO) E SUA INFLUÊNCIA NO DOLO. 291
3.3 A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-PENAL CONFERIDA À PESSOA MENOR DE 18 ANOS PARA A INIMPUTABILIDADE E SUA LÓGICA DE SUBSUNÇÃO. 300
3.4 DA ANÁLISE, IMPUTAÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E MEDIDA PENAL CONFERIDA AO SEMI-IMPUTÁVEL. 306
3.5 OS FATORES SOCIAIS E CULTURAIS DE INCIDÊNCIA NA IMPUTAÇÃO PENAL. 313
3.5.1 A CONSCIÊNCIA COLETIVA E A COLONEIDADE COMO INSTRUMENTOS DE FORMAÇÃO DO DOLO NORMATIVO. 313
3.5.2 A CONSCIÊNCIA COLETIVA COMO FORMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL PARA SE FIRMAR A CAUSA DE SUPRESSÃO DA TIPICIDADE MATERIAL. 328
3.5.3 O ERRO DE INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUBSUNÇÃO. 335
4. A POLÍTICA CRIMINAL NA VALORAÇÃO DO FATO TÍPICO, ILÍCITO E CULPÁVEL. A UTILIZAÇÃO QUE NECESSITA DE RACIONAL FUNDAMENTAÇÃO PARA SE EVITAR O ATIVISMO JUDICIAL. 346
4.1 DA ACEITAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL PELO OPERADORES DA LEI PENAL. 346
4.2 DOS LIMITES DO USO DA POLÍTICA CRIMINAL PELOS MAGISTRADOS NO PROCESSO DE SUBSUNÇÃO TÍPICO-PENAL. 350
4.3. A UTILIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. 366
5. A VITUPERABILIDADE DA CONDUTA COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE. 371

6. O RESULTADO DA OPERAÇÃO APÓS AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DOS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. 383

6.1. DA IMPUTAÇÃO JURIDICO-PENAL AO INIMPUTÁVEL MENOR DE 18 ANOS. CRITÉRIO OBJETIVO-BIOLÓGICO. PRESSUPOSTO DE ANÁLISE DO CONCEITO..... 383

6.2. DA IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL AO INIMPUTÁVEL, SEMI-IMPUTÁVEL E INIMPUTÁVEL. ANÁLISE PRECEDENTE AO CONCEITO OPERACIONAL DO DELITO... 387

6.3. DA IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL AO AGENTE COMPLETAMENTE EMBRIAGADO. TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*. REAFIRMAÇAO DA RESPONSABILIDADE PENAL. 395

6.4. DA IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL AOS AGENTES QUE NÃO POSSUEM ORGÃOS SENSORIAIS. RESSIGNIFICAÇÃO DO ELEMENTO. 399

6.5. DA IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL CONSIDERANDO OS FATORES SOCIAIS E CULTURAIS. A FUNDAMENTAÇÃO DOS ELEMENTOS COM BASE NOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS PARA A TIPICIDADE E CULPABILIDADE. 406

6.6. A RESPONSABILIDADE PENAL DO COAGENTE APÓS A EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME, FRENTE ÀS TEORIAS DO CONCURSO DE AGENTES. 415

CONCLUSÃO 422

REESTRUTURAÇÃO DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. UMA RESSIGNIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS.

INTRODUÇÃO

Após a teoria causalista apresentar o conceito estratificado de crime, a doutrina do Direito Penal buscou, ao longo do século XX, aperfeiçoar o modelo analítico, em seu sistema tripartite, considerado o fato típico, ilícito e culpável, definindo seus elementos objetivos e subjetivos, cuja finalidade dogmática consistiu em estabelecer uma perfeita subsunção dos fatos considerados delituosos aos diversos preceitos penais existentes, especialmente por não se mostrar tarefa fácil para o operador do Direito Criminal o exercício da realização da tipicidade penal e sua fundamentação, mormente devido à existência dos elementos subjetivos inerentes a cada espécie de crime.

Ante a existência de certa imprecisão, o aperfeiçoamento da teoria do injusto e da culpabilidade sempre se mostra imprescindível e contínuo para que se possa adequar perfeitamente um fato criminoso a um indivíduo e, por conseguinte, a devida responsabilização penal, pois a subsunção do fato à norma é corolário lógico para a justa expiação. Nessa esteira, o Direito Penal emerge com suas teorias e finalidades para fazer com que haja o seu melhor aproveitamento prático-jurídico e, por conta disso, a análise teórica não pode se furtar a uma análise dogmática e criminológica dos fatos sociais atuais para realizar o devido amoldamento do fato à norma penal incriminadora e para apresentar o correto meio de se valer das finalidades do direito punitivo estatal.

Diversamente de uma análise superficial para se realizar a imputação criminal, o jurista deve buscar alcançar uma profunda verificação dos pressupostos da responsabilização penal, deixando de se ater ao mero amoldamento aparente do evento criminoso, ciente que esse rigor não se mostra fácil, em razão das possibilidades de realização da adequação típico-penal, como, por exemplo, por falta de provas dos elementos subjetivos que corroborem a inteligência humana em um único sentido ou da possibilidade de se extrair entendimentos diferentes acerca

da subjetividade do ser, face às distintas interpretações que se pode retirar de um contexto fático, tornando a tipicidade uma tarefa mais árdua dada à complexidade e à ambiguidade que eventualmente se apresenta. Logo, a persecução acerca dos elementos subjetivos do tipo penal de um caso concreto, em vista das várias possibilidades de interpretação sobre uma mesma circunstância fática, não dispensa um alcance perfeito do mérito para o enquadramento típico-formal, demandando a imprescindível análise psicológica, sociológica, científica, filosófica e jurídica para a definição do delito, nos aspectos práticos, dogmáticos e atuais, destinando-se às ciências criminais a busca da fundamentação mais próxima possível da realidade para a subsunção, por não se satisfazer com a mera análise objetiva do fato criminal. Devido a isso, ainda persistem as inquietações acerca da teoria do injusto e da responsabilização penal, destinado ao estudo do ato punível e toda a sua dinâmica, especialmente quando voltadas à análise dos elementos subjetivos do tipo penal, bem como da culpabilidade.

O Direito Penal, como ciência normativa do injusto, na atualidade, não vive isoladamente. As demais ciências correlatas, notadamente extrajurídicas, apresentam-se importantes para que o jurista possa extrair seus significantes para realizar a perfeita subsunção legal, bem como para se buscar a melhor medida de reprovação, prevenção e/ou tratamento, mas especialmente a própria justificação. Para além de mera análise teórica, a teoria do injusto deve observar fatos empíricos ou concretos, para, a partir disso, poder se fazer toda análise criminológica e apontar, para o Direito Penal, os motivos determinantes para a reprovação. O conceito analítico de crime proporciona ideias concatenadas a partir de um evento cognoscível, cujo sistema dogmático serve para as hipóteses criminais possíveis previstas no catálogo criminal criado pelo legislador, face à garantia estabelecida pelo princípio da legalidade, que guia a Ciência Penal para a solução dos casos concretos.

Os tipos penais incriminadores revelam, em regra, o desejo do poder legiferante para estabelecer os fatos proibidos na sociedade, cuja ação ou omissão violadora da norma importa em uma sanção jurídica. Além da criação dos tipos penais e da respectiva sanção, em havendo a realização da conduta violadora, mister estabelecer a responsabilização penal, por meio de um processo, com observância das garantias previstas, para a imposição e execução da pena ou do

tratamento médico especializado, caso necessário. Contudo, essa vontade legislativa de estabelecer quais as condutas devem ser consideradas proibidas não será objeto de estudo aqui, pois avança em dinâmicas de políticas criminais que fogem à ideia de aperfeiçoamento dogmático do conceito analítico do delito. Utilizar-se-á, portanto, a legislação já posta para, a partir daí, verificar as hipóteses de subsunção, primando pela análise dos elementos objetivos, normativos e, especialmente, subjetivos contidos nas etapas de análise conceitual, correlacionando a certos eventos para se estabelecer a crítica e apresentar a hipótese.

Para que se possa obter o aproveitamento necessário, analisar-se-á o Direito Penal da Culpabilidade de Conduta, e não o Direito Penal do Autor, de modo a focar na análise criminógena que recai sobre a conduta típica, antijurídica e culpável realizada, em todos os seus aspectos, e diversa da responsabilidade objetiva do resultado ou do autor do fato, em que pese chegar a determinadas circunstâncias em que a conduta do agente deva ser valorada objetivamente, ante os obstáculos de perseguição dos elementos subjetivos da conduta.

Embora ser complexo o exame da estruturação do conceito estratificado do delito, diante do caso concreto, o que se encontra na realidade judicial é a incidência do Direito Penal da culpabilidade de resultado ou do autor, justificando a tipicidade a partir de quem promoveu a conduta ou a gravidade da conduta, momento em que alguns operadores se debruçam sobre as consequências do dano para a subsunção típica, desconsiderando o elemento subjetivo do tipo, em razão de seus preconceitos e conceitos hegemônicos, que, para tanto, servem de argumentos retóricos para justificar a imputação e a reprimenda idealizada antes mesmo de se conhecer os próprios elementos da conduta. Com isso, verifica-se superficialmente esses referidos componentes do conceito operacional para promover o enquadramento legal sem profundidade de verificação das questões subjetivas que permeiam a conduta, notadamente a consciência e a capacidade de entendimento do agente. De fato, o jurista pode até pensar que realiza a análise dos elementos subjetivos que propulsionam a prática do crime de maneira devida, especialmente pela dificuldade de se ter provas suficientes ou de se poder preestabelecer as intenções por meio da análise das circunstâncias e dos indícios que se extraem da dinâmica criminal, mas, concretamente, o que se verifica, em muitos casos, é a

responsabilização do agente em decorrência do que é ou do que produziu, inobservando-se os elementos psíquicos para a subsunção.

A teoria de delito não é mero capricho doutrinário, pois muito se debruça para melhor defini-la. Diversas escolas e pensadores apresentam suas sugestões e contribuições valorosas para conseguir, no plano prático-jurídico, um modelo capaz de oferecer a ideal finalidade da ciência jurídico-penal, estruturando o sistema de maneira ordenada, para que magistrados, promotores, defensores e juristas possam estabelecer o domínio racional das questões e dar soluções adequadas, quando da interpretação do fato e do tipo penal incriminador incidente. Dessarte, para além de ter que dominar as regras de hermenêutica jurídica, o exegeta deve buscar compreender a dinâmica fática, a partir de um ponto cognoscível prático, para amoldar à melhor hipótese possível a vontade do legislador, conferindo uma aplicação racional da lei, sem desprezar todos os elementos do tipo aplicáveis.

Não se está a afirmar tratar-se de tarefa fácil, por mais simples que possa ser a interpretação dos fatos, especialmente diante da possibilidade de se ter diversas formas de ver o mundo. O mesmo fato pode se apresentar de diversas maneiras, a depender de como o intérprete enxerga ou de como quer enxergar, dando-se a justificativa para dar um encaminhamento, para um ou outro lado, a ser encontrada de forma mais fácil para se firmar um posicionamento. Entretanto, o papel do jurista é muito mais complexo, exigindo-lhe um espírito imparcial para uma correta análise do caso concreto. O que se deve primar é pela boa-fé e imparcialidade no jogo da interpretação do caso concreto, despido das emoções que contaminam o exegeta. É óbvio que, se o intérprete já passou por um dissabor causado por um crime, estará eivado de emoções pela lembrança quando analisa um determinado caso criminal. Sua racionalidade encontrar-se-á mitigada pela péssima experiência sofrida. Igualmente, não se está a dizer que o intérprete não deve ter empatia para com a vítima ou para com o autor do fato criminoso, nem o inverso, porquanto isso não define nem traz a melhor forma de se analisar dogmaticamente o fato que lhe é posto. A aplicação racional da lei exige espírito livre de emoções. Para isso, a importância da doutrina ao apresentar o estudo do conceito do delito para que os juristas realizem efetivamente em seu mister. Contudo, deve-se reconhecer que a doutrina tradicional, ao apresentar os conceitos de delito e seus elementos, faz uma análise teórica, diverso do contexto fático atual,

com situações distintas de um cenário empírico hodierno e regional, além de, em certos casos, deixar de adentrar no exame interdisciplinar para a compreensão da extensão do problema e da hipótese.

O substrato que se busca é uma tentativa de aliar os resultados teóricos, a luz de uma análise prática realizada, cujo objetivo é compreender cientificamente os elementos objetivos, normativos e subjetivos do tipo penal incriminador, a partir de diversos aspectos, mas especialmente empíricos, em que pese a infinidade de probabilidades possíveis de motivos propulsores do delito, que dificulta, sobremaneira, a perfeita verificação dos comportamentos humanos. Logo, além de se apresentar os aspectos teóricos do conceito analítico do delito, far-se-á um estudo científico de fatos para avaliar a subsunção normativa, a luz de uma verificação dos elementos axiológicos, objetivos e subjetivos.

Através de um consentâneo lógico, sob a perspectiva humana cotidiana, o que se buscará é apresentar uma análise teórica do conceito estratificado do delito, a luz de situações postas, para se verificar a racionalidade no estudo do Direito Penal e de seu discurso. Observa-se, nos estudos acadêmicos, uma apresentação do conceito de delito, por meio de método científico importante, mas que, em algumas situações, mostra-se dissociado de uma realidade, com bases preconceituosas e colonialistas. Por isso, ao tempo em que o estudo do *iter criminis* e do conceito operacional de crime recebe relevância para definir a tipicidade penal, tem-se a imprescindibilidade de análise científica de elementos reais. Para visualizar essa premissa, tem-se o dolo do agente, existente no conceito do delito, que serve para a análise das dinâmicas fáticas postas em juízo, com a finalidade de diferenciar cada caso relatado em um processo penal. Com racionalidade, fatos distintos revelados não podem ser resolvidos por idêntica equação ou similar dinâmica, pois viola a individualização e a isonomia no trato das pessoas inseridas no contexto criminológico. Por isso, é importante que o operador saiba reconhecer e distinguir a existência dos elementos do tipo penal, quando analisa um caso concreto, não podendo se valer de argumentos abstratos que se encaixam em diversos contextos diferentes.

Na atualidade brasileira, para a subsunção do fato à lei penal, ao se ter o conhecimento dos sistemas (teorias) aplicados no conceito analítico do delito, tem-se distintos modelos adotados pela doutrina (bipartido ou tripartite), cuja

culpabilidade do agente recebe análise de (des)valor para o crime ou para estabelecimento de sanção penal (ou não). Para isso, além da análise do dolo, procurar-se-á elementos subjetivos na culpabilidade, especialmente no sistema finalista, quando, por exemplo, ainda ocorre a investigação da capacidade de entendimento do agente no âmbito da imputabilidade, em que pese a teoria welziana informar assumir a teoria normativa pura. Por isso, essas questões devem ser analisadas para se compreender se estão ou não ínsitas na culpabilidade, enquanto elemento definidor do delito, na base tripartite. Logo, apurar-se-á se a culpabilidade do sistema finalista é verdadeiramente normativa pura, ante a existência de análise de condições pessoais do agente, como é o caso da imputabilidade. Por isso, o problema que emerge inquietação está na capacidade de entender o caráter ilícito do fato encontrar-se dissociado da consciência do agente, com verificação posterior. Enquanto a capacidade de entender está na culpabilidade, quando da análise da imputabilidade, a consciência do agente está na análise do fato típico, que se envereda na análise da conduta. Ou seja, para melhor compreensão dessa problemática, indaga-se como é possível uma pessoa sem capacidade de entender, tem, antes, consciência de sua conduta?

Dessa forma, volta-se a atenção para a estrutura do conceito tripartite do crime, composto pelo fato típico, ilícito e culpável. No âmbito da conduta típica, a interação humana com o ambiente molda a sua ação, o nexo de causalidade, o resultado e a tipicidade, de onde surgem as inquietações. Nesse passo, além de se ter a verificação da estrutura e dos elementos definidores do delito, ainda será importante a investigação sobre a existência de correlação entre os elementos subjetivos, objetivos e normativos do tipo penal em um atual contexto social e jurídico, notadamente sobre a formação dos elementos subjetivos do injusto. Essas questões serão apresentadas e observadas em diversos casos concretos para legitimar a busca de argumentos aptos a promover uma melhor afirmação do Direito e da proposta.

Para que se encontre uma melhor fundamentação, não irá se furtar da análise interdisciplinar, pois ínsita ao crime, objeto do estudo da ciência criminal. Procurar-se-á buscar novas perspectivas para justificar os comportamentos delitivos, de maneira a formular inovações científicas para contribuir com o amadurecimento do Direito Penal, especialmente por ainda ser uma ciência relativamente nova,

porquanto se debruça efetivamente sobre o conceito de delito a partir do início do século XX e das novidades apresentadas pelas demais áreas, como a Neurociência. Chega-se, assim, ao estágio orientador da pesquisa para se contrapor ao modelo proposto pelas escolas naturais, finalista e funcionais, cuja incidência se impõe em contextos sociais distintos do Brasil. Dentre esses modelos, capitaneados por grandes nomes na doutrina, ainda emergem questões que podem ser analisadas abstratamente, a partir de fenômenos concretos testados, que trazem a lume questionamentos que se apresentam, em algum grau, distantes da justa aplicabilidade dos argumentos da teoria do crime.

Na atualidade, essa análise é realizada para compreender o comportamento humano delituoso, quando conjugada com o exame dos elementos do conceito. Por isso, é importante, desde logo, afirmar haver distinção nas dinâmicas criminógenas que merecem análises científicas e atuais, não para justificar uma impunidade, mas, pelo contrário, para conferir um melhor tratamento dos institutos penais e promover, através dos estudos interdisciplinares, uma perfeita aplicação da lei penal. Nesse sentido, a cultura, as tradições e os costumes também modelam a conduta humana, inclusive para a realização de atos inadmitidos, de forma a questionar a formação do dolo natural, no preceito apresentado pelo princípio da adequação social e no dolo normativo (conhecimento da lei), a conferir um tratamento específico para permanecer ou para ampliar o espectro de incidência dos valores sociais na atividade de subsunção do fato ao tipo penal. É de se verificar a adequação típica em dinâmicas criminosas reveladas pela baixa compreensão social ou pela incompreensão do próprio agente, em virtude da forma como fora forjado na sua sociedade. A título de esclarecimento ao que está por vir, imagine um indígena, que nunca observou as leis brasileiras, por nunca ter saído de sua comunidade. Como ter o mesmo grau de conhecimento daquele que recebeu os valores descritos na lei penal brasileira? Para ele, o que é certo ou errado?

Em razão disso, a realidade de contextos culturais distintos parece que também deve ser observada, pois o tempo e o espaço aparentemente moldam comportamentos, crenças e visões e, com isso, a escolha de condutas admitidas ou não. A forma de criação e evolução de uma sociedade é campo de análise reflexiva para a contextualização do problema criminal, pois a sua estabilização ou o seu dinamismo, no tempo ou no espaço, molda a criação e a aplicabilidade das normas

penais, sob análise do legislador, do jurista ou do magistrado, para definir uma zona de incidência mais perfeita da norma permitida, proibitiva ou mandamental. Nesse sentido e considerando a dogmática penal e sua relação com a política criminal, a relação cultural faz surgir situações distintas a justificar a procura de um consenso na utilização desses fatores para a tipificação penal.

Portanto, a comportamento social deve ser analisado dentro do contexto criminógeno, pois os atos humanos revelam sintomas das experiências vivenciadas em uma sociedade, para descobrir a melhor realização da subsunção fática. Essas reflexões serão aprofundadas no desenrolar do trabalho, buscando objetivamente compreender a conduta do agente, frente às diversidades comportamentais existentes na sociedade brasileira, a partir do ponto em que se define dogmaticamente o que é o delito.

Em razão disso, ponto não menos importante para a tipificação penal do fato consiste na possibilidade ou não de se adotar critérios de política criminal no âmbito do Judiciário, considerando alguns fenômenos sociais que moldam a comunidade, ou se esse juízo fica restrito tão somente ao Poder Legislativo para a eleição do cardápio de crimes. E, se se admitir a política criminal para análise do caso concreto, importante verificar em que momento do conceito estratificado do delito poderá ser aplicada, considerando as resistências teóricas pela adoção da política criminal no âmbito judicial, em que pese observar sua aplicação por magistrados.

Com essa dinâmica, tem-se a importância de buscar solucionar a questão da subsunção jurídico-penal, para que, pelo menos, tenham-se respostas bastantes legítimas para resolver essas problemáticas. Não se estará a desconsiderar os sistemas já apresentados para a análise do delito, mas, diversamente dessa conjectura, o que se tentará é apresentar novos contornos para identificar a similitude ou a distinção entre conduta e culpabilidade do agente, a partir das teorias postas, para se propor ajustes de amoldamento do injusto penal e para perseguir a adequada justificação da medida consequencial a ser adotada.

Sabe-se que o Direito Penal não vive sozinho no mundo acadêmico, prático e jurídico, porquanto se vale de diversos elementos interdisciplinares que o torna complexo. A subsunção do fato à lei penal incriminadora não se mostra tarefa fácil, uma vez que exige, além de real interesse dos operadores, a análise e a

interpretação sistêmica e relacional com o mundo, reveladoras de todo o conjunto estruturante do delito. É sabido que muitos adotam uma mera atividade mecânica de amoldamento, por limitações existentes, especialmente de ordem probatória ou institucional. Contudo, isso não será objeto de análise, por não poder aceitar tal argumento, diante da atividade punitiva estatal que exige toda análise do quadro criminal e para apresentar uma melhor solução possível de justificação.

O contexto criminal a ser estudado e aprimorado, nesse campo, estar-se-á nas relações humanas para a realização dos atos que compõem o caminho do crime, cotejadas a partir das interações do agente, diante de situações corriqueiramente vivenciadas, como, por exemplo, em condutas criminosas modeladas pela cultura imposta, com o fim de ajustar as argumentações. No estudo do conceito do crime, não se verifica a presença ou a distinção dos impulsos humanos com o grau da consciência, da vontade, da depravação, do entendimento e do discernimento, para produzir um comportamento humano ativo ou reativo, nem ainda apresentaram debates acerca dos sintomas criminais vertidos pela forma cultural modeladora da consciência humana. A título de exemplo, é comum ouvir de um preso em flagrante por crime doméstico que não agrediu a sua esposa, mas somente a xingou, como se isso não representasse um ilícito penal.

Por isso, não se olvida da importância do desenvolvimento teórico do conceito analítico de crime, iniciado em pouco mais de um século na Europa. Entretanto, veremos que seu conceito inacabado admite antíteses ou críticas para o aperfeiçoamento dos elementos estruturantes do crime, bem como a apresentação de circunstâncias não exploradas para o aperfeiçoamento do conceito. Até o presente momento, teóricos contribuem para o aperfeiçoamento dessa seara, apresentando contributos necessários para a reflexão e, se possível, a sua admissão. O mínimo ético que se apresenta para a validade da propositura funda-se na imparcialidade, na profundidade, na compreensão e na (in)aceitação das hipóteses delineadas, com espírito despojado de soberba, mas com muita paixão ao tema, de modo a lançar a presente proposta com limpo sentimento de se tentar contribuir com o debate e a melhoria da argumentação jurídica.

A METODOLOGIA DA PESQUISA, O REFERÊNCIAL TEÓRICO E A JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DA ANÁLISE DA DOGMATÍCA PENAL E DA POLÍTICA CRIMINAL PARA REESIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE DELITO.

Esse trabalho realiza uma abordagem metodológica de pesquisa que exige minuciosa verificação do objeto central da dogmática penal, apurando os seus elementos constitutivos e históricos, cujo desafio é contribuir com o preenchimento de lacunas ainda existentes na formação do conceito analítico de delito, bem como corrigir erros de fundamentação jurídica. Contudo, antes de nos aprofundarmos nesses aspectos, é crucial aduzir que o tema é intrigante e, ao mesmo tempo, desafiador, por realizar críticas às lições de renomados professores de prestígio internacional e sugerir mudança de pensamento. Por isso, ao observar as falhas dos sistemas existentes, inicialmente, pensa-se abandonar a empreitada, por supor não possuir argumentos suficientes para confrontar os insignes professores. Contudo, após leituras e compreensões, observa-se o lugar para se lançar as críticas e propor soluções viáveis, de modo a impulsionar audaciosamente à tese.

Pode-se tentar resumir a inicial inquietação justificante do trabalho com a seguinte indagação: Como uma pessoa com deficiência mental inicialmente pode ter consciência de sua conduta, mas, posteriormente, chegar à conclusão de que não possui capacidade de entendimento? A partir dessa indagação, surgiram outras que instigaram o estudo da consciência e do entendimento, e a relação desses elementos com a conduta humana. Ao aprofundar os estudos sobre a dogmática do Direito Penal, depara-se com a possibilidade de inserção da neurociência para buscar referências testadas e provadas para estabelecer nova compreensão dos elementos que compõem o conceito analítico do delito. Além disso, deparou-se com a proposta de inserção de política criminal no contexto da tipificação do injusto penal (Neokantismo) ou da reprovação (Funcionalismo), mas com certa incongruência das premissas da dogmática penal. Logo, com os avanços científicos, observou-se que o conceito analítico de crime, proposto no século XX, poderia ser ressignificado, uma vez que a Neurociência é capaz de contribuir, bem como, através da metodologia aplicada, ser possível fundamentar a conciliação o dogmatismo penal com a política criminal para estabelecer o injusto penal e sua reprovabilidade.

A neurociência traz, a partir do início do século XXI, novos contributos importantes para a compreensão do organismo humano e sua interação com o mundo. As novas descobertas têm relevância para o Direito Penal que estuda o comportamento humano desviado para subsumir a um modelo legal de crime e impor a correspondente sanção. Aliado ao processo histórico de construção da dogmática penal, surge a inquietação de se verificar a correta estruturação conceitual proposta pelos teóricos causalistas, finalistas e funcionalistas.

Consequentemente, para se promover uma justa tipificação penal ou sua reprovabilidade, considerando a realidade de amoldamento em um processo judicial, tem-se uma sensação de que o dogmatismo penal não tem relevância, pois, para além da legalidade, o fato pode se adequar e receber sua reprovação se o juiz assim compreender, de modo a observar, em alguns casos, a absolvição, justificado por questões de política criminal.

Com isso, buscar-se um método para conciliar uma ciência abstrata com as ciências empíricas, para que o Direito Penal se adeque à realidade contemporânea de sua aplicação. Para que isso seja possível, a pesquisa histórica é realizada para demonstrar como ocorreu a produção e o resultado de cada sistema existente para fundamentar a validade da dogmática penal, bem como o próprio conceito estratificado de delito apresentado por cada teoria. Através da passagem histórica, observar-se-á as falhas de cada sistema, a fundamentar a hipótese de resolução do problema. Para o contexto dessa hipótese, inexoravelmente deve-se ter a pesquisa histórica para a validação da premissa de resolução.

O foco da presente pesquisa reside em uma questão central que demanda uma análise histórica direcionada à dogmática jurídico-penal através de prestigiados referenciais teóricos. Por essa razão, é relevante realizar uma comparação metodológica com outros estudos semelhantes, especialmente os trabalhos dos professores Juarez Tavares, Claus Roxin, Edmund Mezger, Hans Welzel, Franz Von Liszt, Beling, Gustav Radbruch, Eugenio Raul Zafaroni e outros, que realizam as perguntas a serem respondidas. A análise de suas obras contribui para responder à indagação metodológica dessa pesquisa, consistente na verificação dos elementos que compõe o conceito analítico de delito. Esses autores são responsáveis pela construção do conceito analítico do crime, cada um com a

sua teoria específica. A partir delas, as indagações surgem com vista a confirmar a validade da argumentação ou refutar as propostas por meio de fundadas críticas.

O resgate do processo histórico de construção conceitual do delito, dentro da dogmática penal, identifica um ponto crucial para a evolução do conceito quando verificada a contemporaneidade e a interdisciplinaridade. Em determinado momento e local, há mudanças significativas nas estruturas conceituais, que moldam as bases fundamentais dos sistemas apresentados. A análise desse momento histórico permite entender essas raízes e os desenvolvimentos subsequentes dos institutos que modelam cada teoria, bem como encontrar as suas falhas e adequações. Ao reconhecer a ruptura, o ruído e o hiato havidos entre o passado e o presente, a pesquisa lança luz sobre as lacunas existentes, fazendo com que a historicidade se apresente pertinente à pesquisa, por ser o ponto de partida para as novas pesquisas. A epistemologia da tese permeia os campos científicos, sociológicos, filosóficos e jurídicos da relação humana, interseccionado com as pesquisas neurocientíficas atuais para a construção dos fundamentos comportamentais, considerando os avanços de cada área de conhecimento, para remodelar os significantes do Direito Penal. Isso faz com que a metodologia qualitativa aplicada se submeta ao método indutivo de verificação do objeto, aprofundando o ponto sensível de cada sistema para o encontro de seu problema e a apresentação de provável solução. Por isso, a coleta das informações ocorre de forma bibliográfica, ao realizar uma pesquisa direta nas obras dos respectivos autores das teorias ali apresentadas. Assim, a análise documental é ponto mais importante para a verificação do problema.

Para constatar a falibilidade de cada teoria, o modo indutivo é adotado, com a perspectiva de expor cada problema da dogmática-jurídica, seja para ratificar as críticas já existentes, seja para encontrar as falhas ainda não apontadas, para justificar a proposta da tese. Além disso, a partir da leitura dos textos, o modo dialético de investigação faz-se incidir com as críticas às teorias. Com antíteses, o texto dialoga com as propostas anteriores, de maneira a estabelecer um campo para a apresentação da hipótese. Cada sistema da dogmática penal apresenta suas contribuições que são alvos de incessantes antíteses, que justificam a proposta que se segue. Por consequência, em razão das inesgotáveis propostas, o método hipotético-dedutível apresenta a validação da hipótese central, ao verificar os

significados de conduta, apresentados por cada sistema, confrontando com as atuais pesquisas, notadamente da neurociência e da sociologia, para encontrar as contradições e, simultaneamente, a justificativa da proposta de um novo significado tendente a resolver o problema exposto.

O objetivo de apresentar a evolução do conceito de crime parte da necessidade de conhecer a origem e os temas debatidos, a fim de se identificar as críticas superadas e os elementos da definição atual, e contribuir com o incessante desenvolvimento e aprimoramento do seu sentido, em especial, diante dos progressos científicos e sociais das últimas décadas. Com isso, a análise dogmática sobre o tema apresenta questões postas e sobrepostas para que o leitor compreenda a profundidade do objeto dessa pesquisa, porquanto focada na realidade e existência do delito, a partir de visão científica relacionada ao ser humano, para promover a sua fundada conceituação.

Por consequência, o pretérito deve ser revisitado para compreender o presente e verificar o horizonte prospectivo da temática a ser exposta. No Direito Penal, surgem importantes discussões que norteiam os seus operadores para uma marcha progressiva de sua dogmática jurídica, amoldando-se aos novos fatos sociais ou a novas pesquisas, compelindo às revisitações dos institutos. Dessa feita, o exame do conceito analítico de crime é realizado através da dimensão metodológica posta, além de dialogar com outras disciplinas, cujo objeto epistêmico relaciona-se com o que se apresenta.

Na temporalidade, o conceito estratificado de delito vem se lapidando, por entre outras teorias, pelo modelo clássico, neoclássico, finalista e funcional, de onde se observam a síntese das teses e antíteses admitidas pelo presente estado da arte. Com isso, desde a adoção do primeiro sistema conceitual de delito, o Direito Penal evoluiu e apresentou um detalhado teorema de aplicabilidade prático-jurídico de subsunção fático-normativo, mas cuja evolução conceitual do significante ainda recebe contínuos e novéis contornos e significados, elevando os pontos argumentativos e revisitando o conceito inicial clássico, através de um movimento circular e progressivo com força de produzir o melhoramento do próprio sistema normativo. Assim, os elementos que compõem a definição de delito auferem nova ressignificação, à medida que novas provocações se apresentam a (re)modelar o significante. Com isso, a evolução do conceito analítico de crime recai sobre os

elementos que compõe cada etapa de verificação do injusto e da reprovabilidade, dentro da tríplice dimensão do fato típico, da antijuridicidade e da culpabilidade, na intenção de fornecer a mais adequada solução de amoldamento.

Quanto à espacialidade, o *locus* da definição do delito situa-se na dogmática do Direito Penal, mas dialoga com outros saberes, notadamente não-jurídicos, como sociologia, psicologia, psiquiatria, neurociência, sem retirar a unidade do objeto, e sistematizado pela epistemologia fornecida pelos estudos pretéritos que se presentificam por meio de uma racionalidade transmitida ao contemporâneo e que cede espaço a novas críticas para constituir uma contínua revisitação dos significantes. Logo, com *outputs* e *inputs* dos ramos, todos os sistemas dialogam prospectivamente entre o presente e o passado para promover o melhoramento da tipicidade penal e justeza das resoluções jurídicas.

Reitera-se que, para a operação de subsunção fático-normativo, além dos fundamentos jurídicos, imperioso o diálogo com outros saberes para resolver as divergências que naturalmente surgem sobre os elementos constitutivos do delito. Com isso, para uma possível solução, a interseccionalidade do instituto deve ser rigorosamente observada e testada para a formulação válida da premissa, cujos elementos, concretamente aferidos ou aferíveis, passam a circundar o fato para conferir o alcance ideal da norma penal, deixando de promover uma mera correlação do fato à lei (lógica da subsunção).

Para corroborar com essa ideia, a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale assevera que os fatos da vida devem ser interpretados de acordo com os valores incidentes para a devida adequação normativa, conferindo o direito a partir da interpretação à normatização. Por isso, leciona que "*Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores, iluminados por elementos intrínsecos, como sejam o valor da norma e o valor dos interesses em conflito*".[1]

A interpretação dos fatos jurídicos consiste em ser uma ação de construir e reconstruir os significados das relações jurídicas, realizada pelos protagonistas (doutrinador, juiz, promotor, advogado, defensor e legislador) para ressignificar os

[1] REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19ª edição. São Paulo. Saraiva. 1999. Pág. 641.

significantes. Na senda do Direito Penal, o conjunto de teorização, a partir dos três pilares do conceito analítico de crime – fato típico, antijurídico e culpável –, recebe dimensão metodológica para valoração dos elementos, a partir dos fatos constitutivos que geram saudáveis crises para a correlata enunciação jurídica. Embora haja a força jurígena da lei, não se pode afastar da imperatividade jurígena dos fatos, que se coloca a ocasionar crises e, ao mesmo tempo, convocar os interessados a dirimi-las por meio de um processo exegético-axiológico, carregado pela experiência empírica (dimensão fática) para a produção da síntese (resultado entre o conceito e a experiência).

O conceito de crime, para além de representar a violação da lei (conceito formal de crime) ou de violação de bens jurídicos, por meio de lesão ou exposição de perigo (conceito material de delito), no último século, vem sendo desenvolvido de forma operacional (analítico) por consagrados doutrinadores, perante os questionamentos e as inquietações jusfilosóficas, na tentativa de experimentar novos conceitos e justificar, com a máxima perfeição, a imposição ou não de uma sanção penal. O conceito analítico de crime revela debates e críticas construtivas para o desenvolvimento dogmático da ciência penal, cujo desafio, a cada tempo e lugar, emergidos de circunstâncias reveladoras de fatos inusitados ou impensados, faz despertar e contribuir para o aperfeiçoamento da definição do objeto, cuja análise epistêmica funda a consciente e responsável exposição de novos parâmetros a confrontar e aprimorar as grandiosas contribuições dos pensadores, como Liszt, Beling, Radbruch, Merkel, Mezger, Welzel, Roxin, Zafaroni, Tavares, etc. Modestamente, busca-se colaborar com o processo evolutivo do conceito analítico do delito, a partir dos ensinamentos existentes, cônscio do desafio extremo de buscar a superação que se pretende com esse trabalho.

A partir de pesquisas voltadas a responder algumas lacunas ainda não respondidas, aqui, tem-se a missão de apresentar possíveis respostas aos problemas verificados dentro do conceito analítico tripartite do delito. Nesse contexto, manter-se-á a estrutura do conceito operacional, por reconhecer, no presente estado da arte, ser a mais correta, consistindo em conduta típica, ilícita e culpável, por admitir como inafastáveis esses vetores definidores do crime, malgrado ter ciência dos conceitos bipartite[2], quadripartite[3], quintupartite[4] e pluripartite[5]. Assim,

[2] Para Damásio, Mirabete, Rene A. Dotti, Delmanto, Luiz Flávio Gomes, Paulo Queiroz e outros.

nesse momento, adotar-se-á o conceito tripartido de crime, que exige conduta tipificada em lei como crime, sem a incidência de excludentes de ilicitude e de culpabilidade, consoante se verá adiante, para justificar a imposição da resposta penal suficiente e necessária.

Para compreender o presente momento, importante realizar crítica na abordagem histórica do conceito, pois, a partir dela, apresentar-se-á os pontos sensíveis que permeiam o atual conceito, especialmente acerca dos elementos que integram a tipicidade e a culpabilidade. Por isso que os debates históricos apresentados se mostrarão respeitados para compreender a profundidade do legado, mas, simultaneamente, servirão para desvendar as situações percebidas no âmbito fático atual, através de uma dimensão científica verificada, como ocorreu, por exemplo, no caso em que o juiz absolveu uma pessoa da imputação de tráfico de drogas, diante da análise subjetiva da culpabilidade do agente, verificada pela simples condição existencial do réu, que o favoreceu à prática de um fato típico, ilícito e culpável.[6] Em que pese justificar a imputação ilícita com exculpante (inexigibilidade de conduta diversa), deixou de observar a teoria normativa pura do finalismo welziano (incidente no ordenamento jurídico brasileiro), ao levar em consideração aspectos subjetivos para a exculpação.

Noutro pensar, como imaginar a existência de pessoas, incapazes de entender o caráter ilícito do fato, e, ao mesmo tempo, possuir vontade e consciência para a produção da conduta, em razão de grave doença mental? Na senda da problematização do estudo do crime, a verificação do discernimento é realizada de forma normativa (valorativa), sob aspecto dogmático, mas que, no viés fático, é realizado sob a perspectiva do agente (análise subjetiva), com auxílio da psiquiatria, para o encontro da sua culpabilidade, denotando discrepância com a teoria normativa pura da culpabilidade. O comportamento humano e a sua valoração terão

---

[3] BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 13 e ss.

[4] **Conduta, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade.** *CARNELUTTI, Francesco. La teoría generale del reato, Padova, 1933.*

[5] Cada elemento seria uma análise autônoma. ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal,* 5ª ed. Imprenta: Buenos Aires, Losada, 1992. Pág. 59.

[6] Processo nº 1009383-72.2018.4.01.3400. TRF 1. Ao julgar o caso, o juiz Marcus Vinícius Reis Bastos reconheceu o estado de vulnerabilidade do homem e, com base nas circunstâncias pessoais, decidiu pela absolvição. “Não há como se atribuir culpa ao réu, e consequentemente afirmar sua responsabilidade penal, pois, diante de suas circunstâncias pessoais e familiares, não poderia ter agido de outro modo. Atuou com vistas a prover o sustento de sua família”. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.conjur.com.br/dl/equatoriano-preso-cocaina-aeroporto.pdf. Acesso em 04.04.2023.

que ser revisitados para compreender o problema existente no atual conceito do delito, já que apresentam dissociados os elementos “vontade, consciência e entendimento” para definir e impulsionar a conduta da pessoa. Compreender o estado em que a ciência penal se encontra e os desafios porvir, para justificar a proposta, é que mostra a importância de se trazer o contexto histórico enfrentado por renomados estudiosos das teorias do delito, para, a partir das críticas apontadas no desenvolvimento, poder revelar as hipóteses de resolução mais coerentes.

O conceito estratificado de crime surge da influência do positivismo do século XVIII, dando origem aos modelos clássico (causalista), neoclássico (neokantista), finalista (lógico-objetiva) e funcionalista (axiológico), visando apresentar os elementos de subsunção do fato o tipo penal. Cada modelo critica o outro e apresenta determinadas soluções filosóficas na busca da melhor definição do delito, com forte influência das teorias criminológicas, visando proemialmente conferir a melhor fundamentação jurídica para o exercício de subsunção fático-jurídico-penal. Entretanto, todas se aproximam entre si, na medida em que buscam conferir uma estabilização na função da tipicidade penal, cuja correspondência lógica deve se subsumir ao preceito legalmente prescrito, em consonância com a promoção da garantia da legalidade estrita contra o *ius puniendi* estatal.

Tendo por finalidade a lógica da subsunção fático-jurídico, os modelos se apresentam com perspectivas distintas, após análise fenomenológica e científica dos fatos jurígenos, dos quais o Direito Penal se preocupa e, ao mesmo tempo, conferir satisfatoriamente a prevenção e a reprovação do ato ilícito por meio de fundamentado exercício de adequação jurídica. Com isso, as teorias demonstram preocupação com o injusto penal e com a responsabilização do infrator, na medida em que apresentam hipóteses de resolução com fundamentação bastante, considerando formalmente os fatos analisados. Assim, a verificação do delito é realizada de forma progressiva dos seus elementos definidores, de prisma tripartite, sob o ângulo da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, por ser a corrente dominante. Seguindo essa ordem, é de se afirmar que a análise do injusto penal necessariamente perpassa pelo juízo de tipicidade e ilicitude para, após, verificar a culpabilidade.

A ciência penal, construída com bases filosóficas, desenvolveu pensamento crítico-científico que fundou notadamente as teorias clássica,

neoclássica, finalista e funcional, a partir dos dados estudados em cada tempo. Contudo, o que se observará sobre os problemas a apresentar – e é o que se tem até o presente - são substancialmente os ensinamentos apresentados no início do século passado pelas teorias causal e final do conceito analítico de crime, ocorridas essencialmente a partir de 1899, mas destoantes das novas circunstâncias fáticas cientificamente sopesadas na atualidade pela Psiquiatria, pela Neurociência e pela Sociologia, que demonstram a obrigação de perpassar por novos debates, com vista a melhor subsunção do Direito Penal. Por isso, imperiosa a abordagem histórica fundante para rediscutir os temas geradores de inquietações, em razão da evolução científica e, simultaneamente, aprimorar a dogmática penal consubstanciada no conjunto normativo sistemático planejado sob a ótica das sínteses obtidas das crises apresentadas sobre as novas complexidades não valoradas metodologicamente.

> No âmbito do conhecimento humano, ou da necessidade de se melhor entender os eventos do mundo da vida, a metodologia, entendida como a prévia e determinada perspectiva intelectual adotada para a compreensão daquilo a ser conhecido/interpretado, já não goza entre nós do mesmo prestígio de tempos passados. A reconhecida falibilidade de todo conhecimento seria indicativa da necessidade de prudência até mesmo quanto à validade ou à pertinência de qualquer método.[7]

Portanto, os fatos atuais apresentam circunstâncias problematizantes, cujas percepções, ao tempo da fundação de cada sistema penal, não puderam ser compreendidas em suas ocasiões, face às vicissitudes dos ambientes que nortearam as condutas humanas e o estágio da ciência legitimadora do discurso razoável. A transformação do ecossistema, o crescimento populacional, as inovações científicas, as alterações culturais, as diferenças entre os povos, a globalização e cada especificidade do homem e da mulher em suas necessidades, devem ser observadas para compreender a mola e o ângulo que projeta a conduta criminosa, ressaltando, pois, que não se trará perspectiva criminológica motivacional ao crime, por não ser o objetivo dessa tese, mas, por meio desses desdobramentos, encontrar os locais adequados dos institutos para a subsunção jurídico-penal dos fatos para justificar os elementos integrantes do conceito de crime, ou seja, tratar-se-á do aspecto dogmático do delito, buscando apresentar alteração das fórmulas apresentadas pelos sistemas, e com responsabilidade na justificação para a validação da hipótese a lançada.

[7] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; CALLEGARI, André Luís. Manual de Direito Penal - Parte Geral – editora Atlas. São Paulo. 2019. Pág. 114.

Atualmente, para a existência de um modelo válido, importante aceitar a existência de falibilidade que, quando observadas e analisadas, proporcionam a valoração epistêmica do objeto e, concomitantemente, a criação de raciocínio crítico preparador da verificação das teses e antíteses que aprimoram os métodos por meio de ressignificação dos significados apresentados. Nesse sentido, as teorias dispostas apresentam suas teses visando solucionar determinados vácuos, mas que, com o passar do tempo e as inovações testadas, abrem margem à rediscussão com fundadas antíteses, que também não solucionam por completo, mas visam aperfeiçoar os métodos lançados.

As teorias causal, neoclássico, finalista e funcionalista possuem importantes influências na definição do delito, mas que, cada uma, recebe sua crítica diante de novas perspectivas observadas e testadas a cada tempo. Como se observará adiante, cada sistema apresenta uma forma de observar o crime e tipificá-lo, para conferir o juízo de subsunção do fato à lei e, dessarte, estabelecer o direito penal do fato, distintamente do direito penal do autor. Todos os sistemas, baseados na lógica da subsunção, oferecem mecanismos para atribuição do injusto ao responsável pela infração, mas, de certo modo, descurado de uma reflexão do sujeito, salvo nas hipóteses apresentadas para a caracterização da (in)imputabilidade. Cada elemento a ser verificado, em cada sistema, para a definição do delito, será analisado pelo terceiro-observador de forma imparcial e proba, visando garantir a lisura do procedimento de enquadramento, verificando, inclusive, o modo de vida de cada pessoa para buscar o seu grau de discernimento, cuja valoração subjetiva se mostra equivocada pela doutrina, mas verificada nos Fóruns Criminais, causando complexidade e um vazio entre a doutrina e a prática, como nos casos das comunidades isoladas existentes no Brasil.

Com base nessa ótica, buscar-se-á uma verificação objetiva, normativa e subjetiva do delito, sendo que, nessa última (análise subjetiva), aduzirá o aspecto mais profundo, que já realizam, mas cuja justificação ainda carece de elementos científicos no Direito Penal, já que há impacto nos elementos definidores do delito. Com isso, voltará a uma provável análise do autor do delito, para além do direito penal do fato, visando aferir o grau de responsabilização de cada ser e conferir melhor adequação típica.

Para melhor compreensão, relevante a abordagem da construção dos sistemas apresentados para a conceituação analítica de delito, uma vez que cada modelo criou importantes elementos de verificação, mas que ainda apresentam inquietações sobre determinados pontos, seja pela ausência de conhecimentos técnicos da época, seja por falta de percepção, seja por ter rechaçado certas hipóteses prováveis incidentes, seja pelas novidades jurídicas contemporâneas, que, nesse desenvolvimento, estabelece-se as críticas problematizantes.

1 CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. ORIGEM, FINALIDADE E CONTROVÉRSIAS.

1.1 A EVOLUÇÃO DOS MECANISMOS DOGMÁTICOS DO DELITO E A NECESSIDADE DE REVISITAR O SIGNIFICANTE.

O conceito de delito é um dos principais temas do Direito Penal em que os doutrinadores se debruçam, a fim de compreender a dogmática e estabelecer uma justa tipificação penal, com a consequente resposta jurídica possível, necessária e adequada, mas acima de tudo bem fundamentada. Ao longo de anos, professores apresentam suas contribuições na evolução dos estudos acerca do delito, marcando o século passado pela contribuição de diversos pensadores na evolução das teorias, concebendo, para o Direito Penal, diferentes projeções no horizonte, sustentadas por ideologias criadas por distintas estruturas sociais, a fomentar e instituir novas formas de controle.[8]

Do passado, a arqueologia criminal revela a política adotada e a escolha dos instrumentos para a repressão dos atos eleitos como ilícitos para o aperfeiçoamento do direito atual. O homem, forjado por sua própria natureza, recebe influências pretéritas, internas e externas, para a concepção e formação do ser, dotado de autonomia moral e capaz de discernir o que é ou não correto, para agir consoante a sua vontade e entendimento. Passa a ser reconhecido por seus conflitos, cujo processo comportamental apresenta a sua aptidão ou não para convivência com outros pares. Com isso, a partir do momento em que seu comportamento passa a ser indesejado na comunidade em que vive, surge o interesse de se evitar e mostrar a todos o quão proibido é.

Na antiguidade, diversas comunidades proibiram determinadas condutas que afetavam certos valores considerados importantes, incluindo povos pré-históricos, utilizando penas corporais ou patrimoniais como punição, dando, para o contexto atual, muitos substratos estruturais para as teorias apresentadas para o conceito de crime e para a finalidade da pena, em que pese a falta de cientificidade naquele tempo. Devido a isso, a história do Direito Penal confunde-se com todo o

[8] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de direito penal brasileiro. Vol. 1. Parte geral. 9ª. ed., rev. e atual. São Paulo. Editora RT, 2011, pag.163.

tempo do castigo existente no período da humanidade, recebendo carga importante para análise e compreensão nos tempos hodiernos.

O Direito Penal, como ramo de punição e expiação, tem íntima relação com os castigos aplicados no passado, de onde se retirou fundamento necessário para um estudo aprofundado acerca de sua missão. Por isso, a análise daquilo do que já foi utilizado pela sociedade, com vista a evitar ou adotar, jamais poderá ser deixado de lado, em qualquer instância acadêmica, sob pena de não se ter referências bastantes para fundamentar o que se propõe para o futuro. Portanto, há estreita ligação do Direito Penal contemporâneo com o que, no passado e em algum lugar, já foi experimentado, para permanecer com os instrumentos que deram certo e abdicar-se daquilo que não produz os efeitos almejados.

> A história do Direito Penal consiste na análise do direito repressivo de outros períodos da civilização, comparando-o com o Direito Penal vigente. É inquestionável a importância dos estudos da história do Direito Penal, permitindo e facilitando um melhor conhecimento do direito vigente. A importância do conhecimento histórico de qualquer ramo do Direito facilita inclusive a exegese, que necessita ser contextualizada, uma vez que a conotação que o Direito Penal assume, em determinado momento, somente será bem entendida quando tiver como referência seus antecedentes históricos. [9]

Para se conferir a melhor forma de evitação do ato indesejado e inadmitido, a partir do século XVIII – período iluminista -, os pensadores da ciência criminal valeram-se dos estudos para apresentar as suas finalidades e justificar a imposição e a execução das penas, lecionando-se sobre as respectivas teorias da pena. Interessante que, nesse contexto, iniciam-se os estudos do delito a partir da busca da fundamentação das penas, e não se debruçaram sobre o delito e suas teorias, marcando suas ideias na verificação das expiações para que pudessem ser úteis para o controle social. Todavia, anos mais tarde e diante da necessidade de se responder perguntas para o amoldamento do fato à lei, como lecionava o positivismo, a doutrina penal passou a apresentar elementos para a perfeita subsunção dos fatos à norma penal, cujos métodos orientaram os juristas a apresentarem o conceito analítico do crime, com finalidade primordial voltada para a mais perfeita subsunção possível do fato à lei penal. Com isso, somente a partir do século XX, pensadores apresentaram as teorias do delito, através dos sistemas

[9] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pag. 111.

causalista, neocausalista, finalista e funcionalista para definição do crime, as quais receberam, e ainda recebem, as observações, por conta das valorosas contribuições, mas, ao mesmo tempo, críticas voltadas ao aperfeiçoamento da teoria formulada.

Portanto, há muito já adotavam diversas formas de punir o indivíduo, mesmo sem qualquer estudo do crime. As penas eram aplicadas ao bel-prazer daquele que detinha mais força na resolução do conflito, pois ausentes de uma fundamentação científica para a adoção. Somente após o século das luzes, a ciência penal conseguiu iniciar as discussões teóricas sobre a pena e, posteriormente, sobre o delito. Logo, a história do Direito Penal tem um vínculo importante com as penas e, mais tarde, com a tipicidade jurídica, uma vez que isso só passou a ter relevância a partir das estruturações do sistema causalista do conceito de crime promovida por Lizst e Beling[10].

Ao longo de todo período da humanidade e até os séculos XVIII e XIX, não havia estudo sobre o crime e os castigos eram aplicados ao bel-prazer daquele mais forte, pois despidos de cientificidade. A título de curiosidade histórica, na China, desde o passado remoto até 1912, matavam o autor de homicídio; amputavam um ou ambos os pés daquele que furtasse ou lesionasse outrem; amputavam o nariz ao autor de fraude; castravam o estuprador; ou, marcavam a testa daquele que cometia pequenos delitos, estabelecendo a categoria das “cinco penas”. Na Índia, século XIII a.C., por meio do Código de Manú, a pena tinha apenas a finalidade moral, visando purificar o autor do fato ilícito. No Egito antigo, as penas eram aplicadas pela prática de qualquer ato contra a religião ou contra o Faraó, culminando, inclusive, com morte, mutilação e desterro do agente e da sua família. O Código de Hamurabi, na Babilônia, século XXIII, a.C., previa penas corporais e patrimoniais como forma de resolução dos conflitos, estabelecendo uma ideia de proporcionalidade da pena, por meio do “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue”. Os textos religiosos, como os Dez Mandamentos e o Antigo e o Novo Testamentos, também previram formas de expiação para atos contrários às ideias religiosas, como a blasfêmia e a bruxaria.[11] Ao longo da história, a humanidade conheceu as penas de forca,

[10] MADEIRA, Ronaldo Tanus. A estrutura jurídica da culpabilidade. Ed. Lumen Iuris. Rio de Janeiro. 1999. Pag.03.
[11] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de direito penal brasileiro. Vol. 1. Parte geral. 9ª. ed., rev. e atual. São Paulo. Editora RT, 2011, pag.165.

crucificação, desterro, esquartejamento, fogo, martírios com espinhos etc., conferindo à pena corporal a principal forma de reprimenda. Contudo, não havia nenhuma cientificização da pena, pois eram aplicadas segundo as regras do direito natural ou metafísico, de acordo como o sancionador quisesse no caso concreto que lhe era posto.

No passado, a coerção social era voltada para estabelecer a ética universal ditada pela autoridade divina ou pelo governante para prevalecer os valores e solidificar as estruturas da sociedade daquele espaço e tempo, mas válida apenas para os súditos, pois as autoridades eram isentas de responsabilização. Dessa forma, controlava-se a ética social com a mais dura pena aplicada ao indivíduo infrator, que também estendida a toda sua família ou ao seu grupo social. A reprimenda continha nítido caráter intimidatório e vingativo, especialmente contra aqueles que não eram considerados como pessoas (escravos) ou contra os que detinham o menor *status* da sociedade (seletividade).[12]

No período romano, a partir da Lei das XII tábuas (século V a.C.), o Direito Penal apresentou-se de forma laica, diferenciando os delitos públicos dos delitos privados. Os crimes públicos eram aqueles atos que afetavam o interesse do Estado, ao passo que os delitos privados eram aqueles em que o Estado não tinha interesse em perseguir, deixando nas mãos dos próprios particulares, onde o povo romano se passava como legislador e julgador. Com o passar do tempo, o Império Romano tomou para si a missão de julgar todos os crimes, ainda que por delegação do imperador, por meio de seus tribunais. Entretanto, o delito e a pena eram estabelecidos sem qualquer estrutura científica, valendo-se de regras morais e metafísicas para proteger o Estado por meio da punição.[13]

O direito germânico contribuiu para uma estruturação do direito penal, notadamente a partir do século V d.C., ao estabelecer penas patrimoniais e a perda da paz (retirava a proteção do Estado ao indivíduo e não punindo aquele que o matasse), diante do caráter individualista. A paz era um bem tutelado relevante entre o povo germânico, especialmente por terem sido pessoas guerreiras. Para a resolução de conflito, o infrator buscava retomar a paz por meio da composição,

[12] Idem.
[13] Idem.

fazendo desse mecanismo um instituto de análise atual para a reparação do dano causado pelo delito.[14]

Os direitos penais romano e germânico influenciaram o direito penal canônico, apresentado pelo *Codex Juris Canonici* (século XV), onde pode ser observado e apresentado o elemento subjetivo do crime, para fazer com que se estabelecesse a melhor penitência para o pecado (delito eclesiástico). Por meio de um tempo de confinamento, concedia-se a libertação ao pecador, apresentando a prisão (clausura) como forma de expiação, de onde, inclusive, originaram as penitenciárias.[15]

Seguindo, em mais ou menos teor, as ideias cunhadas pelo direito romano, germânico e canônico, as legislações penais ibéricas (Espanha) e portuguesas aceitaram a imposição de penas corporais severas por delitos de morte, roubo, furto, estupro, sodomia, entre outros, sendo o infrator julgado pela justiça do Rei. Na Espanha, o Ordenamento de Acalá, de Afonso XI, em 1348, e, em Portugal, as Ordenações do Reino, que sucederam o Livro de Leis e Posturas (de 1355), visaram evitar a justiça com as próprias mãos e tipificaram condutas consideradas ofensivas ao rei, à Igreja Católica e aos particulares, selecionando moralmente os atos proibidos, mas não dando ênfase aos modelos de reprimendas, pois autorizava o julgador a impor o castigo que achava ser mais adequado diante do caso concreto posto.[16]

Analisando as Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, depreende-se não haver clara e científica menção aos delitos e suas penas, pois as expressões adotadas deixavam perplexidades a ponto de abrir margem às dúbias interpretações. Além dos delitos previstos, as Ordenações não observavam o princípio da legalidade, pois previa o "crime arbitrário", concedendo ao julgador a análise daquilo que entendia ser ou não um crime[17].

Entretanto, até o século XVIII, adotavam-se as penas como mera reprovação de algo contrário aos costumes sociais, ainda que existissem leis prevendo determinados fatos como crime. Sem qualquer cientificidade, aplicavam-se

[14] Idem. Pág. 181.
[15] Idem. Pág. 183.
[16] Idem. Pág. 184.
[17] Idem. Pág. 186.

as penas discricionariamente, já que as teorias da pena e do delito ainda não haviam sido concebidas.

A partir do Iluminismo, pensadores europeus, como Feuerbach, Francesco Carrara, Cesare de Beccaria, John Locke, Rousseau formularam teorias sobre a pena, visando fundamentar racionalmente as suas finalidades e validar a existência no plano dos castigos. Posteriormente, durante os séculos XIX e XX, a doutrina do Direito Penal se dirigiu à teorização do delito para estabelecer a justa tipificação do crime. Nessa travessia, baseado no positivismo, destacaram-se as Escolas Italianas, com Cesare Lombroso, Enri Ferri e Raphael Garofalo, visando descobrir as causas do crime e a conferir efetividade aos instrumentos punitivistas e correcionista. Em seguida, as Escolas Alemãs apresentaram o conceito analítico de crime, face à observância do princípio da legalidade, e suas contribuições para as teorias da pena.

Paralelamente, o Direito Penal brasileiro veio se amoldando a concepções europeias, apresentando, por exemplo, após as Ordenações do Reino, o seu primeiro Código Criminal em 1830, como fruto de análise dos textos legais europeus, especialmente o Código Penal Napoleônico de 1810 e o Código de Baviera de 1813[18], sob os ideais de Beccaria, de Kant e de Bentham. Esse Código Criminal do Império, fruto do projeto desenvolvido por Bernardo Pereira Vasconcellos, recebeu excelentes críticas, dada a cientificidade da época, expondo crimes e procedimentos, e fez com que influenciasse Mittermaier a estudar português e a traduzi-lo, abrindo-se espaço para que a Europa o estudasse. Com isso, a França, a Alemanha, a Bélgica, a Espanha e os demais países da América do Sul adotaram grande parte dos dispositivos legais do Código Criminal Brasileiro. Nele, as penas eram tarifadas e previa a pena de morte e penas corporais, em obediência à teoria retributiva, além da pena de multa. Entretanto, apesar da tecnicidade, o Código Criminal do Império do Brasil não apresentou analiticamente o conceito de delito, porquanto inexistente qualquer menção dessa técnica naquele tempo[19].

---

[18] Escrito por Johann Paul Anselm Ritter Von Feuerbach. FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuchdesgemeinen in DeutschlandpeinlichesRechts, Gießen: Heer*, 1828, p. 27. Citado por Juarez Tavares. TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 2ª edição. Prefácio Eugênio Raul Zafaroni. Tirant Blanch. São Paulo. 2020.

[19] Após a República, sob ideais liberais, elitistas e escravagistas, o Brasil editou o Código Penal em 1890, que se seguiu por muitas reformas e leis extravagantes, de modo a apontá-lo como “o pior de todos os códigos conhecidos”. Extremamente criticado, as leis penais brasileiras foram consolidadas

No final do século XIX, na Europa, começam a surgir as primeiras teorias do delito como imperativo dogmático para se estabelecer a adequada tipicidade, uma vez que os doutrinadores já se inquietavam para apresentar uma série de respostas para uma devida subsunção, porquanto perceberam as muitas peculiaridades que exigiam do intérprete uma averiguação cuidadosa para se estabelecer a fundamentação bastante para o reconhecimento do delito e a imputação da sua autoria. Dessas indagações a serem respondidas, fizeram emergir as teorias do delito, cujas ideias representam uma série lógica de respostas a serem enfrentadas no caso concreto. Dessa feita, para saber se um ato configura crime, impossível responder à singela pergunta, sendo forçoso, diante do caso concreto, analisar todas as circunstâncias reveladoras do fato para alcançar o consectário esperado (liame do autor ao fato previsto como crime) e sua respectiva consequência. A partir da ordem das indagações, observaram a necessidade de se estratificar a definição de crime, notadamente para as suas investigações e revelações. Com essa verticalização, o objeto apresenta as camadas de atenção para que o pesquisador responda à seguinte pergunta: “Fulano cometeu crime?”

Apesar da Escola de Kiel não ter reconhecido a necessidade de estratificação do conceito (teoria unitária), a partir da Escola de Marburgo, a dogmática penal se iniciou e recebeu grandes influências para a definição escalonada do delito, cujo objeto centra-se na análise do fato juridicamente relevante e dissociada das teorias da pena, determinando que a ótica dos sistemas reveladores do crime não concilie diretamente com a orientação para busca da melhor reprimenda, malgrado os estudos sobre a responsabilização na culpabilidade. Em outros termos, ao se estudar os conceitos de crime, deu-se início à dogmática penal, dissociando o estudo do delito e da pena, firmada pela apresentação das técnicas de subsunção e dos elementos da estrutura típica legal, e não conjugada diretamente à reprimenda. Contudo, nesse processo, importante observar a necessidade de, para além da subsunção, obter-se a adequada

---

em 1932, pelo Desembargador Vicente Piragibe, visando facilitar a compreensão. Em 1940, surge o Código Penal de 1940, quando entrou em vigor, após Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga revisarem o projeto de Alcântara de Machado, baseado no Código Penal Italiano (Código Alfredo Rocco de 1930 – de origem fascista) e de modelo causalista. Em 1984, o Código Penal passou por grande reformulação na parte geral, a fim de se adequar ao modelo finalista e alguns ditames dos Direitos Humanos. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de direito penal brasileiro. Vol. 1. Parte geral. 9ª. ed., rev. e atual. São Paulo. Editora RT, 2011. pág. 201)

reprimenda, a partir da verificação do conjunto da tipificação penal, especialmente diante da valoração dos elementos subjetivos do tipo e da pessoa do infrator, apesar da influência do direito penal do fato. Isso não significa firmar a ausência de um caminho progressista do direito penal, pois revisitar o direito penal do autor pode parecer um retrocesso. Nada obstante, a evolução é cíclica, em formato de um espiral, porquanto, ao passo em que se evolui em um determinado sentido, volta-se ao passado para compreender o atual estágio doutrinário e rumar ao futuro caminho a ser percorrido.

Por isso, revela importante revisitar o significante delito, através da análise de cada teoria posta, pois a sua definição, no bojo da epistemologia do direito penal, foca no objeto e no fim a que se propõe toda a dogmática. Por conta disso, os possíveis conceitos de delito permeiam por questões morais, filosóficas, sociológicas, econômicas e jurídicas, porquanto definem os atos criminosos a partir dos valores protegidos e estabelecem as consequências que se esperam para reprovar ou evitar aquilo que não se admite, e, disso, gerando certa segurança, por evitar a possibilidade de enquadramento de fatos moralmente reprovados em dispositivos legais de proteção de bem jurídico diverso.

É cediço que o ato punível passa a ser aquilo que não se admite com naturalidade, podendo receber uma sanção jurídica ou não. A isso, atribuem-se os atos morais ou juridicamente reprovados. Em uma acepção moral, delito, como infração, é o ato que a sociedade não aceita, podendo receber sanções jurídicas ou ajurídicas. Essa concepção de delito não é estranho ao Direito, embora dele devesse se afastar, face ao princípio da legalidade. Entretanto, os atos moralmente desviantes são observados no direito para a formação da convicção do legislador e do jurista para a criminalização da conduta, especialmente diante dos elementos de valoração existentes nos tipos penais incriminadores, abrindo-se amplo campo de incidência da norma penal, em que pese a imprecisão do valor moral determinante.

Em vista da complexificação, os estudos dogmáticos acerca do delito visam clarificar a hipótese de incidência de uma norma penal incriminadora, fazendo nascer os sistemas teóricos de sua definição como respostas a diversas indagações sobre a existência e a autoria da infração penal. Ao longo da história do Direito Penal - que não se deve furtar -, valorosas contribuições foram fornecidas para se estabelecer o pensamento sistemático, por meio de perguntas e respostas

ordenadas, mas que ainda necessitam ser revisitados para demonstrar a existência da problemática e a necessidade de reformulação, como aqui se pretende. Por isso, para compreender a hipótese de resolução a ser apresentada, importante conhecer a origem e a evolução das teorias do conceito de crime. Apesar da variedade de doutrinadores e filtrando o objeto desse trabalho, abordará os sistemas clássico, neoclássico, finalista e funcional formulados para demonstrar a necessidade de ressignificação e ajuste, cuja contribuição se espera com essa tese, pois é certo que o conceito analítico de crime não está acabado, mas é fruto de um processo filosófico, científico e histórico, permeado por críticas desencadeadas pela análise epistemológica do direito penal, com a função de apresentar a teoria geral do delito[20]. Por isso, até o momento, o conceito permanece inacabado, pois recebe novos contornos dogmáticos, diante das inquietações que o tema proporciona.

1.2 DESAFIO DE SUPERAÇÃO DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DAS SISTEMÁTICAS DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME.

Os sistemas apresentados ao longo do tempo, visando promover a racionalidade da justificação da imputação do injusto penal e suas consequências, determinaram a criação de uma análise ordenada de eventos com a finalidade de se investigar e conceder uma explicação coesa do aplicador do Direito Penal ao agente recebedor do poder punitivo estatal. A partir do momento em que se exigiu a devida explicação sobre o motivo da imputação penal a um agente, exigiu-se respostas a uma série de indagações para se realizar a tipicidade penal e a imposição da medida necessária para a resolução do conflito.

Assim, no final do século XIX, começaram a ordenar as perguntas de imputação, criando-se um grande debate acadêmico para melhor produzir o conjunto de perguntas a serem realizadas quando diante de um caso concreto considerado como crime. Assim, ao longo do tempo, vários doutrinadores apresentaram suas contribuições acadêmicas, criando os sistemas para definição analítica do delito, que, em seguida, passa-se a esmiuçar, apresentando seus aspectos positivos e

[20] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pag. 384.

negativos, com a finalidade de resolver algumas pendências ou equívocos que ainda se apresentam na atualidade, cujo desafio será contrapor grandes professores, ao tempo, de fazer acreditar as medidas apresentadas de forma honesta e verticalizada.

Portanto, a seguir, apresentar-se-á as teorias causalistas, finalista e funcionais, bem como as suas premissas, as quais contribuem para uma verificação do injusto e da responsabilidade penal no ato de perfeita imputação fundamentada, ressaltando a importância de cada uma e suas crises dialéticas que impulsionam novas ideias de aprimoramento.

1.2.1 TEORIA CAUSAL E O DÉFICIT DO NATURALISMO NA PROPOSIÇÃO CONCEITUAL.

1.2.1.1 Conduta e Tipicidade no Sistema Causalista

O conceito analítico de crime foi apresentado por escolas alemãs, a partir do final do século XIX, diante da justificada necessidade de cientificização formulada pelo positivismo jurídico, em estrita obediência ao princípio da legalidade e a necessidade de justificação precisa do fato à lei. Ao lado da ideia de segurança jurídica advinda pelo Iluminismo, que primava pelo princípio da legalidade para regular o poder punitivo do Estado, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach passou a estudar o crime, no final do século XVIII e início do século XIX, a partir da conduta humana (ação), deixando de reprovar o simples estado ou condições das pessoas, para exigir a realização de uma ação ilícita para a existência do delito[21], lecionando que o crime seria a ação que estivesse em contraste com a ordem jurídica, ou seja, que o delito seria uma ação antijurídica. Atribui-se, a esse momento, o início dos estudos dogmáticos do Direito Penal voltados para análise do delito, com carga fundamental advinda do naturalismo e positivismo, fomentando novos juristas a desenvolver os estudos acerca do delito.

[21] FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuchdesgemeinen in DeutschlandpeinlichesRechts, Gießen: Heer*, 1828, p. 27. Citado por Juares Tavares. TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 2ª edição. Prefácio Eugênio Raul Zafaroni. TiranttoBlanch. São Paulo. 2020. Pag 117.

Posteriormente, os estudiosos da escola de Marburg (Jovem Escola Alemã de Política Criminal), percebendo a importância do positivismo para a segurança jurídica, começaram a explorar o delito, a partir de concepções sociológicas, antropológicas e psicológicas da escola positivista, de modo a fornecer o conceito e as espécies de bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, como a vida, a liberdade, a propriedade etc., além de propugnar por estudos acerca da prevenção do delito, com base nas teorias da pena, notadamente dispondo sobre a teoria da prevenção geral e a teoria da prevenção especial positiva, ínsitas ao delineamento do crime.

Ernest Von Liszt apresentou os estudos do conceito analítico de delito, iniciando a análise do fato com a ação humana, como causa de um resultado material (naturalístico) e proibido pelo ordenamento jurídico, afirmando ainda que a conduta humana não estaria integrada ao conceito tripartite.

> A inserção da ação fora do injusto, como elemento inicial da definição do delito, corresponde a uma visão positivista de base empírica em vigor no direito penal desde o século XIX, principalmente por obra de VON LISZT. Por essa concepção, o delito seria essencialmente uma ação humana sobre a qual incidiriam, sequencialmente, os atributos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.[22]

Contudo, firmou-se o entendimento de que o exame do conceito de ação deveria ocorrer dentro de uma estruturação científica para definir crime, de modo a não se descolar da realidade empírica verificada ou verificável, sob pena de perda da legitimidade da fundamentação aplicada[23]. Essa premissa proporciona as críticas válidas para o enfrentamento e melhoramento do conceito a ser admitido, pois, é a partir dos eventos da vida humana, que se têm as dinâmicas a serem avaliadas, verificadas e justificadas para aceitar ou rechaçar as teorias que se apresentam. Por isso, iniciam-se os estudos do crime com a conduta, lecionando que a ação humana possui espectro cognoscível relativo ao movimento corporal realizado e ao resultado apresentado, visando subsumi-la a um modelo típico descrito em lei como ilícito. Isso fez com que desencadeasse a análise estratificada do conceito, pois, primeiro, deveria analisar a atitude humana capaz de alterar o mundo, para, depois, buscar-se a eventual adequação típica e ilícita.

---

[22] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 2ª edição. Prefácio Eugênio Raul Zafaroni. Tirant lo Blanch. São Paulo. 2020. Pág. 133.
[23] Idem.

Esta afirmação se dera importante, pois, a partir daí e ao longo de décadas, surgiram pensadores que rebateram a análise estratificada do crime[24], que apresentaram as teorias bipartite[25], tripartite[26], quadripartite[27], quintupartite[28] e pluripartite[29], além de outros que afirmavam que o estudo deveria começar pela análise de culpabilidade[30], para depois adentrar na tipicidade, uma vez que a teoria hegeliana afirmava que não havia injusto penal sem imputação.

Com esse raciocínio, Von Liszt apresentou a teoria causalista para definir o crime, de forma estratificada, como pressuposto da punibilidade. Em 1899, apresentou o seu Tratado de Direito Penal Alemão[31] - quando este país ainda vivia sob Império -, de extrema relevância científica, que desencadeou diversos pensadores jusfilósofos para contribuir com a evolução do estudo dogmático do Direito Penal. Em sua obra, apresentou, de forma fundamentada, os elementos da ação ilícita e culpável, cuja análise objetiva e subjetiva do caso concreto estabelece a responsabilização penal.

Com Von Liszt, o estudo mais intenso de delito se inicia a partir da definição de ação, considerando-a como a "causa do resultado", cuja fundamentação se extrai da visão naturalista entre causa e efeito, e, por

---

[24] Conceito unitário de crime da escola de Kiel, proposto por KEMPERMANN, Eugen. O conhecimento do crime e seus elementos, uma contribuição para a revolução d. Criminoso. Dogmática, Berlim,1934;

[25] Fato típico e antijurídico (Damasio, Mirabete, Rene A. Dotti, Delmanto, Luiz Flávio Gomes, Paulo Queiroz, Capez).

[26] Fato típico, antijurídico e culpável (Rogério Greco, Luiz Regis Prado, Hans Welzel, Merkel, Jeschek).

[27] CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría General del Delito*. 3ª Ed. Editorial Temis. 2012.

[28] **Conduta, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade.** *Carnelutti, Francesco. La teoría generale del reato, Padova, 1933.*

[29] Cada elemento seria uma análise autônoma. Jiménez de Asúa, Tratado, lª ed., III, p. 59.

[30] *El esquema hegeliano, partiendo de la base de que el delito solo puede ser cometido por un hombre libre, debe comenzar por averiguar la culpabilidad (esquema "subjetivo-objetivo"). ...En general, el camino que va del autor a la conducta, corresponde a una sistematización antigua en desuso. Porte Petit pareció querer remozarla en México, pero no insiste en ello, y por nuestra parte dudamos al respecto, buscando la ubicación sistemática de la imputabilidad - el "fantasma errante", como la calificara Frank-, mas en líneas generales puede afirmarse que se trata de una sistemática antigua. Enesa línea, Berner analiza el delito dividi én dolo em sujeto, objeto y medio; Meyer comienza con la "voluntad o el aspecto subjetivo del delito", tratando la imputabilidad; Baumgarten considera al delito como "acto de voluntad de los imputables" y lo define como "acto de voluntad libre culpable". Gerland dice: "Por delito entendemos una conducta humana culpable que viola las normas del Estado y que lãs leyes penales colocan bajo pena"; conforme a esta definición comienza su tratamiento con la "teoria Del sujeto del delito" y la imputabilidad. Merkel trata también con priorida del "aspecto subjetivo".*- ZAFARONI. Eugenio Raul. *Tratado de direcho penal. Tomo III, Ediar.* Buenos Aires. 1981. pág. 32 e 18.

[31] VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Traduzido da última edição e commentado pelo Dr. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899.

conseguinte, inaugurando o sistema natural para a conceituação do delito. Para o modelo causal e em conformidade com o positivismo, ação é o movimento corporal capaz de alterar o mundo exterior[32]. Denota-se que esse conceito se encontra entrelaçado ao resultado produzido, partindo de um movimento mecânico produtor de resultado naturalístico para definir a teoria da ação.

Com essa observação, Von Liszt afirma que ação seria um movimento corpóreo voluntário capaz de modificar o mundo exterior[33]. Logo, considera-se ação a causa do resultado, depreendendo-se que o nexo e o resultado integram o conceito de crime, fundamentado pelas premissas do modelo natural, pois considera a relação de causalidade para a definição da conduta. Logo, realiza-se mera análise objetiva, despida de significado. Em nota, o causalista José Hygino Duarte Pereira leciona que

> Do ponto de vista do direito penal devem ser consideradas as três faces do acto, como movimento muscular, como resolução e como causação. Deste conjuncto resulta a idéa de acção, e assim tem ella um tríplice aspecto, physiologico, psychologico e causal. A acção punível é pois antes de tudo acto, movimento muscular causado pela acção dos nervos motores, actividade, e neste sentido as palavras e os actos naturalmente não se contrapõem. Por ora não é conhecida uma causação puramente psycho, sem movimento muscular. Si se reconhecer como possível uma tal causação, não deixará por isso de convir á idéa de acto a expressão movimento nervoso, que agora está comprehendida na expressão movimento muscular. — A lei pôde descrever a acção que é prohibida (*delicti commissionis*), ou descrever a omissão ou abstenção que é vedada, indicando assim a acção exigida (*ommissionis* propriamente dito), ou finalmente, sem indicar o modo de execução, prohibir acausação de um determinado resultado, quer seja èlle produzido por uma acção, quer por uma omissão (*ommissionis* impropriamente dito ou d. *commissionis per ommissionem*).[34]

O conceito de conduta ligado ao resultado faz com que a verificação seja despida da órbita subjetiva do agente, desprezando a intenção do agente. Assim, a

---

[32] LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin: Guttentag, 1914, p. 127.

33 "*Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referivelá vontade do homem. Sem acto de vontade não ha acção, não ha injusto, não ha crime: cogitationis panam nemo patitur. Mas tambem não ha acção, não ha injusto, não ha crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado. Destarte são dados os dois elementos, de que se compõe a idéa de acção e portanto a de crime: acto de vontade e resultado. A estes dois elementos deve acrescer a relação necessária, para que elles formem um todo, a referencia do resultado ao acto. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior á vontade humana: 1.° quando a mudança foi causada voluntariamente; 2.° quando voluntariamente não foi impedida. A commissão e a omissão são as duas formas fundamentaes da acção e consequentemente do crime*. ". VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Traduzido da última edição e commentado pelo Dr. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 193.

[34] VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Traduzido da ultima edição e commentado pelo Dr. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 194.

ação é a causa do resultado. Na contemporaneidade, apesar de seguir um modelo finalista, o atual artigo 13 do Código Penal brasileiro, em sua parte geral, alterado pela lei 7.209/84, apresenta o conceito de ação similar às ideias naturalistas, asseverando que "*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*". Portanto, consta resquício do modelo causal no vigente Código Penal brasileiro, nos mesmos moldes como proposto pelos causalistas.

Para a teoria natural, a ação humana é o movimento corporal, voluntário e representado, que ocasiona o resultado naturalístico. Acerca disso, Von Liszt preleciona que a conduta, comissiva ou omissiva, confere um ato mecânico despido de coação física, apto a causar uma tensão (contração) muscular, determinada por representações capazes de efetuar a inervação motora[35]. O equívoco dessa teoria é afirmar que o exame da ação humana deva ocorrer sem análise da vontade, do desejo, da consciência e do entendimento que o agente extrai da situação fática para a produção do movimento corporal (na ação) ou da escolha da inércia (na omissão).

Entretanto, para o causalismo, a voluntariedade deve ser analisada na conduta, pois coincide com a ação livre e sem a interferência física de terceiros. Logo, o movimento corporal livre seria o efeito das ideias que propulsionam os nervos humanos causadores de um resultado material, sem qualquer força física a influenciar ou ser decisivo na atuação comportamental. Apesar de verificar a voluntariedade como requisito de uma ação livre, o causalismo não soube apresentar, a contento, a coação moral irresistível, pois asseverou que essa circunstância deveria receber tratamento especial no estudo do dolo, e nada lecionou diretamente sobre a força física irresistível como causa de exclusão da conduta, porquanto asseverou que a voluntariedade da conduta era mera análise da liberdade de agir e que não se confunde com o livre arbítrio.

Por sua vez, a representação é o motivo para a determinação da ação, enquanto esta (ação) seria a resolução da representação do resultado. Apesar

[35] *A voluntariedade na cominissão ou na omissão, não quer dizer livre arbitrio no sentido metaphysico, mas isenção de coacção mechanica ou psycho-physica.* (VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Traduzido da última edição e commentado pelo Dr. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 197).

disso, ainda na lição de Von Liszt, a representação perfaz o móvel que induz o agente a realizar o movimento corporal, que origina o dolo, mas analisado em outro momento (na culpabilidade). Preocupado em evitar a confusão entre representação e dolo, o causalismo de Von Liszt acentua que a representação seria apenas o motivo para desencadear o movimento corporal capaz de produzir um resultado, diverso da consciência e da vontade.

Contrapondo-se à expressão "representação", como um "querer o resultado", Karl Binding apresentou o conceito de "vontade inconsciente" de Eduard von Hartman, para designar um ato físico operado pela tensão dos músculos e sem consciência[36]. Com isso, o querido seria o ato, mas não o seu resultado, de modo que a vontade inconsciente serviria para que não houvesse confusão entre os institutos e os elementos contidos na definição do delito. O tema é complexo, pois a ação humana, para o modelo causalista, é observada sem o conteúdo subjetivo, pois o que interessa é se a conduta humana produziu o resultado material. Logo, o que mais ocupa esse modelo é o estudo da relação de causalidade para explicar o que seria a ação criminosa, vez que os elementos subjetivos estão situados na culpabilidade.

Gustav Radbruch critica essa exposição conceitual de conduta, pois afirma que qualquer ação realizada no mundo físico era regida pela lei da causa e efeito, diferenciando a ação criminosa apenas naquilo que o direito demonstrava interesse para criminalizar[37]. Assim, para Radbruch, despiciendo é o debate acerca dos elementos da ação humana, pois, o que se mostra relevante, é a análise normativa do direito realizado[38]. Contudo, o causalismo manteve o elemento objetivo da conduta, mantendo-se a estrutura delineada pelo naturalismo.

Avançando ao segundo elemento da tipicidade, encontra-se o estudo da conexão causal entre a ação e o resultado naturalístico, no âmbito da teoria mecanicista, de modo a produzir uma série de questões a serem debatidas. Von

---

[36] BINDING, Karl. As normas e suas infrações. Tradução de Antônio José Miguel Feu Rosa. Vol 1. Vitória. 2002.
[37] RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 2004.
[38] RADBRUCH, Gustav. *Der Handlungsbegriff in seinerBedeutungfür das Strafrechtssystem, Darmstadt: WissenschaftlicheBuchgesellschaft, 1967, p. 43 e ss.*

Liszt asseverou que a causa deve ser apontada para o movimento corpóreo, que, se suprimido, alteraria o resultado[39].

Igualmente, ao estabelecer o conceito de causa como tudo que é relevante à produção do resultado, chega-se ao problema do regresso para o infinito. Assim, ao considerar todas as causas relevantes para a produção do resultado, poder-se-á responsabilizar os pais do assassino, pois, ao dar à luz, causou o resultado morte produzido pelo filho matador, porquanto, para a teoria causalista, interessa o resultado ocorrido, para, a partir daí, estabelecer a ação típica, independentemente da intenção do agente. Contudo, essa verificação do regresso causal é solucionada pela proibição do regresso *ad infinitum*, que interrompe a cadeia causal quando da imprevisibilidade do resultado[40].

O estudo da relação de causalidade é a principal análise para a perfeita adequação típica, por considerar a relação de causa e efeito para a definição do crime. Por isso, determinou que a ação é a causa do resultado. Embora desprezando o elemento subjetivo da conduta, fez adotar a teoria da causalidade adequada para a subsunção normativa, que se seguiu excepcionalmente na atualidade brasileira, consoante se encontra no parágrafo primeiro do artigo 13 do Código Penal brasileiro.

A partir disso, fomentou filósofos, inclusive causalistas, a buscarem novas respostas para a relação causal dos crimes com resultado material e, principalmente para os que não produzem ou não se interessam pelo resultado naturalístico, como ocorre com o crime omissivo, com o crime tentado, com os crimes formais, com os crimes de mera conduta, com os crimes de perigo, além de estudar institutos como a desistência voluntária, o arrependimento eficaz, os crimes aberrantes etc. Nessas hipóteses, com a mera análise objetiva entre a conduta e o resultado não se realiza a devida subsunção, uma vez que destoa o resultado da intenção do agente. Malgrado a definição de desistência voluntária, *aberratio ictus*, crime formal, crime de mera ação (classificação já existente no século XIX), a realização da tipicidade se mostra deficiente se desprezar o exame da subjetividade do agente em fato que não se tem alteração naturalística, porquanto, se analisar somente a fotografia do fato

[39] VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Traduzido da última edição e commentado pelo Dr. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 199.
[40] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pag. 466.

(exame objetivo), por melhor que seja a definição da teoria da relação causal, não se obtém adequação perfeita do fato à lei. Assim, se, por exemplo, um agente jogar uma pedra na direção de uma pessoa, porém sem atingi-la, não se realiza adequadamente à subsunção de periclitação à vida, de tentativa de lesão corporal ou de tentativa de homicídio.

Embora o enfoque tivesse recaído, inicialmente, sobre os crimes materiais, o causalismo percebeu a existência de delitos sem resultado naturalístico, de modo a tentar apresentar teses para justificar a existência de inervação humana, inclusive nos casos de crimes omissivos, mas não conseguiu apresentar uma resposta suficiente para a resolução típica nessas hipóteses, salvo no crime omissivo.

Von Liszt aduziu que o crime omissivo é aquele em que o agente não age para impedir que o resultado se produza (delito omissivo impropriamente dito)[41] ou aquele em que a lei comina pena por uma inação, independentemente da exigência de se impedir o resultado, que represente uma violação da lei penal (delito omissivo próprio)[42]. Nesse último caso, não há resultado materialmente a exigir. Portanto, o causalismo estabeleceu as premissas do crime omissivo, seja praticado por agente garantidor ou não, e, ao que se verifica, delineou os fundamentos para a incriminação dos crimes omissivos vigentes até o presente momento, malgrado a alteração realizada pelo finalismo. Os causalistas observaram esse fenômeno, mesmo que não houvesse o resultado naturalístico, firmando a subsunção dos delitos omissivos de forma normativa. Von Liszt afirma que "*a punibilidade da omissão é completamente independente da hypothese de sua causalidade*"[43], admitindo a punição do delito por omissão em decorrência da inobservância do comando imperativo do Estado.

---

[41] *O delicto por omissão propriamente dito suppõe um preceito imperativo, cuja não observância constitue a infracção, pouco importando que in concreto se dê ou não o perigo ou a offensa do interesse que a lei penal quer proteger. O delicto por omissão impropriamente dito é uma subdivisão do grande grupo dos crimes que tanto podem ser commettidos por acção como por omissão; suppõe um preceito que prohibe certo resultado, e seda quando esse resultado é produzido em razão da inacção de quem estava juridicamente obrigado a impedil-o.* (Nota de rodapé do Dr. José Hygino Duarte Pereira, constante no livro de VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 207).

[42] *Também é de todo ponto possível que o legislador puna a omissão considerada em si e sem respeito ao resultado. D'ahi a idéa do delicto por omissão propriamente dito (') , como violação de um preceito imperativo do Estado.* (VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 207).

[43] VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 207.

A teoria normativa da punibilidade dos delitos omissivos foi abordada pelo causalismo para realizar a adequação típica pela mera violação da lei estatal, ainda que a conduta negativa não apresente qualquer resultado naturalístico (delito omissivo próprio). Para Beling, a omissão é um movimento corporal de retração muscular. [44]

Entretanto, a crítica acerca da tipicidade dos crimes omissivos, apresentada pelo sistema clássico, tem certo fundamento, quando o causalismo define conduta como um "movimento corporal" e, com isso, uma perplexidade semântica, por não existir um movimento em uma conduta negativa. Ou seja, a própria definição de ação, proposta pelo causalismo, não amolda a definição de conduta omissiva, já que exige um movimento corporal.

No que tange à tentativa, à desistência voluntária e aos crimes aberrantes, cujo resultado é incongruente à intenção do agente, os estudiosos se debruçavam desde a idade média, tendo o causalismo apresentado os mesmos contornos para se chegar à conclusão desses institutos, mas em vão. Especificamente sobre tentativa, asseverou que ocorre com o início da ação representada e voluntária, mas sem a obtenção do resultado. Especificando a tentativa, Von Liszt leciona:

> 1.° A *tentativa acabada* dá-se, quando o acto voluntário e encaminhado ao resultado conclue-se, sem que o resultado se tenha produzido. A esta categoria pertence (além dos casos em que o resultado é ainda duvidoso ou mesmo certo) o crime *mal-logrado ou falho* (certesa da não realisação do resultado), como subdivisão da tentativa impossível.
> 2.° A tentativa *imperfeita ou não acabada* dá-se quando o acto voluntário e encaminhado ao resultado ainda não está acabado.

Percebe-se que, ao definir a tentativa, Von Liszt não realiza a separação entre a conduta e o resultado que se persegue e falha, pois, representada a conduta sem a sua finalidade, não se obtém satisfatória adequação típica, por não se conhecer o objetivo da ação idealizada. Assim, ao pensar que a tentativa acabada é o ato voluntário direcionado ao resultado, sem que este se produza, mas, sem analisar a intenção do agente, não há como concluir em que tipo penal o agente incorrerá. Por isso, o causalismo se equivoca em manter a análise objetiva entre a conduta e o resultado, pois atinge, direta e erroneamente, o juízo de tipicidade.

---

[44] VON BELING, Ernst Ludwig. *Die Lehre vom Verbrechen.* Editora Mohr. 1906. Tradução pela Universidade de Michigan em 5 Dez. 2008, *Fb&c Limited,* 2018. Pág 145.

Para o causalismo, a tentativa de um delito abre margem para diversas tipificações, pois não se interessa pela vontade do agente. Assim, se um indivíduo estiver com uma faca nas mãos, ao mesmo tempo em que se verifica a presença de outro com um corte no braço, pela simples análise do resultado não se consegue precisar qual delito seria (tentativa de homicídio ou lesão corporal consumada).

Independentemente da análise da conduta, o exame do nexo causal vinha sendo estudado no século XIX, havendo o Código Criminal do Império do Brasil[45] e o Código do Império Alemão[46] previsto a tentativa e dando-lha lições acerca do tratamento a ser dado para o amoldamento do crime tentado. Além disso, doutrinadores debatiam sobre a possibilidade de vedação de se punir ou não a tentativa de contravenção penal por política criminal[47], a impossibilidade de punir a tentativa do crime culposo[48] e o crime omissivo[49], bem como a possibilidade de punição da tentativa de crime doloso, quando da ocorrência do dolo eventual[50] e do delito de atentado[51].

---

[45] O Código Criminal do Império, no Brasil, também prescrevia acerca da tentativa: "art. 2º. § 2º, da Lei 16/1830 - *A tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores, e principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente. Não será punida a tentativa de crime ao qual não esteja imposta maior pena, que a de dous mezes de prisão simples, ou de desterro para fóra da Comarca*.". Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 24 abr 2023.

[46] No século XIX, o Código Penal Alemão prescrevia no seu artigo 43 que, "*quem, por actos que constituem um começo de execução, manifestar a resolução de cometter um crime ou delicto, será punido como culpado de tentativa, si o crime ou delicto intencionado não se consumar. A tentativa de delicto, porém, só será punida nos casos expressamente determinados pela lei*". VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 326.

[47] *Pune outrosim, seguindo também o direito francez, a tentativa de crime em todos os casos especificados f), em caso algum a de contravenção.* VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 326.

[48] *A tentativa de um crime culposo {a culpa attentata do direito commum) é impossivel, segundo a nossa definição tirada do direito vigente. A política criminal justifica também esta limitação. E' justamente a representação do resultado, que nos habilita e nos autorisa a considerar o acontecido como tentada producção de um resultado, que não se realisou. No crime culposo esta relação subjectiva da acção para o resultado (contida somente na representação) é extremamente duvidosa (o agente, não sabendo, por culposa ignorância, estar a arma carregada, a dispara contra outrem sem feri-lo).* VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 326.

[49] *O crime por omissão (propriamente ou impropriamente dito) pode em geral ser falho, mas não é susceptível de tentativa inacabada.—Exemplo: o guarda da via-ferrea, no intuito de occasionar o descarrilamento do trem de passageiros, deixa dolosamente de remover o fragmento de rocha que rolara sobre a linha; si esse obstáculo é removido por outrem a tempo, não se dá omissão punível, pois não estava ainda excluída a possibilidade de que o guarda o fizesse; si o trem passa sobre o obstáculo sem descarrilar, dá-se crime falho.* VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 328.

[50] "*No dolo indeterminado a tentativa é possível. Como o dolo comprehende cada um dos resultados representados, o mais grave delles, realisado ou não, é o que deve regular para o julgamento criminal do agente. Consequentemente quem prevê como resultado de sua acção o ferimento ou a morte do adversário, é culpado de homicídio tentado, comquanto a acção somente tenha tido por effeito o*

A partir dessas verificações, surgem as discussões sobre os tipos penais incriminadores para a tipicidade. Foi com Beling que essa estrutura analítica apresentada por Von Liszt recebeu o elemento tipicidade no conceito de crime para melhor aferição da subsunção do fato à lei, sem significado valorativo (teoria da neutralidade axiológica do tipo), para a mera adequação do fato à norma penal, objetivamente analisada, despida da aferição da ilicitude da conduta (teoria dos elementos negativos do crime). A contribuição profunda de Beling, ao modelo causalista, com fundamento na escola positivista, consistiu na elaboração da teoria do tipo penal e na inserção do elemento *tatbestand* à definição de crime. Beling[52] apresentou os elementos do tipo penal para a melhor prescrição típica do delito para a realização do juízo de adequação do fato à lei penal. Por isso, a tipicidade restou inserida ao conceito de crime apresentado por Von Liszt, para subsunção do fato.

Em 1906, Ernest Beling[53] apresentou a tipicidade ao conceito tripartido de delito, a partir dos apontamentos apresentados por Von Liszt, da Escola de Marburg. De forma dogmática, Beling ofereceu os elementos aferíveis no tipo como método positivista de observação e amoldamento do fato a um modelo legal de delito, sob a perspectiva do positivismo natural de Augusto Comte[54]. Dessa feita, ambos descreveram o crime como “ação típica, antijurídica e culpável”. Por isso, atribui-se à Von Liszt e à Beling o conceito analítico do delito, consistente na análise da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, com fundamento na filosofia naturalista do século XIX, com vista a explicar o fenômeno causal, dissociado de verificações psicológicas e sociológicas, que constituíram o sistema causalista ou natural ou mecanicista, por reconhecer a relação de causa e efeito entre a conduta e o crime. Com isso, definiu

---

ferimento da victima ou não tenha tido resultado”. VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 328.

[51] *Quando a lei commina excepcionalmente contra actos preparatórios ou actos de tentativa, e especialmente contra o emprehendimento de uma acção delictuosa as penas do crime consumado ou os pune como crimes independentes (acima p. 327), não é possivel a tentativa, quer como crime frustrado, quer como actividade incompleta;* VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 330.

[52] VON BELING, Ernst Ludwig. *Die Lehre vom Verbrechen.* Editora Mohr. 1906. Tradução pela Universidade de Michigan em 5 Dez. 2008, *Fb&c Limited,* 2018.

53 VON BELING, Ernst Ludwig. *Die Lehre vom Verbrechen.* Editora Mohr. 1906. Tradução pela Universidade de Michigan em 5 Dez. 2008, *Fb&c Limited,* 2018., p. 7.

[54] ESTEFAM, André; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 356.

ação como mero movimento corporal voluntário que causa uma modificação no mundo exterior[55].

Para Beling, a estrutura do injusto penal havia de ter análise da causação física (proposta por Liszt), para a subsunção ao modelo legal de crime (tipicidade) e com falta de permissivo legal (antijuridicidade)[56], fazendo com que, para o modelo clássico, a tipicidade e a antijuridicidade fossem objetivamente valoradas, enquanto a culpabilidade possuía somente elementos subjetivos (teoria puramente psicológica da culpabilidade). Essa ideia objetivo-subjetiva foi influenciada pelo pensamento positivista para definir o conceito estratificado, com análise objetiva aristotélica do injusto e, subjetiva, da culpabilidade. A tipicidade e a antijuridicidade eram valoradas apenas por elementos exteriores ao agente, sem imiscuir-se na finalidade proposta na conduta, realizando-se mera subsunção da relação causal entre a conduta e o resultado, admitido ou não pelo ordenamento jurídico-penal.

Para o início da subsunção do fato punível, inicia-se com a análise da conduta, porquanto não há crime sem conduta humana[57], de modo que prevalece, desde o naturalismo, que o comportamento humano deveria ser o ponto inicial de observação para a existência do delito e de seu estudo filosófico. A partir disso, o estudo de ação humana recebeu, e recebe até o momento, perguntas problematizantes que despertam a curiosidade da pesquisa jurídica para a busca de resposta mais convincente, especialmente para delimitar o âmbito de atuação do poder punitivo do Estado sobre a conduta proibida, bem como promover a mais perfeita justificação da imputação típica.

As formulações de Liszt e Beling foram consideráveis por conseguir estruturar diversos institutos, quando da análise da tipicidade, como, por exemplo, os estudos acerca do *iter criminis* (cogitação, preparação, execução e consumação, tentativa, desistência voluntária), do crime impossível, da *aberratio ictus,* da *aberratio delicti*, dos erros (erro quanto à pessoa, erro determinado por terceiro) com

[55] FABRETTI, Humberto e; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Direito Penal. Parte Geral. Ed Atlas. São Paulo. 2019. pág. 304.
[56] ZAFARONI. Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal*. Tomo III, Ediar. Buenos Aires. 1981. pág. 36.
[57] *A esta altura de nuestra exposicion es casi sobre abundante aclarar que nos parece inconcebible que se pretenda la existencia de delitos sin conducta, lo que no es sólo una elemental garantia del derecho penal liberal, sino, simplemente, un requisito que proviene de la esencia misma del fenómeno jurídico, puesto que aún fuera de los autores liberales screconoció, siempre que se pretendió interpretar razonablemente el derecho, que "una simple voluntad que no pasa los limites del pensamiento no puede merecer el nombre de crimen"* -ZAFARONI. Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal. Tomo III, Ediar*. Buenos Aires. 1981. pág. 45.

semelhantes conceitos existentes até o presente. A exceção encontrada, foi em relação ao arrependimento eficaz que se equiparava ao arrependimento posterior, ao considerá-lo como causa de exclusão da punibilidade, e não como causa de exclusão da tipicidade. Ambos conseguiram reunir vários institutos do Direito Penal, já existentes, para justificar o juízo de subsunção do fato à lei penal, embora sob o ponto vista estritamente objetivo.

Entretanto, o problema da teoria causalista se apresenta no fato de não aceitar o elemento volitivo interno como mola e bússola da conduta do ser, afirmando que a ação é causada por um ato voluntário, despido de finalidade, e produtora de um resultado naturalístico. O fundo da vontade seria de análise reflexa na culpabilidade, quando da análise da reprovação. Ao assim pensar, a teoria causalista não resolve a tipicidade dos crimes com tentativa branca, os crimes omissivos próprios, os crimes de mera conduta, os crimes de palavras, por não terem resultado naturalístico, e dos crimes preterdolosos. Apesar do início da análise do delito partir da conduta, para a tipificação jurídica, observa o resultado ocorrido, por desprezar a finalidade da conduta, de modo a equiparar, por exemplo, os crimes dolosos e culposos todas as causas, quando da realização do regresso causal. Como o resultado do crime doloso e do crime culposo pode ser o mesmo, tipificam-se igualmente os delitos. Dessa feita, por exemplo, ao se dar causa ao resultado morte, pode se subsumir ao mesmo tipo penal o crime, independentemente de ter sido doloso, culposo ou preterdoloso, pois despicienda no momento da subsunção, de acordo com o sistema causalista.

Dessa forma, todo o juízo de adequação, de acordo coma teoria do tipo penal revelada pelo causalismo de Beling, não recebeu elementos subjetivos, mas somente objetivos. Para a teoria causal, os tipos penais não tinham elementos anímicos, quer dizer, não havia um juízo de valor. Beling afirmou que “o tipo não encerra nenhum juízo de valor”[58], uma vez que a conduta não apresentava o elemento subjetivo do tipo penal. Em vista de a ação humana ser mero movimento corporal, despida de conteúdo subjetivo da vontade, mas apta a mudar o mundo exterior, assim também foi apresentada para a descrição típica-normativa do delito. A criação dogmática do tipo penal, revelada pela teoria mecanicista, não reconhece

[58] VON BELING, Ernst Ludwig. *Die Lehre vom Verbrechen.* Editora Mohr. 1906. Tradução pela Universidade de Michigan em 5 Dez. 2008, *Fb&c Limited,* 2018. pag. 147.

a presença de elementares subjetivas no tipo penal, vez que desenvolveu apenas uma descrição fático-objetivo-penal de um acontecimento proibido, portanto, de apreciação neutra em relação à intenção do agente, porquanto o exame dos elementos anímicos somente ocorre quando chegada a culpabilidade.

Transpondo a um fato atual, um delito de extrema complexidade para a tipicidade, na teoria causalista, é o de apropriação indébita, vez que a sua ocorrência e tipificação depende da alteração do elemento anímico. Ou seja, ao se ter a posse da coisa alheia já teria a tipicidade e antijuridicidade, mas sem culpabilidade (juízo de reprovação), por faltar elemento subjetivo. A mesma complexidade ocorre nos crimes dolosos tentados, já que para a perfeita adequação não se buscava a intenção do agente, mas somente o movimento corporal, a relação causal e a alteração no mundo. Se a tentativa for branca, o crime doloso não oferece elementos suficientes para a perfeita subsunção, já que não existe o resultado naturalístico. Portanto, visualizam-se problemas de subsunção, quando desprezados os elementos subjetivos na conduta típica, de modo a justificar a correção dos argumentos jurídicos de adequação fático-jurídico.

1.2.1.2 Justificantes no Causalismo

Em relação às causas de exclusão da ilicitude, Liszt e Beling não promoveram alterações das espécies existentes desde o direito romano. A legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito, consentimento do ofendido[59] e o estrito cumprimento do dever legal foram apenas estruturados pelo causalismo, na segunda etapa do conceito estratificado do delito, e mantidos ao longo dos anos, de perspectiva meramente objetiva, pois o requisito subjetivo das causas de justificação do delito era verificado na culpabilidade, quando da análise do dolo e da culpa. Além dessas causas, lecionaram equivocadamente como justificantes a ofensa em si mesmo e as resenhas fiéis dos debates parlamentares, pois aquela ingressa no estudo do princípio da alteridade e, esta, no da imunidade.

[59] "*A oflfensa de um bem jurídico com o consentimento do offendido só exclue a illegalidade do acto, quando e até onde o direito publico permitte a disposição de tal bem, e o titular, são de espírito, delle dispõe seriamente*". VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 245.

Na atualidade, a ofensa em si mesmo foge à relevância típica, diante da existência da transcendentalidade considerada a nortear o Direito Penal para incriminar condutas que atinjam bens de terceiros[60], e a imunidade material como causa de exclusão de tipicidade[61]. Por consequência, as resenhas das falas imunes igualmente recebem o mesmo tratamento.

Com a visão mecanicista da conduta, as causas de exclusão da ilicitude também são observadas objetivamente, dispensando a valoração subjetiva do comportamento do agente e, como consequência da abordagem naturalista sobre as causas de justificação, tem-se a atuação conforme o direito, ainda que o agente não saiba que assim agira. Logo, se um agente, com a intenção de agredir outrem, venha a proteger um terceiro que estava sendo injustamente agredido, age em legítima defesa, mesmo que não tenha a vontade e a consciência dessa circunstância, pois o que interessa para o conceito causal é saber se o agente realizou objetivamente a defesa contra um ato injusto, atual ou iminente, independentemente se sua intenção se encontrava nessa direção. No mesmo pensar, as condutas típicas em estado de necessidade, em estrito cumprimento do dever legal[62] ou dentro do exercício regular do direito. Por não se ocupar dos elementos subjetivos no fato típico, o que interessa para a teoria mecanicista é conhecer a causalidade existente entre a conduta do agente, o resultado típico e a justificante incidente, ainda que não fosse a intenção do comitente. Assim, se o médico deseja realizar o aborto, atendendo livremente ao pedido da gestante, caso após a cirurgia venha a descobrir que a gestação estava a gerar risco de morte à paciente, o médico estará livre da perseguição criminal, diante do estado de necessidade de terceiro, ainda que, no momento do procedimento, não tivesse esse conhecimento.

Em outro sentido, ao estruturar as justificantes de forma objetiva, o sistema causal despreza não só a intenção, mas também o erro de fato, a criar,

---

[60] ESTEFAM, André e outro. Direito penal esquematizado. parte geral. 8. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. Pág 157.
[61] Idem. Pág 179.
[62] Para Liszt, a ordem de superior hierárquico exclui a ilicitude da conduta do inferior hierárquico, diante do estrito cumprimento do dever legal. *"A ordem do superior ao inferior exclue a ille-galidade do acto que é executado em virtude delia, quando o direito reconhece a força incondicionalmente obrigatória da ordem dada f), pois em tal caso o inferior obra pór força do dever do cargo ou do serviço militar; mas quem dá a ordem pode ser punido como autor mediato"* VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 243.

inclusive, um embaraço argumentativo para a resolução de alguns fatos. Por conseguinte, se um pai, com a intenção de corrigir seu filho, impõe um castigo no filho de seu vizinho, supondo ser seu filho, incorrerá no crime de lesão corporal, pois o que se verifica é análise objetiva do fato. O mesmo, se um policial, no cumprimento do mandado de prisão, ao invés de prender o agente contra o qual o mandado fora expedido, prende o irmão gêmeo. Nesses dois exemplos, para o causalismo, o pai e o policial incidirão em fatos típicos e ilícitos pelos delitos respectivos, porquanto o que interessa era o fato objetivamente valorado, independentemente da intenção dos agentes.

Nota-se que a análise objetiva, despida de valoração axiológica e subjetiva, apresenta grande equívoco do sistema causal, pois tipifica condutas que não se amoldam como delito ou as excluem quando deveria sê-lo, criando paradoxos de subsunção. Ademais, o erro de fato, o erro quanto à existência e o erro quanto aos limites das causas de exclusão da ilicitude, para modelo causal, são analisados em sede de culpabilidade, local onde se verifica a parte subjetiva do conceito. Entretanto, em sendo análise estratificada, embora não se tenha a menção de interrupção da verificação na doutrina causalista, pode-se supor que, com a incidência da justificante, não se há que analisar a reprovação do agente. Logo, se o fato típico for justificado objetivamente, não há que analisar a culpabilidade do agente, pois a verificação se encerra na segunda etapa do conceito feito por camadas.

1.2.1.3 Culpabilidade no Causalismo: Imputabilidade.

Por fim, na terceira etapa de verificação do delito, o causalismo se ocupa do estudo acerca da culpa, em sentido lato, como juízo de reprovação do injusto. Trata-se do momento em que se busca aferir os elementos exclusivamente subjetivos, a constituir a teoria puramente psicológica da culpabilidade, contendo a imputabilidade, o dolo e a culpa em sentido estrito. É nesta etapa que o causalismo realiza o valor da reprovação da conduta do agente. Para Liszt, “*Culpa é a*

responsabilidade pelo resultado produzido[63]". Ao assim definir a culpabilidade, aduziu que "*Responsável é todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são"*[64]*,* de maneira a principiar a análise subjetiva através da imputabilidade penal.

Ao pretender explicar a imputabilidade, Von Liszt reconhece que essa aferição decorre de estudo científico desenvolvido naquela época pela psicologia, com o fito de investigar se, ao tempo da conduta, o agente detinha o necessário discernimento para o ato. O causalismo reconhece a imperiosa necessidade de investigação, inclusive de ofício pelo magistrado, acerca da capacidade de entender o caráter ilícito do fato, no momento da execução do ato, sob a perspectiva interna do agente, para, depois, buscar o dolo e a culpa em sentido estrito.

Logo, para ser imputável realiza-se uma análise psicológica do agente, e, sendo mentalmente são, o agente poderá responsabilizado pelo injusto penal, a depender do dolo e da culpa. Ou seja, para ser imputável, far-se-á um exame de exclusão das causas de inimputabilidade. Por isso, segundo Liszt, "*Sem imputabilidade não há culpa, e, portanto, não pode haver crime*"[65]. Essa ordem de verificação tem extrema valia, pois somente é possível investigar a vontade e a consciência do agente, se, antes, ele tiver capacidade de entender.

Para os causalistas do início do século XX, a análise da imputabilidade recai sobre o momento do delito, entendendo que a superveniência da doença mental é questão meramente processual, e em nada influenciando na definição da culpa. Portanto, a imputabilidade é o estado mental desenvolvido e são. Lad'outro, são inimputáveis os menores de certa idade definida pelo Direito Penal, por não deterem o desenvolvimento mental completo, e aqueles que não têm um desenvolvimento mental completo por decorrência de alguma doença mental no momento da realização do injusto. Com isso, ambos não detêm o necessário entendimento para a realização da conduta e, por consequência, não poderão ser responsabilizados penalmente.

---

[63] VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 249.
[64] Idem. Pag. 257.
[65] Idem. Pag. 262.

Quanto aos inimputáveis havidos em decorrência de “falta de saúde mental[66]”, o causalismo propõe que a análise deve ser realizada por meio de perícia médica, que auxilia o magistrado com a elaboração de laudos psicológicos que atestam o estado de inconsciência ou da enfermidade da atividade mental no momento da ação ou omissão, cuja culpabilidade resta excluída caso a doença mental ateste a falta do livre exercício da vontade. Interessante que essa ideia prevaleceu durante o tempo da elaboração da teoria causal, mesmo tendo o Código Penal do Império Alemão prescrito em seu art. 51 que

> Não ha acção punivel, quando o agente, ao tempo da acção, achava-se em estado de inconsciencia ou de enferma perturbação da atividade mental, que excluía o livre exercido de sua vontade.[67]

Embora o Código Penal Alemão afirmasse que não haveria “ação punível”, dando a entender que não haveria fato típico, o certo é que, através do causalismo, essa análise recai na culpabilidade, e não no injusto penal, de modo a reconhecer que a inconsciência ou a doença mental fossem causas de exclusão da culpabilidade, e não do fato típico.

Naquele tempo, o causalismo adotou a expressão “*estado de inconsciência ou enferma perturbação da actividade mental*” para reconhecer como inimputáveis todos os indivíduos que tivessem impedimentos de compreensão em razão das enfermidades mentais ou estado de inconsciência, ressaltando, contudo, que o mero desarranjo transitório causado pelo próprio agente não lhe retirava a responsabilidade penal, como por exemplo, com a ingestão de álcool, em virtude da incidência da teoria da *actio libera in causa*, já formulada naquele tempo.

Por isso, no causalismo, o que se investiga é saber se o agente não detinha o livre exercício da vontade em decorrência de um evento alheio a sua escolha, tanto que que von Liszt reconheceu que os impulsos e as sensações, aptas a alcançar o estado de inconsciência, também excluem a imputabilidade. Nesse sentido, asseverou que

---

[66] Ao tempo em que apresentavam os inimputáveis, os causalistas não tinham os mesmos conhecimentos científicos como se apresentam no presente tempo (século XXI). A linguagem adotada para a definição de pessoa inimputável releva a obsoleta ideia científica de pessoa sem discernimento. Por isso, desde logo, pede-se escusa pelas citações, por conter palavras não mais aceitas. Entretanto, em vista da necessidade de se promover o estudo acadêmico, a revisitação ao passado se mostra pertinente, demonstrando a linguagem daquela época, justamente para que o leitor possa perceber onde se encontra o discernimento no conceito analítico de crime.

[67] VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 267.

> Notaremos, de um lado, que as perturbações não só das representações, senão também das sensações (como a inversão do instincto sexual) e dos impulsos (como a paradoxia da vontade) são de natureza a excluir a imputabilidade; e, de outro lado, que não são possíveis desarranjos parciaes, permanecendo o espirito intacto quanto ao mais. A sciencia moderna abandonou pois a idéa das monomanias, como degeneração dos impulsos, conservada a plena lucidez da intelligencia, e as considera somente como manifestações parciaes de uma enfermidade geral do espirito. Egualmente a «loucura moral» (*moral insanity*) é sempre acompanhada de obscurecimento das idéas, e de embotamento dos sentimentos, pelo que é mais correcto concebel-a como uma das fôrmas da imbecilidade[68].

Nota-se, pois, nessa passagem, com linguagem cientificamente ultrapassada, como se desenvolveu o conceito de inimputável, com fundamento na falta de consciência ou na existência de doença mental, que atingem o espírito, a causar o obscurecimento das ideias, em decorrência de embotamento dos sentimentos causados por uma das formas de "imbecilidade".

Ao tempo do desenvolvimento das causas de inimputabilidade, adotou-se o conhecimento científico existente no século XIX, com percepção naturalista, apontando, como causa psicológica, a expressão "enferma perturbação da actividade mental" para compreender expressamente "*não só as denominadas enfermidades mentaes no sentido próprio, senão também os obstáculos ao desenvolvimento do espírito (idiotismo ou imbecilidade) e estados de degeneração mental, bem como as enfermidades physicas propriamente ditas que são acompanhadas de desarranjos mentaes (como o delírio produzido pela febre, as moléstias nervosas), e finalmente as perturbações transitórias da actividade mental (estados de intoxicação etc.)*"[69], que excluem o livre exercício da vontade.

Para causar maior perplexidade, aduz, aqui, que é com base nesse contexto científico do século XIX, e hodiernamente refutadas pelas ciências dos séculos XXI, que se fundam as premissas de análise da inimputabilidade no contexto atual para aferir a capacidade de entendimento do agente ao tempo do fato, embora haja a criação de outros sistemas posteriores conceituais do delito. Em outras palavras, na atualidade, a análise da imputabilidade é ainda realizada com base nas premissas naturalistas, pois especialmente a teoria finalista e funcionalista não refutaram as lições causalistas, mantendo as ideias psicológicas para aferição

[68] VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 267-268.
[69] Idem.

da capacidade de entender e, por conseguinte, para averiguar a (in)imputabilidade, em sede de culpabilidade.

Por isso, afirma-se que esse contexto de verificação da inimputabilidade é seguido até o presente momento pelo ordenamento jurídico, malgrado as transformações promovidas pelo neokantismo, pelo finalismo welziano e pelos funcionalistas na culpabilidade, bem como dos avanços das ciências psicológicas, já que não houve alteração da análise da imputabilidade.

A análise da inimputabilidade é realizada por médico-perito, que verifica a capacidade de entendimento do agente, no momento da conduta criminosa, a fim de promover o juízo de reprovação do fato típico e ilícito. Por óbvio, examina aspecto interno do agente, para obter informações acerca da sua capacidade de entender e de agir no momento da realização do injusto penal. Ou seja, a verificação invade a esfera psicológica do agente para investigar se ao tempo do fato possuía capacidade de entender, o que exclui a valoração externa – daí, a teoria puramente psicológica. Não se trata de avaliar a psique da pessoa considerando um homem médio, mas sim a valoração do viés psicológico interno do agente. Logo, esse elemento da culpabilidade recebe investigação subjetiva interna para aferir se o agente merece a reprovação penal necessária ante a sua liberdade (ou não) de agir.

Para o exame da inimputabilidade, Von Liszt cuidou de afirmar que para a verificação exigir-se-ia apoio de ciência especializada, com a realização de parecer médico, a fim de instruir o processo criminal, porquanto o Direito Penal não teria elementos suficientes para a definição do “desarranjo mental”[70] como causa exculpante.

> A exposição das diversas fôrmas da “enferma perturbação da actividade mental”, já não é objecto da sciencia do direito penal, conquanto a administração da justiça as deva conhecer exactamente para pedir, quando se fizer mister, o parecer dos peritos.[71]

Além de doenças mentais, o causalismo observou o estado de inconsciência como causa de exclusão da inimputabilidade, apontando como causas a embriaguez, a hipnose, o sono profundo, o desmaio[72].

[70] Expressão adotada por Von Liszt.
[71] Idem. Pág. 268.
[72] Idem. Pág. 268.

Portanto, o estudo da imputabilidade foi realizado pelo causalismo, que apresentou suas teorias com fundamento nos estudos científicos daquela época. Reitera-se que, apesar das modificações realizadas pelo neokantismo, pelo finalismo e pelo funcionalismo, não houve uma alteração significativa no contexto de verificação da inimputabilidade, mantendo-se distinta análise entre conduta, vontade, consciência e entendimento (discernimento), de modo que, até o presente momento, utiliza-se essa estrutura para delimitar o conceito de crime e suas consequências.

Ao longo do século XX, o estudo científico da psicologia, da psiquiatria, da neurociência progrediu e apresentou relevantes contribuições teóricas para o aprofundamento das questões psicológicas do ser, as quais ainda não foram transcendentes ao campo jurídico, de modo a fazer revisitar os elementos estruturantes do conceito analítico de crime, inclusive para, no mínimo, deixar de observar linguagem refutada e ofensiva na contemporaneidade, ainda constante na legislação brasileira.

1.2.1.4 Culpabilidade no Causalismo: O dolo e a culpa como elementos póstumos.

O ponto de destaque na culpabilidade do sistema causalista é a análise do dolo e da culpa para a definição da reprovação do injusto, após certificar a imputabilidade do agente. É nesse momento que o sistema causal oferece o conceito, as teorias e as espécies de dolo e de culpa para análise subjetiva da culpabilidade, a serem investigados após a confirmação da existência do injusto penal objetivo e da imputabilidade. Assim, para o causalismo, somente será possível investigar o dolo e a culpa se o agente tiver capacidade de entendimento. E, isso, faz um sentido racional da argumentação jurídica para a imputação.

Em relação a esses elementos, ao definir o dolo, os causalistas asseveram que é a “representação do ato voluntário como causa”, ou seja, que o dolo é a representação da relação causal. Dolo compreende em cogitar o ato e buscar o seu resultado possível, distinguindo-o, inclusive, de desejo. O causalismo não menciona a consciência como elemento cognitivo, mas a representação, e refutou o desejo, pois este é o pensamento sobre o resultado, mas sem a

idealização da relação de causalidade, como, por exemplo, ao se desejar a morte de uma pessoa, independentemente da causa. O desejo é um sentimento passivo, que não se coloca a mudar o mundo[73].

O dolo é a representação da causa, do resultado e de sua ligação, de modo a avaliar e querer o ato capaz de modificar o mundo exterior. Nesse pensar, dolo direto é aquele em que o agente prevê o resultado almejado, enquanto o dolo indireto ocorre quando o agente prevê o resultado, ainda que não o queira, mas não se importa com a sua produção, pois o fim de agir distingue-se do fim previsto e, devido a isso, continua com seu comportamento, por não se importar com o resultado, caso venha a ocorrer ou caso venha a ocorrer de uma ou de outra maneira. Para o causalismo, a título de exemplo, se uma "*meretriz que, sabendo estar accommettida de syphilis, entrega-se por amor do lucro, faz-se culpada de offensa dolosa á saúde*"[74].

Diante desses conceitos, a teoria causalista adotou as espécies dolo direto e dolo eventual para a configuração do crime doloso, distinguindo-as do *dolus malus* do Direito Romano, diante da inexistência da investigação do caráter normativo, mas firmando as ideias básicas das teorias da vontade (quando o agente quer diretamente o resultado) e da teoria da representação (quando o agente prevê o resultado e a relação causal, cujo resultado é realizado por meio de um ato desviado). Ou seja, o sistema causal admite a teoria da vontade (para o dolo direto, chamado pelo causalismo de "dolo incondicionado") e a teoria da representação (para o dolo eventual, denominado pelos causalistas de "dolo condicionado"), para definir o delito doloso. Além disso, também reconheceu a dupla incidência da teoria representação, ora no dolo, ora na culpa, a depender de ter o agente assumido ou não o resultado produzido.

Nesse sistema, em vista do comportamento mecânico do agente, os crimes preterdolosos estão na categoria dos crimes dolosos, porquanto o agente promove um ato doloso e ocasiona um resultado não previsto subjetivamente, porquanto o que interessa é a representação da causa. Nesse sentido, para teoria mecanicista, tem-se o dolo indireto. Pela mesma razão, visualizou o dolo geral como espécie do dolo. Logo, caso o agente, após supor ter consumado o delito, promova

[73] Idem. Pág. 272.
[74] Idem. Pág. 274.

novos atos, tendentes a ocultá-lo, mas alcança a consumação somente pelo segundo ato, tem-se a conduta dolosa. Apesar de realizar a diferenciação, o causalismo entendeu ser despicienda o aprofundamento dos estudos sobre o dolo geral[75], asseverando que o importante é a verificação do dolo na representação da ação causadora do resultado, independentemente da finalidade. Por isso, o dolo geral estar-se-á no contexto do dolo direto (teoria da vontade), porquanto o agente queria realizar a conduta e o resultado.

Refletindo ainda mais sobre o dolo, os causalistas enfrentaram a questão do erro de representação. O erro, compreendido como a desconformidade entre a representação e a realidade, retira o dolo da representação do ato e do resultado, desde que incida sobre um ponto essencial da representação. Portanto, não é qualquer erro que exclui o dolo, mas somente aquele erro, que se soubesse, não praticaria o fato delituoso. Por exemplo, suponho ser seu, o agente subtrai o livro da biblioteca por engano. Nesse exemplo, caso o agente soubesse que o livro era da

[75] O *dolus indirectus* deve a sua origem às necessidades da administração da justiça, a que a *theoria da vontade* não estava em condições de atender. Já defendido por Carpsov e por Leyser, predominante depois da dissertação sobre o *homicídio ex intentione indirecia commisso* de v. Nettelbladt-Glanzer (1756, 3* ed., 1772), debalde impugnado por Bõhmer, encontra-se o dolo indirecto na sciencia e na legislação do século XVIII, ora como uma regra legal sobre a prova (o cod. bávaro de 1751, o direito commum prussianno), ora como uma modalidade especial da culpa (a *culpa aquiescente* de Soden, a *culpa dolo determinata* de Feuerbach) e conserva-se ainda no direito vigente da Russia e da Áustria. O seu ultimo producto na legislação penal da Allemanha é o resultado como condição de uma penalidade mais grave. Todos as outras modalidades do dolo que nos foram transmittidas pela sciencia do direito comm;um são, na melhor das hypotheses, inúteis, e pela maior parte, como o *dolus indirectus,* não passam de exageros da idéa, próprios a induzir em erro. Assim a hypothese do chamado *dolus subsequens,* isto é, de um dolo que se segue ao acto culposo e o affecta ulteriormente, é dé todo inadmissivel. O mesmo se deve dizer do *dolus generalis* de Weber (1825), modalidade do *dolus antecedens:* dá-se quando o agente, suppondo erroneamente já ter consumado o crime, pratica uma outra ação para encobrir os vestígios do facto etc. e só então produz o resultado que primitivamente elle se representara. Perguntamos: todos os actos parciaes podem ser concebidos como uma única acção, cujo curso se desvia da representação do agente apenas em pontos que para elle não são essenciaes ? Si é este o caso, não se faz mister, para a imputação do resultado, a hypothese de uma modalidade especial do dolo; si não é este o caso, tal hypothese não pode reduzir a unidade actos diversos e independentes. *O dolus indirectus* assenta sobre esta supposição - quem, por um acto voluntário, causa um mal maior do que o intencionado ou diverso do intencionado, *indirectamente o quer* - e nada tem de commum com o *dolus indeterminatus,* que comprehende o resultado produzido de um modo mais ou menos determinado, isto é, ou eventualmente (ferir, ainda que mate) ou alternativamente (ferir ou matar, offender a Pedro ou a Paulo). Quanto ao *dolus generalis,* assim se chama a intenção que converte era uma unidade, dados certos requisitos, vários actos do mesmo agente. Dá-se, quando alguém pratica um certo acto com intenção criminosa e, suppondo erroneamente ter conseguido o resultado e realisado a sua intenção, pratica um novo acto que vem a produzir o resultado .a principio intencionado. A mãe, por ex., intenta suffocar o filho recemnascido; e, suppondo que o sufocara, enterra o pretendido cadáver para occultar o crime, e só por este ultimo acto causa a morte do filho. Em taes casos alguns criminalistas (Weber, Kõstlin, v. Schwarze) baseam-se no *dolus generalis* para reduzir os actos a uma unidade e lançar à conta do dolo do agente o ultimo acto, como consumação do crime. VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 277.

Instituição, não teria furtado. Por isso, o erro foi essencial para a realização da conduta, de modo que, se soubesse, não a realizaria. Por outro lado, o erro relativo não exclui o dolo, pois consiste numa ignorância acerca de uma informação não essencial. O agente age em erro, mas, se soubesse, nada mudaria a sua empreitada. Se, por exemplo, pretendendo subtrair um anel de rubi, por engano subtrair o anel de esmeralda, o erro recai sobre um dado não-essencial e, por isso, agiria da mesma maneira. Nesse caso, pode ocorrer o erro sobre o objeto ou sobre a pessoa, de modo que não exclui o dolo, embora possa, em determinados casos, ocorrer o crime impossível. Apesar de certas críticas, diante das consequências do erro dentro da teoria causalista, Karl Binding lecionou sobre o erro de direito e o erro de fato, mas asseverou não haver distinção nas consequências, pois ambos promovem os mesmos efeitos, consistente na exclusão ou não do dolo situado na culpabilidade[76].

Importante mencionar que, para o causalismo, a consciência sobre a ilicitude do fato não integra a estrutura do dolo, nem do conceito de crime, justificado pelo ônus da prova, pois, senão, em todos os casos, a acusação deverá provar o conhecimento do agente sobre a lei, ou seja, deverá provar em todos os processos que o réu conhecera a lei. À época, havia três correntes que divergiam acerca do desconhecimento da lei, notadamente diante da análise objetiva que deve realizar para se inferir a consciência legal, além de estar ou não na estrutura do dolo. Contudo, o causalismo compreendeu que a falta de consciência da lei não excluiria o crime e nada o afetava, pois, se o agente não tivesse conhecimento da lei, haveria crime da mesma forma. Portanto, na estrutura causalista, o desconhecimento da lei não influencia para a exclusão do crime, salvo nas hipóteses de crime putativo, diante da atipicidade.

Nesse particular, a teoria causalista se mostrou importante para dar início ao estudo do dolo no Direito Penal, que se seguiu pelos sistemas posteriores, mas que ainda recebe grande atenção para o desenvolvimento das teorias dos elementos que os compõem. Entretanto, importante aduzir que ainda há o que se analisar dentro do dolo, natural e normativo, a conceder espaço para o debate acadêmico de busca de hipótese de resolução dos problemas ainda existentes,

[76] BINDING, Karl. As normas e suas infrações. Tradução de Antônio José Miguel Feu Rosa. Vol 1. Vitória. 2002. Pág. 165.

como a percepção da consciência e do entendimento, como partes integrantes da estrutura do dolo, bem como pela análise desses fatores quando da inexistência de capacidade de entendimento. Portanto, apesar das valorosas contribuições do causalismo para a estruturação do dolo, muito ainda há que se observar, face ao avanço científico existente sobre o tema e ainda pouco explorado na dogmática penal.

Em relação à culpa em sentido estrito, o causalismo assevera que é o "*não-conhecimento, contrário ao dever*, *da importância da acção ou da omissão como causa*[77]*"*. Segundo Von Liszt, *"conduta culposa é a causação ou não-impedimento, por ato voluntário, de um resultado que não foi previsto, mas que podia sê-lo"*[78]. Considera, pois, dois requisitos: a falta de cuidado durante o movimento corporal voluntário e a falta de previsão subjetiva. Logo, para a existência da conduta culposa, o agente deve agir descuidadamente, diante da ausência de previsibilidade daquilo que era possível alcançar. Além disso, para punir o crime culposo, exige-se a previsão legal da culpa, dada a sua excepcionalidade (teoria a excepcionalidade dos crimes culposos), reconhecendo, ainda, que o erro inevitável exclui o crime culposo, pois o agente não teria possibilidade de alcançar a representação da relevância de sua conduta. Nesse contexto, a culpa em sentido estrito é a análise da inobservância do dever de cuidado.

Portanto, no causalismo, a análise da culpa em sentido lato é realizada sob o aspecto meramente subjetivo, de modo a adotar a teoria puramente psicológica da culpabilidade, sem observância de juízo de valor ou de questões objetivas. De fato, a culpabilidade passa a ser análise de reprovação do agente, frente ao injusto penal objetivamente analisado. Apesar das críticas, o causalismo foi a corrente que muito explorou e organizou todo o sistema de imputação e de responsabilização penal que merece todos os méritos, pois criou todo o campo da dogmática penal para a busca da melhor definição do delito.

[77] VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899. Pág. 291
[78] Idem.

1.2.1.5 A punibilidade no Causalismo.

Somente após a existência do injusto penal e da análise subjetiva da reprovação, passa-se ao exame da punibilidade. Quanto a isso, os causalistas também refletiram para conhecer se seria ou não outro elemento integrante do conceito analítico de crime, pois, com a realização de uma conduta típica, ilícita e culpável, nasce para o Estado o poder de punir o caso concreto, por meio de pena.

O crime, segundo a teoria causal, é a ofensa contra interesses tutelados pelo direito, fazendo com que o Estado não possa punir se o ato não for previsto em lei como crime, ou se o agente for inimputável, ou se a causa não for atribuída ao agente, ou se o agente atua amparado por uma justificante, entre outras hipóteses. Logo, todas as causas de exclusão do crime têm como decorrência normal a causa de exclusão de pena.

Embora se reconheça a diferença entre as causas de exclusão do crime e de exclusão da pena, para Von Liszt e Beling, ambas as situações geram a isenção de pena (ou proibição da punibilidade), pois, se não há crime, não se pode infligir uma pena. Devido a isso, a falta de punibilidade se equipara à falta de crime e de pena[79]. Por isso, chegou à reflexão se a punibilidade seria outro elemento do conceito do crime ou se restaria fora deste.

Binding afirma que a punibilidade não estaria no conceito de crime, pois, além de se realizar a investigação substancial, também deve ser verificada por meio do requisito processual, alcançado por meio do desenvolvimento válido da ação penal, uma vez que para punir, exige-se a observância das regras válidas do processo penal. Se faltar a ação penal, o agente não poderá ser punido, por exemplo. Por isso, a punibilidade tem seu aspecto material (existência de crime) e processual (existência de processo penal), que não pode ser confundido conglobadamente no conceito de crime[80].

Pontua-se que, em decorrência de se estabelecer a diferença entre as causas de extinção da punibilidade, é que constam nos Códigos Penais, os casos materiais (ex.: *abolitio criminis*, prescrição etc.) e processuais (perempção, renúncia

[79] Idem, pag. 308.
[80] BINDING, Karl. As normas e suas infrações. Tradução de Antônio José Miguel Feu Rosa. Vol 1. Vitória. 2002. Pág. 125.

ao direito de queixa etc.) previstos expressamente, uma vez que geram a proibição ao Estado de impor ou executar penas, causando, inclusive, confusão, como no caso da decadência, que fulmina o direito de ação, mas considerada como causa material de extinção da punibilidade.

Assim, o injusto penal e culpável autoriza o Estado a impor e executar a pena ao culpado pela infração penal, após a devida observância do devido processo penal, mas que, em parte, não estão dentro da estrutura analítica conceitual. Por isso, a punibilidade corretamente não integra o conceito analítico de crime. A partir de Von Liszt, o conceito sistemático de crime ganha formato filosófico, definido como ação típica, antijurídica e culpável, para posterior análise de punibilidade objetiva. Em síntese,

> *El sistema de VON LISZT y BELING.- El primero definia el delito como "acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena". El centro de esta definición lo constituía el acto, la acción entendida como un proceso. causal, como un movimiento corporal que producía um cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos. Este acto debía ser, además, contrario a derecho, es decir, antijurídico, concibiendo, pues, la antijuridicidad como una simple valoración del acto, del proceso causal objetivo externo. Con ello aceptaba el concepto de antijuridicidad objetiva desarrollado por IHERING quien, superando la confusión reinante en esta materia en el ámbito del derecho civil, había destacado que también la lesión objetiva de las normas jurídicas produce consecuencias jurídicas; pero naturalmente no bastaba en derecho penal con la valoración del acto, a ella añadió VON LISZT la valoración del autor de ese acto, es decir, la culpabilidad concebida en un sentido meramente psicológico como la relación subjetiva entre el acto y su autor, formando así las llamadas formas de la culpabilidad, dolo y culpa, precedidas por la constatación de la capacidad psíquica del autor, la llamada imputabilidad. Estas tres características: acción, antijuridicidad y culpabilidad, formaban la esencia del concepto de delito, aunque a veces era necesario, además, añadir algunas características que condicionaban todavía el castigo, pero que no tenían nada que ver con el acto mismo ni con sus elementos, y que debían considerarse separadamente, las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, etcétera.*[81]

Portanto, para o sistema causalista, crime é a conduta típica, antijurídica e culpável, tendo o injusto penal apenas elementos objetivos, enquanto a culpabilidade os elementos subjetivos, e sem análise de punibilidade. A análise do injusto penal está permeada pela análise da conduta comissiva ou omissiva, do resultado, do nexo causal, da tipicidade e da antijuridicidade, sob o aspecto meramente objetivo, enquanto a culpa em sentido lato, de análise subjetiva da imputabilidade, do dolo e da culpa em sentido estrito, para a configuração do delito.

---

[81] CONDE, Francisco Munõz. *Introducción AL Derecho Penal. 2º Edición. Editorial B de F, Uruguay*, 2001, pag. 257.

É importante destacar que, apesar das críticas, o causalismo de Liszt e Beling possui relevância teórica e fundamentada, ao seu tempo, quando da análise da conduta modificadora do mundo exterior, pois fundada no naturalismo. Malgrado não se interessarem pela finalidade como guia da conduta, afirmavam que o seu conteúdo era relevante para a culpabilidade, como reflexo subjetivo do acontecer causal, notadamente para delimitar o juízo de censura. Possui como maior mérito o fato de, a partir dessa proposta, definir-se o crime para obtenção de respostas analíticas para a adequada tipificação, e que, ao mesmo tempo, faz surgir as justificadas críticas para o enfrentamento dos elementos inseridos com o objetivo de avançar na definição. Por isso, surgem as teorias a seguir e a continuidade crítica.

1.2.2 O NEOCAUSALISMO E SEUS INCREMENTOS INSUPERÁVEIS.

Seguindo os pensamentos de Immanuel Kant e com base em críticas contra os ideais positivistas do século XIX, Rudolf Stammler[82] e Gustav Radbruch[83] apresentaram significativas contribuições para o aprimoramento do conceito analítico de crime proposto por Liszt e Beling, a partir da valoração do dever-ser proposto pelo criticismo, deixando de oferecer uma mera análise objetiva ao injusto penal, para se ter um direito baseado em princípios éticos fundamentais a serem observados quando da interpretação dos tipos penais. Com isso, deu origem ao Neokantismo como um segmento da teoria causalista e, por isso, igualmente denominado de teoria neocausalista.

Com base no idealismo de Kant, o crime deveria ser analiticamente valorado de acordo com as sensibilidades humanas, por meio de um juízo axiológico, para estabelecer uma tipicidade para além da relação causal, uma vez que busca, no Direito Penal, os seus fins, e não somente as causas, como propugna o sistema anterior. Por isso, apresenta valoração no injusto penal, considerando fatores sociais para a definição da conduta, de modo a admitir a valoração da lesão provocada para além da mera causalidade física.

---

[82] STAMMLER, Rudolf. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. Berlin, J. Guttentag. 1902.
[83] RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 2004.

> Assim, com a introdução de considerações axiológicas e materiais, o neokantismo substitui o método indutivo e formalista do positivismo, passando a ter, como objetivo, a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal. O neokantismo leva em consideração, para atingir esse desiderato, a dimensão valorativa do jurídico.[84]

Em 1904, Gustav Radbruch lecionou que não se mostrava correta a redução da ação e omissão a uma só circunstância de causa para o resultado, asseverando a necessidade de melhor explicar, já que o movimento corpóreo não explicava, com profundidade, os crimes verbais, *v.g.* Embora Von Liszt combatesse tal afirmação, aduzindo que os crimes de palavras fossem o resultado da "inervação das cordas vocais", carecia de melhor explicação para a ocorrência do resultado material e sua ligação[85]. Além disso, não havia estabelecido qualquer orientação para o significado desta ação para a sociedade, o que, por si só, revelava a falibilidade do conceito de ação proposto pelo causalismo. Por isso, planejou o conceito de ação considerando os valores sociais de lesividade, agregado ao que propôs a teoria mecanicista, pois manteve fora da conduta o dolo e a culpa, que continuaram na culpabilidade.

Com essa concepção, Radbruch verificou a necessidade de apresentação de novos elementos no tipo penal para a perfeita subsunção, uma vez que determinadas ações poderiam se amoldar em determinado preceito penal se apenas considerar a relação de causa-efeito através de uma valoração. Através dessa percepção, propôs a inserção de elementos normativos e subjetivos no tipo penal, fazendo com que, para a adequada tipicidade, fosse necessária a valoração de certas circunstâncias. Por meio dessa projeção, essa teoria percebeu a imperiosidade da verificação dos elementos normativos e subjetivos no tipo para a perfeita subsunção legal, pois, caso contrário, sempre enquadrar-se-á em crime de furto quando uma pessoa subtrair coisa alheia ou coisa abandonada, ainda que sem a intenção de apossamento, por exemplo. Por isso, critica corretamente que essas circunstâncias não poderiam ser analisadas no âmbito da culpa, como revelado pela teoria causal, pois necessitava a devida valoração do caso posto.

---

[84] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 174.
[85] CONDE, Francisco Munõz. *Introducción AL Derecho Penal. 2º Edición. Editorial B de F, Uruguay*, 2001. Págs. 259-262.

Mezger observou que o pensamento kantiano na dogmática penal se fazia necessário por não aceitar o conceito puramente neutro de ação, como proposto por Liszt, para admitir a valoração da conduta de fazer ou deixar de fazer algo.[86] Dessa feita, a análise da conduta continuava a ser objetiva, e não subjetiva, apesar de aceitar algumas exceções, mas de valoração segundo a relevância da lesividade social da conduta. A partir dessa premissa, Mezger aponta a teoria da relevância causal para compreender que causa seria os eventos que, de fato, produzissem influências na obtenção do resultado, desprezando as demais[87]. Entretanto, o Neokantismo não conseguiu estabelecer a análise meramente subjetiva da conduta, que ainda era objetiva, apesar das críticas de Mezger[88]. Logo, em que pesem as críticas ao Neokantismo de Fisher e Hegler[89] acerca da existência de elementos subjetivos no tipo penal, essa valoração não ocorria na conduta, mas no juízo de tipicidade formal, uma vez que, apesar de reconhecer certas exceções, o Neocausalismo afirma que o injusto penal possui valoração predominantemente objetiva, já que os elementos subjetivos permaneciam na culpabilidade.

A partir da concepção analítica e axiológica do injusto, fez-se inserir a valoração do conceito material da ilicitude, a fim de ponderar os bens jurídicos para se determinar a realização ou não do delito, o que culmina por adotar a função indiciária do tipo (*ratio essendi*) na visão de Edmund Mezger[90]. Mayer e Honig sustentavam, a partir disso, que o legislador era quem elegeria os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, porquanto seriam esses os valores ético-sociais de uma cultura[91] a serem protegidos pela norma penal. Richard Honig[92] apresenta a proposta de utilização de uma perspectiva teleológica para a seleção dos bens jurídicos, com base nos valores sociais encontrados pelo legislador, fazendo-se com

---

[86] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 219.
[87] JUNQUEIRA, Gustavo e outra. Manual de direito penal: parte geral. 5. ed. – São Paulo. Saraiva, 2019. Pág. 55.
[88] ESTEFAM, André; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 360.
[89] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzon Peña. Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javir de Vicente Remesal. 2ª edción. Ed. Civitas. Madrid. 1997*. Pág. 199.
[90] CONDE, Francisco Munõz. *Introducción AL Derecho Penal. 2º Edición. Editorial B de F, Uruguay*, 2001. Págs. 259-262.
[91] ESTEFAM, André; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 175.
[92] HONIG, Richard M. *Die Einwillingung des Verletzten. Teril I. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage. Mannhheim. Berlin. 1919.*

que a norma penal fosse fruto da vontade da sociedade. Max Ernst Mayer[93], por sua vez, auxiliando filosoficamente os ideais neokantistas, lecionou que as normas jurídicas devem ser interpretadas com base nos valores sociais institucionalizados e que também poderiam ser utilizados pelo intérprete, para além do legislador.

Com a inserção de análise valorativa do delito com base Kantiana, o Neocausalismo se afasta do formalismo positivista, para adotar o positivismo teleológico, já que, a partir dessa compreensão, a teoria neocausal observava os elementos normativos e subjetivos nos tipos penais incriminadores, além de considerar a valoração do grau de ofensividade social da conduta para fins de ilicitude. Sobre isso, Juarez Cirino dos Santos leciona que

> o modelo neoclássico de fato punível, fundado no método neokantiano de observação/descrição e de compreensão/valoração, é o produto da desintegração do modelo clássico de fato punível e, simultaneamente, de sua reorganização teleológica, conforme os fins e valores do direito penal[94].

A metodologia adotada pelo neokantismo para a adequação típica fez com que se criasse uma análise material da relação causal, valorando os bens jurídicos tutelados, com base na cultura impregnada, mas sem se abdicar de cientificidade, pois focou na finalidade do Direito Penal, como forma de organização social, ao invés do sistema literal de causalidade entre a ação e o resultado. Com base filosófica, a teoria neoclássica mantém a estrutura inicial do causalismo para, a partir dela, apontar os conceitos valorativos para a promoção de uma tipicidade justa.

> Dessa forma, o neokantismo procura, metodologicamente, reconciliar os conceitos de direito positivo e direito ideal, com Direito e justiça. Stammler destacou, como esclarece Andrei Zenkner Schmidt, a ideia de que a ciência jurídica opera a partir de um querer, ou seja, a partir de um método desenvolvido que resulta da relação entre meio e fim, em que o temporalmente ulterior (o fim) é condicionante do temporalmente anterior (o meio). Por isso, ao lado das ciências naturais, mas independentemente delas, o Direito deve promover e construir uma ciência dos fins humanos. Em outros termos, o direito deve apreender e orientar unitariamente os seus fins, de acordo com um plano constante e claro.[95]

---

[93] MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura.* Tradução e prólogo de José Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires. Ed Hamurabi. 2000.

[94] SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 5.ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. pág. 76.

[95] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 175.

Com essa visão teleológica, por outro lado, o neokantismo resolve por adotar valores abertos que permeiam o subjetivismo, de modo a possibilitar a criação de normas diante de casos concretos, em razão da facilidade da relativização dos elementos de valoração. Logo, os elementos normativos do tipo deixam maleáveis os significantes, de modo a autorizar a ressignificação, de acordo com as perspectivas incidentes em cada caso, já que não se tem os valores institucionalizados em consenso social.

Na segunda etapa da verificação do delito, as causas de exclusão da ilicitude eram valoradas, material e axiologicamente, após a definição do fato típico, com a mesma orientação neokantiana. Interessante que, para Mezger, o conceito analítico de crime deveria ser bipartido, pois a tipicidade e antijuridicidade se fundiam em uma única análise, constituindo a "antijuridicidade tipificada"[96], onde as causas de exclusão da ilicitude seriam as circunstâncias negativas do tipo.

Nesse particular, apesar de restar vencido na doutrina, Mezger entendia que, primeiro, deveria realizar o estudo da antijuridicidade, para, depois, o da tipicidade, pois a existência de uma causa justificante excluiria a tipicidade da conduta. Ocorre que, a partir desses ensinamentos, verificou-se que, se iniciar a análise do delito com a antijuridicidade, apresenta-se um círculo vicioso, uma vez que, para se ter a antijuridicidade, dever-se-ia também verificar a tipicidade e voltar à antijuridicidade.

Apesar de interessante a teoria dos elementos negativos do tipo penal, especialmente apresentado por Adolf Merkel[97], prevaleceu a ideia concebida por Beling, quando apresentou a verificação da tipicidade antes da antijuridicidade, embora apenas com os elementos objetivos, já que aquela seria a *ratio cognoscendi* para a ilicitude. Nessa esteira, é plenamente possível a existência de um fato típico, mas lícito, quando presente uma das causas justificantes, de modo a não se ter o delito, quando a ilicitude for excluída. Quando, por exemplo, um indivíduo mata outro, tem-se a tipificação do homicídio, mas poderá ser lícito quando agir em legítima defesa. A justificante não exclui a tipicidade, mas somente a ilicitude do fato típico, valorado, no âmbito neocausal, de forma axiológica, inclusive.

---

[96] WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3ª edição. Revista e ampliada da tradução. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. Pág. 68.

[97] MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart. Ed. Thienemann*. 1889.

Além disso, apesar da especificação das elementares dos tipos penais e da proposição de valoração do injusto, o Neokantismo também se equivocou ao manter afastados os elementos subjetivos da conduta (dolo e culpa), situando-os na análise da reprovação da conduta do agente, que se verificava na culpabilidade, adotando uma dupla análise da reprovação: uma, da reprovação social realizada no injusto penal, e; outra, da reprovabilidade da conduta realizada na culpabilidade.

No âmbito da culpabilidade, com Reinhard Frank[98], fez inserir o juízo de reprovação e, com isso, a teoria psicológico-normativa, com o acréscimo justificado da exculpante consistente na valoração da exigibilidade de conduta diversa. Apesar da existência de estudos desse elemento de valoração antes do neokantismo, foi Frank quem conseguiu melhor justificar e provar a necessidade de inserção desse elemento no conceito analítico de delito, aduzindo que somente se pode aplicar uma sanção penal se, dentro do fato, o agente puder ter escolha de agir conforme o direito. Sem dúvida, esse elemento determina que o exegeta faça análise exclusivamente axiológica do fato para determinar se o agente poderia ter agido por meio de outra conduta e conforme o direito. Por isso, reconhecendo a inexigibilidade de outra conduta, diante do caso concreto, não deve receber uma pena, pois o agente não teve como agir de outra maneira e, consequentemente, não pode ser algo censurável. Essa circunstância axiológica fez com que a culpabilidade passasse a ter elemento normativo, além daqueles criados pelos causalistas, deixando de observar a teoria puramente psicológica, para admitir a normativo-psicológico.

Os neokantistas ainda sopesaram a questão do dolo contido na culpabilidade. Apesar de os clássicos terem rechaçado o dolo normativo na culpabilidade, os neoclássicos apontaram como elemento essencial do conceito analítico de crime, consubstanciando na capacidade de conhecer a lei penal, dentro da culpabilidade, para resolver a questão do erro de proibição (erro sobre a ilicitude do fato). Com essa assertiva, o dolo passou a ser híbrido, pois teria agregado aos elementos naturais (consciência e vontade) o elemento normativo, consistente na consciência da ilicitude do fato, emergindo o "*dolus malus*". Com isso, a teoria do delito passou a admitir, excepcionalmente, o desconhecimento da lei como forma de justificar a exclusão da culpabilidade. Com essa conclusão, o agente poderá ser isento de responsabilidade penal se, mesmo tendo consciência e vontade, agir

[98] FRANK, Reinhard. *Grundlagen des Strafrechts*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1907.

supondo encontrar-se conforme o direito. Nesse contexto Neokantiano, se o erro de proibição for escusável, exclui o dolo.

Com isso, o sistema Neoclássico estabeleceu a culpabilidade com os seguintes elementos: imputabilidade, dolo (natural e normativo), culpa e exigibilidade de conduta diversa, passando a adotar a teoria psicológica-normativa para averiguação da responsabilidade do agente.

Entretanto, quanto à análise das causas de inimputabilidade, das causas definidoras da conduta, sobre o dolo natural e a culpa, os neocausalistas não promoveram significativas alterações, encampando as formulações desenvolvidas pelo causalismo precedente. Com isso, a doença mental, a consciência e a vontade permaneceram no estudo da culpabilidade e dissociados da conduta, de modo a continuar a ocasionar as críticas no modo de subsunção. Desde esse tempo, até o presente, não mais houve qualquer implementação e aprofundamento dos ensinamentos neokantistas, de modo a favorecer o debate entre as teses e as sínteses, em que pese certa aproximação com os modelos funcionalistas, quando da adoção da política criminal no conceito de crime, quando admite a valoração de questões transcendentes à subsunção formal-objetiva no contexto do injusto e da responsabilidade penal.

Por isso, apesar das críticas, tem-se como mérito do neocausalismo, a inserção do dolo normativo e da exigibilidade de conduta diversa como elementos da culpabilidade, além de incrementar o elemento normativo na tipicidade, na busca de atender os fins propostos pelo Direito Penal, quando da realização da subsunção típica do injusto, cujos elementos persistem até o presente.

1.2.3 TEORIA FINALISTA WELZIANA.

1.2.3.1 A INCOMPREENSÃO DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO INJUSTO PENAL E O EQUÍVOCO DA VALORAÇÃO EXCLUSIVA DA CONDUTA.

Após a definição estratificada de delito apresentada pelos causalistas, como fato típico, ilícito e culpável, os operadores do Direito Penal se debruçaram para analisar os pilares fundantes da teoria, para aceitar ou refutar as observações apresentadas. Com as críticas, emergiram novos pensadores para lapidar esse conceito analítico, apresentando teses acerca dos elementos que o compõe.

Em 1927, Hans Welzel publicou a sua obra intitulada "O Novo Sistema Jurídico Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista", apresentando tese contrária ao causalismo, dissociando o injusto naturalístico, para o estabelecimento do injusto pessoal[99]. A partir de uma visão aristotélica, onde a conduta é formada pelo intelecto e vontade que dirigem as capacidades humanas[100], e estudando o conceito operacional tripartite de delito, Welzel conceituou ação humana como o "exercício de uma atividade final"[101], contrapondo-se ao conceito causal de ação, que existia até seu tempo. Por ter compreendido que o homem é capaz de antever as consequências de sua conduta, podendo dirigi-la, ao designar um fim e dominar a sua atitude, promoveu significativa alteração dogmática daquilo que asseverava o conceito causal, porquanto esta considerava a cadeia causal como os fatores produtores do resultado, e não a conduta.

Por isso, Welzel prelecionou que resta incompossível a separação da vontade e consciência da conduta humana, perfazendo esses elementos como inseparáveis da ação, já que o homem consegue antever a finalidade de sua ação. Logo, a conduta é antevista, embora podendo haver resultados não previstos, a depender de certos casos, como nos crimes culposos ou preterdolosos.

> A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso, - dito de forma gráfica – vidente, e a causalidade, "cega"[102].

---

[99] JAKOBS, Gunther. *Derecho penal. Parte general Fundamentos y teoria de la imputacion. Trad, espanhola Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2, ed. Madrid: Marcial Rons,* 1997. p. 162.

[100] WELZEL, Hans**.** *Derecho penal alemán: parte general*. Tradução do alemão por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª edição alemã / 2ª edição em espanhol. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 60.

[101] WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3ª edição. Revista e ampliada da tradução. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. Pag. 31.

[102] WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3ª edição. Revista e ampliada da tradução. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. Pag. 31-32.

Com essa nova perspectiva, compreendeu que o crime é produzido por uma ação, cuja finalidade encontra-se fundada na vontade consciente do fim, e não em decorrência da causalidade, pois o homem consciente consegue idealizar a sua conduta e dirigir a sua vontade para se alcançar um resultado, em que pese a possibilidade de obtenção de um resultado diverso.

Welzel afirma que "*em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente*"[103]. Com essa orientação, Welzel resolveu a crítica contra o causalismo acerca da existência de conduta sem conteúdo subjetivo, pois, como corolário, transportou o dolo e a culpa da culpabilidade para a conduta, transformando o injusto penal em valoração subjetiva, firmando a culpabilidade com elementos normativos, de modo a adotar a teoria puramente normativa para valoração da reprovação do agente.

Essa construção fez com que melhor resolvesse a tipicidade penal, porquanto, ao considerar a finalidade da conduta, poder-se-á desvendar se o agente agiu dolosa ou culposamente para a produção de um resultado previsto como crime. Com esse intento, o finalismo conseguiu produzir uma melhor adequação do fato à normal penal do que como era realizado pelo causalismo, conseguindo, por exemplo, distinguir o crime de homicídio doloso tentado do crime de lesão corporal consumado para estabelecer a perfeita subsunção típica, já que passava considerar a intenção do agente dentro do fato típico. O mesmo, para a definição do delito, quando ausente o resultado material, ou quando este não era a intenção inicial, como nos delitos preterintencionais.

A finalidade, portanto, é o que norteia a conduta, auxiliando no exame da relação causal e da tipicidade. Portanto, a investigação da tipicidade deve ocorrer a partir da conduta até se chegar ao resultado, e não o inverso como o causalismo propõe. É a partir da vontade humana que se delimita o fim e, para isso, deve-se fazer uma projeção intelectual da finalidade, analisando a conduta escolhida para se chegar ao resultado almejado. Com essa ideia, Welzel preconizou que a conduta está carregada de finalidade, e não de voluntariedade, de modo que, tanto nos

[103] WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3ª edição. Revista e ampliada da tradução. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. Pag. 25.

crimes dolosos, quanto nos culposos, o agente possui a capacidade de antever o resultado e promover a sua conduta com a finalidade de alcançar o fim previsto. Assim, *v.g.,* o assassino que prevê a morte de sua vítima, dirige a sua conduta para essa finalidade ilícita, incorrerá no delito de homicídio, caso dê início aos atos de execução por meio de sua conduta. Em outro exemplo, a pessoa que, querendo lesar outrem, profere um soco na vítima, que, por sua vez, se desequilibra, cai ao solo e bate a cabeça na quina da calçada, vindo a falecer, responde por lesão corporal seguida de morte, se as circunstâncias do caso concreto indicarem que o agente não assumiu nem queria a morte da vítima. Para o finalismo de Welzel, são situações distintas para a tipicidade penal, pois a finalidade dirigida a um fim ilícito, no primeiro exemplo, não é a mesma do segundo caso. Nesses exemplos, a teoria causal dá o mesmo tratamento para a tipificação dos delitos, porquanto despreza a finalidade do agente, ao descrever a ação como movimento corporal apto a produzir o resultado. Nos dois exemplos, para a teoria mecanicista, os movimentos corporais produziram o mesmo resultado (morte), cujas consequências de subsunção recebem injustamente o mesmo enquadramento fático-jurídico de delito de homicídio.

Esse distanciamento teórico das ciências naturais do século XIX e que fundamentaram o causalismo, modificou a estrutura conceitual do delito, pois aboliu a distinção dos elementos internos e externos do agente. Para Liszt, Beling, Mezger e Radbruch – expoentes do causalismo -, a vontade interna (conteúdo da vontade) integrava o juízo de culpabilidade e a vontade externa, como impulso voluntário (livre de coação) apto a produzir o resultado, estaria na ação típica, pois considerava ação como movimento corporal voluntário, consistente na vontade sem conteúdo, ou seja, sem finalidade, de produzir o resultado, embora determinando a valoração axiológica para a subsunção com o Neokantismo. Para Liszt, a conduta era mero movimento corporal apto a realizar a modificação do mundo exterior, sem análise de desvalor, dada a relação de causa e efeito investigada pelo naturalismo. Entretanto, o finalismo welziano se apresentou contrário, justamente por indissociar a finalidade da conduta, pois o resultado pretendido pelo agente é dirigido pela vontade de obtenção de um fim (lícito ou não). Por isso, impossível descurar os elementos volitivo e cognitivo da conduta.

Diante da incompreensão da separação dos elementos subjetivos da conduta, a teoria finalista transportou o dolo natural e a culpa em sentido estrito da

culpabilidade para a conduta, por afirmar ser impossível aquela separação. A conduta humana, carregada de uma finalidade, promove um ato doloso ou culposo. Por isso, o fato típico passou a ter elementos de valoração subjetiva da conduta.

Nesse particular, para a realização da conduta, Welzel considerou a realização da conduta em ambiente onde o agente seja capaz de conhecer sobre a finalidade de sua ação para direcionar a atuação do agente. De fato, a teoria finalista se contrapõe ao causalismo por não admitir que a conduta humana seja mera relação de causa e efeito, sobretudo considerando a finalidade que norteia o comportamento humano. Com essa base, o homem consegue direcionar suas ações com uma finalidade, e direcionando-a para o cometimento de um delito doloso, reconhece-se que o agente, inicialmente, prevê o resultado que almeja perseguir, seleciona os mecanismos para a concreção do resultado e, em seguida, põe em prática aquilo que idealizou.

Ao afirmar que a conduta humana vem impregnada de finalidade, o finalismo promove a inclusão da vontade e consciência no dolo e inaugura a interessante análise do desvalor da conduta, pois valora a intenção comportamental, produzindo, por consequência, a subsunção típica com base na conduta do agente. Ao determinar a análise do desvalor para a conduta delituosa, e não para o resultado obtido, o finalismo resolveu, inclusive, o equívoco do causalismo, que apontava injustamente como causa aquilo que promoveu o resultado material, ainda que o agente tenha agido corretamente. Na visão causalista, é possível imputar a uma pessoa correta e prudente o resultado apresentado pelo imprudente. Logo, para o causalista, um caminhoneiro será penalmente responsável se, trafegando corretamente em sua via, não conseguir, a tempo, desviar e frear o seu caminhão para evitar a morte de um motociclista que, na contramão, veio a colidir com seu veículo. Nesse exemplo, mesmo que o motociclista imprudente venha a bater no caminhão e morrer – culpa exclusiva da vítima -, poder-se-á estabelecer o nexo causal do resultado à conduta do caminhoneiro para fixar a tipicidade, pois carente de análise subjetiva da conduta. Por estar dirigindo o caminhão naquela via, causou a morte do motociclista, independentemente de exame acerca da intenção conduta do caminhoneiro, uma vez que não se realiza o desvalor da ação. Para a teoria mecanicista, o caminhoneiro realizou uma ação típica, antijurídica, mas não culpável, já que os elementos subjetivos estão na culpabilidade, pelo sistema causal.

As críticas contundentes ao causalismo, quanto à maneira de estabelecer o nexo causal, fez com que Welzel criasse a relação de causalidade cega, pois a subsunção da ação a um tipo legal de crime passaria a depender apenas da observância do elemento volitivo contido na conduta, independentemente do resultado alcançado. Por isso, ressaltou que o dolo e a culpa não deveriam ser sopesados na culpabilidade, mas sim para a tipificação do delito através da análise da finalidade da ação, dando ênfase ao desvalor da ação. Nesse particular, Armin Kaufmann[104] leciona que na tipicidade deve-se proceder apenas com o exame do desvalor da ação, já que o desvalor do resultado serviria para promover o exame da punibilidade.

A partir de Welzel, a tipicidade recebeu novos contornos, exigindo a presença de elementos subjetivos, além dos objetivos, para a tipicidade, uma vez que a conduta estaria impregnada de finalidade. Nessa particularidade, além de resolver os crimes tentados, também fundamentou que a presença do dolo e da culpa na conduta fez com que resolvesse, de forma mais apropriada, a tipicidade do fato. Logo, se, *v.g*., um indivíduo dispara uma arma contra outro, causando-lhe a morte, tem-se o homicídio doloso, homicídio culposo ou lesão corporal seguida de morte, a depender da intenção do agente. É também através do encontro do dolo, que se estabelece o enquadramento típico-penal da apropriação indébita, por exemplo, já que se consuma com a mudança de pensamento acerca da propriedade da coisa que já se encontrava na posse do agente. Com esses argumentos, Welzel confirma que a presença dos elementos anímicos são necessariamente circunstâncias constitutivas do tipo.

Como corolário da legalidade e da tipicidade, e segundo as lições de Welzel, o Direito Penal não proíbe a realização de um resultado material, mas sim a ação ou omissão, pois caso contrário não se haveria a punição dos crimes formais e de meras condutas ou de tentativas brancas de crimes. Embora o resultado possa integrar a tipicidade, em vários delitos isso não ocorre ou não necessita da sua ocorrência substancial para a consumação, mas por mero exercício de extensão, quando se admite apenas o resultado formal (normativo ou jurídico). Não se quer dizer que o resultado não seja interessante para o injusto penal. As consequências

[104] KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión. Trad.: Joaquim Cuello Conteras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Ed. Marcial Pons*. 2006. Pag 116.

do ato criminoso são utilizadas para melhor subsumir o delito ou para melhor adequar a expiação. Quando uma pessoa atira com sua arma de fogo, se não houver resultado material, abre-se polêmica maior para a definição do crime (disparo de arma de fogo, tentativa de lesão corporal, tentativa de homicídio). Para a punição, quanto maior a gravidade, maior a reprimenda. No âmbito do resultado formal, qualquer conduta criminosa realizada já representa a violação da lei, por isso pouco importa o resultado, vez que, de qualquer forma, atingir-se-á a mesma consequência. Embora o resultado seja importante, o que se proíbe é a conduta do agente. É, por isso, que Welzel compreende que o tipo penal incriminador realiza um juízo de desvalor da conduta, e não do resultado, pois desvenda-se o delito a partir da finalidade do comportamento, e não do resultado eventualmente alcançado.

Apesar das preciosas lições, equivoca-se Welzel, ao desprezar completamente o desvalor do resultado para o exercício da tipicidade, uma vez que, além da valoração do desvalor da conduta, o desvalor do resultado deve ser realizado para a tipicidade penal, como ocorre nos crimes qualificados pelo resultado e nos crimes aberrantes (*aberratio ictus* e *aberratio delicti)*. Se, p.ex., um agente acende um fósforo em um cinema para acender o cigarro, e culposamente causa um incêndio na sala, de grandes proporções, de modo a matar trinta pessoas, em virtude das chamas, não se analisa somente o desvalor da conduta para a realização da tipicidade, pois esta foi apenas uma ação descuidada. O desvalor do resultado é que demonstra a gravidade do fato, e não a conduta. Caso não faça o desvalor do resultado, o agente responderá somente pelo crime de incêndio culposo, como propõe o finalismo Welziano. Por isso, muito embora possa cogitar na definição do delito (incêndio) apenas com a valoração da ação, em certa medida de especificidade o resultado servirá para delimitar a tipicidade penal e suas respectivas penas abstratas.

Ainda que eventualmente não se acolha a tese anterior, por ser crime preterdoloso, ainda há a análise do desvalor do resultado em crimes aberrantes, de modo que, na ocorrência de *aberratio delicti*, a tipicidade é realizada considerando o resultado obtido, e não a finalidade da conduta. Assim, se, p.ex., um agente joga uma pedra na vitrine de uma loja, mas, por má pontaria, acerta somente a cabeça de um pedestre, causando-lhe a morte. Nesse caso, se valorar somente a conduta, não se chega ao resultado (homicídio), uma vez que a intenção do agente era causar

dano doloso. Somente com o exame do resultado produzido é que se chega ao homicídio culposo. Portanto, malgrado grande parte da tipicidade penal ser realizado considerando o desvalor da conduta, em razão da consciência e vontade do agente, não há como desprezar o (des)valor do resultado para a mais perfeita subsunção.

Para a tipificação dos delitos culposos, o finalismo asseverou que, além da existência de um tipo penal aberto, exige-se a ocorrência de uma ação violadora do dever objetivo de cuidado, sendo que a análise do desvalor recai sobre a ação, contrapondo-se ao causalismo de Mezger que compreendia que, nos crimes culposos, por exigir o resultado naturalístico, a aferição do desvalor recaía sobre o resultado.[105] Para Welzel, o resultado dos crimes culposos não é relevante para a tipificação, pois o desvalor da ação não aumenta com o desvalor do resultado, especialmente diante da exigência do resultado naturalístico para a existência do delito culposo. Assim, o resultado é o efeito da inobservância do dever objetivo de cuidado exigido na ação, pois, ao contrário, pode ocorrer, isto é, um indivíduo prudente pode dar causa a um resultado (ex.: um motorista atropela um suicida que se coloca na frente do carro inesperadamente). Diante disso, a tipicidade não é encontrada com o desvalor do resultado, mas da ação. Se a ação for imprudente, havendo correspondente tipo penal ao resultado ocorrido, tem-se a tipicidade, devido ao desvalor da ação, e não por conta do resultado promovido.

Contudo, esse pensar não se amolda a um verdadeiro desvalor da conduta culposa, uma vez que a conduta resta incongruente com o resultado realizado, porquanto o agente não queria nem assumiu o risco de produzi-lo. Nesse particular, se observar apenas a conduta e desprezar o resultado, impossível será a adequação típica dos delitos culposos. Logo, se uma pessoa atropelar um pedestre, não encontrar-se-á a figura típica correspondente, se não olhar para o resultado.

Nos crimes culposos, em razão da incongruência entre os elementos subjetivos da conduta e o resultado material alcançado, tem-se a incorreção da valoração exclusiva da conduta, vez que o agente não tinha a finalidade de praticar uma conduta descuidada e desviada. Se se valorar somente a conduta culposa, não há como realizar a perfeita subsunção, pois depende, inclusive, da análise do

[105] WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3ª edição. Revista e ampliada da tradução. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. pág. 96.

desvalor do resultado, para se chegar a um tipo penal mais adequado. Assim, se uma pessoa, tendo a finalidade de descer as escadas correndo para chegar mais rápido à sala de aula, mas, por descuido, esbarra em outra pessoa, que se desequilibra e cai, batendo a cabeça no chão e causando a morte, não se tem uma subsunção perfeita, nos termos welziano, já que despreza o desvalor do resultado.

Não se está a excluir a valoração da conduta, mas sim conjugá-la ao desvalor do resultado, em determinados casos. Por isso, deve-se realizar o exame da conduta e, às vezes, do resultado para se estabelecer a mais perfeita subsunção típica, pois ambas se complementam, quando há o resultado materialmente aferível. Por isso, esse equívoco é solucionado com a análise do desvalor da conduta e do resultado, notadamente nos delitos materiais.

Por isso, para a realização do juízo de tipicidade penal, indispensável a valoração da conduta e do resultado para o encontro do tipo penal incriminador mais correlato aos fatos proibidos. Para o exame do desvalor da conduta criminosa, deve haver a incidência de uma norma penal incriminadora sobre uma ação ou omissão, bem como sobre o resultado.

Após analisar a conduta, dolosa ou culposa, geradora de um resultado previsto em lei como crime, passa-se ao exame das causas de exclusão da ilicitude, que, no finalismo, recebe distinta atenção em relação aos modelos anteriores, em razão dos elementos subjetivos contidos na conduta. Havendo a exigência da verificação da intenção (elemento anímico do tipo penal), essencialmente para a devida subsunção do fato à lei penal, emergiu-se outra faceta para o exame da ilicitude, vez que, com a tipicidade, presume-se a violação da ordem jurídica. Essa função indiciária do tipo recebeu expressiva modificação com o finalismo, porquanto adotou os elementos subjetivos para a identificação do injusto penal. Logo, para além do juízo de tipicidade, a ilicitude se apresenta como vetor analítico subjetivo de permissão ou não da conduta realizada.

A antijuridicidade consiste na verificação da contrariedade da conduta para com o ordenamento jurídico que regula os comportamentos proibidos e, nesse sentido, para que a conduta seja permitida, o agente deve saber que age através de uma das causas de exclusão da ilicitude, sendo essa a finalidade dirigida por seu comportamento, nos termos propostos pelo finalismo. Portanto, a avaliação das causas excludentes de antijuridicidade mostra-se como juízo de desvalor da conduta

típica. Por conseguinte, além da análise anímica, deve-se realizar um exame dos elementos que integram cada uma das justificantes. Embora o Código Penal Brasileiro apresente a descrição dos requisitos da legítima defesa (art. 25, CPB) e do estado de necessidade (art. 24, CPB), é possível observar que existem os elementos para a avaliação do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular do direito e, eventualmente, do consentimento do ofendido, que merecem maior aprofundamento do operador, vez que terá que buscar tais informações em outras fontes do Direito.

Dessa forma, além dos requisitos objetivos das causas de exclusão da ilicitude, passa-se perquirir se o agente finalisticamente à produção de uma das excludentes da antijuridicidade. Logo, para o agente atuar amparado por causa justificante, segundo a teoria finalista, a realização do justo penal (tipicidade + licitude) verifica-se se a conduta prevista como crime está ou não amparada pelo Direito, quando o agente agiu ciente da própria justificante. Em outras palavras, embora atuando em um fato típico, deve-se investigar se o agente agiu amparado por uma excludente de ilicitude.

1.2.3.2 A TERATOLOGIA DA CULPABILIDADE FINALISTA. O PARADOXO DA INIMPUTABILIDADE E A FALSA ATRIBUIÇÃO DE TEORIA PURAMENTE NORMATIVA DA CULPABILIDADE.

Como visto, ao transportar o dolo e a culpa para a conduta, Welzel conseguiu promover uma adequação mais satisfatória da tipicidade, embora com ruídos, ao considerar exclusivamente o desvalor da conduta para a subsunção do injusto penal. Outra consequência de se transferir o dolo natural e a culpa da culpabilidade, transportando-os para a análise da conduta contida no fato típico, é que se manteve, no terceiro momento do conceito analítico de crime, a imputabilidade, conhecimento sobre a ilicitude do fato (dolo normativo) e a exigibilidade de conduta diversa, lecionando que, diante da valoração desses elementos, o finalismo passou a adotar a teoria puramente normativa da culpabilidade. Isso significa que o terceiro observador (ex.: o juiz, o perito), ao

analisar a reprovação do agente, deve realizar um juízo valorativo dos elementos que compõe a culpabilidade.

Para a teoria puramente normativa da culpabilidade, esse juízo de censura é realizado externamente sobre o agente, com base no indefinível e eurocêntrico homem médio[106], valorando o agente se, nas circunstâncias do delito, teve entendimento da conduta ilícita, a capacidade de conhecer da lei penal e a possibilidade de agir conforme o direito. Com isso, em breve síntese, a teoria finalista do delito apregoa que na culpabilidade não há qualquer verificação subjetiva do ser, ainda que realizada a perícia psiquiátrica ou o correlacionando com o homem probo, por existir apenas elementos normativos.

Entretanto, duas inconsistências aparecem na culpabilidade proposta por Wezel, na medida em que cria o paradoxo da inimputabilidade e a afirmação da teoria puramente normativa, quando, no terceiro estágio da verificação do delito exige-se a perquirição da capacidade de entendimento do agente através pesquisa no agente imputável, notadamente sobre a sua idade e capacidade cognitiva.

O causalismo, visando apresentar uma série de perguntas, colocou corretamente a ordem na culpabilidade, iniciando se o agente tem capacidade de entender. Em caso positivo, qual era a consciência e vontade que impingiu no momento do delito. Tem-se, aqui, uma ordem compreensível de perguntas, embora no campo da culpabilidade.

Nesse particular, o finalismo, ao alterar as bases da culpabilidade do causalismo, criou, ao manter o elemento “capacidade de entendimento” na culpabilidade, para aferir a imputabilidade do agente, já que, para o crime doloso, o agente tem a consciência do fim proibido de sua conduta. Ou seja, como é possível o agente inimputável ter consciência e, depois de afirmar esse elemento cognitivo, afirmar não ter capacidade de entender o caráter ilícito do fato? É possível o agente ter consciência, sem ter capacidade de entendimento? Como uma pessoa, com alto grau de comprometimento mental, pode ter consciência para a prática de um ato doloso? A partir desse ponto de partida, nasce um paradoxo de argumentação que necessita de revisitação, consoante se verificará mais adiante.

---

[106] MELLO, Sebastian Borges De Albuquerque. Crítica ao chamado “homem médio” como barema de uma culpabilidade moralizante. Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA, e-ISSN: 2358-4777, Volume 31, n. 1, p. 140-166, Jan-Jun 2021.

Além do problema exposto acima, não se mostra pertinente afirmar que a culpabilidade passou a ter somente elementos normativos na teoria finalista, diante da análise do entendimento que se busca do imputável a substanciar o elemento subjetivo. Para se investigar se o agente possui capacidade de entender, analisa-se a psique da pessoa por meio de perícia psiquiátrica que recai sobre a mente do agente. Durante o processo penal, para a investigação da inimputabilidade, instaura-se o incidente de insanidade mental para descobrir se o agente tinha capacidade de entender e autodeterminar no momento da realização da conduta. Os médicos-peritos realizam análise psicológica e psiquiátrica do agente, para produzir um laudo referente à capacidade de entender (de discernir). Essa perícia médica, além de valorar através de um terceiro observador (*expert*), desvenda o entendimento do agente sobre o fato. Portanto, não fica somente numa análise valorativa, mas também há análise subjetiva, já que investiga se o agente detinha capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de agir conforme esse entendimento.

Além disso, surge outra incorreção com essa complexidade criada pelo finalismo, pois, ao transportar o dolo e a culpa para a conduta, inverter o esquema de perguntas, já que a verificação da capacidade de entender está posterior à investigação dos elementos cognitivos. Disso, decorre a possibilidade de afirmar que o agente inimputável possui consciência e vontade para agir a uma finalidade, e, ao mesmo tempo, não ter a capacidade de entender e discernir acerca da conduta a ser realizada. Em outros termos, ao transferir o dolo e a culpa para a conduta para o fato típico, mas mantendo a análise da capacidade de entendimento na culpabilidade, houve uma inversão das questões, pois não há como uma pessoa sem capacidade de entender ter consciência plena dos fatos.

O finalismo tem esses problemas a resolver, já que considera a capacidade de entender em momento posterior à consciência. Ademais, ao afirmar que a teoria da culpabilidade seria puramente normativa, o finalismo destoa da realidade, uma vez que a análise psiquiátrica para estabelecer a inimputabilidade adentra no eixo psicológico do agente, o que mitiga a ideia de ser puramente normativa.

Destaca-se ainda que a culpabilidade avalia se o agente tinha (ou não) a capacidade de alcançar o conhecimento da lei penal. Nesse aspecto, como regra, o desconhecimento da lei é inescusável e, com isso, presume-se o conhecimento da

lei e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de alegar a ignorância ou o seu desconhecimento. Excepcionalmente, com base no erro de proibição, é possível acolher a justificativa do desconhecimento a excluir ou mitigar a reprovação da do injusto penal. Nesses termos, o Código Penal brasileiro, admite essa dinâmica nos termos do artigo 21.

> **Erro sobre a ilicitude do fato**
> Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
> Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Contudo, o desconhecimento da lei e o erro da lei impactam no poder decisório para a produção da conduta, não permanecendo exclusivamente no âmbito de valoração do (des)conhecimento da lei. Se um agente não conhece a lei (erro de proibição), esse fator direcionará a sua conduta para aquilo que acha correto, notadamente quando o agente realiza uma conduta baseada nos costumes sociais. A sociedade faz moldar os atos humanos através da cultura estabelecida. Nesta, há distintas visões de mundo, a criar contextos diversos e conceitos variáveis, de modo a orientar a pessoa a agir de uma ou de outra maneira, pois atua na conformidade de seu entendimento. O machismo e o patriarcado, por exemplo, fazem com que a consciência humana normalize (erroneamente) os atos agressivos contra mulheres. A colonização normaliza a ofensa racista irrogada contra pretos e pardos. Logo, as atitudes internas do sujeito ativo do crime são forjadas por diversas influências que atingem o seu entendimento. Nas comunidades indígenas, há comportamentos normalizados, mas considerados crimes pelo Código Penal. A consciência e a vontade dos indígenas não-emancipados direcionam a conduta em um sentido, diferentemente do que consta em lei. Verifica-se, nesse ponto, a importância de alguns fatores no direcionamento da ação humana natural, independentemente da ordem jurídica. Ademais, verifica-se que, além da análise do terceiro observador, acerca de se alcançar o conhecimento da lei, tem-se a análise interna do agente acerca dessa circunstância, que desempenha papel fundamental para a eleição da conduta.

No outro pensar, se a perícia constatar que o agente é imputável e o juiz reconhecer que o agente teria possibilidade de alcançar a lei, estar-se-á analisando

o aspecto interno do agente, com base no fato externo, inclusive para o reconhecimento do erro de proibição (art. 21, CPB) ou da atenuante do desconhecimento da lei (art. 65, II, CPB). Para se investigar se o agente teria condições de conhecer a lei penal, para a teoria finalista, deve-se imaginar a diligência do homem médio nesse sentido. Sob as ideias da teoria puramente normativa, de certo modo, faz com que o juiz faça apenas uma valoração externa do agente, desconsiderando completamente os aspectos individuais, já que se baseia na visão do homem probo, forjado por questões coloniais e/ou eurocêntricas, notadamente após a II Guerra Mundial.

O terceiro elemento da culpabilidade, consistente na verificação da exigibilidade de conduta diversa, analisa, de forma puramente valorativa, se o agente poderia agir consoante o direito. Ao se reconhecer que, diante do caso concreto, o agente não tinha condições de atuar conforme o Direito, verifica-se que escolheu o único caminho possível, ainda que ilícito. Nessa situação, não haverá culpabilidade quando não puder atuar de outra forma. Logo, a valoração normativa, com base no homem médio, confirmando a exculpação, verifica se o agente agiu como um homem probo. Logo, trata-se uma valoração externa na culpabilidade.

Contudo, verifica-se na culpabilidade que, para análise da imputabilidade, quando se investiga o caráter psicológico do agente, além da valoração axiológica, existe uma circunstância interna e natural do agente que permite identificar uma incompreensão quando se antecipa a investigação da consciência na tipicidade, cuja análise ocorre no âmbito da realização da conduta, e, posteriormente, a capacidade de o agente entender na culpabilidade. Essa análise do imputável, além de conflituosa com os elementos subjetivos da conduta, também apresenta um erro sobre a teoria puramente normativa, já que, nos casos concretos, a perícia realiza uma investigação sobre a capacidade de entender do agente no momento do delito, cuja verificação não recai sob a perspectiva de um mero terceiro observador (dever-ser), mas sobre as condições pessoais do próprio agente. Desde logo, portanto, afirma-se ter análise subjetiva da culpabilidade proposta pelo finalismo que merece ser enfrentado para se dar uma adequada fundamentação, quando da subsunção fática. Por isso, ao se manter a análise da capacidade de entender e de agir na culpabilidade, pode-se inferir que há conteúdo psicológico de aferição. Por mais que o observador (perito ou juiz) reconheça que o agente possua doença mental, o

agente é valorado sob o aspecto interno para retirar-lhe a culpabilidade. Com isso, a teoria finalista do crime põe em xeque a própria nomenclatura da teoria puramente normativa da culpabilidade, já que não é puramente normativa, emergindo a necessidade de melhor organizar o conceito analítico de delito, para se estabelecer uma teoria puramente normativa e distinta da que expõem os finalistas. Essa perplexidade do finalismo é o cerne desse trabalho, com o objetivo de apresentar uma solução responsiva a essa questão.

1.2.4 TEORIA SOCIAL DA CONDUTA E SUA INDEFINIÇÃO.

Com premissa neokantista e com a função intermediária entre as teorias causalistas e finalista para o desenvolvimento do conceito de ação, a teoria social da conduta aduz que não é qualquer ação humana que interessa ao Direito Penal, mas aquela que transcenda a esfera do autor e que atinja, de forma relevante, o meio social. Para que o Direito Penal tenha interesse sobre determinada conduta, esta deve transcender terceiros e ter sentido social, no que se refere de haver efetiva perturbação da ordem comunitária.

Essa ideia foi inicialmente proposta por Eberhard Schimidt[107], de modo que vedou a incriminação de ações que não transcendam a esfera do próprio autor da conduta, como também idealizou a possibilidade de proibição da conduta que efetivamente representa risco ou lesão social, sem, entretanto, superar a teoria finalista[108], nem desenvolver um novo sistema conceitual tripartite do delito, mas somente aduzir que para incriminar determinada ação, essa deve transcender e atingir terceiros, cujo resultado venha a atingir a sociedade.

Com essa perspectiva, Jescheck[109] e Wessels[110] lecionam que conduta é a “ação socialmente relevante”, cujo significado condiz com qualquer conduta comissiva ou omissiva apta a ter uma análise valorativa e que incida sobre o campo

---

[107] ZAFARONI. Eugenio Raul e outro. Manual de direito penal brasileiro. Vol 1., Parte geral. 9ª Edição. I, Ed RT, São Paulo. 2011 pág. 375.
[108] JUNQUEIRA, Gustavo e outra. Manual de direito penal: parte geral. 5. ed. – São Paulo. Saraiva, 2019. Pág. 212.
[109] JESCHECK, Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts,* 5ª edição, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 222.
[110] WESSELS, Beulke/Satzger. *Strafrecht, AT*, 46ª edição, Heidelberg: CF Müller, 2016, p. 42.

jurídico de terceiros. Portanto, sobre a ação, agrega-se juízo de valoração ontológica[111], contra a ideia positivista de mera adequação causal.

Ressalta-se que essa teoria não modificou os elementos da conduta contidos no conceito estratificado do delito, mas apresentou a tese de valoração social para a incriminação da conduta. Por isso, quanto ao conceito de crime, a teoria finalista ainda é admitida, mas com o incremento de análise social para a adequação do fato à norma. Contudo, a crítica recai sobre a formulação dessa tese, pois a valoração sobre alteridade, lesividade e potencialidade lesiva se situa na tipicidade, e não na conduta. É aqui que há crítica doutrinária acerca da teoria social da ação, já que, de fato, realiza a proibição de tipicidade de conduta que não ultrapassa a esfera do autor, e não efetivamente da conduta. Ou seja, essa análise se encontra na tipicidade, e não efetivamente na conduta.

> De qualquer maneira, repetimos que o requisito da relevância social, entendida como a necessidade de que a conduta transcenda da esfera meramente individual do autor para a do outro, é um requisito da tipicidade penal da conduta, mas não da conduta em si, que é conduta, embora não transcenda a ninguém. As ações puramente privadas, que não transcendem para ninguém (e que o direito não pode proibir), também são ações.[112]

Contudo, tem-se uma ótica interessante, como também apresentada pelo neokantismo, quando se observa a possibilidade de valoração da conduta, a partir daquilo que socialmente representa a lesão ou perigo de lesão a outrem, superando o sistema meramente positivista, para considerar os elementos ôntico-ontológicos para a definição da conduta. Com essa luz, também é possível valorar sociologicamente os elementos da conduta, que guia o comportamento humano. Isso oferece um norte para análise social sobre os elementos da conduta, que mais adiante será apresentado, no sentido de buscar saber se o comportamento social em que o agente habita molda a conduta e senso de deliberação para uma ação.

Logo, sob outro enfoque e a partir dessa teoria, a análise valorativa recebe especial relevância para a realização do juízo de subsunção, ao considerar elementos axiológicos no injusto, que, decerto, autorizam expandir-se para outros elementos que também os compõe e, talvez, ofereça uma melhor definição para a

---

[111] JUNQUEIRA, Gustavo e outra. Manual de direito penal: parte geral. 5. ed. – São Paulo. Saraiva, 2019. Pág. 212.
[112] ZAFARONI. Eugenio Raul e outro. Manual de direito penal brasileiro. Vol 1., Parte geral. 9ª Edição. I, Ed RT, São Paulo. 2011 pág. 374.

teoria social da ação, de modo a não representar tão-somente o juízo de tipicidade, mas também uma análise valorativa da própria conduta considerando o contexto social e sua influência na formação da consciência humana.

1.2.5 TEORIAS FUNCIONAIS E A AMPLITUDE DE SUBSUNÇÃO.

Desenvolvida a partir da segunda metade do século XX, a teoria funcional na esfera do Direito Penal se apresenta com a finalidade de superar os dogmas existentes das teorias causais e da teoria finalista, com a premissa de reestruturar o conceito de crime para além de mera normatividade, para impor os aspectos sociais e políticos de valoração para a tipicidade e responsabilidade penais, notadamente a partir das lições de Jescheck[113]. Com isso, o conceito de delito tentou ser reconstruído considerando a própria função do Direito Penal, para que possa ser efetivamente justo, considerando as peculiaridades e circunstâncias que permeiam o crime, para além de mera análise dogmática normativa.

A partir dessas ideias, o modelo funcionalista transforma-se em uma valoração político-criminal do Direito Penal a ser realizado também pelos operadores do caso concreto, ou seja, ao contrário do que os sistemas causais e finalista idealizaram, para a corrente funcionalista, para além do legislador, a política-criminal deve ser exercida pelos operadores do Direito Penal, de modo a considerar os fatores sociais para a definição da responsabilidade penal.

Dessa forma, a teoria funcionalista traz um certo aspecto da corrente Neokantista e compreende que a ação humana, para efeito de considerá-la ou não como crime, deve ser sopesada diante do contexto social e a relevância do resultado produzido na comunidade, a partir da aplicação da racionalidade de política criminal, para o estabelecimento de uma resposta penal mais adequada. Por isso, a valoração da conduta humana não deve se restringir ao aspecto individual, mas realizada dentro do contexto social e se interfere na órbita jurídica de outrem, para, a partir disso, ter a melhor resposta jurídico-penal. Por isso, essa exegese apresenta a imperiosa observância da análise para a definição do delito, de modo a unificar a

[113] JESCHECK, Hans-Heinrich. *"Methoden der Strafrechtswissenschaft", in Studium Generale, Heidelberg: Springer*, 1958.

dogmática penal e a política criminal para o encontro das justas soluções. Logo, a visão sistêmica visa proporcionar uma abordagem contextual para a definição mais coesa da responsabilização criminal.

Para essa teoria, o delito deve ser observado sobre a própria função do Direito, que não se dissocia dos fenômenos empíricos, e não sob aspectos puramente ontológicos e abstratos. Uma das facetas mais importantes desse sistema funcionalista, na visão de Jakobs, é considerar a norma como o bem jurídico a ser tutelado e, na ótica de Roxin, é o encontro da justa resposta jurídico-penal.

A estabilidade da norma ocorre quando os indivíduos passam a observá-la e protegê-la contra possíveis violações. Em assim atuando, para efeito do delito, a ação humana passa a ser compreendida como um dever de impedir o resultado proibido, inferindo-se pela existência de carga negativa à ação (teoria negativa da ação) apresentada pela teoria da imputação objetiva.

Portanto, mais importante que observar a letra da lei, é proteger o significado da norma dentro do contexto social para se extrair o real alcance da proibição normativa. Diante de um caso concreto, o hermeneuta deve buscar a *mens legis*, e não somente realizar uma pura e simples adequação típica, congregando-a a questões do funcionamento social. Com essas visões, a teoria funcionalista apresenta as vertentes moderada, radical e redutora, que serão abordadas a seguir:

1.2.5.1 Teoria Funcionalista Teleológica ou Moderada de Claus Roxin e suas crises de legitimação.

Crítico ao modelo ontológico do finalismo, Claus Roxin aduz que essa estrutura sistemática welziana não impede que a dogmática penal receba influências ideológicas a operar o subjetivismo da intervenção estatal legitimadora de arbitrariedades, apta a punir a mera intenção, ao tempo em que também não resolve o problema da omissão culposa.[114] Com isso, a teoria funcionalista moderada (dualista), proposta por Roxin, da Escola de Munique, sustenta a ideia da interpretação teleológica do Direito, considerando a política criminal como elemento

[114] JUNQUEIRA, Gustavo e outra. Manual de direito penal: parte geral. 4ª. ed. – São Paulo. Saraiva, 2018. Pág. 215.

de integrador para a definição da conduta proibida e a sua imputação e, assim, legitimamente reafirmar a autoridade do direito e o encontro da resposta penal adequada e necessária, configurando um modelo de imputação e, subsidiariamente, de proteção de bens jurídicos, considerando a *ultima ratio* do Direito Penal.

Com essa perspectiva, o funcionalismo propõe a ideia inicial do neokantismo de inserção da política criminal, mas agora voltada para os casos concretos, que, juntamente com a dogmática penal, realizam um enfoque axiológico da norma e sua função para a subsunção do injusto penal, ao tempo em que investiga os fins do Direito Penal, através da imposição de uma pena justa, adequada e necessária ao agente imputável.

Nesse contexto, para a tipicidade penal, além da análise empírica para a aplicação da política criminal, deve-se observar a legalidade estrita, conjugando-se as premissas dogmáticas e valorativas, cujo resultado apresenta a proibição do risco não permitido como injusto penal. Ao assim conceber, o delito passa a ser analisado sobre a relevância do risco produzido pela conduta para produzir o resultado e, com isso, ter-se a definição da tipicidade, emergindo, dessa observação, a teoria da imputação objetiva e desenvolvendo a teoria do domínio final do fato[115].

Através dessa perspectiva, o delito passa a ser moldado de acordo com aquilo que, de fato, a sociedade não admite, deixando a mera literalidade do texto como definidor da norma proibida, e agregando a isso o papel da política criminal para a definição do caso concreto à luz do ordenamento jurídico penal. Pretende-se, com isso, apresentar a teoria da proteção dos bens jurídicos[116], que lastreia toda a teoria funcionalista de Roxin, quando da investigação da imputação das condutas dolosas (tendentes a violar ou aceitar a violação do bem jurídico) ou culposas (por acreditar na realização de um final feliz da situação), mas que produzem o resultado danoso ou perigoso ao bem jurídico tutelado pela norma penal, para a definição do crime. Noutro giro, se uma conduta é permitida ou tolerada, embora possa estar prevista em lei como crime, mas sob a perspectiva da política criminal não ser proibida, não poderá haver a adequação penal. Assim, *v.g.* o farmacêutico que fura a orelha da recém-nascida, embora pratique uma lesão, essa não pode ser considerada como crime, uma vez que essa prática é admitida no meio social.

[115] MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). Vol. 1, 17. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2023. Pág. 196.
[116] ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro. Renovar.2002.

Noutro ponto, se houver um comportamento produtor de risco proibido, mas o agente não tiver qualquer autoridade sobre o perigo produzido, não haverá subsunção, por não deter domínio relevante sobre o fato. Portanto, o agente não será punido se não tiver domínio sobre o fato, seja na condição de autor ou de partícipe.

Contudo, essa teoria de Roxin ainda não consegue resolver a possibilidade de arbitrariedades das justificações com o uso indiscriminado do subjetivismo, que ele mesmo criticou. De fato, dada a subjetividade operante em cada caso concreto, ao deixar nas mãos do juiz, p.ex., para definir se uma conduta deve ser ou não ser considerada como crime, a luz da política criminal, é que faz recair críticas sobre o ativismo judicial por se enveredar na qualidade de legislador e, assim, confundir-se as atribuições[117]. Com o ingresso da política criminal para a definição da ação típica, há, para além do dogmatismo penal, a possibilidade de continuidade da punição pela intenção do julgador, por poder considerar se uma conduta é ou não proibida a depender do contexto social em que está inserido.

Ademais, reconhece-se a dogmática penal como um campo necessário para a realização da subsunção típica, acrescentando importante ponto de análise com a teoria do risco, ao valorar a conduta e a relação causal através das ações ou omissões penalmente relevantes, sob o enfoque do perigo que representam ou da efetiva lesão[118]. Nesse particular, apresenta a teoria pessoal (personalista) de ação, ao afirmar que a conduta é a “expressão da personalidade do agente”[119]. Logo, a conduta comissiva ou omissiva do agente é o resultado do pensamento humano, apto a vincular ao preceito normativo, se representar um risco importante ao bem jurídico tutelado[120]. Por isso, os elementos da conduta não entram no ponto crítico da teoria funcionalista de Roxin, nem refuta as lições do causalismo e finalismo, em que pese rechaçar o modelo ôntico desses sistemas anteriores.

Apesar da grande contribuição dessa teoria, com a proposição de ingresso da política-criminal para o desenvolvimento da adequação típica-normativa,

---

[117] ROXIN, Claus. La evolución de La política Criminal, El derecho penal Y el proceso penal. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María Del Carmen García Cantizano. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000. Pág 97.
[118] ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro. Renovar.2002.
[119] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 2ª edição. Florianópolis: Tirant lo Blanch, e-book. p. 141.
[120] JUNQUEIRA, Gustavo e outra. Manual de direito penal: parte geral. 4. ed. – São Paulo. Saraiva, 2018. Pág. 217.

não aprofundou na apuração dos elementos da conduta e, de certo modo, até menosprezou, em razão de ter reconhecido a relação do risco como o momento de idealização maior do injusto sob a ótica da perspectiva social.

Ao dar atenção à relação causal, por meio de averiguação do risco produzido contra o bem jurídico tutelado, para estabelecer a tipicidade penal, encontra grande desafio para solucionar a divergência entre dolo eventual e culpa consciente, uma vez que, se desprezar a intenção do agente e dar enfoque na verificação do risco objetivamente produzido, jamais desvendará uma perfeita adequação típica, vez que a finalidade do agente se encontra vinculada ao dolo.

Para o encontro do fato típico, ao abordar a teoria da ação personalíssima, o dolo foi colocado em segundo plano pelos preceitos do funcionalismo de Roxin e, apesar de não se desvincular do causalismo e do finalismo, também propõe a valoração empírica para o juízo de subsunção. O problema é que, ao tempo em que apresenta uma boa solução de análise da relação causal, com a teoria da imputação objetiva[121], ao colocar a relação causal e a política criminal como pontos centrais da teoria do crime, abre-se grande margem de utilização de discricionariedade pelo magistrado para considerar qualquer fato como típico, bastando justificar com qualquer argumento de inaceitação social do fato perigoso. Por isso, a importância do reconhecimento dos valores sociais.

No segundo estágio, para a teoria funcionalista de Roxin, as excludentes de ilicitude passam a ser elementos negativos do injusto penal. Portanto, se, p.ex., agir em legítima defesa ou estado de necessidade, a conduta não será proibida. Compreende ainda que as causas de exclusão da antijuricidade visam resolver conflitos entre os interesses pessoal e coletivo[122], uma vez que a realização de uma ação contrária ao interesse individual, para socorrer o interesse coletivo, deve preponderar. Nesse caso, se uma pessoa se defende legitimamente, matando o agente que o golpeava com a intenção homicida, o interesse social é resguardar a vida do ofendido, autorizando, inclusive, a eliminar a vida do agente que injustamente agredia. Considera, nessa hipótese, que a função do injusto é tutelar o bem jurídico com base na menor lesividade social.

---

[121] JUNQUEIRA, Gustavo e outra. Manual de direito penal: parte geral. 4. ed. – São Paulo. Saraiva, 2018. Pág. 217.
[122] ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Rio de Janeiro. Renovar.2002. Pag. 237.

Após a análise do injusto penal, realizado pela tipicidade e antijuridicidade, o sistema funcionalista moderado apresenta a responsabilidade como terceiro estágio de verificação, com o viés de se apurar a necessidade concreta de imposição de pena. Para tanto, analisa a culpabilidade (imputabilidade, capacidade de conhecer o direito e possibilidade de agir de maneira diversa) e a necessidade da pena (buscando os fins da prevenção geral e especial).

A responsabilidade, como atributo maior do que culpabilidade, passa a ser um elemento de responsabilização penal, determinando-se a busca do viés preventivo da pena, aliado aos demais elementos já postos pelos sistemas anteriores, em pese também o ingresso da política criminal na análise da responsabilidade. A partir dessa concepção, o conceito de crime passa a ser bipartido, considerando o injusto penal e a responsabilidade como elementos definidores do delito[123].

Quanto à culpabilidade, dentro do conceito funcionalista teleológico, esta encontra-se inserida no elemento maior conhecido como responsabilidade, pois agrega a culpabilidade e a necessidade da pena, para valoração axiológica de reprovabilidade para aplicar e estabelecer a reprimenda necessária para a prevenção especial e geral. Não está ligada ao juízo de tipicidade, mas sim para a realização de um exame sobre a necessidade de se impor pena e o grau dessa reprimenda ao agente imputável. Com essa perspectiva, a culpabilidade passa a ser um elemento limitador do poder punitivo do Estado, na medida em que, se a pena não for necessária para a proteção do bem jurídico e para a ressocialização do indivíduo, não há fundamento para a responsabilização. Nesse sentido, Roxin assevera:

> *Invocando el § 59, sec. 2, del Proyecto Alternativo alemán (4), del que fue uno de sus redactores, considera que hubiera sido mejor «que la culpabilidad sólo hubiera tenido efecto como fundamento y como limitación de la pena y que* ***la ley,*** *en consecuencia,* ***no exigiera imponer en toda su extensión la pena correspondiente al grado de culpabilidad, cuando ello no fuera necessário ni para la protección de bienes jurídicos ni para la resocialización».***[124]*

Para análise normativa da culpabilidade, realiza-se uma aproximação aguda com fins da pena, pois a verificação dos elementos que a compõem

---

[123] ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevención em derecho penal. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Instituto Editorial Reus, S. A. Preciados, 23 - Madrid, 1981*. Pág. 94.
[124] ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevención em derecho penal. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Instituto Editorial Reus, S. A. Preciados, 23 - Madrid, 1981*. Pág. 94.

(imputabilidade, capacidade de conhecer o direito e de agir de forma diversa) é feita com base na investigação da sua necessidade, o que, de certo modo, se aproxima do princípio da culpabilidade, como medidor do grau da reprovação. E, por conta de críticas doutrinárias causadas pela aproximação com o princípio da culpabilidade, Roxin propõe uma categoria superior chamada de "responsabilidade", - *embora afirme ser de pouca importância*[125], por reconhecer que toda a culpabilidade serve para verificar a necessidade da pena. Por conta da subdivisão da responsabilidade, a verificação da necessidade de expiação é realizada em convergência com os elementos da culpabilidade, bem como isoladamente. Assim, é nesse momento que se analisa se o agente podia atuar conforme o direito, se detinha a capacidade de entender e se tinha a possibilidade de conhecer virtualmente o direito, como excludente de culpabilidade e, de igual modo, a desnecessidade da pena como causa de exclusão da responsabilidade penal.

> *Si se acepta la idea de que los límites de las causas de exclusión de la «culpabilidad» se trazan por consideraciones preventivas orientadas en los fines de la pena,* ***me parece insoslayable la conclusión de que la categoría del delito en la que deben incluirse estas causas de exclusión de la culpabilidade debería designarse más exactamente desde un punto de vista científico, con el nombre de «responsabilidad», ya que la «culpabilidad» es sólo una condición necesaria, pero no suficiente para exigir una responsabilidad penal.*** *La significación de una tal concepción en la comprensión de la «culpabilidade como fundamento de la pena» se debe enjuiciar de un modo diferenciado: Por un lado, me parece bastante digno de atención el significado de esta concepción en lo que se refiere a la interpretación de los elementos que determinan la responsabilidad. Así se puede deducir de una categoría de la responsabilidade entendida en la forma aquí expuesta, la impunidad del excesso extensivo en la legítima defensa que, bajo el prisma de las consideraciones extraídas de los fines de la pena, decisivas para el § 33, StGB, merece totalmente el mismo tratamento que el exceso intensivo (19); se puede comprender el desistimiento voluntario de la tentativa como un caso de exclusión de la responsabilidad penal (en lugar de como una causa de anulación de la pena) y hacer fructífera la «teoría de los fines de la pena» para una explicación ajustada a la materia del criterio de la voluntariedad (20); se puede explicar, sin forzamiento de ningún tipo, la impunidad del llamado «estado de necesidad supralegal excluyente de la culpabilidad» que, em principio, no se podía entender desde el prisma de una culpabilidad definida como «poder actuar de modo distinto»; dotando así a esta causa de exculpación de firmes límites condicionados por los fines de la pena (21).*[126]

---

[125] *En cambio,* ***es claramente poco importante la significación que tiene una interpretación de la responsabilidad de esta classe para el fundamento tradicional del principio de culpabilidad.*** *Pues, con ella, la culpabilidad no se ve afectada o definida de otro modo, sino que sigue siendo en toda su extensión presupuesto de la pena (22). (*ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevención em derecho penal. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Instituto Editorial Reus, S. A. Preciados, 23 - Madrid, 1981*. Pág. 156).

[126] ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevención em derecho penal. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Instituto Editorial Reus, S. A. Preciados, 23 - Madrid, 1981*. Pág. 156.

Nesse sistema, a responsabilidade recebe uma verificação axiológica de política criminal sobre a liberdade do agente para a observância do direito, propondo superar a teoria puramente normativa e as teorias psicológicas da culpabilidade, ao sugerir uma análise da culpabilidade segundo o poder de escolha do agente e a concreta capacidade de agir de outro modo. Face à generalização dessa apreciação pelas teorias anteriores, que culmina pela insegurança jurídica de verificação da validade ética da fundamentação, o funcionalismo teleológico procurar valorar o fato concreto sob o aspecto da liberdade pessoal, com vista a encontrar a necessidade da pena. Logo, a verificação da responsabilidade penal deve ser realizada de acordo com a finalidade da prevenção especial e geral da pena, considerando ainda se, no momento do delito, o agente detinha substancialmente a liberdade.

Segundo Roxin, a responsabilidade deve receber carga de valoração normativa de política criminal para averiguação da liberdade do agente, adquirida no contexto social em que vive, para saber se, de algum modo, poderia alcançar o conhecimento da norma e, a partir disso, agir conforme o que ela preceitua. Logo, não se pode responsabilizar o agente que não teve possibilidade de conhecer a norma, uma vez que impacta em seu poder de decidir de outra maneira. Com isso, preleciona a necessidade de convergir a política criminal com a culpabilidade para que o juiz possa mensurar a liberdade do agente no momento delituoso e verificar a real necessidade de imposição de reprimenda penal.

> *El principio de culpabilidad y una razonable política criminal convergen, por tanto, en la conclusión de que es absurdo castigar a alguien que no es motivable por las normas. De ello deduzco un argumento adicional para la discutible y, en mi opinión, única válida tesis de que el problema de la libertad de voluntad y de la culpabilidad basada en ella, que, por su insolubilidad, ha agravado durante mucho tempo la discusión en Derecho Penal, puede dejarse tranquilamente a un lado (61), y que, tanto deterministas como indeterministas, agnósticos como «confesores», pueden, con igual buena conciencia, pisar el suelo de una concepción de la responsabilidad fundada en la política criminal. Quien quiera aferrarse al concepto de culpabilidad en el sentido de una libertad individual de elección, puede hacerlo porque entenderá la falta de capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas por parte del autor, como síntoma de la inexistencia de una libertad de elección. Quien trabaje en un concepto «general», «social» de culpabilidad, tal como se concibe en el mundo fenoménico, debe entender la forma distinta que se refleja en la ausencia de motivacionalidad por la norma, como desviación del poder medio y, con ello, como exclusión de la culpabilidad. Y quien, finalmente, cree tener que rechazar totalmente el concepto de culpabilidad por sus implicaciones metafísicas, deberá negar, no obstante, la responsabilidad del autor, cuando, por razones de prevención general y especial, no es preciso castigar a alguien que no tiene capacidad de reaccionar frente a las*

> *exigencias normativas. Y puesto que ahora la culpabilidad es, si se sigue mi teoría, sólo un momentó parcial en el marco de una categoría superior: la responsabilidad, esta categoría puede quedar también excluida desde cualquiera de los dos puntos de vista aquí indicados: bien por ausencia de las necesidades preventivas, bien por falta de culpabilidad. La discusión sobre la cuestión de la posibilidad, constatación y naturaleza de la culpabilidad no es, por tanto, decisiva para el resultado en el marco de la fundamentación de la pena.*[127]

Se o agente não conhece, nem tem a condição mínima de conhecer, as premissas básicas de uma norma que imprime um comportamento socialmente aceito e determinado, suas eleições restam comprometidas, não lhe concedendo a possibilidade de seguir outro caminho. Por isso, a liberdade de escolha é atingida por falta de informações necessárias sobre a atitude socialmente exigida, fazendo, inclusive, que a pena não atinja a finalidade da prevenção especial, mas somente a prevenção geral. Nesse caso, o agente não é idôneo como destinatário da norma, de modo a ser isento de pena.

Noutro sentido, a pena atingirá seus objetivos quando o agente detiver idoneidade como destinatário da norma e, ainda assim, não observar os comandos normativos. No caso concreto, averiguada a capacidade de ser motivado a observar a norma, o indivíduo deve assim se sucumbir, sob pena de punição do ato desviado, pois, se violar o comando normativo, será alvo dos fins da reprimenda por ter sido capaz de alcançar a compreensão do caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Com essa ideia, além da análise das causas legais de exclusão da culpabilidade, há a possibilidade de verificação de outras causas supralegais, a fim de constatar a necessidade de imposição de pena, visando a prevenção geral e especial, simultaneamente. Roxin traz um exemplo pertinente para essa verificação: se uma pessoa sã e de comportamento impecável é constantemente humilhada mentalmente por uma pessoa, se contra esta investir-se, ofendendo-lha fisicamente, a eventual imposição de pena teria somente o viés da prevenção geral, mas nenhuma finalidade de prevenção especial. Com isso, apresenta-se uma hipótese provável de exculpação do agente, face a inexistência dos fins da pena, de modo a

[127] ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevención em derecho penal. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Instituto Editorial Reus, S. A. Preciados, 23 - Madrid, 1981*. Pág. 172.

reconhecer a possibilidade de exclusão de crimes passionais de responsabilidade penal[128].

Verifica-se, portanto, que, nesse ponto, a culpabilidade incide para verificação da necessidade da pena, confundindo-se do conceito do delito, pois, uma coisa é o crime, outra, é a pena. Com isso, nesse contexto, percebe-se que Roxin funde a verificação do delito com os fins da pena, atingindo a lógica da subsunção típica. Não se pode estabelecer a existência do delito com a necessidade da pena, porquanto é possível existir crime e sem que haja necessidade de expiação, como ocorre com o perdão judicial. O fato de a pena não ser necessária aos seus fins, não torna o fato um indiferente penal.

Noutra perspectiva, notadamente diante dos meios de execução da pena e o sistema prisional existente, verifica-se que pena não atende aos seus fins, o que, por consequência, acaba por atingir a própria finalidade do Direito Penal. Em que pese a fundamentada teoria de Roxin, perde razão quando conjugada com os fatores sociais existentes no mundo real da execução penal.

Portanto, é imperioso distinguir os elementos que compõe a dogmática penal e os fins da pena, para que haja certa autonomia na busca da idealização de cada etapa, mas sem se desgrudar completamente, já que a finalidade do Direito Penal é limitar o poder punitivo estatal e impor a pena necessária. Com essa dualidade, deve-se haver essa distinção, sob pena de legitimar a teoria abolicionista[129], já que, de fato, os fins da pena não são atingidos se olharmos para o sistema carcerário preconceituoso e falido. Nesse particular, no funcionalismo de Roxin, a culpabilidade mostra-se entrelaçada ao conceito de delito, quando visa responsabilizar o agente com medidas necessárias e justas, sopesadas dentro da dogmática penal, a luz da política criminal de expiação.

Importa reconhecer que a política criminal, como definidor do delito, promove a exclusão de parcela significativa da população do sistema penal, pois a rotulação dos agentes faz com que certos indivíduos não sejam alvos do Direito Penal. Essa consequência é extraída da observância empírica da criminologia, quando confirma que pessoas abastadas ou detentoras de poder não sofrem com a ação punitiva estatal como aqueles outros que se enquadram em classe

[128] ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevención em derecho penal. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Instituto Editorial Reus, S. A. Preciados, 23 - Madrid, 1981*. Pág. 168.
[129] HULSMAN, Louk et.al. *Abolicionismo Penal*. Tradução de Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

desfavorecida ou em determinado fenótipo. Dessa feita, pode-se esdruxulamente concluir que, por exemplo, banqueiros não cometem roubos.

Portanto, apesar da importância da política criminal, ainda pesam problemas para enfrentar, a determinar acurada e responsável aplicação do juiz, no momento da prolação da sentença, sem deixar de reconhecer a possibilidade de igual poder ao demais participante da persecução penal, notadamente do órgão de acusação. Logo, se o Promotor de Justiça compreender que um determinado caso concreto, embora se adeque a um modelo típico-penal, poderá deixar de promover a ação penal, quando fundamentado por questões de política criminal, deixando o conceito de delito bastante flutuante, notadamente em relação aos delitos que exige a perspectiva cultural para análise, como o racismo. Por isso, é importante reconhecer que, nessa corrente doutrinária, observa-se a influência da consciência humana individual formada pela consciência geral, de modo a justificar a imposição de pena. Isso quer dizer que, se uma pessoa detém o entendimento correto das circunstâncias, torna a pena desnecessária, como no exemplo da pessoa que reage fisicamente quando é constantemente humilhada. Entretanto, essa consciência molda a conduta do agente e a sua relação causal com um tipo penal, sob o enfoque da política criminal e principiológica, no momento da subsunção típica, e não da verificação da responsabilidade penal, ou no próprio campo da culpabilidade para definir o crime, e não a necessidade da pena. Por isso, mais adiante, aponta-se o equívoco de Roxin ao determinar essa verificação sobre a necessidade da pena e desprezando-se o dolo do agente para esse fim ou a real necessidade de censura da conduta.

Por isso, visando acrescentar, para além dos fins da pena, a conduta humana é moldada de acordo com os padrões comportamentais enraizados na sociedade, cuja valoração do caso concreto deve ser realizada pelos operadores do Direito, para definir se a conduta realmente se enquadra no modelo legal de crime e também se necessária a reprovação da conduta (propõe-se a vituperabilidade da conduta mais adiante), para distinguir o estudo da necessidade da pena.

Embora extremamente bem formulada, a teoria funcionalista teleológica ainda tem alguns pontos que necessitam ser reparados, a fim de encontrar uma justificativa mais adequada para a subsunção do injusto penal, distinguindo-se o conceito de delito com a estrutura da finalidade da pena.

1.2.5.2 Teoria Funcionalista Radical ou Sistêmica de Günther Jakobs e sua Inviabilidade.

Desenvolvida pelo professor Günther Jakobs, da Escola de Bonn, a teoria funcionalista radical ou sistêmica observa a finalidade da pena como modo de conduzir o Direito Penal na função de proteção dos valores sociais expostos na norma. Nesse particular, baseado nas lições de Niklas Luhman[130], enfatiza a teoria da prevenção geral positiva da pena e a norma como o bem jurídico a ser tutelado[131], constituindo um sistema autopoiético. Ao garantir a eficácia e a observância da norma, o Direito Penal realiza o seu mister.

O Direito Penal possui a função de inserir as normas na sociedade a serem observadas pelos indivíduos, de modo a legitimar o Estado a punir aquele que se desvia do comando editado. Ao respeitar a norma, o bem jurídico resta protegido, além de garantir a eficiência do sistema de normas. Por outro lado, se o agente não observar o comando estatal, violando os valores expostos em uma determinada norma, surge o momento de violação do bem jurídico tutelado, ao mesmo tempo que autoriza a perseguição jurídica criminal do agente desviante.

Com essa premissa, Jakobs impõe o dever de conhecer norma e a seguir, cujo padrão de comportamento exigido não cria anomias, uma vez que as normas representam o fruto das relações sociais exigido. Assim, quem observa o comando normativo é visto como amigo do Estado de Direito, recebendo, inclusive, proteção e incentivos. Assim, caso viole eventualmente uma norma proibitiva, terá as garantias e os direitos que são conferidos pelo Estado aos seus cidadãos.

Aprofundando-se radicalmente nas perspectivas de tutela da norma, com base filosófica de Protágoras, S. Tomás de Aquino, Hobbes, Immanuel Kant e John Locke, Jakobs apresenta a teoria do Direito Penal do inimigo[132], conferindo especial relevo à proteção normativa como garantia de evitação do conflito social. É

---

[130] LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie, Wiesbaden: Springer, 2013.*
[131] JAKOBS, Gunther. *Derecho penal. Parte general Fundamentos y teoria de la imputacion. Trad, espanhola Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2, ed. Madrid: Marcial Rons,* 1997. p. 42 e ss.
[132] JAKOBS, Gunther. *Derecho penal del* enemigo. Trad. Manuel Canelo Melia. Madrid: Civitas, 2003.

por meio das normas penais que se ditam as condutas perniciosas ou admitidas a conferir a legitimidade e a função do Direito Penal na perseguição dos agentes desviados, a ponto de suprimir direitos e garantias substanciais e processuais, inclusive de ordem constitucional, àquele que reitera nas condutas lesivas, a considerá-lo inimigo do Estado.

Para essa teoria radical, o indivíduo que rompe com a ordem e desestabiliza o sistema de valores não pode obter as mesmas prerrogativas de um cidadão. Logo, se não observa parte das normas, não pode se valer da proteção de outra parte. Quer dizer, se não observa as normas do Código Penal, ao reiterar na prática de crimes, não pode se garantir com a outra parte das normas, como as postas pelas garantias constitucionais à vida, por exemplo. Se não observa o Código Penal, também não lhe são dadas as demais normas, pois essas são garantidas aos cidadãos. Aos inimigos, não podem ser conferidas as normas de proteção do amigo. Ou seja, no momento em que há reiteração de conduta contrária às normas, tem-se o inimigo do Estado de Direito. A este, que não observa o Direito, também não lhe é conferida idêntica proteção.

De certo modo, essas premissas consideram bases kantianas, ao adotar uma posição extremamente severa contra as pessoas que se colocam contrários aos ditames normativos, com a realização de crimes que apresentam grande carga de periculosidade social. Dessarte, o indivíduo é posto como inimigo e retirados os direitos que possuía, inclusive de ser considerado como pessoa de direito[133]. Nesse contexto, como consequência, tem-se a perda de direitos materiais, como a vida, a liberdade, a propriedade etc., bem como a garantias processuais, como ampla defesa, presunção de inocência, juiz natural etc. justamente por ser uma ameaça à sociedade e à ordem pública. Com isso, pode-se autorizar a pena de morte ou perpétua, perda de bens, sem direito de defesa técnica, com obtenção de confissão a qualquer custo, cuja decisão pode ser dada por um juiz que não seja conhecido, para guardar a proteção a este.

Essa visão prospectiva se justifica pela presunção de que um indivíduo que é dado à prática de delitos, voltará a delinquir, de forma que não se deve esperar a atuação tardia do Estado na repressão, mas atuar desde logo na prevenção do ilícito. Com isso, combate-se o perigo que o agente representa em

[133] Idem.

nome da proteção dos valores expostos pela norma e pela busca da manutenção da ordem e da paz social[134].

Essa concepção de sistema, embora receba certa empatia nos discursos políticos de extrema direita, não consegue se sustentar, em razão da violação dos Direitos Humanos, bem como pela odiosa e preconceituosa prática de discriminação, além de estabelecer um sistema normativo dual (um, para o cidadão; outro, para o inimigo).

Além disso, quanto ao conceito estratificado de delito, não houve apresentação da dogmática penal definidora para a realização sistemática da subsunção jurídica fato-típico, a superar a abstração dos modelos anteriores e o subjetivismo na adequação da violação normativa como crime para a definição do agente como inimigo.

Para essa teoria radical, crime continua sendo conduta típica, ilícita e culpável, sendo conduta a "realização do resultado evitável"[135]. Esse resultado evitável é a violação da norma. Ao assim conceituar ação, vale-se da relação causal como definidora de conduta, já que ação é o evento que produz o resultado que poderia ter sido evitado. Sendo a conduta um comportamento humano voluntário causador de um resultado violador evitável, faz com que a própria teoria de Jakobs ponha um desafio de superação para incriminar os atos preparatórios e os crimes vagos, que tanto pretende. Ou seja, a proposta desse conceito de conduta não se amolda ao conteúdo defendido pela própria teoria, já que condiciona a ação com a produção de um resultado (violação da norma), ao tempo em que pretende tipificar severamente os atos preparatórios, inclusive. O desafio é poder realizar a devida subsunção fático-jurídico penal dentro do contexto social, ao tempo em que se exige fundamentação bastante para o enquadramento penal de fatos que possam ser abstratos ou subjetivos ou de fundamentação rasa quando do reconhecimento de uma conduta contrária à norma ou para a definição do que vem a ser inimigo.

Vê-se, pois, a ausência de elementos concretos para a tipicidade penal, ao tempo em que realiza uma neutralização dos elementos que compõem à conduta, ao confundir seu conceito com a relação causal. Por isso, apesar da

---

[134] Idem.
[135] JAKOBS, Günther. *"Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem", in Festschrift für Welzel, Berlin: De Gruyter*, 1974, p. 309.

relevância teórica dessa tese para o encontro da finalidade do Direito Penal e na garantia da paz social, não há aplicabilidade quanto ao juízo de adequação típica, que o modelo dogmático oferece para limitar o poder do Estado e garantir a legitimação de sua atuação.

1.2.5.3 Teoria da Tipicidade Conglobante e Funcionalista Redutora de Eugênio Raul Zaffaroni e a necessidade de verificação.

A Teoria da Tipicidade Conglobante e a Teoria Funcionalista Redutora proposta por Zafaroni vêm recebendo especial importância nas últimas décadas devido às peculiaridades de análise realista para a sistemática abordada na teoria do delito, considerando o sistema repressivo existente, especialmente no contexto da América Latina. A partir das concepções apresentadas pelos sistemas anteriores (causalista e finalista) e dentro do espectro funcionalista, assevera a necessidade de revistar os conceitos jurídicos dentro na definição analítica de crime, a partir da ótica sociológica, extraídas das teorias sociais do conflito, com vista a compreender a finalidade do Direito Penal e apresentar contributo necessário para a validação da hipótese (ressignificar o delito).

Dentro da busca da finalidade do Direito Penal para a contenção das violências, apresenta a teoria funcionalista redutora com sentido de delimitar os conceitos jurídicos para a realização da política-criminal pelo Direito Penal, notadamente para conter e limitar o exercício do direito punitivo por parte do Estado e, ao mesmo tempo, legitimar a sua atuação durante a persecução penal, com o objetivo de imposição de pena ao culpado pela infração penal somente em casos onde legitimamente forem necessários, notadamente com um olhar diferenciado sob os vulneráveis[136].

De início, para realização de uma conduta realmente proibida, deve-se observar o conjunto da ordem normativa, cujo universo perfaz a tipicidade conglobante. Nessa esteira, deve-se observar a existência de normas que se complementam para se extrair o seu alcance, promovendo uma perfeita exegese

[136] ZAFARONI, Eugenio Raul. *Em torno de la cuestión penal.* Nº 18. Ed. IBdeF. Buenos Aires. 2005. Pág. 229.

para o melhor aproveitamento do princípio da legalidade. Nesse contexto, todas as normas devem ser sopesadas em um determinado caso, para se ter a melhor dinâmica da intervenção estatal para a contenção da violência. Se uma norma proíbe um fato, mas outra a permite, deve ser conglobada para que se extraia os limites normativos. Com essa concepção, Zafaroni[137] leciona que o devido cumprimento o dever jurídico, as intervenções cirúrgicas, as lesões esportivas e as atividades perigosas (risco permitido) não podem ser causas de exclusão da ilicitude, mas sim de atipicidade, pois são normas que excepcionam a conduta proibida, admitindo e fomentando a sua realização. Logo, aquilo que é permitido, não pode ser típico. Portanto, *v.g.,* a conduta de um cirurgião que amputa a perna de uma pessoa, para salvá-la da morte, não pode se subsumir ao tipo penal de lesão corporal, justamente por haver o comando da ordem jurídica para atuação nesse sentido.

Para o conceito do crime, Zafaroni define como conduta típica, antijurídica e culpável, fazendo com que cada etapa sirva como filtro para se definir o delito. Essa análise ocorre quando, diante de um caso concreto, o operador do Direito elabora uma série de indagações para serem respondidas concatenadamente até se chegar, racionalmente, à perfeita adequação e culpabilização do injusto penal, através da devida fundamentação[138]. Como o Estado apresenta os tipos penais em abstrato, surge a necessidade de valoração concreta dos elementos conceituais do delito, a ser realizado dogmaticamente em ordem, quando diante de um caso concreto.

Para se definir se a ação é típica, parte-se da verificação ordenada dos elementos que a compõem, especificamente a vontade com conteúdo (vontade com finalidade), pois exige um atuar finalístico[139], e os elemento cognoscitivos (dolo e culpa). Com essa posição realista assumida, Zafaroni afirma que para a conduta existir, basta a vontade, cuja base aristotélica aponta para impossibilidade de separação entre a vontade e a finalidade, com determinação da busca do sentido ôntico-ontológico, uma vez que deve observar o "ser" da conduta (ôntico) e o "dever-ser" (ontológico) exigido em um mundo realista. Por isso, para a existência de uma

[137] ZAFARONI, Eugênio Raul e outro. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 9ª edição. Editora RT. São Paulo. 2011. Pág. 478 e segs.
[138] Idem.
[139] ZAFARONI, Eugênio Raul e outro. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 9ª edição. Editora RT. São Paulo. 2011. Pág. 362.

conduta, além da finalidade, Zafaroni leciona a imprescindibilidade de saber a real extensão desse significante para que haja plena observância ao postulado do "*nullum crimen sine conducta*"[140]. Com essa premissa, o conceito ôntico-ontológico não define mais ação, mas sim os seus limites.

Após a verificação da conduta (vontade, dolo e culpa), tem-se a análise da tipicidade, com a perspectiva de reduzir a intervenção estatal na liberdade do indivíduo. Entretanto, mais que um simples processo de imputação típica, assim como os sistemas anteriores realizam, mas, face à realidade historicamente condicionada de perseguição a determinados grupos de pessoas vulneráveis, as quais o Direito Penal, por seletividade, discriminação e preconceito, tem mais facilidade de incidir, determina uma ótica ainda mais racional para desconstruir a discriminação que o Direito Penal possui.

No âmbito da tipicidade, quanto mais acurado for o papel interpretativo do jurista na verificação da norma proibitiva, observar-se-á uma redução na incidência dos tipos penais, devido à limitação do poder punitivo estatal na seleção dos indivíduos notadamente vulneráveis. Essa interpretação restritiva que se exige deve ser idônea, de modo a legitimar a incidência do tipo penal incriminador nos casos em que realmente se amoldam, do mesmo modo em que descortina as arbitrariedades. Logo, ao tempo em que habilita o poder punitivo, também o limita.

Essa interpretação do tipo penal incriminador parte do encontro dos seus elementos objetivos e subjetivos, onde, no aspecto objetivo, procura-se encontrar o objeto da proibição e, no subjetivo, o elemento anímico do agente. Na seara objetiva, deve-se realizar um enfoque sistemático e conglobado, visando identificar a mudança no mundo exterior, como função de presunção da lesividade, ao tempo em que se exige a valoração conglobada do sistema de normas para identificar se a conduta realizada atinge ou tem a possibilidade de atingir o bem jurídico tutelado. Isso determina que haja coerência e racionalidade na aplicação concreta da norma abstrata. Dessa forma, a tipicidade objetiva passa a ser a primeira verificação do intérprete para, a partir disso, analisar os elementos anímicos da conduta, uma vez que, segundo Zafaroni, se uma conduta não for objetivamente típica, desnecessária a averiguação do elemento subjetivo do tipo. A análise dos elementos objetivos do

[140] BRODT, Luís Augusto Sanzo. O Direito Penal sob a perspectiva funcional redutora. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. Nº. 101. p. 97-136, jul./dez. 2010. Pág. 108.

tipo recai sobre as seguintes hipóteses de valoração: a) afetação significativa do bem jurídico; b) exteriorização da conduta ou exigência de conduta; c) assunção do risco pela vítima e; d) resultado não-excedente ao risco proibido[141]. A partir desses vetores, observando-se os limites propostos por essa conjugação, tem-se a racionalidade normativa a ser investigada, cujo consectário impõe uma redução de incidência do tipo penal incriminador sobre aquilo que efetivamente for antinormativo.

Nessa concepção, para que haja a tipicidade objetiva de um crime doloso, exige-se do autor a previsibilidade e o domínio do fato, em que pese nem sempre o curso causal apontar para um resultado previsível. Além disso, que haja uma racionalidade e congruência entre os meios utilizados e os fins alcançados. Assim, se o autor do fato não tiver o domínio do evento ou certa razoabilidade entre os meios e fins, não poderá ser objetivamente imputado o delito doloso, podendo o fato ser punido a título de culpa ou ser excluído da imputação. Já para a tipicidade conglobante dos crimes culposos, a teoria assevera que o domínio do fato repousa na análise da temeridade do perigo incrementado, cuja violação importa na quebra do dever objetivo de cuidado pela transgressão dos meios usados na conduta constituidora do resultado não querido.

Somente após a análise da tipicidade objetiva, é que se autoriza a verificação da tipicidade subjetiva, com vista a identificar a presença do dolo e da culpa, nos moldes como proposto pelo finalismo, mas acrescido dos fatores ontológicos. Por isso, Zafaroni conjuga os fatores ônticos e ontológicos.

A ilicitude, em um segundo estágio, consiste no juízo objetivo de permissibilidade do direito, de modo que possui a funcionalidade de impedir o poder punitivo estatal de reconhecer o fato típico como ilícito quando o agente atua na defesa de um bem jurídico caro, promovendo, ao mesmo tempo, distensionamento da função indiciária do tipo. A incidência de uma causa de licitude afirma racionalmente o direito, cuja valoração sistêmica exige conglobada visão.

> *La antijuridicidad es una valoración, un valor negativo o desvalor de la conducta. Para poder comprender una valoración no basta con que*

[141] ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edição. Ediar. Buenos Aires. 2002. p 456.

> *podamos conocerla, y ni siquiera basta con que tengamos conocimiento de la valoración.*[142]

No último momento do conceito de crime, Zafaroni tem apresentado a teoria funcionalista redutora, cuja culpabilidade consiste na vinculação personalizada do autor ao injusto como condicionante do exercício do poder punitivo[143], valorado sobre a ótica da vulnerabilidade do sujeito, e não na autodeterminação. Dessa feita, estabelece a culpabilidade por vulnerabilidade para a determinação do grau de perigosidade do sistema penal sobre o agente vulnerável. Essa vulnerabilidade é observada a partir da classe social, do fenótipo, da renda e outros fatores estigmatizantes, que concorrem para uma mera criminalização do ser. Constata-se, dessa forma, que a criminalização (culpabilização) recai sobre determinados grupos sociais, deixando pequenos grupos de pessoas abastadas mais longe da perseguição criminal estatal. Com isso, a culpabilidade por vulnerabilidade visa conferir uma abordagem criminológica para estabelecer a reprovação do injusto, de modo a evitar a criminalização secundária. Baseada na teoria agnóstica da pena, a culpabilidade é utilizada como parâmetro de análise sociológica do Direito Penal e da vulnerabilidade do autor para o encontro da mais adequada política criminal.

A partir dessa ideia e observando o estado das coisas (verificação real), por asseverar que as penas não promovem os fins que as instituíram, afirma desconhecer o seu objetivo, emergindo, daí, a teoria agnóstica da pena, asseverando que a reprimenda representa uma coerção e privação de direitos, mas não repara nem restitui o bem jurídico lesado, nem neutraliza as possíveis violações. Portanto, a pena não possui finalidade preventiva. Ao se afirmar que as penas não correspondem aos seus fins, através da verificação empírica do estado das coisas, desafia fundamentadamente as teorias funcionalistas anteriores justamente por apoiarem na serventia da pena para a proteção do bem jurídico e no cumprimento da função do Direito Penal.

A teoria funcionalista redutora compreende a importância da análise dual entre a teoria do delito e as teorias da pena, mas que compõem todo o sistema jurídico-penal para a definição dos fins do sistema. Por isso, reconhece a

---

[142] ZAFARONI, Eugênio Raul. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo IV, Ediar. Buenos Aires. 1999, pag 92.
[143] ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edição. Ediar. Buenos Aires. 2002. p. 650.

importância de um conceito tripartido de delito, auxiliado pela dogmática penal, para a realização concreta dos objetivos do Direito Penal.

De fato, a intenção de Zafaroni é reduzir a incidência do direito penal sobre uma camada desprestigiada da população, uma vez que são discriminadas pela simples condição em que subsistem, que impacta no agir, pois a vulnerabilidade social mitiga ou retira a liberdade do agente[144]. Não se trata de simplesmente isentar a responsabilidade de pessoas, mas da exigência do reconhecimento da existência de um modelo penal preconceituoso, de modo a determinar uma acuidade de verificação da condição social que modela o agente, dentro da perspectiva sociológica criminal, com vista a operar a finalidade do Direito Penal. Diferencia-se dos demais modelos funcionalistas, porquanto, diferente das escolas alemãs que buscam os ideais do Direito Penal, funda-se nos resultados das observações empíricas da abordagem do Direito Penal para encontrar a racional efetividade diante dos fatos verificados.

> *Queda claro, pues, que los tipos penales describen conductas, pero sabiendo que los tipos de acto abren, en la práctica, un espacio de arbitrariedad para selecionar personas. El discurso penal es de acto, pero el ejercicio del poder punitivo es de autor. La inflación de leyes penales es, en la realidad operativa del sistema penal, una forma de aumentar la práctica de un poder selectivo de autor.*
> *Conforme a lo anterior, el sistema penal presenta diferentes grados de peligrosidad para los habitantes, según sean su status social y sus características personales. Es claramente verificable la sobrerrepresentación de algunas minorías en la prisionización, la presencia de mayor número de inmigrantes, en ocasiones la persecución a minorias sexuales, en todo caso la mayor incidencia en hombres jóvenes, desempleados, habitantes de barrios marginales, etc. La peligrosidad del sistema penal se reparte según la vulnerabilidad de las personas, como si se tratase de uma epidemia.*
> *Pero en los países periféricos, como son los latinoamericanos, debido a la creciente polarización de riqueza, la mayoría de la población se halla en estado de vulnerabilidad frente al poder punitivo. Sin embargo y pese a todo, la criminalización recae sobre unos pocos, o sea que, si bien el campo a seleccionar se amplía, la selección, aunque aumenta en cantidad, siempre es ínfima en relación a éste.*
> *43. Esto obedece a que no es el mero status o estado de vulnerabilidad el que determina la criminalización. No se selecciona a una persona por su puro estado de vulnerabilidad, sino porque se encuentra en una situación concreta de vulnerabilidad. Y, por cierto que, partiendo de cierto estado de vulnerabilidad, debe mediar un esfuerzo personal del candidato a la criminalización para alcanzar la situación concreta en que se materializa la peligrosidad del poder punitivo. Algo debe hacer la persona para alcanzar*

[144] ZAFARONI, Eugenio Raul. *Em torno de la cuestión penal.* Nº 18. Ed. IBdeF. Buenos Aires. 2005. Pág. 229.

> *esa situación concreta, y a eso le llamamos esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.*[145]

As obras de Zafaroni constituem um legado riquíssimo que norteia a comunidade jurídica sobre diversos institutos do Direito Penal e da Criminologia, notadamente frente às críticas apresentadas e as soluções possíveis para os problemas sociais, das quais o Direito Penal é chamado para cuidar. Especificamente sobre a teoria do delito, sua contribuição encontra-se na dogmática penal para a criação da tipicidade conglobante e no lastro criminológico crítico para a definição da culpabilidade. Com sua construção da tipicidade conglobante e da culpabilidade por vulnerabilidade, aponta para a funcionalidade do sistema e os fins do Direito Penal.

Entretanto, apesar de sua inestimável contribuição para a teoria do delito, e sua ligação com a Criminologia Crítica, não se encontrou escritos interdisciplinares entre o Direito Penal e as ciências duras, notadamente a neurociência, para melhor aprofundar os elementos da conduta, nem soluciona a problemática do finalismo, quanto à questão da inimputabilidade na culpabilidade e o dolo na conduta. Com uma parcial ótica para o finalismo, Zafaroni ratifica a existência dos elementos subjetivos da conduta nos moldes como proposto por Welzel, embora o seu reconhecimento da neurociência como contributo à ciência jurídica e à dogmática penal. Assim, em que pese todos os ensinamentos de Zafaroni, ainda há necessidade de revisitação do conceito analítico de crime.

1.3 A CRISE DA CULPABILIDADE NOS SISTEMAS NATURALISTAS, FINALISTA E FUNCIONALISTAS A JUSTIFICAR A REESTRUTURAÇÃO DO CONCEITO DOGMÁTICO DE CRIME E SUA TENSÃO COM A POLÍTICA CRIMINAL.

Os sistemas causalista, finalista e funcionalistas (moderada, radical e redutora) apresentam, cada um, um contexto interessante para a compreensão da extensão do significante “Culpabilidade”, como função responsabilizadora do injusto e, ao mesmo tempo, limitadora da intervenção estatal, além de perpassar pela

[145] ZAFARONI, Eugenio Raul. *Em torno de la cuestión penal.* Nº 18. Ed. IBdeF. Buenos Aires. 2005. Pág. 260.

análise de utilização ou não da política-criminal para o encontro da adequada expiação ou para a própria exculpação. À exceção do neokantismo e do funcionalismo moderado - que se valem da política-criminal para a realização da tipicidade - distintas metodologias de cada sistema se apresentam visando conferir, especialmente à culpabilidade, uma justa solução ao conflito através da verificação dos complexos valores que recaem sobre a pena.

Em razão dessa complexidade, o fundamento da culpabilidade ainda enfrenta determinadas crises no que concerne à incidência dos fundamentos naturalistas, ontológicas ou funcionais para a análise normativa ou subjetiva, quando da investigação psicológica do agente desviante, auferindo a responsabilidade a partir de óticas interna, externa ou intersubjetiva, incluindo o prisma da vulnerabilidade social, além de verificar a ausência de divergência que recai sobre os inimputáveis.

As duas teorias naturalistas, por englobarem a perspectiva psicológica (puramente psicológica ou psicológico-normativa) na culpabilidade, promovem a investigação interna do agente, na medida em que, de algum modo, realizam a finalização da subsunção do processo ao investigar o liame subjetivo. Em outras palavras, a culpabilidade é utilizada como complemento da adequação típica, dentro do processo causal, em que pese realizada no terceiro estágio, pois, nesse estágio, é onde ocorre a análise da capacidade de entender e do querer do agente. A verificação dos elementos subjetivos da culpabilidade, dentro desse sistema é de abordagem abstrata e natural, com investigação da imputabilidade, dolo e culpa sob perspectiva interna do autor, a concluir pela adoção da teoria psicológica da culpabilidade.

Essa valoração não é realizada para impor reprimenda ou limitar a sua imposição, mas para concluir o processo de subsunção do agente ao modelo típico-penal descritivo incriminador. Nesse contexto, ao ser imputável e possuir dolo ou culpa, a subsunção típico-causal se perfectibiliza para, depois, apenas aplicar a pena, como consequência natural do cometimento do delito. Por isso, a culpabilidade, como juízo de reprovação, dentro do sistema causal, não conflui com os desideratos da pena, sendo um dos motivos de sua superação.

É também no sistema naturalista que se tem a inclusão da imputabilidade no contexto da culpabilidade, momento em que se apura a capacidade do agente

entender a sua conduta e agir conforme o direito. Havendo uma causa provável da de supressão da capacidade de entender, sequer haverá a possibilidade de se analisar a culpa e dolo, como elementos subsequentes. Sendo possuidor de alguma deficiência mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou se encontrando no estado de embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior, considera-se inimputável, a retirar a necessidade de uma pena.

À época da construção do sistema causalista, as expressões extraídas da psiquiatria e de outras ciências correlatas, nominavam os inimputáveis, cujas palavras não são mais aceitas hodiernamente, em razão dos estigmas e de novas políticas de inclusão. Por isso, o presente Código Penal brasileiro ainda dispõe sobre os inimputáveis chamando-os de pessoas com deficiências mentais, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, pessoa com perturbação da saúde mental, fazendo com que a doutrina penalista enquadre nessa categoria os “silvícolas”, os surdos-mudos, os oligofrênicos (idiotas, imbecis, débeis mentais) entre outros, cujas expressões já não recebem o tratamento técnico exigível. Portanto, verifica-se que, além da incorreção morfológica, tem-se a errônea adequação de pessoas como inimputáveis, por considerar a deficiência física ou o desconhecimento da cultura majoritária.

Ademais, a visão naturalista da culpabilidade recebe, na atualidade, um impacto das descobertas da neurociência quando apresenta estudos científicos a partir de perspectiva internas, com a própria evolução dos conceitos sobre consciência, entendimento e conhecimento, que, ao tempo de Liszt-Beling, pouco, ou quase nada, existia com profundidade. Com isso, importante analisar a neurociência para verificar se apresenta fundamentos científicos de superação da operação epistemológica das ciências naturais, uma vez que a verificação interna, no sistema causalista, é mitigada com a imputação causal objetivo-empírico, transformando a vontade sem conteúdo, além de desprezar a própria consciência humana. O próprio Liszt não admite a valoração do agir de outra maneira na culpabilidade, justamente pelo fato, de além de inverter o ônus probatório, de não visualizar aos elementos subjetivos na forma distinta do processo causal-natural. Por isso, o causalismo não oferece fundamento para valorar com profundidade os elementos subjetivos da culpabilidade, mormente pela época em que se iniciavam os debates acerca dessa construção dogmática.

No sistema causalista, a imputabilidade, o dolo e a culpa servem como mero discurso, de análise abstrata, para fundamentar a responsabilidade penal, cujo objetivo é de se afastar dos eventos metafísicos e, assim, para estabelecer a subsunção do autor ao fato por ele causado, uma vez que os elementos subjetivos contido na culpabilidade eram incompletos ou superficiais. Nessa linha, a vontade humana livre é aferida por meio do processo causal deflagrado pelo movimento corporal, cuja verificação é realizada pelo processo de culpabilização subjetiva da causa-efeito. É, inclusive, com essas críticas que o finalismo imprime fortemente a superação, a ponto de romper o sistema causalista de alguns ordenamentos jurídicos pelo mundo.

Foi pela fragilidade dos fundamentos de justificação dos elementos subjetivos do causalismo, que o finalismo se impôs sobre as teorias causalistas. A busca da pretensão ontológica fez com que Hans Welzel reestruturasse o conceito de delito e apresentasse a finalidade da conduta como ponto crucial para a adequação típico-penal. Portanto, apresenta, na conduta, a vontade impregnada de finalidade. Logo, a vontade com conteúdo. Como corolário dessa nova estrutura, retirou-se a subjetividade de responsabilização jurídico-penal do autor, ao passo que estabeleceu a valoração normativa da culpabilidade, com os elementos considerados puramente axiológicos baseados na antropologia filosófica, de modo a identificar os substratos ontológicos para a autodeterminação.

Contudo, a partir da nova estrutura conceitual do delito realizado pela teoria finalista, em que pese afirmar haver apenas elementos puramente normativos na culpabilidade, o que se verifica nos casos concretos é a análise interna do agente, na medida em que investiga a capacidade de entender, por meio da perícia psiquiátrica. Nesse campo, o que se investiga é o aspecto interno (subjetivo) do agente, e não o seu dever-ser, sem mencionar a análise objetiva da menoridade penal como requisito da inimputabilidade.

Como se verá adiante, o entendimento é um processo psicológico de conhecimento que ocorre após a obtenção de informações sensoriais, intimamente ligado à consciência humana. Assim como investiga a consciência humana no dolo, proposto pelo finalismo, a capacidade de entender é igualmente verificada na culpabilidade, e com perspectiva distinta da vontade humana, mas coincidente com a análise da consciência que fundamenta o dolo natural. Isso quer dizer que há

averiguação subjetiva da capacidade de entender o caráter ilícito do fato – na imputabilidade -, que está na culpabilidade do sistema welziano.

Apesar de ter retirado o dolo e culpa da culpabilidade, transportando-os para a conduta, o sistema finalista não se enveredou sobre a temática da imputabilidade, mantendo as ideias do causalismo e, com isso, criando um paradoxo que necessita ser resolvido. Ao antecipar a análise da consciência na conduta, inverte a premissa proposta pelo causalismo, qual seja, a verificação da consciência de pessoa capaz ou não de entender.

Como visto acima, no causalismo, ao abordar a imputabilidade antes do dolo e da culpa, faz com que, concluindo tratar-se de pessoa com deficiência mental (inimputável), despicienda subsequentemente analisar a consciência contida no dolo. Quando Welzel transporta a consciência sobre os fatos para a construção do dolo, na conduta, faz com que se investigue, inicialmente, a consciência (na conduta), para, depois, quando chegar à culpabilidade, analisar inimputabilidade. Ora, isso é um grande problema que o sistema finalista criou, quando da inversão das indagações investigativas, a justificar a presente proposta.

Na análise da imputabilidade, não se há como distinguir a análise externa da interna, na medida em que se realiza uma investigação psicológica do agente. Nesse momento, segundo constam em laudos médicos e no próprio dispositivo legal, acerca de verificação da inimputabilidade, deve-se investigar a capacidade do agente de entender. Logo, não se afasta da verificação psicológica (interna), de modo a apresentar um problema para a teoria que afirma ser puramente normativa.

O mesmo dilema ocorre com a verificação do conhecimento da ilicitude e da exigência do agir conforme o direito, pois, apesar de exigir a valoração externa, não se há de deixar de observar a perspectiva subjetiva do agente para confrontá-lo com o homem médio, considerando os aspectos sociais existentes. Ou seja, embora a teoria normativa da culpabilidade finalista se afirme como pura, ainda se percebe a influência do aspecto subjetivo para valoração dos elementos da culpabilidade. Logo, o desconhecimento da ilicitude influencia na maneira de agir em desconformidade com o direito, quando, por exemplo, a sociedade imprime um modo natural de uma conduta, mas que, por anomia, o agente realiza sem saber ser proibida. Ou seja, além da valoração externa, ainda há a valoração interna para a exigência do dever-ser como requerido ao homem diligente.

Quanto aos demais elementos da culpabilidade, o sistema finalista não realiza uma justa fundamentação da reprovação do agente, por considerar o homem médio (cujo significado possui grande abstração, e conjugado com o eurocentrismo como paradigma) para a valoração normativa da conduta, pois o mero discurso do homem diligente é um simples argumento legitimador da subjetividade do julgador para estabelecer o grau da potencialidade de conhecer o direito e de agir conforme ele. Esse discurso torna o fato valorado difícil de ser confrontado, pois cada julgador tem seu entendimento pessoal sobre os fatos da vida.

Teoricamente, essa perspectiva finalista de análise puramente normativa dos demais elementos da culpabilidade volta-se à busca do entendimento do agente sobre a possibilidade de alcançar o conhecimento do injusto e se poderia agir de modo diverso, sem considerar o contexto do próprio agente. Ao se colocar como terceiro observador, o julgador do fato típico e ilícito dever-se-ia desenvolver seu raciocínio sob enfoque ontológico, na medida em tenta definir objetivamente as atribuições de homem de diligência mediana no agir e no conhecer, mas necessitando eventualmente de auxílio de *experts* (antropólogos, p.ex., no caso dos indígenas) ou colocando-se na posição do próprio agente, para a verificação do estado de entendimento da lei por parte do agente ou se poderia agir de maneira diferente. Mas, isso não ocorre, já que, com as visões eurocêntricas e coloniais, apontam-se para uma só forma de enxergar os fatos sociais, através do olhar do homem probo, como determina a teoria puramente normativa, desprezando-se, de certa maneira, as questões pessoais do agente.

No âmbito da teoria funcionalista, a responsabilidade jurídico-penal traz uma abordagem interessante, na medida em que busca o contexto social para a realização dos fins do Direito Penal. Além da verificação psicológica, realiza um confronto das perspectivas sociais para justificação do poder punitivo, com viés intersubjetivo, com forte influência das políticas criminais. Contudo, com essas ideias, o Direito Penal sofre com as críticas da possibilidade de amplitude e subjetivismo para imposição ou não das medidas repressivas, em nome da própria necessidade. Ao deixar nas mãos do juiz a verificação das políticas públicas de contenção do delito, abre-se grande margem para as arbitrariedades, cuja fundamentação utilizada servirá para autorizar a mitigação do Direito Penal a um nível de proteção insuficiente ou o uso excessivo do meio repressor, com forte

influência dos fatores estigmatizantes contra determinados grupos-alvo do processo seletivo do Direito Penal.

Confrontando-se a liberdade e a culpabilidade, como juízo de reprovação e legitimador do cerceamento ambulatorial, das teorias fundantes do conceito analítico de delito, verifica-se haver necessidade de adequação dos sistemas, para corrigir ou evitar os problemas apresentados. Nesse sentido, Bruno Buonicore leciona que

> As pretensões ontológica, funcional e naturalista produzem *déficits* que, se não inviabilizam, enfraquecem o centro normativo da culpabilidade jurídico-penal, tornando-o refém ou de pressupostos metafísicos inverificáveis ou da contingência político-situacional da dimensão empírico-social ou de achados psicológicos e/ou neurobiológicos. A partir de uma pretensão ancorada nos quadros teóricos da filosofia social, acredita-se que a pergunta pela fundamentação da culpabilidade não é uma pergunta pelo ser ou não ser, nem pelo eficaz ou ineficaz, mas uma pergunta pelo justo ou injusto que só pode ser respondida por meio de um fortalecimento da normatividade jurídico-penal nos quadros da ciência conjunta do direito penal[146].

Por conta dos déficits de fundamentação dos processos analíticos dos sistemas naturais e ontológicos, que transformam o discurso inverificável, além da possibilidade de arbitrariedade no uso de justificação da política criminal na culpabilidade funcionalista, a proposta é de confrontação dos argumentos legitimadores da responsabilização jurídico-penal a partir do contexto social factível e cientificamente verificável, para abordar a política criminal também no processo de verificação do injusto e da culpabilidade, aliando as teorias neokantistas e funcionalistas. O processo de construção histórica da comunidade e os valores enraizados se apresentam como fundamento para estabelecer a justa reprimenda, calcada na implementação da política-criminal pelo judiciário e além do legislador, com base nas teorias sociológicas, mas não para a própria definição de delito.

Essa visão utilitarista do sistema funcional visa proteger a norma e estabilizar as expectativas sociais, a justificar a teoria da prevenção geral positiva da pena admitindo o consequencialismo ao nível ético determinado, mas que não se confunde com o conceito de delito.

---

[146] BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – Reflexões iniciais. Revista brasileira de Ciências Criminais. Vol 127. Ano 25. Pág. 39-78. São Paulo: Ed RT. 2017. Pag.10.

Ademais, dentro de uma sociedade, há diversas formas culturais, inclusive conflitantes, como, por exemplo, o patriarcado, machismo, racismo, feminismo e outros, que torna o homem médio um ser indefinível. Nessa miscelânia cultural, abre-se a flutuação e abstração da tipicidade e da culpabilidade a apresentar a ineficiência dos sistemas, quando isolados. Ao mesmo tempo em que a política-criminal desenvolvida pelo Poder Judiciário se mostra importante contra a frieza da lei e as arbitrariedades típicas, tem-se a crítica de que também se dissipa no Direito Penal, tornando-o flutuante, pois um fato pode ser considerado, por um juiz, como crime e seu autor merecer a devida responsabilização, mas, para outro, o discurso ser inversamente justificado.

Por outro lado, a mera análise fático-jurídico para o desenvolvimento da adequação típica, na órbita da dogmática penal pura, faz com que o complexo normativo não observe a política criminal de seleção dos fatos proibidos. De fato, isso já ocorre quando se usa um valor fundamental para excluir a tipicidade material, já que autoriza a valoração de determinados princípios para a amoldamento do fato à lei.

A premissa de estabilização da norma realizada por Roxin[147] é, de fato, importante, mas encontra um grande desafio quando apresenta consequências distintas para fatos idênticos subsumidos a um tipo penal incriminador, além de trabalhar equivocadamente com a necessidade da pena dentro do conceito analítico, confundindo-se os institutos. Com isso, para o funcionalismos, é possível que um autor não mereça a reprovação penal, diante do contexto social apresentado, mas que, outra pessoa, nas mesmas condições, receba a reprovação penal por fatos idênticos, ao deixar a política criminal nas mãos de cada juiz, a transformar a volatilidade do Direito Penal, tal como verificável nos casos de estupro de vulnerável, quando o autor está convivendo maritalmente com a vítima, mesmo após a vigência da lei 11.106/05, que excluiu o casamento entre o estuprador com a vítima como causa de extinção da punibilidade. Essa crise de legitimação precisa ser superada pela autêntica fundamentação da política criminal que pode ser adotada tanto na tipicidade, como na culpabilidade.

[147] ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. Ed. Marcial Pons-Brasil. 1ª edição. São Paulo. 2024.

Na linha de Jakobs[148], o funcionalismo atribui ao Direito Penal a condição de ditador de normas para que os súditos cumpram sem ampla margem de discussão, diante da supremacia das normas. Utiliza-se da liberdade individual como processo de legitimador do discurso para a observância da lei. Assim, o sistema determina as expectativas do Direito, de modo que, quem não o observar, considerar-se-á como sujeito desviado. Portanto, mais que a pessoa, a norma é o bem tutelado pelo sistema jurídico, esvaziando a função da culpabilidade como elemento medidor da responsabilidade penal. Para esse sistema, pouco importa se o agente tinha a possibilidade de conhecer o Direito ou de agir conforme ele, mas a relevante proteção da norma, dentro do processo intersubjetivo, de modo que o terror imposto pelo ordenamento faz com a pessoa deva observar o sistema, sob pena de responsabilização penal baseado na extensão do dano à norma.

A extraordinária visão de Zafaroni enfrenta desafios para a superação acerca do conceito de vulnerável, frente ao sistema penal[149]. Embora possa-se constatar a seletividade do Direito Penal contra uma parcela significativa da população (pessoas notoriamente vulneráveis), ainda surgem dúvidas sobre a seleção de delitos e seus autores como mais propensos a sua prática, quando se amplia a visão da criminalidade. Assim como não se presume que um rico empreiteiro venha a cometer latrocínio, é igualmente presumível que este venha a praticar corrupção nas suas relações contratuais. Também é empiricamente verificável que pessoas mais abastadas não são levadas ao banco dos réus com a mesma frequência que as menos favorecidas. Contudo, quando no banco dos réus, a pessoa rica é vulnerável à perseguição criminal, em razão de múltiplos fatores de discriminação. Por isso, a importância de se encontrar a justa definição do vulnerável.

A culpabilidade ainda apresenta o desafio para o encontro de elementos justificadores, instigando alcançar novos contornos, ao considerar as premissas ontológicas e funcionais para a verificação da necessidade da resposta jurídico-penal, diante da carga normativa de valoração que demanda o afastamento do arbítrio, para conferir limites e legitimidade ao processo de valoração dos elementos

---

[148] JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Edição. Marcial Pons. Madri. 1997.
[149] ZAFARONI, Eugênio Raul e outro. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 9ª edição. Editora RT. São Paulo. 2011.

que compõe a própria culpabilidade. Esse desafio se apresenta para a realização da valoração da culpabilidade, especialmente pela abstração dos valores ético-sociais que fundamentam o sistema finalista e funcionalista e que permeiam a construção e o desenvolvimento das relações sociais. Essa situação persiste nesses sistemas, justamente por conter elementos normativos, cuja carga valorativa impõe, em cada caso, ao juiz valorar segundo a ética observada em seu mundo, a fim de promover a incursão da política criminal no conceito do crime.

Pela perspectiva funcional, a culpabilidade ingressa em um discurso de valoração de necessidade de pena justa contra a liberdade do agente, cuja dimensão material encontra-se destituída de concretude, perfazendo a liberdade como valor de justificação formal de difícil debate, além de confundir o próprio conceito de delito.

Objetivamente, se um juiz entender que o agente deve ser responsabilizado, seja qual for a justificativa dada, esta servirá tão-somente para apresentar um discurso, cujo contra-argumento não irá se sobrepor ao que já fora decidido. Com isso, a fundamentação é utilizada como retórica da decisão. Ou seja, trata-se de consequencialismo que inverte a forma de decidir, começando do fim, para que o meio (fundamentação) sirva como mero discurso formal legitimador da imposição da reprimenda, face a abstração dos valores sopesados. Por isso, a delimitação dos *standarts* normativos devem ser apresentados, para que, a partir disso, encontre a solução entre manutenção da liberdade e a necessidade de imposição de pena, de modo a materializar os valores ético-sociais para fornecer a devida justificação para a existência de conformação ou contradição.

O desafio se mostra na superação desses sistemas, notadamente do ontológico e funcionalista, a fim de buscar uma perfeita subsunção do injusto penal e, consequentemente, uma devida responsabilização jurídico-penal ao agente. Além de uma reestruturação dos elementos que compõem o injusto, a culpabilidade recebe igualmente atenção para tentar corrigir certos detalhes apresentados ainda no século passado e identificar os elementos mais adequados e, ao mesmo tempo, compor os ruídos havidos entre o fato típico e a culpabilidade, de modo a extrair os conceitos mais precisos para a valoração e subsunção, ao tempo em que deve aplicar um pensamento crítico, lógico e fundamentado para a admissão da hipótese

na tentativa de resolução das lacunas existentes, mas sem se desprender da tecnicidade, ética e justificação das evidências verificadas.

Para que haja essa possibilidade de correção, é imperioso valer-se da interdisciplinaridade, pesquisando nas ciências duras os fundamentos para o discurso jurídico para a aplicabilidade do Direito Penal nos mais relevantes conflitos sociais. Por isso, não se pode deixar de lado as pesquisas realizadas e apresentadas pela neurociência, local onde há melhores resultados sobre os elementos subjetivos da conduta humana, sem desprezar a psiquiatria, a sociologia, antropologia e outras ciências humanas, para revisitar essencialmente os elementos do dolo e da culpabilidade, sob perspectiva decolonial.

2 ELEMENTO SUBJETIVO DO FATO TÍPICO FINALÍSTICO E SUA TERATOLOGIA

2.1 CONTORNOS ATUAIS DA DEFINIÇÃO E DOS ELEMENTOS NO CONCEITO ESTRATIFICADO FINALÍSTICO DO DELITO E SUAS INCOMPREENSÕES.

O ponto central desse trabalho recai sobre o dolo natural, sob a sistemática da teoria finalista, por ser o conceito mais admitido no ordenamento jurídico penal, além de se reanalisar os fundamentos da imputabilidade penal para uma proposta de ressignificação do elemento dentro da estrutura conceitual de crime. A relevância de sua análise ainda persiste para compreender o fator decisório do injusto penal, quando da sua tipificação, por se tratar de um conjunto de perguntas e respostas concatenadas para se promover a adequada justificação da subsunção jurídica. Por isso, os seus elementos devem ser analisados e confrontados para auxiliar o intérprete no momento da adequação típica, já que, através dessa análise, chega-se à tipicidade de forma coerente e fundamentada. Em razão da existência de paradoxos de fundamentação, é que se impõe a necessidade de revisitação desse tema, para compreender o problema havido entre a conduta e a imputabilidade, para propor a solução de ajuste de fundamentação.

No contexto do conceito de delito de Hans Welzel e adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a partir da alteração da parte especial do Código Penal (lei 7.209/84) e com resquícios do naturalismo, para a realização da técnica de subsunção do fato ao tipo, inicia-se a pesquisa através da conduta, que pode ser comissiva ou omissiva, bem como ser dolosa ou culposa. Na realização de uma conduta delitiva, sob a modalidade comissiva (um agir), verifica-se o liame com um resultado e sua relação com uma norma incriminadora direcionada à evitação da produção de um resultado prejudicial ao bem jurídico. Por outro lado, a conduta delitiva omissiva (uma inação), a proibição recai sobre a realização de uma conduta negativa, onde, por meio de uma norma mandamental, reprocha-se o perigo não permitido de lesão ao bem jurídico, quando verificada a relação de causalidade entre a conduta omissiva e o resultado jurídico típico.

Por conta disso, para se chegar à perfeita subsunção, a partir da conduta humana se inicia a perquirição dos elementos que a compõem, para, depois, seguir à relação de causalidade, resultado e tipicidade, logo na primeira etapa de verificação do injusto. Por isso, é importante que no tipo penal, além do núcleo (que apresenta a conduta), deve-se haver as elementares (objetivas, normativas e subjetivas), de modo a constituir os elementos do tipo legal de crime. Somente após isso é que chega à pergunta acerca da capacidade de entender, que se encontra na culpabilidade.

Além da existência de uma conduta humana, importante é a verificação da intenção do agente (elemento subjetivo) para a realização mais precisa do fato subsumível. No âmbito do elemento subjetivo, implícito ou explicito no tipo legal de crime, as informações de caráter psicológico contido no modelo legal de delito anunciam o intento do agente para a realização do tipo objetivo, embora constitua um só fator de análise para a subsunção, já que o tipo objetivo apresenta os comportamentos adequados à produção do eventual resultado, fornecendo as diretrizes para a atuação da elementar subjetiva. Essa pode ser dolosa ou culposa, a depender da intenção do agente em seu atuar. Portanto, a partir da existência de um comportamento finalístico, a análise da conduta é valorada ontologicamente para se estabelecer o juízo de amoldamento aos elementos objetivos e subjetivos descritos em cada tipo legal, pois, é através do elemento subjetivo que se consegue chegar à perfeita adequação típica-formal.

Sem dúvida, a análise acerca da intenção do agente é primordial para a verificação do injusto penal, pois, além do núcleo e dos elementos objetivos e normativos, o tipo penal é formado pelo elemento subjetivo que engloba a finalidade (o *animus*) do agente. A verificação desse aspecto psicológico perpassa pelas circunstâncias do delito e do próprio agente, para conseguir adequar juridicamente o fato à lei penal incriminadora, de modo que o elemento subjetivo (implícito ou expresso no tipo) passa a ser verificado sob todas as condições psíquicas do agente acerca do fato proibido. Por isso, o injusto penal possui elementos objetivos e subjetivos de valoração para a adequação típica, a exigir verificação psicológica do agente acerca da conduta delitiva.

Essa verificação é a caraterística sobrevinda pelo sistema finalista de Welzel, quando levou o dolo e a culpa para a conduta, retirando-os da culpabilidade.

Quando esses elementos subjetivos passaram a integrar a tipicidade, cuja subsunção da conduta para a formação do injusto penal exige a verificação a intenção do agente acerca do delito praticado, passando a ser considerado como injusto pessoal, em razão dos elementos psicológicos contidos na verificação da subsunção, forneceu melhor verificação para amoldamento do fato à lei penal incriminadora. Por isso, a análise do dolo e da culpa na conduta é relevante para a definição do delito.

A conduta culposa se configura com um agir imprudente, negligente ou imperito, caracterizado pela inobservância do dever objetivo de cuidado, decorrendo, portanto, de um vacilo do agente, quando lhe era exigível atuar com prudência e diligência para evitar o resultado naturalístico. A intenção do agente está direcionada à promoção de algo lícito, mas, por descuido, realiza uma conduta violadora de um bem jurídico tutelado por lei penal. A conduta culposa pode ser comissiva ou omissiva, caracterizada pela falta de cuidado e produtora de um resultado material expressamente proibido por lei, como, por exemplo, o crime de homicídio culposo (art.121, §3º, CPB). O agente tem consciência e vontade de realizar uma conduta conforme o direito, mas, por descuido, pratica uma ação violadora. Entretanto, a consciência e a vontade são estudadas para a definição do crime doloso e, por isso, na conduta culposa não se apura profundamente tais elementos, já que incongruente com o resultado, salvo para verificar a própria finalidade do atuar do agente, uma vez que não assume a produção do resultado. Nesse sentido, a culpa consciente é designada somente quando o agente tinha previsibilidade do resultado, mas, ao agir, sinceramente acreditava na inocorrência do resultado danoso, ou seja, é a previsibilidade de um resultado não querido. Por isso, o que interessa para essa pesquisa é a análise do dolo, já que envereda na definição da consciência e vontade como elementos que o integra.

Historicamente, essa análise dos elementos subjetivos da conduta vem desde o Direito Romano, onde começou a desenvolver o conceito de dolo, ao analisar o elemento cognitivo e volitivo para compreender a intenção do agente. Nesse particular, o dolo representava como um propósito de cometer um delito e, por consequência, violar a lei conscientemente, o que se diferenciava da culpa, já

que essa se apresentava pela quebra do dever de cuidado. Segundo Tavares[150], a partir da promulgação da *Lex Numaria*, que serviu como limite à vingança privada, apenas aquele que cometia o crime de homicídio doloso, por exemplo, era considerado culpado se o realizasse com "má intenção e conscientemente (*dolo sciens*)". O termo "*dolus",* provavelmente derivada do grego "*dólos*", apresentava essencialmente o conceito de astúcia. Posteriormente, com a *Lex Cornelia*, o conceito de dolo passou a ser expresso comumente por meio das seguintes terminologias: *dolo, sciens dolo, dolo malo, sciens dolo malo, sciens prudensque, voluntas, data opera, consulto, sponte, consilium, adfectu, proposito, dolus pro facto accipitur.* O Direito Canônico também contribuiu para essa análise subjetiva do Direito Penal, ao adotar a terminologia romana para descrever o dolo e a culpa. Ressalta-se que o Direito Canônico é importante para o Direito Penal, pois, além de reconhecer o caráter público do delito, apresenta grande contribuição para o estudo do elemento subjetivo do crime, inclusive para determinar o grau de expiação. Portanto, o elemento subjetivo é fundamental para o injusto, por ser produto da vontade e conhecimento humano para a realização de um comportamento[151].

Embora o dolo tenha sido estudado por outros ordenamentos, como o Germânico e o Italiano, foi a partir do período iluminista que recebeu maior tecnicidade para se chegar a sua formação atual, de modo a referir-se à consciência e à vontade de realizar o crime doloso. Ou seja, o dolo passa a ser definido como o conhecimento e a vontade de cometer o delito[152], notadamente a partir do século XVIII, em que pese a distinção entre o dolo natural e dolo normativo.

Quando da sistematização finalista do conceito de delito por Welzel, a conduta humana passa a ser valorada de acordo com a finalidade alcançada para a tipificação do fato, que, quando conjugado com o modelo legal, configura a base fundante da subsunção, especialmente o crime doloso, pois é verificado a partir da produção de um comportamento tendente a esse fim.

---

[150] TAVARES, Juarez. Direito Penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposo. Ed. RT. São Paulo. 1985, p. 132.

[151] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1 . 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. pág., 885.

[152] *Dolo* é a *consciência* e a *vontade* de realização da conduta descrita em um tipo penal, ou, na expressão de Welzel, “dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito”. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pág. 521.

> No sentido dogmático penal, o dolo como elemento geral da conduta final compõe o tipo subjetivo. Entende-se por dolo a consciência e a vontade (*sciens et volens*) de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso (tipo objetivo). Dolo, como resolução delitiva, é "saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito". Ou ainda: "a parte subjetiva do tipo se compõe sempre de dolo, se agregados ou não, outros elementos subjetivos do tipo, depende da construção típica dos delitos específicos. O dolo, expressado com formulação mais geral, é o querer, dominável pelo saber, da realização do tipo objetivo". A presença do dolo no tipo de injusto doloso decorre de forma imediata e necessária não somente do conceito ontológico de ação (pré-típico), mas também da concepção da norma penal como norma de determinação, de caráter imperativo, e, para logo, da ilicitude entendida como sua transgressão. Além disso, corroboram essa postura sobre a inserção do dolo no tipo, a existência de outros elementos subjetivos do injusto, a punição da tentativa, e a configuração dos tipos de modo finalista. Ao que consta, tais conclusões, em verdade, se complementam, ainda que o tema pode ser apresentado de forma diferenciada.[153]

Portanto, com o advento do dolo na conduta, para a definição do injusto penal, transformou a análise do comportamento humano para a verificação das finalidades específicas do agente, notadamente a sua vontade e consciência de querer ou aceitar a violação da lei penal (resultado jurídico querido ou assumido). Nesse sentido, a sociedade produz as regras proibidas para que estimulem as pessoas a agirem conforme o direito, apresentando os valores dos bens jurídicos e, simultaneamente, produzir uma consciência geral acerca das condutas admitidas ou não, a ponto de induzir a realização ou não de certo comportamento, independentemente de sua sanção. Se uma pessoa tem a consciência de que matar é proibido (dolo normativo), independentemente da existência da sanção jurídica, o agente é estimulado pelo padrão normativo a seguir um comportamento socialmente aceito ou imposto (dolo natural). Por isso, de certo modo, a lei penal e os costumes (dolo normativo) proporcionam uma condução das pessoas para a realização de suas ações (dolo natural). Logo, o dolo normativo influencia o dolo natural, embora não havendo confusão entre si.

> Ressalte-se, a propósito, que as normas jurídico-penais são normas de determinação, mandamentos ou proibições, que se baseiam em juízos de valor inerentes ao ordenamento jurídico. O direito valora positivamente certos bens, que ao ser objeto de sua proteção se convertem em bens jurídicos. Em consequência, valoram-se negativamente as condutas que lesam ou expõem a perigo bens jurídicos. Dada a limitação do saber causal humano, o direito não pode proibir a mera causação de resultados, mas tão somente a realização de ações dirigidas pela vontade à produção de lesão a um bem jurídico ou que trazem consigo perigo de lesão. Tão somente mediante a referência ao conteúdo da vontade, e, portanto, ao dolo, pode

[153] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. pág., 890.

> ser tida a conduta como proibida ou ordenada. Nesses termos, age dolosamente o agente que *conhece* e *quer* a realização dos elementos da situação fática ou objetiva, sejam descritivos, sejam normativos, que integram o tipo legal de delito. O dolo é, de certo modo, a "imagem reflexa subjetiva do tipo objetivo", da situação fática representada normativamente. Ou, ainda, "o dolo, como vontade de ação dirigida contra a ordem da norma, constitui o núcleo do injusto pessoal da ação".[154]

Como se verifica, age dolosamente aquele que conhece e deseja realizar os elementos descritivos ou normativos que compõem o tipo legal de crime. Na teoria do delito, o dolo é a representação subjetiva dos elementos objetivos do crime ou da situação normativamente representada[155]. Para o delito, o dolo, como vontade de agir contra a ordem da norma, é o cerne do aspecto pessoal do crime, que representa uma conduta mais perigosa e que deve ser punida mais severamente do que a conduta culposa, justamente por conta da intencionalidade do agente em agir contrário ao Direito. Portanto, o dolo representa a parte subjetiva do injusto.

Importa ressaltar que não há que se confundir esse dolo do sistema finalista com o *dolus malus*, adotado pelo causalismo, uma vez que aquele ocorre quando o agente quer diretamente ou assume o risco de produzir um resultado proibido, ainda que não conheça a lei incriminadora. Logo, o dolo finalista possui elementos intelectual e volitivo, já que o agente conhece e tem a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, ainda que não tenha a capacidade de conhecer a lei penal.

Nesse caso, a conduta dolosa é caracterizada pela busca do objetivo idealizado, já que o agente conhece as circunstâncias fáticas que pode produzir com seu comportamento, e aceita a sua produção, quando a vontade aponta a conduta para produzir ou assumir o resultado proibido. O dolo não se limita apenas à intenção direta de cometer um ato ilícito, mas abarca uma série de elementos que são essenciais para a caracterização de um delito, pois, para se ter o dolo em sua plenitude, é necessário considerar diversos aspectos, como os elementos descritivos e normativos do tipo penal, que descrevem tanto a conduta quanto a norma que a rege, embora não se exija isso do agente. Além disso, é preciso analisar o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado produzido, notadamente quando se trata de crimes de dano, onde a relação entre a ação e o resultado material se

[154] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1 . 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. pág, 891.
[155] Idem.

mostra factível. Assim, a lesão ao bem jurídico causado pela conduta criminosa, também é um elemento a ser levado em conta na compreensão do dolo, o que inclui entender ou ter a possibilidade de conhecer as circunstâncias do delito e seu resultado. Por isso, o dolo não se refere apenas à intenção de cometer o crime, mas também à representação do fato, conforme apresentado na parte objetiva do tipo penal, a significar que o agente deve ter a consciência das consequências de seus atos e estar ciente de que está violando uma norma jurídica.

> O dolo abrange o fim visado pelo agente, os meios empregados e as consequências secundárias vinculadas à relação meio-fim – dolo de consequências necessárias. Nesta última hipótese, considerada como dolo direto, "o resultado é tido como querido porque o autor sabe que vai se produzir". Além disso, tem-se ainda que a vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de influir no curso causal. O conhecimento do dolo compreende a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexo causal e do evento (delitos de lesão), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto (tipo qualificado ou privilegiado) e dos elementos acidentais do tipo objetivo. Não abrange, porém, eventuais condições objetivas de punibilidade, visto que se encontram fora do tipo objetivo. Assim, o dolo como vontade de realização abrange a "representação total do fato, tal como se apresenta na parte objetiva do tipo". Nesse sentido, discorre-se que "no âmbito da consciência, o atuar doloso pressupõe que o autor no cometimento do fato tenha conhecido todas as circunstâncias fundamentadoras e agravadoras de pena do tipo penal objetivamente realizado. Sua representação deve compreender o fato concreto nos seus traços fundamentais, as particularidades tipicamente relevantes da ação executiva, a ocorrência do resultado típico, o processo causal e seus contornos essenciais, assim como todos os demais elementos do tipo de injusto objetivo". O dolo deve ser atual, isto é, simultâneo à realização da ação típica, não sendo necessário que o conhecimento do agente seja exato ou preciso, em termos jurídicos ou técnicos; basta simplesmente sua "valoração paralela na esfera do profano". Isso vale dizer: é suficiente que o agente tenha, no seu contexto, uma compreensão razoável, segundo conhecimento normal de uma pessoa leiga (v.g., o elemento normativo funcionário público: não é preciso que o autor saiba o conceito jurídico-penal de funcionário público, é suficiente que tenha consciência de que exerce [ou exerceu] uma função pública). Como bem se acentua, vontade de realização não se confunde com voluntariedade da conduta, da mesma forma que a simples finalidade não é equivalente ao dolo.[156]

Além dos aspectos mencionados, para a verificação do dolo, mostra-se importante reconhecer que este deve ser atual ao momento da conduta, ou seja, deve-se verificar a intenção criminosa no momento em que o delito é cometido. Isso significa que o agente deve ter consciência da natureza ilícita de seu comportamento e desejar voluntariamente realizar o resultado proibido pela lei no momento da

[156] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1 . 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. pág, 892.

realização da conduta. No entanto, essa exigência de atualidade do dolo não implica que o agente tenha que ter um conhecimento técnico ou jurídico preciso sobre a ilicitude de sua ação, mas exige que tenha uma capacidade de compreensão razoável do caráter proibido de sua conduta, de acordo com os padrões geralmente aceitos pela sociedade. Essa abordagem tem várias implicações importantes. Em primeiro lugar, ela simplifica o processo de determinação do dolo, tornando-o mais acessível a pessoas leigas, pois baseiam suas ações de acordo com o senso comum. Por isso, é imperioso ressaltar que a conduta dolosa corresponde a um comportamento voluntário tendente à realização de um resultado objetivamente previsível estatuído em tipo penal incriminador como proibido, mas que não se equipara a qualquer finalidade, mas a uma finalidade especial. Nesse sentido, Regis Prado leciona que

> Por outro lado, finalidade e dolo não são conceitos equivalentes, já que a "finalidade é um conceito mais amplo e fundamental; refere-se à qualidade de uma ação ser intencional. É um conceito pré-jurídico, enquanto o dolo é um conceito jurídico, relacionado ao tipo objetivo, indicando que a ação está orientada para a realização do tipo (...). Em todo caso, é evidente que quando a vontade de ação está direcionada à realização de um tipo legal, estamos diante do dolo em sentido técnico. Este dolo faz parte da ação". Portanto, "todo dolo de tipo é uma vontade finalista da ação, mas nem toda finalidade é um dolo de tipo". Em outras palavras, a finalidade, como conceito pré-jurídico, refere-se à qualidade de uma conduta ser intencionalmente dirigida, enquanto o dolo é um conceito jurídico que se refere à parte objetiva do tipo legal de delito, indicando que a conduta está orientada para sua realização.[157]

Entretanto, para que haja consciência, não se pode faltar o funcionamento corporal cognitivo para a formação do dolo. Embora esse aspecto psicológico seja enfrentado na culpabilidade, quando da verificação da inimputabilidade, desde logo se percebe que uma pessoa, sem capacidade de entender, não tem plena consciência dos fatos. Portanto, sua vontade encontra-se viciada, quando há erro de percepção e formação da consciência, de modo a se ter uma incongruência argumentativa quando o finalismo afirma haver consciência e vontade, para depois se descobrir tratar-se de um inimputável. Não é correto iniciar a investigação através da consciência, para depois indagar se o agente tem capacidade de entender o caráter ilícito do fato. Portanto, aqui, pesa a necessidade de revisitação do conteúdo do conceito, o qual será apresentado mais adiante.

---

[157] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1 . 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. pág, 894.

Por outro lado, gera uma perplexidade quando o agente não tem a mínima noção da ilegalidade de sua conduta por questões culturais, já que, de fato, não possui a consciência de que está realizando algo proibido. Aqui, não se está confundindo dolo natural com o dolo normativo, que integra a culpabilidade, mas de perceber que o total desconhecimento da lei (ou ignorância da lei) molda a conduta da pessoa de sã consciência. Um indígena, que nunca teve contato com o mundo fora de sua comunidade, jamais alcançará a consciência de que ter uma relação sexual com pessoa menor de 14 anos configura estupro de vulnerável, quando em sua comunidade é algo normal a partir da primeira menstruação. Ou, quando uma pessoa coloca um facão no porta-malas de seu carro e o transporta até o seu sítio no final de semana, sem saber que isso, em tese, configura contravenção penal descrito no art. 19 do decreto-lei 3.688/41. Nesses casos, tem consciência e vontade dirigida a prática de um fato, que, apesar de proibido por lei, o costume social conduz o atuar do agente na direção daquilo que imagina ser correto ou aceito socialmente. Portanto, mais adiante, verificar-se-á a incidência da cultura na formação da consciência e como juridicamente deve ser tratada.

O conhecimento das circunstâncias fáticas, comum a todos, é relevante para a formação da consciência e da vontade e, por conseguinte, do próprio dolo, uma vez que o agente promove cognitivamente, através da percepção, a antecipação, ainda que mínima, de um resultado objetivamente típico, quando idealiza a realização da conduta. Por óbvio, tratando-se de dolo natural, não se exige o conhecimento da lei penal, embora esse conhecimento seja importante para a formação do dolo. O agente pode conhecer ou não a lei penal para querer a produção de um resultado material, mas se souber da lei proibitiva terá condições de melhor ponderar a sua conduta, já que a reprovação normativa guia o comportamento social e das pessoas, individualmente. Por isso, o dolo contido na conduta não contém o caráter normativo, mas somente o conhecimento das circunstâncias fáticas para a promoção de um comportamento proibido por lei, embora a importância do dolo normativo para a formação do dolo natural.

Juntamente com a formação do elemento cognitivo nas circunstâncias fáticas, tem-se a vontade da realização de um comportamento tendente a uma finalidade delitiva. O elemento volitivo propulsiona o agente à efetivação do resultado jurídico e/ou naturalístico, ainda que não conheça a lei penal. Tem-se,

aliado à consciência, a vontade de agir, por meio de uma conduta comissiva ou omissiva.

O elemento volitivo consiste na vontade de alcançar um objetivo, o que faz mover o agente em busca de algo e, por isso, sempre haverá uma finalidade. Não se trata de um mero desejo (querer passivo), mas um impulso para a realização de comportamento finalístico. Logo, a vontade vem carregada de um conteúdo, já que não é possível a existência de uma vontade sem finalidade (sem conteúdo).

> Quase unanimemente admite-se que toda conduta deve ser voluntária, isto é, que sem vontade não há conduta. Os problemas surgem quando se trata de precisar o conteúdo da vontade requerida pela conduta. Esclareceremos repetidamente este ponto, mas, de momento, começaremos por distinguir a "vontade" do "desejo", o "querer" do "desejar". "Voluntário" é o "querer" ativo, o querer que muda algo, enquanto "desejar" é algo passivo, que não se põe em movimento para mudar coisa alguma. "Querer" é "viver" e "desejar" é "desejar-se viver" (HEIDEGGER). Aquele que quer - tem vontade - movimenta-se em direção ao resultado; o que "deseja" apenas espera o resultado, como o qual se alegrará se sobrevier. Assim, distinguidos os conceitos, fica claro que se pode ter vontade sem desejo e desejo sem vontade. Um sujeito pode querer obter uma soma de dinheiro mediante uma ação violenta, mas não ter desejado esta ação, e ter sido coagido a cometê-la por um terceiro que o ameaçava de morte. Inversamente, pode ocorrer que um sujeito queira a morte de um tio rico, para herdar-lhe o patrimônio, c apesar disto nada faça para matá-lo.[158]

Reconhece-se, pois, que a essência da vontade implica sempre uma finalidade, já que não há como conceber a existência de uma vontade que não esteja direcionada a algo específico. A teoria da ação final sustenta que a vontade é inseparável de sua finalidade em qualquer conceito de conduta humana. Para os finalistas, a ação humana sempre visa um objetivo, refletindo a intencionalidade e a direção da vontade. Isso significa que, na análise de qualquer comportamento humano, deve-se considerar o propósito que orienta essa ação. Diferencia-se, por consequência, do conceito causalista de ação, porquanto considera a ação humana como voluntária, mas sem analisar o conteúdo da vontade. Para os causalistas, a conduta é vista como um simples movimento corporal causador de um resultado, desvinculado de um propósito específico.

Para Zafaroni, é impossível existir conduta sem vontade e vontade sem finalidade[159], de modo a concluir que toda conduta humana requer sempre uma

[158] ZAFARONI. Eugenio Raul e outro. Manual de direito penal brasileiro. Vol. 1., Parte geral. 9ª Edição. I, Ed RT, São Paulo. 2011. Pág. 362
[159] Idem. Pág. 363.

finalidade, como idealizado pela teoria finalista da ação, por observar a conduta humana como um processo intencional, direcionado a alcançar determinados objetivos. Essa intencionalidade do comportamento humano é o que diferencia a vontade deliberada de meros atos reflexos ou acidentais. Para o Direito Penal, essa distinção é vital para determinar se uma ação foi conduzida com uma finalidade específica, pois, é através dela, que se define a tipicidade do fato. A teoria finalista, ao insistir na análise da finalidade da conduta, fornece uma resposta mais coerente para o juízo de subsunção. Por isso, nesse ponto, irreparável o elemento volitivo da teoria finalista.

Entretanto, essa vontade finalística exige que o agente esteja livre para querer o resultado, uma vez que, se a pessoa não estiver livre para a realização de uma conduta, não haverá vontade de buscar o resultado. Se não há vontade livre, esta encontra-se viciada pela falta ou erro na formação da consciência ou por conta da existência de coação irresistível. Por isso, a vontade de buscar um resultado doloso deve ser livre, advinda de uma consciência plena e sem qualquer força física interveniente, para se encontrar presentes os elementos do dolo, quais sejam, o volitivo (vontade) e cognitivo (consciência). Se houver qualquer interferência de algum fator na formação desses elementos, não se pode falar em dolo, em razão da impossibilidade de sua investigação.

A partir da consciência e da vontade do agente em perquirir um resultado, é que a doutrina estabelece as espécies de dolo e o fundamento de cada teoria para a sua existência. Nesse sentido, há o dolo direto e o dolo indireto, expressamente consignado no artigo 18 do Código penal Brasileiro[160].

Entende-se por dolo direto, quando o agente, por meio de sua conduta comissiva ou omissiva, quer diretamente o resultado ciberneticamente antevisto. Com fundamento na teoria da vontade, sua intenção está dirigida ao alcance do resultado delitivo e todas as suas nuances e consequências, inclusive os resultados secundários, classificado por Mezger como dolo direto imediato (1º grau) e mediato (2º grau). Nesse sentido, Regis Prado assevera que

> Dolo direto: o agente tem a intenção de alcançar o resultado como o propósito de sua ação e o considera intrinsecamente ligado a ela, ou seja, o resultado ocorre como decorrência de sua conduta (intenção de realização).

[160] Art. 18 - Diz-se o crime:
I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

> A vontade está orientada para a efetivação do fato típico principal desejado pelo autor. Isso engloba, em certas circunstâncias, as consequências secundárias que são inevitavelmente ligadas à execução da ação (dolo mediato ou de consequências necessárias). A vontade diretora - finalidade - inclui não apenas o resultado primordialmente visado como objetivo principal do agente, mas também outras consequências que surgem necessariamente da prática da conduta típica.[161]

O dolo direto de primeiro grau ocorre quando o agente direciona sua conduta a um resultado imediato, sendo a sua principal intenção, quando, por exemplo, o agente, querendo matar, atira na vítima, alcançando o óbito dessa. Por outro lado, o dolo direto de segundo grau ocorre quando, ao tencionar sua conduta a um propósito imediato, vale-se de um modo de agir que necessariamente atinge outros bens jurídicos ou outros titulares de bens jurídicos. Isso ocorre, por exemplo, quando, pretendendo matar o Presidente da República (dolo direto de primeiro grau), o agente põe uma bomba no carro presidencial, sabendo que, além do Presidente, matará o chofer (dolo direto de segundo grau). Ou seja, as consequências diretas do delito são primordialmente admitidas pelo agente, em que pese queira algo mais específicos entre os resultados que almeja. No âmbito prático, essa distinção teórica não tem qualquer relevância para efeitos de imputação, podendo haver no campo dosimétrico, face às circunstâncias distintas dos delitos.

Por dolo indireto, entende-se como a assunção do resultado previsto. O agente virtualmente antecipa o resultado como possível, mas não se importa com a sua produção, prosseguindo com a realização da sua conduta. Com fulcro na teoria do assentimento, o agente não deseja diretamente o resultado, mas não se importa com a sua produção. Trata-se de conduta dolosa, nos termos da segunda parte do inciso I, do artigo 18 do Código Penal. O dolo indireto pode ser alternativo, quando o agente não quer diretamente um resultado, mas realiza um comportamento tendente a produzir uma ou outra consequência. Para ele, tanto faz se matar ou ferir, o resultado objetivo será indiretamente admitido. Noutro sentido, se querendo matar alguém, vier atingir um ou outro, não importando quem, tem-se o dolo indireto alternativo subjetivo. Essa classificação (dolo indireto alternativo) não vem sendo lecionada pela doutrina moderna, por entender que somente há o dolo direto e o eventual. Contudo, ousa-se discordar, uma vez que o dolo indireto alternativo é um misto do dolo direto e eventual, não sendo nem um, nem outro. O agente quer um

[161] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1 . 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 895.

resultado, mas um resultado indeterminado. Para a configuração do dolo direto, exige-se um resultado determinado. Por outro lado, no dolo eventual, o agente não quer o resultado, apenas não se importa com sua produção, aceitando o que ocorrer. No dolo indireto alternativo, o agente quer um resultado, mas não se importa com qual irá produzir, pois ficará satisfeito com um ou outro. Entretanto, diante da redação do Código Penal, esse dolo alternativo se situa na categoria do dolo eventual, daí, a desnecessidade, por parte de alguns doutrinadores, dessa categorização.

Por outro lado, o dolo indireto pode ser eventual, quando o agente não quer praticar diretamente um crime, mas sabe que, se prosseguir com sua conduta, inexoravelmente o produzirá. Ao antever, podendo tomar outra conduta, mantém seu comportamento, assumindo o resultado. Embora diretamente não querido, não se importa com sua produção, assumindo-o. Nesse caso, ao participar de um racha em via pública, por exemplo, o agente tem a previsibilidade de que pode causar algum acidente. Ainda assim, prossegue com seu comportamento, por não se importar com o resultado. Sobrevindo a morte de outrem, por conta do resultado advindo de sua conduta, responderá por crime doloso.

> b) Dolo eventual (dolus eventualis): refere-se à situação em que o agente reconhece seriamente a possibilidade da ocorrência do tipo legal e a aceita. O agente não busca diretamente a realização do tipo, mas a reconhece como possível ou provável - ele "assume o risco da produção do resultado" (art. 18, I, in fine, CP). O agente está consciente da probabilidade de sua ação resultar no tipo e ainda assim procede. Em outras palavras, o agente consente ou aceita a concretização do tipo penal. Ao contrário do dolo direto, no dolo eventual "não há certeza da realização do tipo, nem este é o objetivo do autor". A vontade também está presente, embora de forma mais tênue. Exemplos: Um rapaz [A] faz uma aposta com outro rapaz, oferecendo-lhe uma quantia em dinheiro [X] se ele conseguir, com um tiro de fuzil, quebrar uma bola de vidro segurada por uma feirante [B], sem feri-la. Mesmo sabendo que não é habilidoso atirador, [A] aceita o desafio e atira, ferindo a mão de [B]. (Exemplo de Lacmann). [A], um químico, manipula fórmulas para substâncias alimentícias sem tomar precauções adequadas contra contaminação. Apesar de estar ciente do perigo, continua agindo e acaba causando danos à saúde dos consumidores.[162]

Importante destacar que o dolo eventual não se confunde com a culpa consciente, pois essa, embora o agente anteveja o resultado como possível, não o assume. Continua com seu comportamento, por acreditar, sinceramente, em sua

[162] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1 . 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 895.

habilidade. Por exemplo, o agente sabe que se ultrapassar o limite de velocidade em uma rua pública, pode causar um acidente e matar um pedestre. Por acreditar, verdadeiramente, em sua habilidade, e jamais aceitando a produção do resultado, mantém a conduta, mas, por descuido, produz um resultado não querido. Logo, causar a morte de alguém, ao inobservar o dever objetivo de cuidado, incorrerá em crime culposo. Para o dolo eventual, deve haver a previsibilidade e a assunção da produção do resultado, enquanto para a culpa consciência, face à teoria da representação, basta a previsibilidade da ocorrência do resultado e não aceitação do resultado material.

Para a tipificação do injusto, não há distinção entre o dolo direto e indireto, porquanto presentes a consciência e a vontade dirigidas a produção do resultado objetivamente querido ou assentido. Seja qual for, o delito será doloso, embora haja certa relevância no processo dosimétrico de aplicação da pena.

Contudo, dois aspectos para a formação do dolo são importantes: a questão cultural e o pleno funcionamento da capacidade cognitiva. Como rapidamente mencionado, o meio social molda o comportamento individual, independentemente do conhecimento da lei penal, pois as normas (escritas ou não) vigentes em uma determinada comunidade faz com que o agente tenha o seu padrão comportamental lapidado, o qual normatiza os eventos para admiti-los ou rechaçá-los, conforme o entendimento de cada pessoa. Outro fator, é a plena capacidade cognitiva. Para que se tenha a consciência e a vontade, é importante que o funcionamento do corpo esteja em condições de alcançar a consciência de um resultado delituoso através de uma vontade dirigida a essa finalidade. Essas duas circunstâncias são importantes para a formação da consciência pessoal. Contudo, no sistema finalista, a questão cultural é fragilmente observada na tipicidade material, quando da análise do princípio da adequação social, a partir da assunção de um aspecto funcionalista, ao passo que o funcionamento corporal da capacidade cognitiva é observado na culpabilidade, quando da verificação da inimputabilidade, ao tempo em que também se exige a capacidade cognitiva no dolo. É, nesse particular, que se tem um paradoxo da teoria, que merece maiores estudos para a busca da solução.

2.2 A REVISITAÇÃO DOS SIGNIFICANTES CONTIDOS NA ESTRUTURAÇÃO DO CONCEITO ANALÍTICO DE DELITO.

A partir cientificização do Direito no século XVIII e com o surgimento da dogmática do Direito Penal no final do século XIX, importantes doutrinadores apresentaram suas contribuições no desenvolvimento de um conceito estratificado do delito, cada qual visando superar determinados problemas verificados em cada sistema. Essas contribuições ocorrem até o presente, já que não existe a perfeição de um modelo a solidificar um entendimento unânime. Reconhece-se, aqui, a importância da existência do conceito analítico, cuja verificação é promovida em etapas (como filtros), para se definir o delito. Igualmente, todos os sistemas (causalistas, finalista e funcionalistas), embora tendo as suas particularidades, apresentam fundamentos que solidificam certos institutos inseridos na estrutura. Contudo, há elementos no conceito que ainda despertam grandes intrigas e fomenta a busca do aperfeiçoamento do conceito, como, aqui, se verifica com os elementos cognitivos do comportamento humano.

O estudo da dogmática penal recebe maior importância após o fim da II Grande Guerra, notadamente com a apresentação e reformulação do conceito de ação por Welzel, de onde se extrai a necessidade de ressignificação, apesar de existir parcela doutrinária que afirma ser uma discussão improfícua[163]. Aqui, reconhece-se a importância dos estudos dos elementos que compõem a estrutura conceitual, por conta do método existente para verificação do injusto e da responsabilidade penal, de modo que cada instituto merece uma abordagem científica para fundamentar coerentemente a sua existência e aplicação.

Embora o fato do sujeito revele as circunstâncias do delito para verificação do injusto, cuja análise é orientada pelo causalismo e, de certo modo, pelo finalismo, não se pode deixar de observar o ponto nodal de observação que é o próprio sujeito (o agente), a fim de investigar a constituição de seu comportamento para uma perfeita adequação típica. Por óbvio, não se está a levantar o indigesto direito penal do autor, mas de se buscar autorização para determinar a investigação do fato, a partir dos elementos subjetivos que compõem a racionalidade do indivíduo

[163] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*, 2ª edição, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 43 e ss

do caso concreto, para, a partir daí, balizar os elementos objetivos do tipo penal. Nesse mesmo sentido, Juarez Tavares leciona que

> Um sistema coerente e vinculado a um regime autenticamente democrático deve superar os dogmas da objetividade causal positivista e proceder à recuperação do sujeito como figura central da ordem jurídica. Isso não implica, contudo, fundar um *direito penal de autor.* Pelo contrário, o fundamento básico de caracterização da conduta criminosa continua a ser o fato. Ocorre, todavia, que o fato por si só não tem relevância, senão quando vinculado a determinado sujeito. A recuperação do sujeito exige a demonstração de que, mediante sua capacidade de se orientar pela norma, fora ele capaz de realizar o fato que dá base à conduta criminosa. A inclusão do sujeito no sistema do delito, ao contrário do que postulavam as teorias do direito penal de autor ou mesmo o positivismo antropológico, tem como objetivo assegurar sua proteção diante do poder punitivo do Estado[164].

Isso quer dizer que, ao contrário de Zafaroni, deve-se recair sobre o conteúdo subjetivo do delito para a averiguação da tipicidade penal. Zafaroni compreende que, inicialmente, deve-se investigar os aspectos objetivos da tipicidade, para, em seguida, buscar os elementos subjetivos, porquanto isso se torna desnecessário quando não houver tipicidade objetiva. Entretanto, apesar de se reconhecer a inteligência desse argumento, em casos práticos de verificação, mostra-se desnecessário esse processo de distinção, uma vez que a subsunção é realizada considerando os elementos subjetivos na conduta para se definir os aspectos objetivos na causalidade, cujo resultado é encontrado com a junção dos elementos. Nesse sentido, é impossível definir corretamente um resultado típico objetivo, se não houver aclarado o elemento subjetivo que há no agente. Por exemplo: “A” matou “B”. Esse fato objetivo pode não ser um homicídio. Precisa dos elementos cognitivos e volitivos para se definir o resultado típico, porquanto daquela conduta objetivamente observada pode-se ter diversas conclusões (homicídio, lesão corporal seguida de morte, latrocínio etc.). Por isso, a imputação objetiva, por si só, não atende critérios para a tipicidade, salvo no que se refere ao estudo da relação de causalidade. Fora isso, imperiosa a investigação do sujeito para a adequada tipicidade.

Ademais, a revisitação dos significantes constitutivos da estrutura do delito se apresenta como necessária, devido à existência de determinados conflitos

[164] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 127 e ss.

conceituais ainda persistentes em ciências distintas, que, descortinado por Juarez Tavares, estabelece a imperiosidade de resolutividade. Em suas lições, aduz que

> Com efeito, **constitui um paradoxo considerar que um doente mental, que não tenha a capacidade de entendimento e autodeterminação, possa atuar dolosamente ou possa se orientar por normas de cuidado estabelecidas para o exercício profissional**. A doutrina tradicional costuma contornar esse paradoxo por meio da presunção de dolo, ou seja, por uma ficção. Mas esse paradoxo só pode ser superado com a antecipação de elementos específicos de responsabilidade para o âmbito da própria estrutura da ação, ou seja, mediante a inserção da imputabilidade ou inimputabilidade como elemento do injusto. Essa inserção da imputabilidade no injusto implica uma reformulação da teoria do delito para ajustá-la à lógica do discurso, na qual se reedifica a posição do sujeito na configuração da conduta criminosa. Mediante essa reformulação, o sujeito passa a ser um fator de contenção do poder punitivo e não simples objeto de imputação de responsabilidade[165]. (grifo nosso)

Com essa afirmação, verifica-se a necessidade de reformulação dos elementos que compõem a estrutura conceito estratificado do delito, que, alicerçado em fundamentos científicos, apresenta a possibilidade de resolução do conflito (paradoxo) observado. É aqui o cerne do presente trabalho, cujo objetivo é trazer um contributo para melhor definição dos elementos, a partir das observações de Juarez Tavares.

Assim como as Escolas Funcionalistas visam buscar os fins do Direito Penal, é de se compreender que, entre outras finalidades, a teoria do crime busca subsidiar a fundamentação da tipicidade e responsabilidade penal, quando o sujeito ativo de um delito receber o influxo do poder punitivo estatal. Por isso, o Estado deve agir legitimado a impingir as agruras do sistema penal repressor, a fim de garantir a efetiva tutela dos bens jurídicos e a afetação da liberdade do agente, com sólidos e sustentáveis argumentos. Sendo este o objeto de contenção, é exatamente o foco de análise, a partir da realização da conduta proibida pelo ordenamento jurídico, para que um magistrado, por exemplo, possa reconhecer a existência do delito e sua autoria, para, legitimamente, impor a reprimenda adequada. Não há óbice algum de imposição de pena, quando se tiver adotado a autoridade do argumento, que se funda pelo discurso coeso.

O fato é que, com as lições provenientes de diferentes disciplinas afetas aos conceitos adotados pelo Direito Penal, faz com que haja a necessidade de

[165] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 127 e ss.

revisitar o tema, como, especificamente, os elementos que compõe a conduta humana, para compreender os elementos subjetivos analisados na definição de delito, bem como na verificação da possibilidade de utilização de estruturas empíricas para legitimar o discurso de incidência ou não do Direito Penal.

Requer, pois, que o estudo se volte aos elementos racionais, uma vez que os aspectos emocionais podem influenciar a racionalidade, momento em que pode retirar o entendimento, ou recair no juízo de reprovação realizado no momento da definição da reprimenda, e não na tipicidade ou culpabilidade. Logo, a emoção pode retirar um elemento da racionalidade humana e retirar complemente a responsabilidade penal, ou ser um dado de valoração para determinar o grau de pena.

Além disso, os fins do Direito Penal também serão abordados para, de certo modo, tentar unificar as ideias propostas pelos neokantistas e funcionalistas para a definição do delito, verificando a hipótese de conciliar a utilização da política criminal para a definição do injusto e da reprovabilidade. Por isso, verificar-se-á os elementos da conduta e valoração dos elementos da culpabilidade, a luz das ciências duras, das ciências humanas e da política criminal, a se buscar uma correção ao paradoxo apontado e aproximar o Direito Penal aplicado.

Verifica-se, assim, a necessidade de observar primeiramente o agente (o sujeito do fato) para depois seguir a verificação de todas as etapas de constituição do delito (o fato do sujeito). Ao invés de iniciar a imputação com os aspectos objetivos, por conta da reestruturação exigido na atualidade acerca da estrutura analítica do delito, ao agente recai a maior carga de verificação para desvendar adequadamente o injusto e a reprovação, de modo a justificar a legitimidade da incidência da norma penal incriminadora. Nesse sentido, Juarez Tavares leciona que

> Desse modo, a análise do delito se inicia com a verificação se o sujeito encontra-se em condições de atender às regras do discurso jurídico expresso nas normas criminalizadoras, ou seja, se pode ser considerado pessoa deliberativa. Caso se confirmem as condições de pessoa deliberativa, a análise deve prosseguir no que toca à tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Uma vez que não se confirmem as condições de pessoa deliberativa, o sujeito estará fora do direito penal. Contudo, para assegurar-lhe os mesmos direitos das demais pessoas e com vistas a outros efeitos não penais, deve-se verificar se o fato por ele praticado pode ser também eliminado do âmbito penal em face de não ter havido lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico ou estar autorizado pela ordem jurídica.

> Com a superação do método positivista, deve-se proceder a uma inversão da análise: investiga-se, primeiro, a condição de pessoa deliberativa do sujeito e, depois, o fato. A condição de pessoa deliberativa é essencial para que sua conduta seja analisada sob os contornos das normas criminalizadoras, ou seja, para que possa ser considerada uma conduta penalmente relevante. Tal condição, contudo, não elimina de outros sujeitos sua condição de seres humanos, que devem merecer toda a atenção da ordem jurídica em face das proteções asseguradas na Constituição. O que se estabelece com a distinção entre pessoa deliberativa e pessoa não deliberativa é o pressuposto primário para caracterizar uma conduta como capaz de sofrer a incidência da valoração jurídica[166].

É com essa premissa que se busca os elementos necessários de valoração acerca da pessoa, enquanto ser racional, no momento da realização da conduta, cujo objetivo é dar coerência ao sistema de normas incriminadoras para atingir aquele que deliberadamente tinha entendimento sobre seu comportamento, ao tempo em que limita a intervenção estatal contra aquele que, pelas condições de vida ou de saúde, não podia compreender ciberneticamente o resultado de sua conduta e, com isso, exercer a atividade corporal com um propósito (lícito ou ilícito).

Com essa mesma preocupação, Juarez Tavares percebe o paradoxo existente entre os sistemas de subsunção e a verdadeira valoração do ser (imputável ou não), de modo a criar a necessidade de revisitação dos elementos que compõem o conceito, porquanto refere sobre a necessidade de recuperar o sujeito como também elemento de valor do caso concreto, cuja subjetividade extravasa a valoração apresentada objetivamente, mas que ainda carece de justificativa, criando uma lógica paraconsistente de subsunção[167].

É aqui que se encontram os fundamentos de se repensar a teoria do delito, seguindo a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, dada a incompreensão do afastamento de elementos subjetivos da conduta, que direcionam o comportamento humano, notadamente a capacidade de entendimento, como requisito subjetivo, para além da consciência e da vontade, que determinam o agir do agente.

Além disso, a análise do agente se mostra pertinente para subsidiar os elementos de justificação, como já ocorre no sistema de Justiça Criminal, como, por exemplo, a tipicidade do fato de quando o agente entende ser correta, independentemente do seu conhecimento ou não da lei ou da adequação social, por serem elementos normativos. A título de exemplo, tem-se de uma pessoa, que

[166] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 130.
[167] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 127.

sempre viveu na zona rural e possuía um chiqueiro, quando, nele, também mantinha uma capivara. Todos os dias, o morador da zona rural cuidava dos porcos e da capivara, dando a todos a alimentação e cuidados necessários. Certo dia, a polícia ambiental compareceu ao local e o prendeu por crime ambiental, em razão da manutenção da capivara no chiqueiro. Para o morador, a sua consciência afirmava ser a coisa certa a ser feita. Nesse caso, não se está a aferir a tipicidade material, mas o elemento cognitivo do agente frente à análise da conduta dolosa.

Com a mesma complexidade, outros exemplos se apresentam: o crime de produção caseira e clandestina de açúcar[168]; o crime do cupido, que medeia uma pessoa a servir a lascívia de outrem[169]; o crime do pai que leva reiteradamente seu filho menor a um estádio de futebol[170]; a contravenção de embriaguez[171], ou a contravenção praticada reiteradamente pelo garçom[172], entre outros tantos na legislação penal. Esses fatos, comuns na sociedade, levam a perplexidade do sistema jurídico, notadamente ao dolo, já que o agente desconhece a lei e tem a plena convicção, por razões culturais, que não está a cometer infrações penais. A finalidade da conduta está dirigida à situação diversa do querer o ilícito. Portanto, esses pontos não se situam na tipicidade, mas sim na existência de uma conduta dolosa, em que pese a dinâmica havida entre o princípio da adequação social, que incide na tipicidade material, e o erro de proibição, na culpabilidade.

Nesse particular, não se está a menosprezar a adequação social como causa de exclusão da tipicidade material, uma vez que também é argumento para

---

[168] Art. 1º do Decreto-lei nº 56, de 1966): Constitui crime:
b) **Produzir açúcar em fábrica clandestina,** conforme previsto nos artigos 22 e 30, do Decreto-Lei número 1.831, de 4 de dezembro de 1939, bem como dar saída ou armazenar o produto assim irregularmente obtido;
Pena - Detenção de seis (6) meses a dois (2) anos.

[169] **Mediação para servir a lascívia de outrem**
Art. 227. CP - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:
Pena - reclusão, de um a três anos.

[170] Art. 247, CP - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:
I - **freqüente casa de jogo** ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;
Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

[171] Art. 62, decreto-lei 1.688/41: **Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez**, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia:
Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

[172] Art. 63 decreto-lei 1.688/41: **Servir bebidas alcoólicas:**
II – a quem se acha em estado de embriaguez;
Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

verificação do injusto, notadamente quando o agente tem conhecimento da lei penal, mas que, em razão da anomia, tem-se a conduta dolosa, mas não há tipicidade material, em razão do contexto cultural. Assim, por mais que o agente tenha a intenção de violar dolosamente a lei penal e, para isso, intermedeia uma pessoa a servir a lascívia de outrem, não haverá tipicidade material. Logo, não há o delito descrito no artigo 227, do CP, por mais que seja a vontade e a consciência do agente em querer essa violação.

Por isso, imperiosa a revisitação do dolo no conceito analítico de crime para a verificação da subsunção típica do fato de acordo com a análise dos elementos subjetivos apresentados pelo finalismo, visando conferir a validade da fundamentação existente, aliado aos avanços científicos apresentados acerca da consciência e do entendimento, de modo a socorrer e atualizar a dogmática do Direito Penal, quando da alocação de fatos diversos em dispositivos penais quando da lógica de subsunção. Ou seja, buscar-se-á conhecer o enquadramento do fato-crime, dada pela evolução das teorias e das ciências, com a finalidade de pôr em prática a superação dos argumentos adotados no sistema de justiça criminal, frente aos achados científicos modernos, a fim de utilizar como instrumento de análise e verificação dos elementos cognitivos que norteiam o comportamento humano, bem como para servir como pedra fundante da incidência penal.

2.3 O *LOCUS* CIENTÍFICO DO ESTUDO DA CONSCIÊNCIA.

O estudo acerca do elemento cognitivo humano e seus desdobramentos intriga, há muito, diversos ramos científicos na pretensão de expor os caminhos que iniciam, motivam e terminam a conduta humana. Ao longo de anos, pesquisadores vêm abordando os temas e contribuindo com estudos técnicos e filosóficos acerca do que leva a pessoa a realizar determinada ação ou omissão, cuja consequência pode-lhe ser prejudicial, inclusive para terceiros. Entre os ensinamentos apresentados, vários são os problemas para compreensão dos elementos da cognição humana, a começar pela confusão terminológica entre consciência, entendimento, conhecimento, discernimento e sabedoria.

O estudo científico da consciência está vinculado ao campo da neurociência, da filosofia, da psiquiatria, da sociologia e da psicologia, por serem ciências que estudam o corpo, a mente e o comportamento do indivíduo, subsidiando a ciência normativa do Direito Penal, naquilo que este se interessa para mera justificação de incidência de seus institutos. Perpassa por essas fontes interdisciplinares de conhecimento científico e se entrelaçam para delinear e definir institutos, com a finalidade de apresentar hipóteses de resolução de problemas que sempre hão de existir, em razão da complexidade humana, por meio de uma atividade racional fundamentadora.

Em razão dos avanços dos estudos científicos acerca da consciência e do entendimento, bem como o fato de as teorias do conceito analítico de crime não estarem acabadas, visualiza-se a necessidade de revisitação dos significantes para apontar a uma nova reestruturação. Com o avanço das ciências duras[173] e a certa estagnação do Direito Penal acerca dos elementos que compõem a conduta humana, favorece a busca de um ponto de aproximação e aprimoramento da teoria do delito, porquanto os elementos do comportamento humano, em sede do Direito Penal, continuam sendo aqueles adotados desde o século XX para a construção do conceito estratificado, apresentando desprezo para com o avanço das ciências que também exploram esse assunto, notadamente sobre os pontos que recaem sobre a imputabilidade do agente. Apesar das tentativas de alguns juristas[174] em aprimorar o conceito analítico de crime nos últimos tempos, a comunidade jurídica ainda não compreendeu a contribuição que grandes doutrinadores realizaram, e muito reproduzem, sobre aquilo que os juristas alemães apresentaram com o causalismo e finalismo.

Como visto anteriormente, o Direito Penal diferenciou os locais da consciência e do entendimento, inserindo aquela na conduta típica e, este, na imputabilidade, para efeito de culpabilidade. Contudo, mostra-se importante apurar os elementos que compõem a conduta humana, e que estruturam o conceito de crime, segundo o que a ciência preleciona, considerando especificamente a necessidade a reconstrução de uma nova roupagem conceitual, a fim de promover um alicerce argumentativo bem definido.

---

[173] Ex.: Biologia, física, química, neurociência.
[174] Luiz Flávio Gomes, Eugenio R. Zafaroni, Claus Roxin, Juarez Tavarez, Juarez Cirino etc.

Embora o conceito e a estruturação da consciência recebam certa divergência entre as ciências, pode-se afirmar, de grosso modo, que "consciência é a capacidade de estar ciente (*awareness*)"[175], sendo é um evento complexo que envolve a capacidade de a pessoa perceber, reconhecer, experimentar, compreender, emoções, raciocinar, lembrar e ter autoconsciência, que demanda uma qualidade do estado mental de estar ciente e perceber os eventos, os pensamentos, os sentimentos e o ambiente ao redor.

Devido a isso, convém analisar as etapas de desenvolvimento dos elementos cognitivos que o indivíduo possui para a realização de um comportamento. Isso somente será possível se verificarmos a distinção realizada em cada espaço científico apropriado e, posteriormente, verificada a possibilidade de adoção pelo Direito Penal, quando da análise estratificada do delito. Dessa feita, far-se-á uma passagem pelos elementos cognitivos em cada seara apropriada, notadamente pela filosofia, sociologia, psicologia, psiquiatria e neurociência, visando encontrar um ponto comum a ser adotado pelo Direito Penal, ressaltando que, para o desenvolvimento da tese jurídica, a pesquisa se limita a um plano superficial dos estudos das ciências duras, para se valer apenas dos elementos necessários de afirmação da proposta na seara do Direito Penal.

2.3.1 A PERCEPÇÃO FILOSÓFICA DO COGNITIVO HUMANO.

Diversos filósofos realizam diferentes abordagens sobre os elementos cognitivos do ser humano, fazendo com que haja distintas perspectivas e justificações, em razão da ausência de uma metodologia padronizada. Filósofos como Edmund Husserl[176] e Martin Heidegger[177] abordam o enfoque empírico para

---

[175] CHALMERS, David. O enigma da experiência consciente. 2004. Disponível em: <http://criticanarede.com/docs/chalmers.pdf>. Acesso em 23 out. 2023. pag.7.

[176] HUSSERL, E. *Ideas relativas a uma fenomenología pura y uma filosofía fenomenológica.* Tradução de J. Gaos. México: Fondo de Cultura Econômica, 1962.
_____. A idéia da fenomenologia. Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Ed. 70, 1986.

[177] HEIDEGGER, Martin. *Logic – The question of truth*. Translated by Thomas Sheehan. Indiana: Indiana University Press, 2010.
_____. *Os problemas fundamentais da fenomenologia*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2012a.
_____. *Ser e Tempo* (edição em alemão e português). Tradução de Fausto Castilho. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Rio de Janeiro, 2012b.

desvendar a natureza da consciência, valendo-se da fenomenologia. Ludwig Wittgenstein[178] realiza uma análise conceitual e crítica à filosofia tradicional para compreender o significado do pensamento, explorando as estruturas correlacionadas à linguagem. David Armstrong[179], adotando uma disciplina específica, estuda a natureza da mente e do corpo, e suas interações, para decifrar o fenômeno da consciência.

O ponto comum entre os filósofos sobre como estudam a consciência ocorre com a utilização da epistemologia e da ética para compreender o processo de conhecimento e tomada de decisão que deflagram o comportamento moral, já que as distintas abordagens filosóficas sobre o tema se apresentam diante da ausência de uma padronização, fazendo com que aos diferentes métodos empregados formem um conjunto de visões para a compreensão estruturada da consciência.

Apesar da existência de inúmeros pensadores filosóficos em diferentes tempos que se enveredaram nos estudos do pensamento, John Locke se apresenta com um dos grandes que descortinaram os elementos cognitivos, através de sua obra "Ensaio acerca do Entendimento Humano"[180], publicada em 1689, que desafiou a ideia inatista e é considerada a fisiologia do entendimento humano de análise empírica e epistemológica. Locke lecionou que todo conhecimento tem sua origem na experiência, rejeitando a existência de ideias inatas, porquanto adquirido através dos sentidos, da reflexão, da contemplação, da memória e do discernimento ao longo da vida. Apesar da imprecisão do termo “ideia”, esse se revela no sentido de estabelecer o entendimento ou conhecimento sobre algo, a partir da consciência e da percepção.

Kant[181], por sua vez, argumenta que, embora todo conhecimento comece com a experiência, isso não prova que todo conhecimento derive dela, uma vez que há conhecimento puro, não revelado do mundo empírico, pois a mente opera com

---

[178] WITTGENSTEIN, L. *The Blue and Brown Books.* Oxford: Blackwell Publishers, 1998a.
_____. Notebooks – 1914-1916. Oxford: Blackwell Publishers, 1998b.
_____. *Tractatus Logico-Philosophicus.* Tradução: Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.
_____. Investigações Filosóficas. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores: Wittgenstein).
[179] ARMSTRONG. David. *A materialist theory of mind.* London: Routledge & Kegan Paul, 1968.
[180] LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Volume I, 5ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução: Ana Luísa Amaral. Edição da *Dover Publications, Inc., New York*, 1959. Pag 18.
[181] KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. São Paulo: Martin Claret, 2001.

regras necessárias e universais, essenciais para a possibilidade da experiência. Verifica-se que, tanto para Kant, quanto para Locke, para se chegar ao conhecimento de algo, o indivíduo deve ser capaz de entender os fatos internos e externos percebidos.

Para Locke, as imagens provenientes da sensação e da reflexão constituem a base do pensamento humano, sendo essas a observação das operações mentais. Ou seja, a sensação e a reflexão têm origem na experiência, gerada pela mente ao observar as suas próprias operações. Assim, refletir envolve examinar os fatos e os próprios pensamentos, resultando na formação de novas ideias que se tornam matéria-prima para o conhecimento. Com isso, a experiência surge como o ponto de partida do conhecimento humano, conquanto Kant questione a dependência exclusiva do entendimento com a experiência[182]. Logo, o ser humano cria a imagem do fato observado segundo o que se extrai das sensações (processo neural) e da retrospectiva mental de algo vivenciado ou experimentado ou semelhante (processo mental), em um só instante, para a formação da consciência, se for apto organicamente. Trata-se de um processo individualizado de acordo com as características individuais de percepções e interações.

> Pela percepção sensorial nos tornamos cientes das ocorrências físicas que estão tendo lugar em nosso ambiente e em nosso corpo. Pelo sentido interno nos tornamos cientes das ocorrências que estão tendo lugar em nossa própria mente.[183]

O processo de entendimento é originado pelos sentidos aptos e reflexões acerca de uma experiência, em que a mente se familiariza com algumas ideias, transfere-as para a memória (retenção) e, por meio de processos de separação, comparação e classificação, elabora pensamentos complexos de escolha (discernimento). A mente também elabora, refina e classifica em nomes gerais (categorização) toda a percepção, permitindo a abstração e a generalização do conhecimento. Por óbvio, só consegue fazer isso aquele que possui a capacidade de desenvolver a consciência.

A importância da conexão entre as ideias para a formação do conhecimento consiste na combinação de pensamentos simples para formar

---

[182] KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. São Paulo: Martin Claret, 2001.
[183] ARMSTRONG. David. *A materialist theory of mind. London: Routledge & Kegan Paul*, 1968. Pág. 95.

conceitos complexos e, por consequência, possibilitando a produção de conhecimento. Reconhece que a falta de ideias é a causa da ignorância, enfatizando que o entendimento requer trabalho mental, e não apenas memorização. Esse processo mental ocorre com rapidez ao verificar as imagens, as sensações e as conexões, sem a necessidade de reduzi-las a regras aritméticas[184]. Logo, somente será possível desenvolver a consciência, se, antes, a pessoa for dotada de capacidade de entendimento.

Para desenvolver um entendimento, a percepção é a primeira operação de todas as faculdades intelectuais, sendo a entrada de todo conhecimento na mente, que ocorre através dos sentidos, ao ver, ouvir e sentir e da atividade neural. Essa afirmação é unânime entre os filósofos e cientistas da atualidade. Portanto, a matéria-prima do conhecimento entra na mente por meio da percepção, e a sua ausência impede o início da produção do conhecimento. Ao posicionar a percepção como ponto de partida do alcance do entendimento, Locke busca estabelecer limites entre opinião e conhecimento[185], o que influencia não apenas o campo filosófico, mas também aspectos políticos, científicos, religiosos etc. Essa postura epistemológica, compartilhada por Kant[186], estabelece o limite de não ultrapassar a linha entre a experiência e a razão especulativa.

Após a percepção, a experiência é retida por meio de contemplação ou da memória. A contemplação consiste em manter a ideia sob a visão por certo tempo, enquanto a memória é a capacidade de armazenar informações[187]. Logo, para estabelecer a retenção da informação, importante a atenção e a repetição para que a memória funcione adequadamente. Contudo, é importante tomar cuidado com a memória, especialmente com a confiança excessiva, pois se deteriora com o tempo e pode levar a erros. Por isso, acreditar na memória não é o mesmo que conhecer, pois esse resulta de um processo ativo de verificação, e não apenas de memorização. Logo, a memória não é fonte exclusiva de conhecimento, já que a verificação ativa é fundamental para evitar erros.

---

[184] LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Volume I, 5ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução: Ana Luisa Amaral. Edição da *Dover Publications, Inc., New York*, 1959. Pág. 48.
[185] Idem. Pág. 68.
[186] KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. São Paulo: Martin Claret, 2001. Pág. 74.
[187] LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Volume I, 5ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução: Ana Luisa Amaral. Edição da *Dover Publications, Inc., New York*, 1959. Pág. 70.

No processo de aquisição de conhecimento, a percepção e a retenção das informações correspondem a um estágio que envolve a organização das ideias, separação, comparação, reunião de ideias simples e combinação com ideias complexas, além da denominação ou categorização das ideias. A organização, portanto, desempenha um papel crucial para compreensão do conhecimento. Como se compreende, o conhecimento, segundo Locke, é a percepção das conexões ou discordâncias entre ideias, resultando de um processo mental complexo, iniciado com a ativação das informações provenientes da percepção ou reflexão, com a retenção e o discernimento, a levar à obtenção do conhecimento, que pode ser intuitivo ou demonstrativo (racional).

Isso somente será possível, se o agente tiver o funcionamento normal das atividades perceptoras e cognitivas. A teoria do conhecimento de Locke, apesar de compartilhar elementos com a visão cartesiana do mundo, oferece contribuições decisivas para a compreensão da construção do entendimento, pois destaca a origem sensorial do conhecimento, a importância da operação racional interna do agente e a intuição e lógica na realização do processo, porquanto as ideias provenientes das qualidades sensíveis são aquelas que derivam da experiência sensorial, como as sensações de cor, temperatura, textura e outras características dos objetos externos. Por isso, para se chegar a isso, deve-se indagar se o indivíduo tem a possibilidade mental de alcançar a consciência plena do objeto percebido.

Para Locke, essas ideias são adquiridas passivamente pela percepção dos sentidos, refletindo a interação entre o sujeito e o mundo ao seu redor. Além disso, as ideias também surgem das operações internas da mente, com o pensamento, a dúvida, a crença e o raciocínio, que não derivam diretamente da experiência sensorial, mas sim da reflexão sobre as próprias operações da mente. Essas ideias são ativas e resultam da introspecção e do processamento mental. Por isso, Locke distingue em ideias simples, que são aquelas originadas da sensação e da reflexão e são apreendidas de forma passiva, e ideias complexas, que são formadas pela mente a partir das ideias simples, descrevendo três movimentos da mente para formar ideias gerais. Essa reflexão de Locke sobre a origem das ideias sugere que a alma humana é progressivamente constituída pela experiência e pelo

processo de reflexão[188]. O sujeito, para Locke, é como uma "tábula rasa", sem consciência inata e ilimitada, cujo conhecimento é gradualmente moldado pela interação com o ambiente e pelo desenvolvimento das faculdades mentais. Portanto, de acordo com Locke, a formação da consciência humana é um processo dinâmico e contínuo, resultante da interação entre a mente e o mundo exterior, o que abre espaço para a diversidade e a individualidade, escapando assim de determinismos rígidos.

> Os sentidos deixam entrar as ideias particulares e com elas como que abastecem um armário ainda vazio; depois o espírito gradualmente vai-se familiarizando com elas, alojando-as na memória e dando-lhes nomes; por último, faz sobre elas abstracções e, pouco a pouco, aprende a usar nomes gerais. Desta maneira o homem se fornece com as ideias e as palavras que constituem o *material* sobre que actua a sua faculdade discursiva. E, assim, o uso da razão dia a dia se torna maior, à medida que aumenta também o material que utiliza. Mas, embora o emprego das ideias gerais e dos termos que as representam cresça ao mesmo tempo que o uso da razão, nem por isso se conclui que aquelas são inatas. É certo que o conhecimento de certas verdades se verifica muito cedo; mas isso também não prova que seja inato, pois, se bem observamos, verificaremos que ele é formado por ideias adquiridas e não originárias: são as ideias relativas às coisas externas que primeiro e mais frequentemente impressionam os sentidos das crianças, e que, portanto, elas mais cedo adquirem, e é já na posse destas ideias que o entendimento descobre depois que umas se assemelham e que outras diferem, provavelmente à medida que vá dispondo da memória e seja capaz de reter ideias distintas. Mas, seja assim ou não, uma coisa é certa: as crianças comparam essas ideias muito antes de falarem, ou de chegarem ao que se chama «o uso da razão>>, pois elas conhecem certamente, antes de saberem falar, a diferença entre as ideias doce e amargo (isto é, que o doce não é amargo), assim como mais tarde sabem, quando chegam a falar, que as azedas e os rebuçados não são a mesma coisa[189].

Depreende-se, de certo modo, que nas lições de Locke o conhecimento e entendimento estão intimamente ligados à reflexão da percepção, podendo, eventualmente, confundirem-se em uma só expressão. Ao observar (perceber), pela primeira vez, uma nova experiência, o agente tem a consciência formada pela sinergia dos órgãos sensoriais utilizados, mas não entende o que é, para que serve, como funciona, como dispor etc. Ao olhar uma garrafa com líquido amarelo, a pessoa pode ter a consciência de que se trata de uma jarra com algo dentro, sem saber o que é. Assim, o conhecimento é formado na primeira etapa descrita por

---

[188] LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Volume I, 5ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução: Ana Luisa Amaral. Edição da Dover Publications, Inc., New York, 1959. Pag 68.

[189] LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Volume I, 5ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução: Ana Luisa Amaral. Edição da *Dover Publications, Inc., New York*, 1959. Pag 68.

Locke, quando da percepção e reflexão do fato, até o conhecimento alcançado. A partir disso, inicia-se o processo de internalização do conhecimento. Logo, sem a percepção, não se chega ao entendimento. A percepção é o que advém do funcionamento dos sentidos. A internalização é o processo de entendimento do objeto.

> Se todo o homem tem por si mesmo consciência de que pensa e se aquilo a que o seu espírito se aplica, quando pensa, são as *ideias* que aí estão, não há dúvida de que os homens têm no seu espírito várias ideias, tais como as que se exprimem pelas palavras *brancura, dureza, doçura, pensar, moção, homem, elifante, exército, ebriedade* e outras.... Suponhamos então que a mente seja, como se diz, um papel branco, vazio de todos os caracteres, sem quaisquer ideias. Como chega a recebê-las? De onde obtém esta prodigiosa abundância de ideias, que a activa e ilimitada fantasia do homem nele pintou, com uma variedade quase infinita? De onde tira todos os *materiais* da razão e do conhecimento? A isto respondo com uma só palavra: da EXPERIÊNCIA. *Ai* está o fundamento de todo o nosso conhecimento; em última instância daí deriva todo ele. São as observações que fazemos sobre os objectos exteriores e sensíveis ou sobre as operações internas da nossa mente, de que nos apercebemos e sobre as quais nós próprios reflectimos, que fornecem à nossa mente a matéria de todos os seus pensamentos. Estas são as duas fontes de conhecimento, de onde brotam todas as ideias que temos ou podemos naturalmente ter.[190]

Com essa dualidade, filosoficamente reconhece-se a consciência perceptiva, com o sentir das coisas (percepção física), e a consciência introspectiva, com o conhecer a coisa em nossa mente (percepção mental)[191], nos moldes como apresentados por Locke. Embora receba críticas sobre as nomenclaturas[192], Armstrong leciona que a consciência introspectiva pode ocorrer por reflexo (consciência introspectiva por reflexo = quando não há maiores incursões na análise do objeto) ou por reflexão (consciência introspectiva por reflexão = quando o indivíduo realiza uma análise mais detalhada do objeto observado. Está focado), de modo a constituir uma só consciência no ser. Por isso, a consciência é formada pelos sentidos físico e mental, a partir do momento em que o agente percebe sensorialmente o objeto e introjeta em sua mente, de modo que, essa introspecção, pode ser por reflexão ou por reflexo, na ótica de Armstrong[193], que, em termos

---

[190] LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Volume I, 5ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução: Ana Luisa Amaral. Edição da *Dover Publications, Inc., New York*, 1959. Pag 133.

[191] ARMSTRONG. David. *A materialist theory of mind. London: Routledge & Kegan Paul*, 1968. Pág. 95.

[192] ROSENTHAL, David. *Two concepts of consciousness. Philosophical Studies*, v. 49, p. 329-359, 1986.

[193] ARMSTRONG. David. A materialist theory of mind. London: Routledge & Kegan Paul, 1968. Pág. 95.

semelhantes pode ser classificado como consciência secundária (refletida) e consciência espontânea (imediata).

> A consciência é a percepção imediata do sujeito daquilo que se passa, dentro ou fora dele. É talvez uma das maiores fontes de problemas de toda a filosofia, por ser ao mesmo tempo o facto mais básico e também o que traz mais dúvidas quanto ao que na realidade é. A consciência pode definir-se como o conhecimento que o homem possui dos seus próprios pensamentos, sentimentos e atos. Podem-se distinguir dois tipos de consciência, a consciência imediata e a refletida. A consciência imediata ou espontânea caracteriza-se por ser a que remete para a existência do Homem perante si mesmo, no momento em que pensa ou age. A consciência refletida ou secundária é a capacidade do homem recuar perante os seus pensamentos, julgá-los e analisá-los.[194]

A consciência introspectiva por reflexo é constituída pela percepção sensorial, mas sem foco, desatenta ou de inopino, favorecendo a existência de enganos, pois não contempla uma observação adequada para a formação do conhecimento. Isso ocorre quando, por exemplo, a pessoa percebe a presença de pessoas em um recinto, mas não olha para elas. Sabe que são pessoas, mas não observa os detalhes, perfazendo uma memória fugaz e favorecendo o esquecimento e o engano. Essa consciência é formada quando a pessoa não destina a sua atenção ao objeto. Suas percepções são circunstanciais, de modo que consegue percebê-la, mas sem foco. De fato, esse tipo de formação cognitiva tende à falibilidade, pois a imagem é formada de maneira esparsa ou turva. O prejulgamento ou a falta de interesse constituem as bases da formação dessa consciência, pois realizada sem a devida concentração, capaz de gerar um falso conhecimento. Independentemente da forma como se introjeta a consciência, a pessoa formula o conhecimento sobre o fato percebido, pois, mesmo não havendo tempo para a reflexão sobre os objetos sentidos, ainda assim tem consciência. Logo, se a pessoa não detém a possibilidade de conhecer os fatos, não consegue alcançar essa consciência, especialmente de forma refletida, já que não possui essa capacidade orgânica.

Ademais, essa consciência pode surgir de inopino, porquanto advinda dos impulsos repentinos apresentados diante objeto causal provocador, que não confere

[194] Dicionário Porto Editora – *consciência (filosofia)* na Infopédia [em linha]. Porto: Porto Editora. [consult. 2023-09-20 12:18:06]. Disponível em https://www.infopedia.pt/$consciencia-(filosofia)https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$consciencia-(filosofia)#:~:text=A%20consci%C3%AAncia%20pode%20definir%2Dse,consci%C3%AAncia%20imediata%20e%20a%20refletida. Acesso em: 20.09.2023.

tempo hábil para permitir a reflexão maturada da representação vinda dos sentidos humanos (consciência introspectiva por reflexo). Tal circunstância faz eclodir o ímpeto, diante do conhecimento realizado repentinamente do objeto que exige a propulsão expedita do comportamento humano. Dado o exíguo ou simultâneo momento de aquisição do conhecimento, a pessoa recebe parca ou nenhuma informação advinda dos sentidos orgânicos para a formação e mapeamento interno acerca do objeto, cuja resolutividade comportamental vem por reflexo. Com o concomitante recebimento das informações sensoriais e nenhum ou exíguo prazo de reflexão, a resposta comportamental é promovida de forma imediata. Ainda assim, não significa dizer que não houve consciência. Portanto, o ímpeto é o agir com consciência introspectiva por reflexo. Por exemplo: Quando uma pessoa está atravessando a faixa de pedestre e um motorista descuidado avança o limite com seu veículo, ao perceber que será atropelado, o pedestre, no mesmo instante surge o conhecimento da circunstância, irá reagir, ainda que com um mero arregalar de olhos ou efetiva conduta tendente a sair do perigo. Nesse caso, se o pedestre sair ileso ao avanço do veículo, teve consciência imponderada formada pelos sentidos, de modo a realizar um comportamento para evitar o mal maior. Nos crimes de ímpeto, do mesmo modo, o agente atua segundo o conceito extraído no instante da percepção sensorial, mas destituído das fontes de reflexão. A consciência do objeto percebido faz eclodir o comportamento espontâneo do agente.

Por outro lado, a construção da consciência introspectiva por reflexão recebe melhor carga de percepção, somada ao foco e atenção, vem como valores e conceitos que o indivíduo carrega de suas experiências pretéritas sobre situações idênticas ou semelhantes, havendo experimentação da representação por meio de fatos e comportamentos passados, que, ligados aos órgãos sensoriais (neurais), estabelece a imagem do fato observado com maior riqueza de detalhes e firmeza na manutenção da figura mental criada. Quando o objeto percebido se apresenta pela primeira vez, constrói-se a consciência daquilo jamais observado pelos sentidos, emergindo sensação naturalmente nova e diferente, a exigir maiores cuidados na utilização dos sentidos, para não haver a construção equivocada do objeto, a eclodir posteriormente um comando ao corpo.

Na filosofia de Searle, a consciência é o conjunto do estado de sensibilidade e é formada pela unidade, intencionalidade e sensações subjetivas. A

unidade consiste nas experiências anteriores que afetam os sentidos. Em sua orientação, a unidade pode ser horizontal e vertical. “Horizontal é a organização de experiências conscientes por curtos períodos de tempo”. Por sua vez, a unidade vertical “é uma questão de estar ciente simultaneamente de todas as diversas características de qualquer estado consciente”. Já a intencionalidade é o direcionamento do propósito, a partir de algo percebido; é o foco; a atenção dirigida. Aliado a isso, tem-se as sensações subjetivas do agente, definidas como aspecto de sentir conscientemente[195]. É, nesse campo, que a consciência subjetiva é analisada sob a perspectiva interna do próprio agente, considerando seu estilo de vida, as suas vivências, as suas experiências, não podendo ser exigida sob a perspectiva de terceiros (ou de um homem médio), contrapondo-se a teoria behaviorista[196], uma vez que não se pode exigir de outra pessoa a mesma consciência que possui, e nem essa é a perspectiva de observação do conhecimento.

De fato, a partir da visão de Locke, a filosofia buscou certas definições acerca dos elementos internos de uma pessoa que formam a sua racionalidade, despertando a necessidade de desvendar a estrutura dos elementos cognitivos. Assim, pode-se, desde logo, apontar haver uma linha de criação da racionalidade (expressão em sentido amplo), a partir do pleno funcionamento das atividades perceptora neural, transformando a experiência em conhecimento, podendo chegar ao pleno domínio de um fato com a sabedoria.

Em outros termos, o lado racional do ser humano é deflagrado com a primeira sensação obtida de um fato (objeto), de modo a interagir com seu corpo. Da experiência, instaura-se o conhecimento humano, quando da reflexão dos pensamentos. Afirma ainda que os nossos sentidos, ao interagir com objetos específicos do ambiente, introduzem diversas percepções distintas na mente, de acordo com as diferentes maneiras como esses objetos afetam o pensamento humano. É dessa forma que se adquire as ideias de cores, temperaturas, texturas e sabores, entre outras qualidades sensíveis. Os sentidos introduzem essas percepções na mente, a partir dos objetos externos para a mente, gerando essas percepções. Com isso, a grande fonte da maioria das ideias sobrevém da sensação,

[195] SEARLE, J. A Redescoberta da Mente. Trad: Eduardo Pereira de Ferreira. São Paulo. Ed: Martins Fontes. Pag 187.
[196] AGUIAR. Júlio Cesar de. Análise comportamental do direito: uma abordagem do direito como ciência do comportamento humano aplicada. Revista do programa de Pós-graduação em Direito da UCF, v34.2, jul/dez 2014. Pág. 245.

uma vez que essas ideias dependem inteiramente dos sentidos humanos e são comunicadas ao entendimento através deles. Sem a possibilidade de percepção plena, por questões físicas ou psíquicas, não há como se investigar o resultado disso, pois incongruente.

Além disso, segundo as premissas lockiana, outra fonte inicial das ideias provém da percepção das operações internas da nossa própria mente, enquanto ela considera as ideias que recebeu. Essas operações, quando a alma reflete sobre elas, fornecem ao entendimento uma série diferente de ideias que não poderiam ser obtidas a partir de objetos externos[197]. Entre essas estão as ideias de perceber, pensar, duvidar, acreditar, raciocinar, conhecer, querer e todas as outras ações, as quais, sendo conscientes e observáveis em si mesmos, recebem o entendimento com a mesma clareza que as ideias derivadas dos corpos que impressionam os sentidos. Todo indivíduo possui essa fonte interna de ideias e, embora não seja um sentido relacionado a objetos externos, é muito semelhante a eles e pode ser apropriadamente chamada de sentido interno. Assim, nesse momento, tem-se a reflexão, porque através dela a mente só adquire as ideias que obtém ao refletir sobre suas próprias operações internas. Portanto, para Locke, reflexão é o conhecimento que a alma adquire das suas próprias operações e modos de agir, pelos quais o entendimento forma ideias sobre essas operações. Essas duas fontes, ou seja, as coisas materiais externas, como objetos de sensação, e as operações internas da mente, como objetos da reflexão, são os únicos princípios dos quais todas as nossas ideias se originam[198]. A partir desses elementos, a pessoa adquire suas ideias, que podem ser simples ou complexas, formadoras de seus entendimentos. Com isso, durante o estado de vigília, tem-se a consciência formada a partir da percepção da reflexão interna, "*porque ter consciência é aperceber-se do que se passa na própria mente de um homem*"[199].

Para Searle[200], há diferença entre consciência e conhecimento[201], porquanto é a partir de uma consciência que se obtém o conhecimento de algo

---

[197] LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Volume I, 5ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução: Ana Luisa Amaral. Edição da *Dover Publications, Inc., New York*, 1959. Pag 136.
[198] Idem.
[199] Idem. Pág. 150.
[200] SEARLE, J. Consciência e linguagem. Trad: Plínio Junqueira Smith. São Paulo. Ed: Martins Fontes, 2010. Pag 2.
[201] Uma pessoa pode se encontrar conscientemente nervosa, mas sem conhecer as causas.

conscientemente observado. Quanto mais consciência se tem sobre o objeto observado, maior conhecimento se tem dele. Assim, “conhecer é uma atividade mental por meio da qual o ser humano se apropria do mundo ao seu redor” [202], enquanto consciência é “o conjunto de estados subjetivos de sensibilidade ou de ciência que possui uma pessoa acordada”.[203]

Por óbvio, não conhece quando não há consciência, como ocorre quando a pessoa se encontra em sono profundo (causa natural) ou em alto grau de inconsciência ocasionado por álcool ou droga (causa artificial)[204]. Por não ter consciência, a pessoa não tem a capacidade de conhecer algo, anunciando, nesse sentido, que a consciência é requisito necessário para o conhecimento. A consciência estabelece o conhecimento natural das coisas, a partir da reflexão sobre as experiências e sobre as sensações corporais e intelectuais, não exigindo o alcance do entendimento científico ou técnico para que se possa conhecer o objeto percebido, uma vez que o conhecimento técnico repousa sobre a esfera da sabedoria.

Interessante notar que, com a internalização do fato sentido, inaugura-se o conhecimento (a descoberta) do objeto, que estabelece a familiarização. Demanda certa atenção, pois exige que a percepção esteja focada para firmar a introjeção das informações recebidas sensorialmente. A partir do conhecimento do objeto e suas principais nuances, a pessoa passa a ter informações capazes de criar opções de aceitação ou refugo daquilo que se extrai do objeto, de modo a fornecer elementos para o julgamento, que, cognitivamente, é denominado de discernimento. Dessarte, o discernimento é a possibilidade de julgar os fatos conhecidos, considerando-os como correto ou errado.

Percebe-se que uma pessoa sem consciência ou com consciência viciada de alguma forma (percepção errônea) não conseguirá conhecer/entender e consequentemente discernir, porquanto as informações (as imagens) incorretas ou deturpadas obtidas ou geradas das percepções sensoriais não fornecerão a possibilidade de uma boa escolha, quando da exigência do discernimento. É

---

[202] GREGÓRIO, Sérgio Biagi. Consciência e Conhecimento. Disponível em: http://www.sergiobiagigregorio.com.br/palestra/consciencia-e-conhecimento.htm. Acesso em 23.04.2024.
[203] SEARLE, J. Consciência e linguagem. Trad: Plínio Junqueira Smith. São Paulo. Ed: Martins Fontes, 2010. Pág. 2.
[204] Idem. Pág. 124.

também nesse momento intelectual que se exige uma decisão, que acaba se baseando na forma como se vive e enxerga o mundo, lastreada pelos costumes da sociedade e pela cultura socialmente experimentada, já que lapida o conhecimento e fornece diferentes condições para a escolha e a decisão. Portanto, a visão de mundo é importante para a tomada de decisões.

O entendimento é o elemento intrínseco da racionalidade humana, referente à capacidade de interpretar os objetos conhecidos e fundamentar as decisões tomadas. É dizer que o entendimento é alcançado com a interpretação racional do fato conhecido e produtor de fundamentação para a tomada de decisão, envolvendo a aptidão de absorção das informações, por meio de análise e aplicação dos conhecimentos sobre a situação valorada, para moldar o comportamento humano a uma determinada direção, oferecendo a possibilidade de discernimento sobre as coisas. Portanto, trata-se de uma função mental, confluente da consciência, e que corresponde a organização das informações conhecidas. O entendimento se desenvolve ao longo do tempo através da interação do indivíduo com o ambiente, resultando na construção progressiva de esquemas mentais que facilitam a assimilação de novas informações. Assim, o entendimento é obtido com o resultado de uma interação cognitiva, ao processar as informações de forma lógica e coerente; de uma interação afetiva, ao lidar com as emoções próprias e alheias; de uma interação prática, com as compreensões dos desafios do cotidiano; de uma interação social, com a interpretação dos costumes.[205]

O entendimento é de suma importância em diversas esferas do conhecimento e da experiência humana, pois facilita o processo de aprendizado, possibilitando a assimilação de conceitos e o desenvolvimento de habilidades críticas para se chegar à sabedoria. Na psicologia, o entendimento é investigado como uma parte intrínseca do funcionamento cognitivo e emocional dos indivíduos, exercendo influência direta sobre o comportamento e as dinâmicas interpessoais.[206] O entendimento sobre um fato favorece a tomada de decisão, ao oferecer um conjunto de informações tendentes à escolha de um caminho a ser realizado. Trata-

[205] BALTES, Paul B., & Staudinger, U. M. *Wisdom: A metaheuristic (pragmatic) to orchestrate mind and virtue toward excellence. American Psychologist,* 55(1), 122-136. (2000). Disponível em: https://www.semanticscholar.org/paper/Wisdom.-A-metaheuristic-(pragmatic)-to-orchestratealtesStaudinger /495bf566452556f728c2845fa07d0c7609b4e93a. Acesso em 18.03.2024

[206] GARDNER, Howard. *The mind's new science: A history of the cognitive revolution. Basic Books. New York*. 1985. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://edci670.pbworks.com/w/file/fetch/58050194/Gardner_1987.pdf. acesso em 22.03.2024.

se de informações suficientes e organizadas para discernir o objeto. Quer dizer, o conhecimento se adquire quando o indivíduo é dotado de informações que o torna apto a julgar e interpretar, e, dessarte, ter-se o entendimento sobre o fato. Segundo o dicionário Oxford, entendimento é a "faculdade de avaliar os seres e as coisas; julgamento, opinião"[207]. Portanto, o entendimento é adquirido através da consciência do agente, de modo a colocá-lo apto a discernir e optar por boas escolhas.

O entendimento se aproxima do discernimento, porquanto oferece informações para escolher ou decidir entre as alternativas existentes, de julgar entre o certo e errado, de fazer ou não fazer. Para se chegar a um entendimento, a pessoa deve ter consciência sobre o que ocorre em sua volta, de modo a lhe conferir o conhecimento e a possibilidade de obter informações e de autodeterminação. A consciência desempenha o papel de fornecer todas as informações relativas às circunstâncias a serem conhecidas e julgadas. Por consequência, só será possível realizar a melhor escolha, se a consciência fornecer as informações para conferir a possibilidade do desenvolvimento de escolhas racionais. A partir do conhecimento, nasce a possibilidade de entender para saber discernir e, ao promover uma escolha, o indivíduo dirige seu comportamento a um sentido, pois sempre será determinado a fazer ou não-fazer algo.

Interessante que entendimento não significa sabedoria. Ter entendimento, difere-se de ser sabedor. O pleno conhecimento e entendimento do objeto pode ser definido como sabedoria, mas tem uma pequena distinção. A sabedoria vai além do entendimento, pois determina que se entenda e aplique o conhecimento de forma criteriosa, fundamentada e sensata na vida[208]. Envolve discernimento, bom julgamento e a capacidade de tomar decisões sábias, enquanto o entendimento se mostra possível com uma mera compreensão que se extrai da consciência, ainda que baseada em mera crença. Logo, a sabedoria incorpora a aplicação do entendimento técnico ou científico para tomar decisões sábias e lidar eficazmente

---

[207] Conceito disponível no dicionário *Oxford Languages*. Disponível em: https://www.google.com/search?q=O+QUE+%C3%89+ENTENDIMENTO&oq=O+QUE+%C3%89+ENTENDIMENTO&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyCQgAEEUYORiABDIHCAEQABiABDIHCAIQABiABDIHCAMQABiABDIHCAQQABiABDIHCAUQABiABDIHCAYQABiABDIHCAcQABiABDIICAgQABgWGB4yCAgJEAAYFhgeqAIAsAIA&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em 30 out 2023.

[208] OLIVEIRA, Jose Barros de. Sabedoria: Definição, dimensionalidade e educabilidade. Revista Portuguesa de Pedagogia. Porto. 2005. 151-173. Disponível em: https://hdl.handle.net/10216/101094. Acesso em 17 jul. 2024.

com os desafios da vida, que, não raras vezes, exige-se cientificidade no processo de conhecimento do objeto.

A sabedoria, como entendimento técnico e científico de um objeto ou assunto, é o conhecimento que vai além da consciência e da simples experiência. Exemplificando, uma pessoa que usa o aparelho celular para realizar uma ligação para outra pessoa, tem conhecimento de que um celular possui a capacidade de unir a conversa entre pessoas distantes, mas não tem a conhecimento técnico (sabedoria) para explicar como o aparelho e os demais instrumentos funcionam para viabilizar essa ligação. Apenas os *experts* do sistema de telefonia detêm a sabedoria para aplicar e explicar o funcionamento dos instrumentos usados para a ligação. Noutro exemplo, um homem pode olhar o motor de um carro, ter conhecimento de que aquilo é o mecanismo impulsionador do veículo, mas, por desconhecer tecnicamente como funciona, não consegue saber (sabedoria) como recuperá-lo, em caso de pane. Logo, ter consciência e conhecimento, não significa ter sabedoria, mas ter sabedoria exige consciência e entendimento do objeto. A sabedoria é o conhecimento que determina uma compreensão científica do objeto e sensatez de sua utilização. O ser humano não tem a capacidade de saber sobre tudo que conhece, pois exige estudos e reflexões para o alcance da sabedoria. Portanto, a sabedoria é uma habilidade humana que transcende a mera posse de conhecimento, pois implica na habilidade de entender profundamente as circunstâncias, fazer escolhas prudentes e agir de forma equilibrada e sensata. Uma pessoa sábia é aquela que acumula uma ampla gama de experiências, aprendizados e reflexões, utilizando esse conhecimento para guiar suas ações e interações de maneira ética e construtiva. A sabedoria não se resume apenas à acumulação de informações, mas também envolve a capacidade de discernir entre o certo e o errado, enfrentar os desafios da vida com calma e nutrir relacionamentos saudáveis e significativos, cuja qualidade se desenvolve ao longo da vida como resultado de um processo contínuo de aprendizado, reflexão e amadurecimento pessoal. A sabedoria ultrapassa a ideia de mera acumulação de conhecimento intelectual, abrangendo uma compreensão profunda da existência e a habilidade de tomar decisões éticas e prudentes, porquanto é comumente caracterizada como uma qualidade complexa, formada por diversas dimensões que se relacionam entre

si. Paul B. Baltes[209] identifica que, para o alcance da sabedoria, deve-se obter: o conhecimento factual, considerado como o acúmulo de informações e conhecimentos sobre o mundo; o conhecimento procedimental, como capacidade de aplicar esse conhecimento para resolver problemas e tomar decisões eficazes; a reflexão crítica, no sentido de fazer analisar e avaliar informações de maneira crítica e objetiva; tolerância ambivalente, como a capacidade de lidar com ambiguidades, incertezas e contradições na vida; o compromisso com valores, que envolve a capacidade de discernir entre o certo e o errado e agir de acordo com princípios éticos; o gerenciamento emocional, que pertinente à habilidade de lidar com emoções de maneira construtiva e equilibrada, e; o altruísmo, como a disposição de agir em benefício dos outros e do bem comum.

Embora a sabedoria continue sendo objeto de estudos filosóficos e de outras áreas, inclusive religiosa, percebe-se que, para a realização de uma conduta, não há, de forma alguma, a necessidade de se chegar à sabedoria para se ter um comportamento humano, malgrado influenciar no direcionamento de uma conduta ética. Por óbvio, mesmo ausente a sabedoria, o ser humano é capaz de desenvolver uma conduta consciente, inclusive de forma ilícita.

Tendo a distinção dos elementos cognitivos, para a dogmática penal a respeito da conduta, busca-se a compreensão filosófica do significante consciência e entendimento, para definir os requisitos para realização e conceituação do delito. Pode-se notar que não se encontra a palavra “sabedoria” nas sistemáticas do crime, embora a existência da distinção entre consciência e capacidade de entendimento havida em cada teoria do delito. Diante das divergências, imperioso compreender o sentido das palavras e sua conexão com o conceito analítico de crime, tendo em vista que todos os sistemas trabalharam com distinção significativa para estabelecer os elementos da conduta e da culpabilidade.

Apesar da certa aproximação entre essas expressões “consciência” e “capacidade de entendimento”, por se tratar de elementos cognitivos, a diferença existe na medida em que a capacidade de entendimento averigua a funcionalidade

[209] BALTES, Paul B. e outro. The Fascination of Wisdom: Its Nature, Ontogeny, and Function. Perspect Psychol Sci (Association for Psychological Science). Volume 3—Number 1. 2008. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ncsc.org/__data/assets/pdf_file/0019/51715/Fascination-of-Wisdom-Baltes-Smith.pdf. Acesso em 18.03.2024.

orgânica de produção da consciência, enquanto a consciência é o resultado obtido com a operação produzida a partir da percepção do objeto.

O Código Penal, no artigo 26, adota a capacidade de entender para investigar as funções mentais do agente, considerando-o inimputável se não tiver aptidão para desenvolver um raciocínio coerente a partir das sensações.

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

Como se percebe, há uma relação direta entre essas expressões, a causar confusão, porquanto pode-se reconhecer que a consciência é o entendimento obtido do fato conhecido. Mas o que se busca, antes, é a informação do agente se ele possui a capacidade de produzir uma consciência.

Na tentativa de compreender a silhueta da distinção entre consciência, conhecimento e entendimento, pode-se observar que a consciência é o que permite perceber, sentir, pensar e refletir sobre as experiências subjetivas e sobre si mesmo, de modo a proporcionar o conhecimento sobre as coisas vivenciadas e necessária para a interpretação do mundo ao redor. Por isso, o entendimento reúne as habilidades cognitivas de analisar, avaliar, sintetizar, discernir e aplicar o conhecimento, de modo a permitir que esses conceitos interfiram na conduta humana (causa) e no alcance de um objetivo (resultado). Portanto, o entendimento está além da mera experiência imediata, pois exige a valoração (processamento) dos objetos conhecidos, para se promover uma atitude discernida. Isso só é possível ocorrer se o agente tiver capacidade de interagir psicologicamente com o objeto percebido. Se não tiver, não consegue alcançar a consciência e o entendimento das coisas.

Pode-se sintetizar a distinção desses elementos, afirmando que o conhecimento é a experimentação da consciência, enquanto o entendimento é a organização do conhecimento. O indivíduo tem consciência de algo quando sente, cheira, toca, ouve e vê, interagindo os órgãos sensoriais e seu cérebro; o conhecimento disso ocorre quando verifica como, onde e quando produz e funciona a coisa que deflagra a percepção e passa a entender quando coloca o conhecimento em ordem racional. Por isso, corpo e cérebro são inseparáveis, guardando íntima

relação dada a interação que um promove com o outro para perfazer o entendimento do fato observado[210]. Ao perceber um carro, a pessoa tem a consciência de que se trata de um veículo automotor, mas o conhecimento é atingido quando da interação com o objeto, perfazendo o registro mental (a memória), construído pelo ciclo de sinergia entre o corpo e o cérebro. Ao perceber o carro, a visão e o cérebro modelam a figura, dando o conhecimento sobre o veículo. Nesse instante, a pessoa começa a organizar as informações sobre o carro (cor, marca, modelo etc.), fazendo entender todas as informações que o objeto envia. Quanto menos complexa for a informação, mais rápido se chega ao entendimento.

Importante destacar que a falta de um dos sentidos necessários para a percepção ou o comprometimento das faculdades mentais tornam deficitário o conhecimento, uma vez que, se inexistentes ou diminuídas aquelas funções cognitivas, o indivíduo não consegue alcançar o conhecimento das coisas, tornando frágil a sua consciência. O mesmo ocorre com a percepção errada das coisas. O indivíduo pode ter o pleno funcionamento das atividades perceptoras, mas, se perceber o objeto com engano, não produzirá a consciência correta do ato (erro das circunstâncias fáticas). Assim, se olhar um celular, supondo ser seu, pegá-lo, ocorrerá erro fático se o aparelho for de outrem. Logo, a incapacidade de entender, por erro ou questões orgânicas, torna impossível a produção de uma consciência plena, sendo, pois, aquela investigação um momento anterior à análise da consciência.

Na filosofia, o entendimento tem sido objeto de investigação há séculos, com muitos pensadores tentando elucidar sua origem, natureza e alcance. Desde os filósofos pré-socráticos até os pensadores contemporâneos, o entendimento tem sido central para as questões como epistemologia, metafísica e ética. Platão[211], em seus diálogos, explorou a distinção entre conhecimento verdadeiro (*episteme*) e opinião (*doxa*), destacando a importância do entendimento como uma forma superior de conhecimento baseada na razão e na inteligência. Aristóteles[212], por sua vez, desenvolveu uma teoria do entendimento (*nous*) como a faculdade humana capaz

[210] DAMÁSIO, A. R. O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 1996. p. 255.
[211] SCOLNICOV, Samuel. Platão contra o atomismo lógico. Veritas. Porto Alegre. Vol 49. Nº 4. Dez. 2004. Pag. 641-652.
[212] BARBOSA. Alexandre Guedes. O conceito de *nous* e sua relação com o conceito de dianóia na filosofia de Aristóteles. Inquietude. Goiânia, vol. 06, nº 02, p. 52-74, jul/dez 2015.

de compreender os princípios universais e a essência das coisas. Portanto, por muito tempo, filósofos investigam o entendimento na estruturação do comportamento humano, visando apresentar o ser e o dever-ser.

De forma objetiva e filosófica, o conhecimento humano é formado pela consciência da percepção. Transportando essa ideia para a formação da conduta ilícita e, consequentemente o crime, pode-se dar o seguinte exemplo para compreender a extensão dos sentidos: Nos crimes dolosos, quando o agente quer diretamente o resultado (dolo direto), se a consciência estiver plena, facilitará o entendimento e o discernimento do agente na escolha do agir ilicitamente. Assim, por exemplo, querendo matar uma pessoa, o agente desfere golpes de faca, levando a vítima à morte. Nesse contexto, antes da conduta, o agente tem a consciência de que é uma faca e o entendimento de que se trata de um instrumento cortante, quando, antes, tiver a capacidade de entender tudo isso. Tendo pleno funcionamento das atividades perceptivas, conhece que o instrumento é eficaz de causar a morte se cravar numa região letal; sabe (conhece) que seu movimento corporal de esfaquear pode causar o resultado morte se acertar uma região letal. Tendo essa capacidade de entendimento, se escolher realizar a conduta homicida, compreende que está elegendo um comportamento criminoso.

Desse contexto exemplificativo, extrai-se que a possibilidade filosófica de fracionar os elementos da racionalidade. Contudo, a divisão do tempo entre a percepção e a consciência não se mostra adequada, porquanto se fundem em um mesmo instante. Ao se cogitar uma determinada conduta, ao mesmo tempo o agente volta a sua consciência para um comportamento entendido. Logo, não há como fracionar esses elementos para a definição da conduta. Tudo ocorre em um mesmo instante. O elemento cognitivo do dolo da conduta é formado quando o agente percebe que seu agir é proibido. Não há como justificar a existência de dois momentos distintos de análise psicológica do agente. É no momento da formação da consciência é que se deve estruturar o elemento cognitivo, inclusive valorando a capacidade psíquica do agente de entender o caráter ilícito de sua conduta dolosa e típica. O que se pode distinguir é a investigação acerca da capacidade de entender e a consciência obtida como resultado da percepção. A análise da capacidade de entender é pressuposta à consciência, pois, se uma pessoa não tiver capacidade de entender, não poderá alcançar a consciência do fato percebido.

Dessa feita, com muito respeito, tem-se o equívoco da teoria finalista de delito (admitida no ordenamento jurídico brasileiro), ao exigir a consciência na conduta e o estudo capacidade de entendimento na culpabilidade, para que o agente seja responsabilizado criminalmente, ou seja, realiza a investigação em dois momentos diferentes, mas inversamente. Nesse sentido, indaga-se: Ao realizar o conceito estratificado de delito, seria possível analisar a consciência na conduta e a capacidade o entendimento na imputabilidade, como um ponto bem subsequente? Penso que não.

Interessante notar que a teoria finalista conceitua ação como a atividade promovida a uma finalidade, a se exigir que, na própria conduta, tenha o entendimento da ação que busca um fim específico. Logo, não basta ter consciência, pois exige-se um fim, que ocorre por meio do comportamento discernido, quando se trata de dolo direto ou indireto. Havendo essa imperfeição filosófica no conceito estratificado de delito, deve-se reconhecer a necessidade de se colocar um rumo mais satisfatório para se promover a devida adequação típica penal, inclusive promovendo o esvaziamento da culpabilidade, para transportar os elementos psicológicos da culpabilidade, que ainda recaem sobre a análise da imputabilidade – como se verá adiante -, para a conduta dolosa. Ou seja, a análise da capacidade de entender é prejudicial à consciência, já que, se constatar a ausência da possibilidade de entender o caráter ilícito do fato, tem-se a consciência como fator atingido pela inaptidão da percepção plena, decorrendo a imperiosa alteração do conceito operacional de delito.

2.3.2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS ESTUDOS DA CONSCIÊNCIA NA PSICOLOGIA PARA A COMPREENSÃO DA ORDEM RACIONAL DE INDAGAÇÃO.

A consciência, como uma das grandes pesquisas da Psicologia, tem sido objeto de intenso interesse ao longo da história com a finalidade de compreender e organizar a complexidade do pensamento humano, cuja amplitude do significado torna desafiadora a busca por um consenso conceitual. Desde as primeiras formulações teóricas até os debates contemporâneos, a consciência tem sido abordada de diversas maneiras e por diferentes escolas da Psicologia. A partir das

lições de Wilhelm Wundt, ao dar inícios aos estudos psicológicos da consciência, pode-se encontrar um conceito básico sobre a consciência, em razão da dificuldade de definir precisamente dada a sua complexidade e multiplicidade perspectivas. Por isso, é importante destacar que a Psicologia, como ciência empírica da experiência imediata, tem o objetivo de investigar os conteúdos da experiência humana através dos métodos da observação e do experimento, semelhantes aos utilizados pelas ciências naturais. Por isso, com o propósito de embasar cientificamente a consciência, os estudos adotam uma abordagem tanto filosóficas quanto sociológicas, além de aspectos estritamente psicológicos, visando uma possível convergência de significados e a compreensão dos comportamentos humanos.

Com Wilhelm Wundt, a Psicologia apresentou expressivos estudos sobre a consciência, ao enfatizar a análise dos processos mentais através da introspecção experimental. As pesquisas de Wundt (1832-1920), realizados na Alemanha, fizeram criar um programa institucional de investigação sobre o elemento cognitivo humano, pois, apesar da formulação não ter alcançado um consenso universal, suas lições sobre consciência são importantes em razão do método e dos resultados alcançados, já que foi o pioneiro da psicologia experimental a estabelecer os alicerces para a investigação sistemática da mente humana, visando compreender os processos mentais através da observação e experimentação controlada. Sua abordagem, conhecida como psicologia introspectiva, enfatiza a importância da experiência consciente e dos processos mentais subjacentes[213].

Ao contrário de seus contemporâneos que se dedicaram principalmente ao estudo do comportamento observável, Wundt se interessou nos aspectos subjetivos da mente, pois acreditava que a consciência poderia ser decomposta em elementos mais simples, como sensações e percepções, e estudada através da análise introspectiva. Diante disso, Wundt afirma que a complexidade da experiência humana é vista como um todo unificado e coerente, podendo ser observada através da relação dos objetos externos e do sujeito[214] e, por isso, a experiência pode ser abordada sob dois aspectos: O primeiro, denominado de experiência externa, busca abstrair a atividade do sujeito e focar apenas nos objetos em sua regular posição de espaço-tempo. Esse aspecto é característico das ciências naturais, que recorrem à

[213] WUNDT, W. *Outlines of psychology. Englewood Cliff.,* NJ: Prentice Hall. 1897.
[214] MARCELLOS Cíntia Fernandes e outro. A Questão da Consciência na Psicologia de Wilhelm Wundt. Estud. pesqui. psicol. vol.11. nº.1. Rio de Janeiro. 2011.

formulação conceitual para investigar tais fenômenos. Por outro lado, o segundo, chamada de experiência interna, refere-se ao domínio intuitivo da apreensão direta dos fenômenos subjetivos. Neste caso, a experiência é considerada em sua relação direta com o sujeito e é o foco da Psicologia, que adota uma perspectiva mais abrangente[215].

A relação entre a experiência interna e a externa conduz a outro estudo, consistente na causalidade psíquica. Segundo Wundt, postular uma causalidade específica para os processos mentais não entra em conflito com sua visão unitária do ser humano, pois os aspectos psíquicos e físicos complementam-se na explicação da experiência humana. Enquanto a causalidade psíquica se refere a aspectos qualitativos e padrões na experiência interna, as leis físicas estão relacionadas a aspectos quantitativos, mais apropriados para a análise de fenômenos objetivos[216].

A partir dessas premissas, a Psicologia conceitua consciência como a percepção que se tem das representações, sentimentos e impulsos voluntários que cada um possui, formadores de suas próprias experiências realizadas no tempo[217]. Essa definição não se refere a uma fase específica ou aspecto particular da vida mental, mas sim aos processos mentais em sua totalidade[218], já que a consciência é o consectário das experiências humanas.

> Como toda formação psíquica é composta por uma multiplicidade de processos mais elementares, que nem começam nem terminam todos exatamente ao mesmo tempo, então, a inter-relação que conecta os elementos formando uma unidade vai em geral sempre além desta unidade. Assim, objetos diferentes, simultâneos ou sucessivos, são novamente conectados uns com os outros, mesmo que de maneira solta. Esta inter-relação de formações psíquicas é chamada de consciência[219].

Ao explorar a consciência, a Psicologia desenvolve uma abordagem que destaca a gradação dos processos psíquicos em diferentes níveis, segundo a clareza e a distinção, observando que a apreensão desses processos ocorre em uma escala variável. Essa passagem gradual de um nível de quase total obscuridade até chegar-se aos níveis de maior clareza, inicia-se com o estímulo

---

[215] WUNDT, W. *Outlines of psychology. Englewood Cliff.,* NJ: Prentice Hall. 1897, p. 1-6.
[216] MARCELLOS Cíntia Fernandes e outro. A Questão da Consciência na Psicologia de Wilhelm Wundt. Estud. pesqui. psicol. vol.11. nº.1. Rio de Janeiro. 2011.
[217] WUNDT, W. *Outlines of psychology. Englewood Cliff., NJ: Prentice Hall*. 1897, p. 1-6.
[218] Idem.
[219] Idem, p. 238.

sensorial (sensação) para a formulação dos processos psíquicos e consequente representação do objeto, por meio da expediência interna[220]. Por isso, exige-se, desde o início, a plena atividade cognitiva.

A partir do funcionamento orgânico e da experiência interna, desencadeia-se a representação do objeto, a relação afetiva e o processo volitivo, para formar a consciência humana. A partir do momento em que a pessoa se relaciona com um objeto, forma-se sua figura, diante das informações espaciais e temporais, extraídas das sensações obtidas diretamente do local e das circunstâncias onde o sujeito se encontra, valendo-se, inclusive, do acesso à memória. Sucessivamente, as emoções e sentimentos são desencadeados devido à combinação das informações obtidas, constituindo o móvel do comportamento humano (elemento volitivo). Ressalta-se que, apesar dessa sucessividade, a consciência é formada em um mesmo instante[221].

Isso significa afirmar que a consciência é o resultado das experimentações externas e internas do ser humano, capaz de estimular, impulsionar e dominar a pessoa a promover um determinado comportamento, inclusive de natureza egocêntrica.

> O sistema nervoso, em especial o sistema cerebroespinhal, cujo expoente final é a consciência, é um sistema orgânico que, criado pelo inconsciente, destina-se a controlar o equilíbrio entre os mundos exterior e interior. Este último se estende de modificações e reações físicas às mais complexas reações psíquicas. Não reage apenas a estímulos externos nem é apenas uma máquina de estímulo, como imaginam os materialistas, mas a fonte de movimentos espontâneos dos mais variados tipos, os quais se manifestam como impulsos e complexos, tendências físicas e psíquicas. Todas essas tendências interiores também devem ser reconhecidas pelo sistema consciente e pelo ego e equilibradas e ajustadas ao mundo exterior; quer dizer, a consciência não apenas deve defender a "pessoa" dos animais selvagens e de incêndios, mas também dominar constelações impulsivas ou levá-las à realização, assim como ser responsável e competente para a transformação ambiental a fim de criar alimentos, além das transformações do mundo interior, destinadas a ajustar as tendências egocentradas do indivíduo ao coletivo. Enquanto esse sistema de consciência do ego funciona de modo sadio, é um órgão filial do todo e combinando em si as funções executora e controladora.[222]

---

[220] MARCELLOS Cíntia Fernandes e outro. A Questão da Consciência na Psicologia de Wilhelm Wundt. Estud. pesqui. psicol. vol.11. nº.1. Rio de Janeiro. 2011.
[221] WUNDT, W. *Outlines of psychology. Englewood Cliff., NJ: Prentice Hall.* 1897, p. 1-6.
[222] NEUMANN, Erich. História das origens da consciência: uma jornada arquetípica, mítica e psicológica sobre o desenvolvimento da personalidade humana. tradução Margit Martincic; prefácio de Carl G. Jung; com a colaboração de Daniel Camarinha da Silva e Adail Ubirajara Sobral. – 2. ed. – São Paulo: Editora Cultrix, 2022. Pág. 259.

Na atualidade, a Psicologia aborda os estudos da consciência aos fatores definidores do ego na formação da personalidade do indivíduo, cujo complexo constitui o núcleo do sistema psíquico. Afirma-se que a personalidade humana é formada por três fatores: pelos eventos do mundo exterior; a comunidade e as relações interpessoais, e; a psique da pessoa formada pelas experiências internas[223]. Desde o nascimento até a morte, o ser humano é capaz de formar sua personalidade durante cada experimento em grupo ou individual, no plano interno e externo. Por sua vez, o ego consiste no elemento que corresponde à personalidade, formado pelos fatores mencionados e de difícil reconhecimento por cada pessoa. Torna-se ainda mais difícil dominar o ego, quando os fatores são conjugados para a sua formação. Raros são os momentos de conscientização do ego, de modo a fazer com que mais comumente a pessoa seja conduzida por seu ele a fazer de acordo com os padrões estabelecidos pelas experiências individuais e coletivas. Nessa complexidade, aponta-se às experiências exteriores o principal fator para o desenvolvimento dos comportamentos individuais.

> A unidade do grupo na participação ainda prevalece com tal intensidade, no homem moderno, que só os extraordinários esforços de conscientização de alguns indivíduos geniais levam aos poucos à percepção consciente dos fatores psíquicos que, como um "padrão cultural" inconsciente que cegamente aceitamos, regulam a vida e a morte de cada indivíduo. Embora desfrutem de um desenvolvimento consciente provavelmente mais avançado do que qualquer outro antes atingido pela humanidade, os indivíduos dos nossos dias, apesar de todas as suas realizações conscientes, ainda estão envolvidos na estrutura do seu grupo e em suas leis inconscientes.[224]

Ne mesma linha e complementando a consciência na Psicologia, Vygotsky aduz que ela é formada a partir da origem social modelador de distintos signos e modos de verificação da realidade, havendo relação com o sentido e o significado da linguagem para formar a consciência humana, uma vez que a linguagem e o pensamento a formam e, por conseguinte, conduz as atividades humanas.

> Com isto abordamos um aspecto na natureza da palavra cujo significado ultrapassa os limites do pensamento como tal e em toda a sua plenitude só pode ser estudado em composição com uma questão mais genérica: a palavra e a consciência. Se a consciência, que sente e pensa, dispõe de

[223] NEUMANN, Erich. História das origens da consciência: uma jornada arquetípica, mítica e psicológica sobre o desenvolvimento da personalidade humana. tradução Margit Martincic; prefácio de Carl G. Jung; com a colaboração de Daniel Camarinha da Silva e Adail Ubirajara Sobral. – 2. ed. – São Paulo: Editora Cultrix, 2022. Pág. 234.
[224] Idem. Pág. 237.

> diferentes modos de representação da realidade, estes representam igualmente diferentes tipos de consciência. Por isso, o pensamento e a linguagem são a chave para a compreensão da natureza da consciência humana" (VIGOTSKI, 2000, p. 485). De acordo com Vigotski (1924/2004), a atividade humana está relacionada com o conceito de mediação, ou, ainda, não significa apenas uma reação ao meio, mas uma transformação através de instrumentos. A utilização de instrumentos implica na constituição do signo, na regulação da conduta e construção da consciência, a qual possui uma estrutura semiótica que regula o contato com os outros indivíduos e consigo mesmo (RIVIÉRE, 1985). ... Segundo Riviére (1985), a constituição da consciência e sua transformação se dão graças a uma classe especial de ferramentas: os signos. Estes são proporcionados pela cultura e medeiam a transformação da atividade reflexa em consciência. Nesse sentido, o fator fundamental para o desenvolvimento humano seria definido pela internalização dos instrumentos, tornando-os meios de regulação de conduta, da relação com os outros e do sujeito consigo mesmo. A internalização, nesse contexto, é entendida como a reconstrução de uma atividade externa que reorganiza e modifica qualitativamente as ações. A conduta simbólico-instrumental seria o fundamento da atividade voluntária e dos símbolos na consciência, enquanto os signos seriam "desenvolvimentos ontogenéticos da própria conduta instrumental" (RIVIÉRE, 1985, p. 43). De acordo com Vigotski (1924/2004), a consciência é constituída por signos que são estímulos instrumentais de natureza social que formam o ser humano por meio da convivência social. Os signos atuariam sobre o sujeito e estariam intimamente relacionados a sua capacidade de criação e imaginação, que, por sua vez, se manifestaria por igual em todos os aspectos da vida cultural[225].

Percebe-se, aqui, ainda que de forma superficial, que a Psicologia também reconhece que a consciência, além de ter a relação interna, é formada pelo processo histórico e social, considerando as relações humanas existentes em um dado espaço de tempo e local, sem se confundir com a transpessoalidade, já que cada indivíduo possui a sua própria personalidade, em que pese poder haver similitudes dos padrões. Nesse particular, para essa corrente científica, a consciência humana é formada pela experiência entre o mundo individual e o mundo coletivo, interno e externo, através das percepções, de modo a criar os padrões de comportamentos individuais e coletivos e o entendimento sobre os fatos que se perpassam. Com esse aspecto externo, a psique recebe informações compartilhadas pelas tradições e culturas que influenciam a consciência individual[226].

Portanto, na Psicologia, a consciência é estudada considerando os fatores internos e externos, especialmente para obter a informação sobre o conhecimento do ego, pois é o que impulsiona o indivíduo a agir, quando, por

[225] CARVALHO, Maria Aparecida Alves Sobreira e outras. A formação do conceito de consciência em Vygotsky e suas contribuições à Psicologia. Arq. bras. psicol. vol.62. nº.3. Rio de Janeiro. 2010.
[226] JUNG. Carl G. O homem e seus símbolos.Editora Harper Collins. Rio de Janeiro. 2016.

exemplo, sente fome, sede, frio, calor, prazer, dor etc. No âmbito comportamental, com a informação recebida para a formação do ego, principalmente das experiências grupais e interpessoais obtidas, tem-se que, quanto maior a inconsciência de próprio seu ego, mais propício aos movimentos de grupos, denotando uma personalidade frágil, ao se submeter ao "self" coletivo[227].

Nessa linha, Freud foi quem popularizou a expressão "ego", para diferenciar de "id" e "superego". O ego passa a ser a junção desses elementos, na medida em que o id reage aos instintos naturais e, o superego, decide como o indivíduo deve se comportar de acordo com as normas morais[228]. Por isso, o ego tem estreita relação com a consciência, uma vez que está mais relacionado à personalidade do agente.

Apesar das diferentes teorias sobre a consciência contidas na Psicologia e a desnecessidade de se enveredar profundamente nesses meandros para a resolução do problema posto nessa tese, o ponto de convergência que se encontra nessa interdisciplinaridade acerca da consciência, reside no fato de se buscar compreender os fatores biopsíquicos que a modelam, bem como no reconhecimento da necessidade de se ter a capacidade de produzir uma reação consciente às experimentações da vida. Isso denota que, apesar de se realizar a especialização do conteúdo da consciência, todos os elementos que a compõem são produzidos em um indivíduo que possui a capacidade de entender as circunstâncias que permeiam um objeto, para promover, segundo a lei psíquica de causalidade[229], a ocorrência causal dos fenômenos mentais no instante em que ativado e em cada momento da vida.

Os estudos psicológicos também abordam os transtornos cognitivos, recebendo diferentes abordagens, especialmente pela análise comportamental, psicanalítica, humanista, existencial, histórico-cultural, visando compreender as causas e promover o tratamento adequado, considerando os traumas, as violências,

---

[227] NEUMANN, Erich. História das origens da consciência: uma jornada arquetípica, mítica e psicológica sobre o desenvolvimento da personalidade humana. tradução Margit Martincic; prefácio de Carl G. Jung; com a colaboração de Daniel Camarinha da Silva e Adail Ubirajara Sobral. – 2. ed. – São Paulo: Editora Cultrix, 2022. Pág. 242.

[228] FREUD, Sigmund. O ego e o ID e outros trabalhos. Volume XIX (1923-1925). Hoagrth Press e Instituto de Psicanálise (trad de Joan Riviere). Londres. 1923.

[229] WUNDT, Wilhelm. As leis da vida psíquica. Tradução: Mary Elizabeth Borup. Revisão Lívia Mathias Simão Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. Título original: *Gesetze des Seelenlebens*. São Paulo. 2015.

a desigualdade social, entre outros fatores. Por isso, a consciência não é algo simples de se verificar, notadamente em pessoa com algum déficit cognitivo, pois, apesar de possuir percepções, possuem uma linguagem distinta para compreender os fatos e externas suas emoções, advindas da relação com a sua própria condição, como ocorre em casos em que envolve a neurose e a psicose, por exemplo.

> Em uma psicose, a transformação da realidade é executada sobre os precipitados psíquicos de antigas relações com ela - isto é, sobre os traços de memória, as idéias e os julgamentos anteriormente derivados da realidade e através dos quais a realidade foi representada na mente. Essa relação, porém, jamais foi uma relação fechada; era continuamente enriquecida e alterada por novas percepções. Assim, a psicose também depara com a tarefa de conseguir para si própria percepções de um tipo que corresponda à nova realidade, e isso muito radicalmente se efetua mediante a alucinação. O fato de em tantas formas e casos de psicose as paramnésias, os delírios e as alucinações que ocorrem, serem de caráter muito aflitivo e estarem ligados a uma geração de ansiedade, é sem dúvida sinal de que todo o processo de remodelamento é levado a cabo contra forças que se lhe opõem violentamente. Podemos construir o processo segundo o modelo de uma neurose com o qual estamos familiarizados. Nela vemos que uma reação de ansiedade estabelece sempre que o instinto reprimido faz uma arremetida para a frente, e que o desfecho do conflito constitui apenas uma conciliação e não proporciona satisfação completa. Provavelmente na psicose o fragmento de realidade rejeitado constantemente se impõe à mente, tal como o instinto reprimido faz na neurose, e é por isso que, em ambos os casos, os mecanismos também são os mesmos. A elucidação dos diversos mecanismos que, nas psicoses, são projetados para afastar o indivíduo da realidade e para reconstruir essa última, constitui uma tarefa para o estudo psiquiátrico especializado, ainda não empreendida.[230]

No âmbito psicológico, algumas psicoses e neuroses são estudadas visando diagnosticar e promover o melhor tratamento, cujo resultado também é oferecer ao indivíduo uma compreensão melhor do mundo, longe de sentimentos negativos que influenciam o modo de ver a vida. Nessa dinâmica, identificam-se as causas, os fatores agravantes, as consequências para oferecer o atendimento mais apropriado para o paciente. Nesse contexto, é indiscutível que estresse, angústia e conflitos psíquicos são causas que influenciam a mente e o corpo do indivíduo, tendo capacidade de desencadear diferentes comportamentos, especialmente de ordem emocional, e aptos a ordenar o agir da pessoa em uma dada direção. Nesse particular, aproxima-se da Psiquiatria, mas dela se diferencia, na medida em que o psiquiatra trata o corpo físico através de prescrição de medicamentos, enquanto o

[230] FREUD, Sigmund. O ego e o ID e outros trabalhos. Volume XIX (1923-1925). Hoagrth Press e Instituto de Psicanálise (trad de Joan Riviere). Londres. 1923.Pág. 108.

psicólogo trabalha essencialmente o aspecto subjetivo e interno da mente para extirpar a causa psicológica da doença.[231]

Portanto, através de Psicologia, consegue-se a compreensão de que a condição pessoal do agente influencia diretamente na formação da consciência. Se o agente tem neuroses ou psicoses, sua realidade é distinta da pessoa que não possui uma enfermidade. Com isso, anuncia-se que a condição pessoal de saúde mental do agente é um pressuposto de análise da formação do elemento cognitivo.

A partir das experiências subjetivas e seus conflitos ou das doenças, o psicólogo verifica a causa do adoecimento mental e promove, por meio de conversas clínicas (psicoterapia) e terapias a resolução, a estimulação do paciente a buscar, por si, as formas de saída do estágio doentio em que se encontra, realizando, a partir do diagnóstico, a necessária travessia do processo de adoecimento ao convalescimento por meio de técnicas de experimentação subjetiva com cada paciente[232]. Somente após o restabelecimento das funcionalidades psicológicas é que consegue operar o pleno conhecimento dos fatores reais. Logo, as enfermidades psicológicas (depressão, ansiedade etc.) interfere diretamente na formação da consciência plena. Seja como for, a Psicologia aborda questões relacionadas à mente do ser humano, buscando informações acerca da formação da personalidade, do ego, da psique, da consciência, para encontrar as causas do adoecimento mental e, a partir disso, poder promover a melhor forma de atendimento ao paciente, já que reconhece que adoecimento mental como causa de interferência na formação plena da consciência.

Os processos psíquicos estão sujeitos a suas próprias leis de causa e efeito, que operam de forma independente das leis físicas, que regem os fenômenos naturais, a estabelecer uma visão monista do ser humano, que considera a mente e o corpo como aspectos inseparáveis de uma mesma entidade, já que as leis psíquicas e as leis físicas se complementam na explicação da experiência humana, uma vez que as leis físicas lidam com valores quantitativos e se aplicam aos fenômenos materiais e objetivos, enquanto as leis psíquicas tratam de valores

[231] SIMONETTI, Alfredo. Manual de Psicologia Hospitalar. O mapa da doença. Editora Casa do Psicólogo.2011. pág. 25.
[232] SIMONETTI, Alfredo. Manual de Psicologia Hospitalar. O mapa da doença. Editora Casa do Psicólogo.2011. Pág. 25.

qualitativos e se relacionam com a experiência interna e subjetiva[233]. Assim, a lei psíquica da causalidade reconhece a existência de uma ordem própria nos processos mentais, que influenciam o comportamento e a cognição humanos. Portanto, a consciência, na psicologia, é a totalidade do processo interconectado em um certo período e organizador de si mesmo[234], a exigir a perfeita funcionalidade orgânica para desenvolvimento da saúde mental sã.

Embora a complexidade de se estruturar todas as pesquisas psicológicas, o que se propõe, nesse momento, não é a teorização completa da consciência e sua formação através dos estudos da Psicologia, mas apenas, de forma superficial, apontar que essa ciência prescreve que a falta de um funcionamento normal das atividades orgânicas tem ligação direta com a formação do ego e da psique, de modo que, na ausência ou debilidade das funções mentais, por consequência, a consciência restará atingida (mitigada), de algum modo. Logo, as causas vêm antes das consequências e, por isso, havendo um transtorno mental (causa), tem-se como resultado a dificuldade de estabelecer uma consciência plena.

Entretanto, embora o Direito Penal tenha a percepção da importância da Psicologia, acerca das questões da saúde mental, a dogmática penal tem maior aproximação com a Psiquiatria, em razão dos modos e resultados investigativos clínicos para o enquadramento jurídico e a imposição de melhor medida penal, subjugando-se as pesquisas psicológicas, pese embora se mostrar extremamente necessária para a compreensão da personalidade e do comportamento humano.

2.3.3 A CATEGORIZAÇÃO E A VERIFICAÇÃO PSIQUIÁTRICA DA CONSCIÊNCIA HUMANA.

A psiquiatria é uma área da medicina que estuda, diagnostica, trata e previne transtornos mentais, emocionais e comportamentais, dotando os profissionais (psiquiatras) de habilidades para avaliar o estado mental dos pacientes,

---

[233] WUNDT, Wilhelm. As leis da vida psíquica. Tradução: Mary Elizabeth Borup. Revisão Lívia Mathias Simão Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. Título original: *Gesetze des Seelenlebens*. São Paulo. 2015.

[234] MARCELLOS Cíntia Fernandes e outro. A Questão da Consciência na Psicologia de Wilhelm Wundt. Estud. pesqui. psicol. vol.11. nº.1. Rio de Janeiro. 2011.

identificar condições clínicas e oferecer terapias apropriadas, como psicoterapia, medicamentos psicotrópicos, intervenções sociais e outras abordagens terapêuticas. Abrangendo uma ampla variedade de transtornos, como depressão, ansiedade, transtornos de humor, transtornos psicóticos e de personalidade, a psiquiatria visa melhorar a qualidade de vida e o bem-estar emocional dos pacientes, e, por isso, sua função fundamental é diagnosticar, tratar e prevenir distúrbios mentais e emocionais, promovendo a saúde mental, prevenindo o desenvolvimento de doenças psiquiátricas e auxiliando na recuperação do equilíbrio emocional e psicológico por meio de diferentes modalidades terapêuticas[235].

Por consequência, a consciência humana também é estudada na psiquiatria, por corresponder o estado de alerta e a percepção do indivíduo em relação a si mesmo e ao ambiente ao seu redor, sendo, portanto, uma função mental complexa que envolve a capacidade de estar ciente de pensamentos, sensações, emoções e ações, bem como de interagir com o mundo externo de maneira adequada[236]. Uma alteração na consciência pode ser um sintoma de várias condições psiquiátricas, como transtornos do humor, transtornos de ansiedade, transtornos psicóticos, transtornos dissociativos, entre outros. Essas alterações podem variar desde uma diminuição sutil da consciência até estados de consciência mais alterados, como delírios, alucinações ou estados de confusão mental[237].

Para a verificação da condição atual das funções psíquicas do paciente, a psiquiatria se vale do exame do estado mental[238], que, entre outros aspectos, realiza análise da consciência, que varia entre a vigília e o coma. Nesse particular, o médico psiquiatra avalia o grau da consciência e a eventual existência de perturbação, ao observar fatores que alteram as funções psíquicas, como a atenção, a orientação, a sensopercepção, a memória e capacidade de reflexão. Por isso, para verificar o estado mental do paciente, tem-se o exame do estado psíquico, com a finalidade de avaliar psiquiatricamente o funcionamento mental do paciente e orientar o tratamento adequado.

---

[235] NARDI, Antônio Egídio e outros. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022.
[236] PEREGRINO, Antônio, e outros. Entrevista psiquiátrica, exame clínico e exame do estado mental. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 441.
[237] Idem.
[238] PARAVENTI, Felipe. Manual de Psiquiatria Clínica / Felipe Paraventi, Ana Cristina Chaves. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Roca, 2016. Pág. 26.

> O exame do estado mental, exame do estado psíquico ou simplesmente exame mental segue-se à entrevista psiquiátrica, com a qual guarda íntima relação e de onde serão extraídos seus elementos constituintes. Consiste na avaliação do estado mental *atual* do paciente. Pode ser compreendido como um corte transversal, uma "fotografia" do que é observado durante a entrevista. No exame mental, são descritos de forma sistemática os fenômenos psíquicos, incluindo aqueles considerados normais ou psicológicos e, sobretudo, as alterações psicopatológicas[239].

O exame do estado mental permite uma avaliação detalhada sobre o funcionamento psíquico de uma pessoa em um certo momento e objetiva descrever a experiência subjetiva do paciente (sua cognição, emoções, percepções e comportamentos), fornecendo informações para o diagnóstico e planejamento do tratamento. Ao proceder com o exame do estado mental, o psiquiatra observa uma série de informações através do paciente, relativas à aparência física e comportamento, seu discurso e linguagem, seu humor e afeto, seu nível de consciência e orientação no tempo e espaço, sua cognição e funcionamento intelectual, bem como suas percepções sensoriais, incluindo alucinações ou delírios, se presentes, além de verificar a história médica e psicossocial do paciente, como tratamentos anteriores, uso de substâncias, histórico familiar de transtornos mentais, entre outros fatores relevantes[240].

Por meio desse exame, a psiquiatria promove uma incursão científica sobre as funções mentais, ao avaliar os diversos processos cognitivos e emocionais que desenvolvem na mente humana, abrangendo desde a percepção sensorial até a expressão verbal e o comportamento, avaliando a consciência[241], a atenção[242], a sensopercepção[243], a orientação[244], a memória[245], a inteligência[246], a afetividade[247], o pensamento[248], a conduta[249] e a linguagem[250]. Para tanto, organiza a sistemática

---

[239] PEREGRINO, Antônio, e outros. Entrevista psiquiátrica, exame clínico e exame do estado mental. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 413.
[240] PEREGRINO, Antônio, e outros. Entrevista psiquiátrica, exame clínico e exame do estado mental. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 414.
[241] Consciência: estado de estar desperto e consciente do ambiente e de si mesmo.
[242] Atenção: capacidade de focar e concentrar-se em estímulos específicos.
[243] Sensopercepção: percepção sensorial do ambiente por meio da visão, audição, olfato, paladar e tato.
[244] Orientação: consciência do tempo, espaço e pessoa.
[245] Memória: capacidade de armazenar, reter e recuperar informações.
[246] Inteligência: capacidade de raciocinar, resolver problemas, compreender ideias complexas e aprender com a experiência.
[247] Afetividade: experiência subjetiva de prazer, dor, alegria, tristeza, raiva, entre outros estados emocionais.
[248] Pensamento: processos mentais de formação de ideias, conceitos e julgamentos.

clínica por meio de método de classificação visando facilitar mapear os achados científicos para um diagnóstico e tratamento mais preciso.

> Como qualquer campo da ciência, a psiquiatria tenta nomear os fenômenos da sua área de pesquisa e classificá-los de acordo com diferentes aspectos, de modo a permitir sua investigação sistemática, assim como a comunicação e a comparação de resultados de observação.[251]

Essas funções mentais não operam de forma isolada, mas estão interconectadas e trabalham juntas para permitir um funcionamento mental saudável e adaptativo, e, qualquer alteração ou disfunção em uma ou mais, pode afetar a saúde mental e o bem-estar, além de comprometer o processo cognitivo. Por isso, o estudo da consciência é importante e chama atenção por sua complexidade, inclusive no campo da psiquiatria, justamente para poder diagnosticar a doença mental e promover o melhor tratamento médico.

Como nas demais áreas de conhecimento, a psiquiatria define a consciência como a percepção do mundo ao nosso redor e a capacidade de introspecção e autoconhecimento. Esse estado de consciência é verificado para compreender o nível de alerta da pessoa, que varia desde a plena lucidez até estados de diminuição ou perda completa de consciência. Com isso, o estado de consciência é verificado no plano vertical e horizontal, com o objetivo de compreender o comportamento humano.

No plano vertical, os distúrbios quantitativos do estado de consciência aparecem pelo aumento ou diminuição desse estado, como em situações de euforia, excitação ou hiperatividade psicomotora, como na bipolaridade. Por outro lado, a diminuição da consciência pode ocorrer pelos estados de confusão mental, dificuldade de concentração e desorientação, ou até mesmo em estados de sonolência, torpor e coma, nos quais a pessoa se apresenta inconsciente e incapaz de responder a estímulos externos.

No plano horizontal, os distúrbios qualitativos do estado de consciência atingem a clareza da percepção que a pessoa tem sobre o mundo ao seu redor. Isso

---

[249] Conduta: ações e comportamentos observáveis de um indivíduo.
[250] Linguagem: capacidade de comunicar ideias e sentimentos por meio de símbolos (palavras, gestos e expressões).
[251] NUNES, Marcel Vella e outros. Histórico do diagnóstico e classificações atuais. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 379.

pode ser ocasionado pelo estreitamento da consciência, momento em que foca excessivamente em um único objeto (uma ideia), ignorando outros estímulos relevantes. O estado crepuscular, por exemplo, é uma dissociação parcial da consciência, porquanto o indivíduo se desconecta parcialmente da realidade circundante.

> O estado de consciência deve ser descrito em relação à sua forma conservada, ou seja, a lucidez psíquica, ou a ocorrência de possíveis alterações. Essas alterações podem ser: *quantitativas,* denominadas do nível da consciência, sendo o normal denominado vígil, e as possíveis alterações sendo turvação ou obnubilação, torpor, estupor, coma superficial ou profundo; e *qualitativas*, do campo da consciência, sendo as alterações estreitamento do campo, estados crepusculares ou hipnóticos, incluindo os estados dissociativos. A descrição de atenção, orientação e memória é útil para analisar a consciência em relação tanto ao nível quanto ao campo da consciência.[252]

Entre os distúrbios mais severos do estado de consciência estão o estupor depressivo (redução extrema da atividade psicomotora e reatividade ao ambiente), e o *delirium* (estado confusional agudo) capazes de alterar a consciência, por conta da desorientação, agitação e alucinações. Ou seja, os distúrbios do estado de consciência ocorrem por meio de várias alterações na percepção do sujeito em relação ao seu ambiente e a si mesmo. Trata-se de uma condição preexistente à formação da consciência.

Para a verificação do estado de consciência, a psiquiatria afere o grau de atenção (função cognitiva de direcionar a energia mental para estímulos específicos) e o grau de tenacidade (capacidade de manter o foco) para ter maior quantidade e qualidade de informações situacionais. Nesse particular, afere-se o tempo de permanência do foco mental, resistindo a distrações, classificando a hipoprosexia como a redução da capacidade de concentração e atenção, caracterizado pela dificuldade para manter o foco, apresentando distrações frequentes, cuja condição pode estar associada a transtornos de humor, como a depressão, ou a condições médicas que afetam o funcionamento cerebral. Noutro sentido, ocorre a hiperprosexia, caracterizada por ser um aumento anormal da atenção (foco exagerado), fazendo com que pessoas fiquem presas em seus pensamentos, preocupações ou atividades específicas, tornando-as incapazes de desviar a

[252] PARAVENTI, Felipe. Manual de Psiquiatria Clínica / Felipe Paraventi, Ana Cristina Chaves. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Roca, 2016. Pág. 26.

atenção para outras questões importantes, situação que se encontra presente em transtornos de ansiedade, transtorno obsessivo-compulsivo e hiperatividade.[253]

Além disso, a consciência humana é formada por meio de paraprosexia (alteração na qualidade da atenção), que resulta em uma percepção distorcida ou inadequada do ambiente, fazendo com que pessoas tenham a propensão de interpretar erroneamente os estímulos sensoriais e tenham dificuldades de processar as informações de maneira coerente, de modo a levar a mal-entendidos ou comportamentos inadequados, como se verifica na esquizofrenia ou em condições neurológicas que afetam a percepção sensorial. Outros indivíduos têm disprosexia (desorganização ou instabilidade na atenção), que ocasiona flutuações imprevisíveis na capacidade de concentração, alternando entre o hiperfoco e a distração, o que torna difícil a consistência no desempenho de tarefas, verificando, tal condição, nos transtornos de ansiedade ou transtornos do espectro do autismo[254].

No estudo do estado da consciência humana, a Psiquiatria observa a vigilância, correspondendo na capacidade de estar alerta e consciente das mudanças no ambiente, bem como o tempo de uma resposta contra os estímulos potencialmente ameaçadores. Nesse sentido, a hipervigilância determina que essa capacidade esteja exageradamente aumentada, de modo que o indivíduo perceba ameaças que não existem. Por outro lado, a hipovigilância se apresenta pela baixa vigilância, fazendo com que a pessoa seja menos responsiva aos estímulos externos[255]. De fato, a atenção desempenha um papel crucial na regulação do comportamento e na adaptação ao ambiente, pois os distúrbios que a afetam comprometem o comportamento humano.

Depreende-se ainda que, na Psiquiatria, os fenômenos perceptivos são estudados para a compreensão das experiências subjetivas das pessoas e para o diagnóstico de distúrbios mentais. Entre esses fenômenos, tem-se o senso[256], a

[253] CHENIAUX JUNIOR, Elie, Manual de psicopatologia. 5. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Pág. 61.
[254] Idem. Pág. 54.
[255] VILETE, Liliane, e outros. Transtornos relacionados a trauma e a estressores. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 850.
[256] Senso: capacidade básica de detectar estímulos sensoriais do ambiente, como luz, som, cheiro e toque, que permite aos indivíduos interagirem com o mundo ao seu redor e responder aos estímulos externos.

percepção[257], a ilusão[258], a alucinação[259], a pseudoalucinação[260] e a alucinose[261], cujas características diferentes refletem nos estados da mente e do funcionamento cerebral.

Para uma avaliação do estado mental, a orientação é um fator de verificação, pois fornece informações importantes sobre a consciência e a integração com o ambiente, porquanto, trata-se de investigação acerca dos distintos aspectos do funcionamento cognitivo. Com isso, realiza-se a avaliação da orientação autopsíquica, compreendendo na percepção da consciência do próprio eu, e da alopsíquica, que se refere à consciência do ambiente externo. Assim, o exame classifica o sujeito como orientado (aquele consciente de si e do ambiente externo) e desorientado (sem consciência de si mesmo ou do ambiente, podendo estar total ou parcialmente desorientado). Algumas afetações da consciência podem ocorrer pela desorientação delirante (delírio), desorientação apática (desinteresse agudo pelo mundo), desorientação amnéstica (perda da memória), desorientação confusional (pensamentos turvos), desorientação oligofrênica (déficits intelectuais) e outros[262], fazendo com que alterem a consciência e, por conseguinte, o comportamento humano.

Portanto, a Psiquiatria aborda a consciência como um fator primordial para o desenvolvimento comportamental, de modo que, se existir qualquer causa que a modifique, igualmente afetada estará a conduta humana, por estar imbricado o pensamento e atitude correlata.

Para compreender cientificamente a consciência humana, o profissional afere as capacidades cognitivas, notadamente acerca da memória, da inteligência e

---

[257] Percepção: processo pelo qual o cérebro organiza e interpreta os estímulos sensoriais, atribuindo-lhes significado e contexto.
[258] Ilusões: distorções perceptivas que ocorrem quando o cérebro interpreta erroneamente um estímulo sensorial real.
[259] Alucinações: experiências perceptivas que ocorrem na ausência de estímulos sensoriais externos correspondentes. Há incongruência entre a percepção e a realidade objetiva.
[260] Pseudoalucinação: semelhante à alucinação irreal. A pessoa reconhece que a experiência perceptiva não é real, mas fruto de sua própria mente.
[261] Alucinose: estado de confusão sensorial. Os estímulos sensoriais reais são percebidos de maneira distorcida ou alterada. Desconexão com a realidade.
[262] BUSATO, Wagner M. Moraes e outros. Interconsulta psiquiátrica. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1386.

do pensamento. A memória[263] possui um fator importante para a cognição humana, consistindo na possibilidade de guardar, recuperar e utilizar informações obtidas durante a vida. Na Psiquiatria, o estudo das distintas fases da memória revela-se crucial para aferir o funcionamento cognitivo dos indivíduos e identificar possíveis distúrbios. Por isso, a psiquiatria realiza um estudo por camadas, para identificar os fatores da memória. A primeira fase corresponde à fixação da memória, que ocorre quando as informações são obtidas e codificadas. Durante esse momento, as informações sensoriais são acionadas em curto tempo, cujo processo é influenciado por vários fatores, incluindo a atenção, concentração e motivação, e qualquer distúrbio nessa fase, resulta na dificuldade de formar novas e duradouras memórias. Após a fixação, as informações obtidas são guardadas na memória, estabilizando-as em curto ou longo prazo, cuja consolidação se dá por meio de um processo gradual para a formação de memórias duradouras. Nessa fase, qualquer distúrbio atinge a retenção e a recuperação de informações. Por fim, a evocação é a recuperação das informações guardadas na memória e trazidas à consciência, e qualquer disfunção nesta fase representa o esquecimento de eventos passados[264].

Por outro lado, a inteligência e o pensamento são conceitos utilizados para análise e aferição do funcionamento cognitivo e ao desenvolvimento humano. Na Psiquiatria, inteligência é compreendida como a capacidade de aprender, compreender, raciocinar e resolver os desafios que se apresentam. Apesar de se ter uma definição exata sobre inteligência, normalmente é considerada como uma característica multidimensional que envolve diversos aspectos do cognitivo humano, como as habilidades verbais, habilidades visuais-espaciais, raciocínio lógico, memória, velocidade de processamento e criatividade. Portanto, a inteligência é a habilidade cognitiva que dota o indivíduo de capacidade para compreender os fatos,

[263] Para os antigos gregos, a memória era uma entidade sobrenatural, a deusa *Mnemosyne*, que dava aos poetas e adivinhos o poder de voltar ao passado. Aprendizado é o processo pelo qual adquirimos conhecimento sobre o mundo, já a memória representa o armazenamento desse conhecimento. Essas informações armazenadas dizem respeito às nossas experiências perceptivas e motoras, assim como às vivências internas (nossos pensamentos e emoções). Uma capacidade mnêmica preservada é fundamental para a percepção (gnosia) e para a orientação. Didaticamente, a atividade da memória é dividida em três fases: fixação (ou aquisição, ou codificação), conservação (ou retenção, ou armazenamento) e evocação (ou rememoração, ou recuperação). CHENIAUX JUNIOR, Elie, Manual de psicopatologia. 5. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Pág. 72.

[264] CHENIAUX JUNIOR, Elie, Manual de psicopatologia. 5. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Pág. 72.

assimilar as informações, adquirir e utilizar os juízos e de adaptar-se a situações novas[265].

> É extremamente difícil encontrar uma definição de inteligência que seja categórica ou amplamente convincente. Todavia, algumas definições são dignas de nota. “Inteligência é a capacidade de compreender e de elaborar conteúdos intelectuais que facilitem a realização de novas adaptações, para a obtenção de um objetivo apetecido” (Nobre de Melo, 1981). “Inteligência consiste em especificar um objetivo, avaliar a situação vigente para saber como ela difere do objetivo e pôr em prática uma série de operações para reduzir a diferença” (Pinker, 1999). “Inteligência é a capacidade para aprender a partir da experiência, usando processos metacognitivos para melhorar a aprendizagem, e a capacidade para adaptar-se ao ambiente circundante, que pode exigir diferentes adaptações dentro de diferentes contextos sociais e culturais” (Sternberg, 2000).[266]

Através da análise clínica da inteligência, identificam-se os padrões de funcionamento cognitivo e os seus distúrbios, classificando as pessoas segundo a sua capacidade cognitiva, após realizar o teste psicométrico de inteligência, que avalia o raciocínio, a memória, a compreensão verbal e outros fatores, para, ao final, concluir que a pessoa tem baixa, média ou alta habilidade cognitiva[267]. Importante destacar que essa avaliação não é realizada isoladamente, uma vez que o profissional possui outros métodos avaliativos para fechar um diagnóstico, incluindo exame do histórico clínico, o contexto social, familiar e cultural entre outros. Essa avaliação da inteligência é usualmente promovida pelo teste de Quociente de Inteligência (teste de QI), cujo objetivo é quantificar a capacidade cognitiva da pessoa, considerando à média da população[268]. No entanto, os profissionais de saúde mental verificam que a inteligência não pode ser definida por um único número ou medida, uma vez que os aspectos, como experiência de vida, motivação, habilidades sociais e outros, também devem ser sopesados para a avaliação.

O estudo da inteligência está relacionado ao diagnóstico e tratamento de alguns transtornos que afetam o funcionamento cognitivo, tal como o transtorno do déficit de atenção e hiperatividade - TDAH, a deficiência intelectual, a demência e

---

[265] Idem.
[266] CHENIAUX JUNIOR, Elie, Manual de psicopatologia. 5. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Pág. 126.
[267] PARAVENTI, Felipe. Manual de Psiquiatria Clínica / Felipe Paraventi, Ana Cristina Chaves. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Roca, 2016. Pág. 27.
[268] CHENIAUX JUNIOR, Elie, Manual de psicopatologia. 5. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Pág. 131.

outros distúrbios neurocognitivos[269], visando compreender o impacto desses transtornos na consciência e, com isso, desenvolver intervenções médicas eficazes para uma melhor qualidade de vida. Por isso, a Psiquiatria estuda os elementos cognitivos inclusive em contextos mais amplos, verificando o desenvolvimento infantil, o envelhecimento cognitivo, a adaptação social e profissional, além de questões éticas e sociais.

Quanto ao significante pensamento, corresponde às projeções mentais no instante em que a pessoa observa as suas ideias e projeta os acontecimentos, associando os conceitos para a formação dos juízos e do raciocínio.

> A palavra *pensar* vem do verbo latino *pendere*, que significa *ficar em suspenso*, *examinar*, *pesar*, *ponderar*. O pensar está relacionado à antecipação de acontecimentos, à construção de modelos da realidade e simulação do seu funcionamento. Para Nobre de Melo (1981), os atributos intelectivos fundamentais que sustentam o pensamento são: a compreensão intelectual (apercepção), a ideação, a imaginação e a associação de representações e ideias. A ideia difere da imagem representativa (ou mnêmica) por ser imaterial, abstrata e geral, não redutível ao sensorial. Associação é o processo psíquico através do qual se estabelecem relações significativas entre as imagens perceptivas, representativas e imaginativas e as ideias. As conexões do pensamento se fazem passivamente quando o processo associativo segue as leis de semelhança, de contraste ou de contiguidade (no tempo ou espaço). Mas o pensamento também pode possuir uma tendência dominante, que o direciona ativamente a uma certa finalidade: o processo associativo é impulsionado por uma ideia fundamental (ou ideia-alvo, ou representação diretriz).
> As atividades fundamentais do pensamento são: a elaboração de conceitos, a formação de juízos e o raciocínio. Um *conceito* identifica os atributos ou qualidades mais gerais e essenciais de um objeto ou fenômeno. É expresso por uma palavra. Está relacionado a abstração e generalização. Por exemplo: *céu* e *azul* são conceitos. O *juízo* estabelece uma relação entre dois ou mais conceitos. Consiste no ato da consciência de afirmar ou negar algum atributo ou qualidade a um objeto ou fenômeno. É composto por um sujeito, um verbo de ligação e um predicado. Por exemplo: “O céu é azul”. *Raciocínio* representa uma operação mental que relaciona juízos, levando à formação de novos juízos (ou conclusões). Por exemplo: “Todo homem é mortal”; “Sócrates é um homem”, portanto “Sócrates é mortal”. Um raciocínio pode ser indutivo (do particular para o geral), dedutivo (do geral para o particular), ou analógico (de um particular para outro particular). [270]

A análise clínica do pensamento desempenha uma função de verificar a existência de distúrbio mentais[271], já que corresponde à função cognitiva de

[269] CHENIAUX JUNIOR, Elie, Manual de psicopatologia. 5. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Pág. 128.
[270] CHENIAUX JUNIOR, Elie, Manual de psicopatologia. 5. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Pág. 101.
[271] PARAVENTI, Felipe. Manual de Psiquiatria Clínica / Felipe Paraventi, Ana Cristina Chaves. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Roca, 2016. Pág. 27.

organização e elaboração dos conceitos e raciocínio e, sua apresentação alterada, indica alguma patologia médica. Nesse particular, a semiologia verifica todo o processo de desenvolvimento do pensamento humano, tanto na qualidade quanto na quantidade de como produzido, bem como na duração, a partir de análise de um objeto[272]. Por isso, para aferir a inteligência, analisa-se o pensamento do indivíduo, em seu aspecto lógico e coerente, para encontrar eventual anomalia.

Por meio de análise clínica, é possível encontrar eventual distúrbio psiquiátrico, em decorrência de inibição de pensamento produzida por eventos que alteram a produção e a retenção do pensamento, indicando a presença de disfunções psicológicas. Essa inibição do pensamento pode ser desenvolvido pela perseveração (repetição persistente do pensamento), pela prolixidade (produção excessiva de palavras que dificulta a comunicação eficaz), pela desagregação (ideias fragmentadas e sem conexão), pela interceptação (bloqueio ou interrupção do pensamento) ou pela aceleração do pensamento (ritmo descontrolado e sem foco ou fuga do pensamento), a atrapalhar na sequência lógica e coerente acerca de um assunto e que proporciona uma comunicação desconexa e difícil[273]. Além da inibição do pensamento, as alterações cognitivas podem ser avaliadas através das ideias delirantes, supervalorizadas, obsessivas ou ilógicas, a demonstrar certas disfunções cognitivas significativas, como, por exemplo a fobia.

As fobias correspondem a um tipo de transtorno de ansiedade caracterizado por um medo intenso, indesejado e incompreendido a situações específicas e que geram impacto na rotina do indivíduo. A psiquiatria apresenta diversas fobias, como agorafofobia (medo de lugares abertos), claustrofobia (medo de lugares fechados), hematofobia (medo de sangue), coitofobia (medo de sexo), acrofobia (medo de altura), zoofobia (medo de animais), hidrofobia (medo de água), xenofobia (medo de estrangeiros), nosofobia (medo de doenças), pirofobia (medo de fogo), entomofobia (medo de insetos) e criptofobia (medo de lugares pequenos)[274]. Interessante que o medo, além de deflagrar sofrimento psíquico, também promove

[272] Define-se a semiologia como a “ciência dos signos”. Entende-se como sinal qualquer estímulo emitido pelos objetos do mundo. Já o signo é um sinal provido de significado, que representa a ligação de um significante a um significado. CHENIAUX JUNIOR, Elie, Manual de psicopatologia. 5. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Pág. 20.
[273] CHENIAUX JUNIOR, Elie, Manual de psicopatologia. 5. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Pág. 120.
[274] WARD, Ivan. Conceitos da Psicanálise. Fobia. Rio de Janeiro. Tradução: Tuca Magalhães. Ed Ouro. Segmento – Duetto. 2005. Pág. 27.

alterações físicas, como tremores, falta de ar, taquicardia e outros, que refletem na conduta reativa[275]. Por isso, geralmente o tratamento indicado envolve a terapia cognitivo-comportamental, com objetivo de livrar a pessoa de seus pensamentos, podendo haver incursão medicamentosa, como os antidepressivos.

O pensamento é considerado como a função cognitiva que se desenvolve com vista a processar informações, raciocinar e tomar decisões. Contudo, em alguns casos, ao apresentar certas alterações, surgem os transtornos psiquiátricos específicos, que podem dificultar a compreensão de conceitos abstratos ou simbólicos, proporcionando a interpretação de coisas de maneira literal e direta, sem considerar o contexto ou o duplo sentido, como se observa em transtornos do espectro autista, por exemplo[276].

Noutra vertente, o pensamento demencial, como ocorre com a doença de Alzheimer, promove a regressão da função cognitiva, dificultando a memória, a atenção e o raciocínio, transformando o pensamento em ideias confusas, desorganizadas e fragmentadas, que, por consequência, dificulta a comunicação, a tomada de decisões e a realização de comportamentos confusos[277]. Outra alteração do pensamento pode ser observada em casos de pobreza ideativa, que se manifesta pela escassez de ideias, verificada pela dificuldade de gerar ou expressar seus pensamentos de forma clara e coerente, como ocorre em caso de esquizofrenia[278]. Além disso, a subtração de pensamentos, experiência típica de transtornos psicóticos e alucinações, é um fenômeno que ocorre quando os pensamentos são tirados da mente por forças externas, enquanto a insinuação de pensamento ocorre quando se observa pensamentos estranhos contra a própria vontade, causando desconforto e ansiedade, notadamente quando perturbadores ou indesejados[279].

Percebe-se, com isso, o similar significado entre pensamento, consciência e inteligência, justamente por abordar a investigação sobre os fatores cognitivos, cuja análise e verificação dos distúrbios incidem sobre a redução ou incapacidade de compreender, perceber, aprender.

---

[275] Idem.
[276] Idem.
[277] ALVES, Gilberto Sousa, e outros. Transtornos cognitivos e demenciais associados ao envelhecimento. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1793.
[278] Idem.
[279] Idem.

Como resultado dos pensamentos humanos, pode surgir a agressividade, como uma modalidade complexa da conduta humana, que, no contexto da psiquiatria, é classificada em: heteroagressividade e autoagressividade. A heteroagressividade se refere a agressão realizada em outras pessoas ou objetos externos, podendo ser realizada de forma direta, com agressão física ou verbal, ou de forma indireta, com comportamentos hostis, sarcasmo ou manipulação emocional. Por outro lado, a autoagressividade é a agressão dirigida contra si mesmo, confluindo em comportamentos autodestrutivos, tais como automutilação, suicídio, abuso de substâncias ou comportamentos de risco deliberados que colocam a própria vida em perigo. A psiquiatria reconhece que a agressividade pode ser sintoma de alguns transtornos psiquiátricos, incluindo transtornos de humor, transtornos de personalidade, transtornos de ansiedade, transtorno sexual (parafilias) e transtornos psicóticos, cujo tratamento envolve uma abordagem multidisciplinar ou intervenções farmacológicas, além de estratégias de resolução de conflitos, com objetivo de atuar nas causas da agressão e promover comportamentos mais adaptativos[280]. Portanto, além da investigação racional, a psiquiatria também verifica o aspecto emocional do indivíduo, considerando o afeto que desenvolve no transcurso do tempo nas relações, cujas experiências podem deflagrar respostas comportamentais distintas, a depender do estado emocional em que se encontra.

No âmbito jurídico, para aferição da consciência, tem-se o exame apropriado, que corre em separado à investigação criminal. A instauração do incidente de insanidade mental (art. 149, CPP) visa subsidiar a decisão judicial em relação ao inimputável nos moldes do artigo 26 do Código Penal, sendo que os psiquiatras somente apontam se o agente é imputável, semi-imputável ou inimputável, com base nos achados acerca da capacidade de entender a sua conduta, com base nos estudos da consciência humana e da vontade, através do exame pericial acerca da doença mental que compromete os elementos cognitivos e volitivos da conduta.

Entretanto, ao se analisar laudos de psiquiatras forenses, é que se verifica a perplexidade causada pelo Direito Penal, uma vez que os peritos oficiais,

[280] TELLES, Lisieux E. de Borba e outros. Psiquiatria Forense. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1837.

para definir se imputável, semi-imputável ou inimputável, utilizam expressões que confundem com os elementos subjetivos da conduta, quando cotejado com os elementos do conceito analítico final de delito, justamente por afirmar que o inimputável não tem consciência dos fatos.

Logo, a psiquiatria não faz distinção entre consciência e entendimento para determinar o grau do dolo e de imputabilidade, perfazendo mera análise médica de correlação entre o estado mental do agente e sua capacidade de perceber o mundo no momento do delito e criar a consciência de sua conduta. Ademais, a medicina aponta que a falta da capacidade de entender está relacionado ao elemento cognitivo e, a impossibilidade de se determinar de acordo com a licitude, está vinculado ao elemento volitivo, sendo que, ambos, são elementos da conduta, no contexto do conceito operacional. Verifica-se, aqui, o equívoco contido na teoria finalista do delito e no artigo 26 do Código Penal, ao tratar como elementos de valoração distintos e em momentos diferentes.

Contudo, verifica-se que na psiquiatria não há distinção para realização da verificação da consciência e suas ramificações, de modo que, em uma interpretação contrária, a medicina realiza uma só análise para a verificação do estado mental do agente. Verifica-se, ainda, que, para a medicina-psiquiátrica, não se justifica distinguir a consciência e o entendimento, uma vez que ambos são observados para a realização da conduta, e não para somente verificar a necessidade de imposição de pena ou medida de segurança. Se o agente não entendia o que fazia, no momento do delito, em decorrência de alguma doença mental, por óbvio, não tinha plena consciência de sua conduta, atingindo, consequentemente, a sua vontade.

Por isso, a importância de se perceber que o estado mental produz (ou não) a capacidade de agir em determinado sentido, cujo comportamento humano realizado é fruto das percepções sensoriais transformado em consciência. Logo, uma pessoa com doença mental, em pleno delírio e sem capacidade de entender, não tem a consciência para agir de acordo com a lei. Sequer consegue pensar. Assim, qualquer que seja a ofensa produzida, não teve a finalidade dirigida a esse fim querido.

Portanto, tem-se que a consciência e o entendimento são observados pelos médicos em um só sentido, de modo que a distinção realizada pelo sistema

finalista do Direito Penal tem o condão de somente criar a confusão de argumentação, que na medicina não existe. Por isso, mais uma vez, tem-se a necessidade de retificação do conceito analítico do crime, para se adequar às premissas da ciência médica e, com isso, promover a correção da base científica de justificação aos operadores do Direito Penal, quando da análise da consciência e do entendimento.

2.3.4 O CONTRIBUTO DA NEUROCIÊNCIA PARA O CONHECIMENTO DA CONSCIÊNCIA.

A Neurociência é uma área científica dedicada à investigação da estrutura, função, desenvolvimento, genética, bioquímica, farmacologia e patologia do sistema nervoso, abrangendo o cérebro, a medula espinhal e os nervos periféricos[281]. Essa ciência interdisciplinar integra conhecimentos de biologia, psicologia, psiquiatria, física, matemática e outras disciplinas para aprofundar a compreensão sobre o funcionamento do sistema nervoso e seu impacto no comportamento, na cognição e nas diversas funções fisiológicas do organismo.

Modernamente, a Neurociência tenta explicar as operações do cérebro e as confecções das imagens para compreender o fenótipo comportamental normal ou patológico, ao tempo em que apresenta os parâmetros da neuroética, como um ramo interdisciplinar que estuda o cérebro, o comportamento e a norma. No contexto jurídico, o mecanismo neural tem sido estudado diante das variáveis exigidas para a tomada de decisão, em diversos campos, incluindo para a promoção de conduta tendente ao cometimento do crime, de modo que, atualmente, essa conexão entre a neurociência e o direito vem sendo chamada de “neurodireito”, uma vez que o diálogo entre o direito e a neurociência se torna inevitável, em que pese haver autores lecionando a impossibilidade de correlação entre essas ciências.[282]

A intersecção entre o direito e as neurociências é um campo multidisciplinar que busca compreender como as descobertas neurocientíficas

[281] SILVA, José Luciano Tavares da; Luzia, Josiane Cecília. Temas em Neurociências. Editora Scienza, 2020 – São Carlos, SP, Brasil. 362 p

[282] PARDO, Michael S. e outro. *Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia* (trad. de Ivó Coca Vila / Marta García). *InDret Penal,* n.º 2, 2011, p. 4.

podem informar e influenciar o sistema jurídico. Por isso, a neurociência oferece uma visão importante para o direito, notadamente para a dogmática penal, pois revela padrões de comportamento, processos cognitivos e até mesmo predisposições genéticas que moldam as ações e decisões individuais. Por meio do uso de instrumentos, como a ressonância magnética funcional e eletroencefalografia, os neurocientistas podem mapear a atividade cerebral e identificar correlatos neurais de diferentes estados mentais e processos cognitivos. Essas descobertas têm implicações no direito, especialmente em áreas como responsabilidade penal, tomada de decisões jurídicas e até mesmo questões de identidade pessoal e livre arbítrio[283].

Um dos aspectos debatidos do neurodireito é o seu impacto na concepção de responsabilidade penal. À medida que nossa compreensão da mente humana se aprofunda, surgem questões sobre até que ponto um indivíduo pode ser responsabilizado por seus atos. Descobertas neurocientíficas sobre transtornos mentais, impulsividade e influências ambientais estão desafiando noções tradicionais de livre arbítrio e culpabilidade[284]. Com isso, o neurodireito investiga como a consciência e as influências sociais podem afetar significativamente no processo de tomada de decisão, justificando seus achados por meio de investigação metódica. A utilização dessa ciência pode levar a um sistema jurídico mais justo, notadamente no campo da tipicidade jurídico-penal e da culpabilidade. No entanto, o surgimento do neurodireito não está isento de desafios e implicações éticas, havendo preocupações legítimas sobre o potencial de neurociência quando usada de maneira inadequada para manipular informações, exigindo-se, portando, metodologia confiável para verificação dos resultados[285].

De fato, a Neurociência realiza diversas abordagens científicas que impactam o Direito, a tentar solucionar o mistério do livre-arbítrio, por exemplo, pois é a ciência responsável pela busca do conhecimento do funcionamento do cérebro para compreender o comportamento humano a partir de teorias e verificações práticas de análise clínico-científico. A Neurociência existe há mais de 100 anos, buscando compreender o funcionamento do cérebro e o que faz com que as

[283] ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico penais da revolução neurocientífica. Tese de doutoramento. UFBA. 2014. Pág. 120.
[284] Idem. Pág. 126.
[285] Idem. Pág. 131.

pessoas se comportem de diversas maneiras, ao realizar as atividades, inclusive criminosas. Com o avanço da tecnologia, esta ciência ganhou corpo e aparato para que os pesquisadores apresentassem diversos resultados devidamente fundamentados para a crítica ou consolidação do experimento, a justificar as ações e omissões humanas, da qual certamente o Direito Penal não pode se esquivar.

A Neurociência passou, então, a desvendar as crenças, o autoconhecimento, a consciência, as intenções, que levam os indivíduos a realizarem suas condutas, cujo estudo se encontrava predominantemente na psicologia, psiquiatria e filosofia. Por isso, notórios foram os avanços dessa ciência e o interesse de diversos segmentos para a utilização de suas observações para admitir ou refutar teses comportamentais. A pesquisa neurocientífica visa apresentar os motivos e diagnósticos da ação humana, bem como revelar as medidas mais adequadas para contenção dos desvios, onde incide a neuroética, de modo que não se pode ingenuamente refutar a sua importância.

O avanço científico da Neurociência é tão interessante que passou a se especializar modernamente nas pesquisas sobre a validade e a eficácia das leis, inclusive sobre as noções de crime e os fundamentos da pena, ao questionar a influência do determinismo sobre o comportamento humano e a noção de responsabilidade. Cohen e Greene[286] afirmam categoricamente que as descobertas neurocientíficas transformarão a percepção moral das pessoas sobre o livre arbítrio e o senso de responsabilidade.

> "… para a lei, a neurociência não muda nada e tudo. O livre arbítrio, tal como normalmente o entendemos, é uma ilusão gerada pela nossa arquitetura cognitiva. As noções retributivistas de responsabilidade criminal dependem, em última análise, desta ilusão e, se tivermos sorte, darão lugar às consequencialistas, transformando assim radicalmente a nossa abordagem à justiça criminal".

A importância da Neurociência e a sua consolidação no papel científico para desvendar o funcionamento do cérebro e do comportamento humano ainda desafia os estudiosos, especialmente aqueles que afirmam que suas pesquisas em nada contribuirão para o Direito, por serem categorias distintas de análise

[286] GREENE, Joshua., and COHEN, Jonathan. *For the law, neuroscience changes nothing and everything. Phil. Trans. R. Soc.* Oxford Handbook of Neuroethics. *Londres. Pag. 1775–1785. 2004.*

comportamental. Morse[287] assevera que a Neurociência e o Direito seguirão separados, pois aquela não poderá afirmar se uma pessoa pode ou não ser criminalmente responsabilizada. Entretanto, cada vez mais, os neurocientistas vêm produzindo trabalhos e experimentos voltados para a compreensão do comportamento delitivo, valendo-se, inclusive, do desenvolvimento biotecnológico para, além da estruturação psíquica, analisar a formação física da pessoa, por meio de escaneamento do cérebro, através de tomografia, de ressonância, e desvendar detalhadamente as dinâmicas cognitivas[288]. Por isso, os estudos da neurociência subsidiam o Direito, embora não sejam peremptórios ou irrefutáveis, nem se apresentam como verdade inquestionável. É mais uma ferramenta para tentar compreender os comportamentos humanos e suas complexidades, visando superar as teorias observadas no passado sobre o atuar humano e seus elementos que o impulsionam.

Por mais que possa se apresentar como uma ciência dura, não deixa de ter seu entrelaço com as ciências humanas para superar os desafios que a mente humana provoca. É lógico que a interdisciplinaridade entre o Direito e a Neurociência não será capaz de, por si só, apresentar todos os motivos do comportamento delitivo, pois existem outras ciências que também contribuem para a elucidação dos fatores criminógenos, como a filosofia, antropologia, sociologia e outras, que, quando todas são conjugadas, vem se denominando de “filosofia da neurociência”[289], uma vez que a neurociência, por si só, também não resolve exclusivamente os desafios da mente.

Entretanto, no que tange aos aspectos subjetivos descritos no conceito analítico do delito, especialmente a consciência e o entendimento, a Neurociência se mostra bastante profícua para verificar e contrapor os elementos que atualmente compõem o conceito finalista – adotado no Brasil -, porquanto enfrenta as diferentes possibilidades da racionalidade humana para a produção de um comportamento.

---

[287] *MORSE, Stephen. New neuroscience, old problems. Legal. implications of brain science, Cerebrum, pag 81–90. 2004.* Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15986539/. Acesso 31 out 2023.

[288] ORTEGA, F.J.; Vidal, F. Mapeamento do sujeito cerebral na cultura contemporânea. RECIIS: Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 257-261, jul.-dez. 2007.

[289] SANTOS, Diogo Filipe da Fonseca. As neurociências e o direito penal: a propósito do problema da culpa. *2.º Ciclo de Estudos em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.* Coimbra, 2014, pág. 20.

A Neurociência é capaz de incidir em diversas situações no Direito Penal, inclusive, no âmbito da execução penal, local onde, na prática, pode produzir melhores resultados, oferecendo respostas mais concretas e efetivas para os indivíduos condenados, ao trabalhar com as agressividades e as condições mentais de cada indivíduo, de modo a oferecer tratamentos específicos para cada pessoa, considerando as suas condições de apenado, e voltados à prevenção do ilícito.

A Neurociência, complementando as demais, proporciona uma revisitação ao tema do livre-arbítrio, quando observa o comportamento humano através dos fatores biológicos e ecológicos do ser, contribuindo com o debate ao aprofundar o estudo da consciência humana, ao oferecer pesquisas concretas sobre os elementos cognitivos da pessoa e compreender as suas escolhas. Embora essas questões não sejam novas nas ciências humanas, recebem, agora, nova fonte de pesquisa, inclusive jurídica, sobre o comportamento humano e os seus móveis.

Assim, os elementos que compõem o conceito analítico de delito podem ser observados, considerando as novas perspectivas científicas apresentadas sobre o comportamento humano criminoso, para contrapor ao que está inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo sistema finalista, focando a pesquisa nos elementos subjetivos da conduta dolosa, notadamente para a ressignificação da consciência, bem como a análise do entendimento que compõe a culpabilidade. Ao revisitar esses elementos e verificando eventual avanço e novo conteúdo, apresentar-se-á uma contribuição ao conceito analítico de delito, de modo a oferecer o debate crítico e científico para a constituição de um novo modelo analítico do delito.

No âmbito prático-jurídico, a interseção entre as neurociências e a justiça penal está realizando uma transformação significativa no modo como compreendemos e aplicamos a lei, ao considerar aspectos da política criminal com contexto neurocientífico. O avanço rápido da tecnologia e das descobertas científicas levanta questões complexas que exigem respostas ponderadas e mais bem fundamentada, considerando, notadamente, as implicações éticas para garantir a proteção dos direitos fundamentais dos envolvidos. Por isso, a neurociência oferece contributo necessário para revelar os padrões de comportamento, processos cognitivos e predisposições genéticas que moldam as ações e decisões que estão na mesa do magistrado para análise e julgamento. A aplicação das descobertas

neurocientíficas na justiça penal revisita temas tradicionais, como livre arbítrio, de modo a apresentar argumentos fundantes para novos rumos científicos, a legitimar a atuação do Estado no uso de seu direito punitivo, já que apresentam respostas convincentes a reestruturar certos problemas ainda existentes no âmbito de aplicação da norma.

2.3.4.1 A Neurociência e a formação da consciência.

Na atualidade, a Neurociência vem apresentando resultados importantes acerca da consciência, ao estudar o organismo humano e seu processo cognitivo. Por ser uma área do conhecimento autônoma, utiliza distintos mecanismos e métodos científicos para a abordagem do tema a fim de encontrar as definições dos significantes. Para isso, os neurocientistas buscam compreender como a atividade cerebral está relacionada à experiência consciente, isto é, como a atividade neural traduz a nossa percepção do mundo ao nosso redor, de nossos pensamentos, das emoções e da autoconsciência. Ou seja, para alcançar seus resultados, busca subsídios através de pesquisas científicas e empíricas sobre o funcionamento orgânico modelador do comportamento humano, a partir das informações recebidas dos órgãos sensoriais, até atingir a consciência das coisas e do próprio pensamento, além de averiguar como as informações são processadas pelo cérebro para formar a imagem do objeto valorado.

A consciência humana é o primeiro passo para a formação interna do conhecimento, deduzindo mentalmente o que se observa através dos sentidos humanos. Por meio da observação de um objeto (um fato), passa-se à ciência do evento, momento em que o conhecimento subjetivo cria a consciência natural do fato observado. Quando uma pessoa olha para uma bola, por exemplo, seus órgãos sensoriais enviam impulsos ao cérebro e, com a interação do pensamento, estabelece internamente as informações acerca desse objeto e de suas circunstâncias e características. Quanto mais se observa a bola, mais conhecimento se tem do objeto observado, chamando de consciência, em razão da sinergia estabelecida entre os órgãos sensoriais, o cérebro e o pensamento. Essa sinergia para o conhecimento de algo é privativo de cada pessoa, que define a

cognoscibilidade de cada circunstância fática observada. Quanto mais complexa a informação advinda das percepções, maiores os desafios para a compreensão do objeto. E é isso que a Neurociência explora.

Essa construção interna, fundada nas experiências comuns ou específicas, é moldada por impulsos sensoriais e informações capazes de mapear as variáveis para o conhecimento e a resolução do comportamento. Esse mapeamento é realizado entre o objeto e o organismo do agente que molda os comportamentos humano e, quando consciente, cria uma narrativa interna sobre o resultado das percepções a impulsionar o corpo para a realização de uma atitude.

> À medida que o cérebro forma imagens de um objeto — como um rosto, uma melodia, uma dor de dente, a lembrança de um evento —, e à medida que as imagens do objeto *afetam* o estado do organismo, um outro nível de estrutura cerebral cria um rápido relato não verbal dos eventos que estão ocorrendo nas diversas regiões cerebrais ativadas em decorrência da interação entre objeto e organismo. O mapeamento das consequências relacionadas ao objeto ocorre em mapas neurais de primeira ordem que representam o proto-self e o objeto; o relato da *relação causal* entre objeto e organismo somente pode ser captado em mapas neurais de segunda ordem. Analisando retrospectivamente, e fazendo uso de uma metáfora, poderíamos dizer que o rápido relato não verbal de segunda ordem narra uma história: *a do organismo captado no ato de representar seu próprio estado em mudança enquanto ele se ocupa de representar alguma outra coisa*. Mas o espantoso é que a entidade conhecível do captor acaba de ser criada na narrativa do processo de captação[290].

A cada tempo e local, a consciência recebe novas informações, pois recebe influências internas ou socioculturais para estabelecer o conhecimento sobre a circunstância observada, a influenciar no processo de investigação neurocientífico. Se uma pessoa não tem determinadas experiências ou alcance das informações situacionais, não tem a capacidade de desenvolver o mesmo nível de consciência esperada em relação à outra que já tenha certa interação com o objeto. Além das experiências individuais, decorrentes de um conhecimento autônomo, a pessoa também recebe carga cognitiva advinda das questões culturais e sociais que modelam a consciência, de modo a atingir um conhecimento e direcioná-la a um determinado comportamento (anti)social. Nesse sentido, ao adquirir, por exemplo, pela primeira vez um picolé de melão e chupá-lo, o agente passa por uma formação da consciência subjetiva individualizada, pois o resultado das sensações é formado pelo seu próprio experimento, sem que terceiros possam influenciar no resultado da

[290] DAMÁSIO, Antônio. O mistério da consciência. Do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das letras. São Paulo. 2015. Pag. 242

consciência sobre o objeto. Por outro lado, se a consciência é formada de acordo com os padrões socioculturais pré-estabelecidos e que lhes são transmitidos, a consciência subjetiva também aponta para a tomada de um comportamento (in)desejado e com intervenção de terceiro. Nesse caso, por exemplo, ao ver um adulto beijando lascivamente um adolescente de 13 anos e, tendo o conhecimento de que isso é moralmente inadmitido (sem pensar no aspecto jurídico do crime de estupro de vulnerável), o observador formará a consciência daquilo que vê para formar seu entendimento e conduzir a sua conduta em uma determinada direção – para a sua rejeição -. Se, em sua cultura, esse comportamento é visto como natural, o conhecimento o projeta para outra direção – para a aceitação da conduta. De certo, se não tiver prévio conhecimento ético de que isso é reprovado, não formará a consciência da reprovação. Portanto, tem-se uma consciência subjetiva determinada por padrões previamente estabelecidos. Aqui, com esses exemplos, visualiza-se que a consciência proporciona a eleição de um caminho comportamental como resultado das interpretações.

Para a Neurociência, a consciência é um tema complexo e desafiador, mas que exige metodologias científicas para a validação das propostas e, embora muitas evidências ainda não estejam completamente compreendidas, as pesquisas têm lançado luz sobre os mecanismos subjacentes à consciência, especialmente por associar à atividade de redes neurais específicas no cérebro, como o córtex cerebral, que são frequentemente implicadas em processos conscientes. O estudo da relação entre a mente e o corpo visa compreender o sistema e como a atividade neural gera subjetivamente a experiência consciente, a partir da observação da integração sensorial do indivíduo, cuja perspectiva recai sob a forma de como o cérebro integra essas informações para formar uma experiência unificada e voltada a resolver as circunstâncias que se apresentam.

> Tal sistema deve permitir ao organismo obter o máximo de informações sobre o ambiente, possibilitando a este solucionar os problemas no momento em que surgem de forma não-antecipatória ou de forma antecipatória quando um padrão regular puder ser identificado. Há uma certa indeterminação no funcionamento desse tipo de sistema, mas ele é altamente adaptativo pois completará seu processo de adaptação quando as reais condições de uso da função forem encontradas. Nesse sentido é altamente adaptativo pois o organismo pode lidar com circunstâncias totalmente inesperadas. Este parece ter sido o processo de evolução tanto do sistema de imunidade como do sistema nervoso (incluída a consciência),

> i.e., sistemas seletivos capazes de lidar com novidade ao longo da vida do indivíduo.[291]

Atualmente, as evidências científicas acerca da constituição da consciência revelam que esta é fruto de uma atividade energética do cérebro, cuja função biológica toma grande parte da energia corporal, embora tendo, o cérebro, apenas 2% da massa corporal[292]. O cérebro esgota grande parte da energia corporal ao realizar a oxidação da glicose fornecida pelo sangue. Por isso, Roy[293] faz referências diretas de que a consciência tem íntima relação com o fluxo sanguíneo. Allen[294] afirma que a anatomia cerebral e neural se associa ao processo cognitivo.

> Para muitos neurocientistas, a principal função da energia no cérebro é alimentar os sinais neuronais e o processamento de informações (Magistretti, 2013); o suprimento de energia é visto como uma restrição no design e na operação da arquitetura computacional do cérebro (Laughlin, 2001; Hall et al., 2012; Sterling; Laughlin, 2017). Foi calculado, por exemplo, que a taxa do suprimento de energia no cérebro coloca um 'limite máximo de velocidade' no processamento neural de cerca de 1kHz (Attwell and Gibb, 2005). E Schölvinck et al. (2008) estimaram que a percepção consciente de estímulos sensoriais aumentam o consumo de energia no cérebro primitivo por menos de 6% quando comparado ao consumo de energia na ausência de uma percepção consciente[4]. Eles atribuíram essa pequena diferença a um eficiente "design estratégico" da energia no cérebro da atividade neural em que diminuições da atividade neural desempenham um papel funcional no processamento de informações, assim como os seus aumentos. A energia, segundo estes relatos, não desempenha um papel direto em processos mentais maiores, como a consciência.[295]

A consciência é criada pelo processo de sinergia entre os órgãos sensoriais e o cérebro, de modo a fazer com que o agente perceba internamente tudo ao seu redor ou sobre o que pensa. Para Damásio, "*consciência é conhecimento e vice-versa, pois esses dois extremos estão interligados*".[296] A

---

[291] CAMPOS, Alexandre de, e outros. A consciência como fruto da evolução e do funcionamento do sistema nervoso. Departamento de Fisiologia. Instituto de Biociências. USP, 1997. Pág. 4. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/107594. Acesso em 20.08.2024.

[292] MAGISTRETTI, P. J., and Allaman, I.. *Brain energy metabolism. in Neuroscience in the 21st Century, ed. D. W. Pfaff. New York, NY. 2013*. Pag. 1591–1620. doi: 10.1007/978-1-4614-1997-6_56

[293] ROY, C., and Sherrington, C.. *On the regulation of the blood supply in the brain. J. Physiol*. Cambridge. 189011, 85–108. Disponível em: https://physoc.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1113/jphysiol.1890.sp000321. Acesso em 14 nov 2023.

[294] ALLEN, J.. *The Lives of the Brain: Human Evolution and the Organ of the Mind. London: Harvard University Press.* 2009. doi: 10.4159/9780674053496

[295] PEPPERELL, Robert. *Consciousness as a Physical Process Caused by the Organization of Energy in the Brain. FOVOLAB, Cardiff Metropolitan University, Cardiff, United Kingdom. HYPOTHESIS AND THEORY article Front. Psychol. Volume 9 – 2018.* https://doi.org/10.3389/fpsyg.2018.02091

[296] DAMÁSIO, A. R. O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2000, p. 60.

pessoa que conhece o seu pensamento ou que lhe permeia, tem a ciência do que se passa.

A consciência humana, em geral, é formada pela percepção sensorial (capacidade de perceber estímulos do ambiente, como sons, cores, odores, etc.); pela autoconsciência (habilidade de ter consciência de si mesmo, de reconhecer a própria identidade e de refletir sobre as próprias experiências); pelo raciocínio (capacidade de pensar, analisar informações, entender como funciona e tomar decisões); pela lembrança (capacidade de armazenar, recuperar e utilizar informações adquiridas ao longo do tempo) e; pela experiência subjetiva (sensação de estar consciente e de experimentar sentimentos e emoções)[297].

No campo da Neurociência, para o alcance da consciência, o objeto cognoscível advém de uma representação dos sentidos utilizados para construir a imagem causal do objeto, cujo mapeamento surge por conceitos internos e externos do agente ligado por fluxo de pensamento. Ao perceber algo, leva-se informações para a mente definindo o conjunto de fatores perceptíveis para ensejar uma reação corporal. Logo, a consciência é o resultado de uma sinergia entre os órgãos sensoriais e o cérebro, capaz de estabelecer a imagem e controlar o comportamento humano, que, por meio das observações internas e externas, gera a possibilidade de reconhecer a si mesmo e os fatos no entorno, além de orientar a conduta desejada.

Essa sinergia é denominada por Damásio de *self*, que ocorre sob duas perspectivas: a do *self*-objeto e do *self*-conhecedor. O *self*-objeto é o processo neural de observação de um objeto dinâmico, cuja consciência vem do que se retira do fato observado. Por outro lado, o *self*-conhecedor é processo interno que o agente estabelece para reconhecer, considerando as experiências de vida e enfatizando as vivências. Trata-se de um processo mental, enquanto o *self*-objeto o processo neural[298]. Em que pese essa bipartição do *self*, importante destacar que se trata de um processo mental e neural de verificação do fato observado, de modo a influenciar o comportamento humano. "*Estar consciente é ver a capacidade do cérebro de produzir padrões neurais capazes de mapear em forma de imagens*

[297] Idem.
[298] LOPES, Camila Cristina de Oliveira. A Consciência na Perspectiva de Antônio Damásio: Self e Subjetividade. / Camila Cristina de Oliveira Lopes. Uberlândia, Minas Gerais: UFU, 02 de dezembro de 2019. Pag.12.

aquilo que experienciamos, bem como instruir essas imagens" [299]. Portanto, além do processo neural, as vivências também definem as imagens estabelecidas pela consciência, constituindo a consciência subjetiva, quando introjetada.

> A consciência não surge a partir da produção de imagens ou pela criação das bases da mente. Para que haja o surgimento da consciência é necessário que as imagens se tornem propriedades do organismo singular. A obtenção de uma mente consciente depende da criação de um conhecedor, e, quando esse conhecedor é inserido na mente, ocorre a denominada subjetividade.[300]

Para Damásio, a aquisição da consciência e do conhecimento ocorre de forma simultânea à percepção, pois, da interação com o mundo, a consciência faz o conhecer do pensamento, a gerar o entendimento na percepção do eu-consciente e da tomada de decisão. Por isso, esses elementos cognitivos surgem em um mesmo momento de percepção e valoração do fato, sendo impossível a cisão, ainda que raso o entendimento sobre o fato percebido. Logo, a consciência é o conhecimento que o homem tem de seus próprios pensamentos[301]. Em um mesmo instante, além da propriocepção (sensações), o objeto se faz compreendido com o pensamento humano que se destina a entender o que se observa e proporciona a tomada de decisão, ainda que a pessoa aja de ímpeto.

Note-se que a Neurociência se vale de parte da filosofia para a formação da hipótese sobre a consciência, pois, apesar de conseguir examinar materialmente o funcionamento corporal, o mesmo não ocorre com a análise do pensamento alheio. Por isso, de certo modo, há uma interação entre essas ciências para a completude do tema. Essa interdisciplinaridade é verificada quando Damásio nomina de *SELF* a capacidade que a mente humana tem de organizar os estímulos sensoriais e manter uma interação com o objeto percebido, extraindo-se o conhecimento quando da relação entre a pessoa e o objeto.

> Como tomamos conhecimento de que estamos vendo determinado objeto? Como nos tornamos conscientes no sentido pleno da palavra? Como o sentido do *self* é implantado na mente no ato de conhecer? Só visualizei o caminho para uma possível resposta às questões sobre o *self* depois que comecei a ver o problema da consciência em função de dois atores principais, o *organismo* e o *objeto*, e em função das *relações* que esses atores mantêm durante suas interações naturais. O organismo em questão

[299] LOPES, Camila Cristina de Oliveira. A Consciência na Perspectiva de Antônio Damásio: Self e Subjetividade. Minas Gerais. UFU. 2019. Pag.13.
[300] DAMÁSIO, A. R. E o cérebro criou o homem: construindo a mente consciente. São Paulo, SP: Companhia das Letras. 2010. Pág. 15.
[301] DAMÁSIO, A. R. O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2000, p. 63.

> é aquele dentro do qual a consciência ocorre; o objeto em questão é qualquer objeto que vem a ser conhecido no processo da consciência; e as relações entre organismo e objeto são os conteúdos do conhecimento que denominamos consciência. Vista dessa perspectiva, a consciência consiste em construir um conhecimento sobre dois fatos: um organismo está empenhado em relacionar-se com algum objeto, e o objeto nessa relação causa uma mudança no organismo. [302]

Percebe-se que a consciência humana é o resultado das observações acerca do objeto cognoscível, surgida da percepção sensorial usada para observar o objeto e mapear o organismo humano para a formação do conceito do fato captado a nortear um comportamento discernido. Essa consciência surge quando o agente possui o adequado funcionamento dos órgãos que compõem os sentidos para perceber e verificar o objeto.se não possuir, consequentemente não consegue ter consciência. Essa interação entre a pessoa e o objeto estabelece a consciência do conhecimento e o conhecimento da consciência, confundindo-os em um só instante, pois quanto mais consciência de algo, mais conhecimento se tem dele; por conseguinte, quanto mais conhecimento se tem, maior a consciência estabelecida.

> Curiosamente, a consciência começa como o sentimento do que acontece quando vemos, ouvimos ou tocamos. Em termos um tanto mais precisos, é um sentimento que acompanha a produção de qualquer tipo de imagem — visual, auditiva, tátil, visceral — dentro de nosso organismo vivo. Situado no contexto apropriado, o sentimento marca essas imagens como nossas e nos permite dizer, no sentido próprio dos termos, que vemos, ouvimos ou percebemos algo pelo tato. Os organismos não equipados para gerar a consciência central estão condenados a produzir, ocasionalmente, imagens visuais, auditivas ou táteis, mas não são capazes de chegar a conhecer o que produziram. Desde seus mais humildes princípios, consciência é conhecimento, conhecimento é consciência, não menos interligados do que a verdade e a beleza para Keats.[303]

Como pode perceber, em regra, a consciência é formada quando a pessoa está acordada, embora excepcional e parcialmente seja possível quando se estiver dormindo e sonhando[304]. Por isso, a Neurociência aponta como requisito para a existência da consciência plena os seguintes elementos: Estar acordado; dentro de si (*self*) e; órgãos sensoriais e cérebro funcionando[305].

---

[302] DAMÁSIO, Antônio. O mistério da consciência. Do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das letras. São Paulo. 2015. Pag. 37.
[303] DAMÁSIO, Antônio. O mistério da consciência. Do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das letras. São Paulo. 2015. Pag. 47.
[304] DAMÁSIO, A. R. E o cérebro criou o homem: construindo a mente consciente. São Paulo, SP: Companhia das Letras. 2010, p. 107).
[305] DAMÁSIO, A. R. E o cérebro criou o homem: construindo a mente consciente. São Paulo, SP: Companhia das Letras. 2010, p. 107).

Para a Neurociência, o cérebro forma a consciência através dos mecanismos sensoriais enquanto se encontra em estado de vigília, estabelecendo o processo de *self*. Por isso, o cérebro é responsável por organizar as imagens advindas das sensações, organizando a mente por uma questão de sobrevivência e evolução, mantendo-se em permanente funcionamento (*self* central). Além de uma reação com todo o fato presente, a consciência é moldada pela percepção de fato pretérito, quando o cérebro ativa as lembranças de algo já pensado ou experimentado. São as lembranças realizadas na vida e guardadas na memória, recente ou não, inclusive de experiências não realizadas. Para Damásio, essa lembrança constitui o *self* autobiográfico[306], que não permanece em constante funcionamento, pois somente surge quando a mente busca uma determinada lembrança.

Ressalta-se que a consciência interna é relação constante que existe entre a mente e o corpo do agente, na interação com os seus sentidos, para a definição do conceito do objeto e para dar início ao impulso muscular em certa direção ou manter-se inerte. Logo, ao ver uma criança no meio de uma rua, da percepção, extraem-se algumas ideias para deixá-la naquele local ou não. Se a rua for tranquila e sem movimentação de veículos (sensações percebidas + experiências anteriores), o observador nada fará em relação à criança. Por outro lado, tendo o conhecimento de um risco maior, em razão do tráfego existente, desse fato percebido e refletido, faz com que o observador forme uma consciência para promover uma atitude no sentido de tirar a criança daquele local. Com isso, a partir da consciência, consegue conhecer o fato e tomar as suas decisões, salvo se possuir alguma alteração orgânica ou mental, pois se o indivíduo possui alguma alteração física ou mental para a formação da sua consciência, não conseguirá promover a conduta objetivamente esperada. Interessante que essa dinâmica é observada pela neurociência que, através de experimentos, verifica que

> Estudos mostram que o senso de justiça pode ser perturbado pela desativação momentânea do córtex frontal direito. Por exemplo, experimentos recentes, usando o chamado “jogo do ultimato”, sugerem que a interrupção do córtex pré-frontal dorsolateral direito por estimulação magnética transcraniana repetitiva de baixa frequência reduz enormemente a capacidade de um sujeito de rejeitar uma oferta intencionalmente injusta

[306] DAMÁSIO, A. R. E o cérebro criou o homem: construindo a mente consciente. São Paulo, SP: Companhia das Letras. 2010, p. 139.

> (Knoch, 2006). Curiosamente, os participantes ainda sabiam que as ofertas eram injustas – simplesmente não conseguiam resistir a aceitá-las[307].

Portanto, a revolução neurocientífica, ao estudar a relação mente-corpo, apresenta determinados paradigmas científicos reveladores dos fundamentos para a realização de comportamentos, de modo a observar e explicar os impulsos neuronais e as ações humanas, bem como o processo de tomada de decisões a partir do momento em que a consciência é acionada, tendo relação direta com as áreas morais e éticas. Entretanto, convém afirmar que consciência não se confunde com a mente, pois são coisas distintas. A consciência é a "mente consciente"[308], sendo aquela um processo superior à mente. Mente é a conjugação das funções do corpo e cérebro, cuja interação causa reação em várias áreas do cérebro, de modo a tornar inseparável o corpo e a mente[309], afinal, um não vive sem o outro. A partir das sensações, a mente começa a formar as imagens do fato observado, de modo a estabelecer a consciência. A mente liga os caminhos físicos e da memória para formular a consciência. "A consciência é um processo da mente que está relacionado à manifestação do *self* e do conhecimento."[310]

Transportando esses estudos para o Direito Penal e Criminologia, para a realização de um crime doloso, o agente observa e sente as perspectivas do objeto para formar a consciência e, em seguida, a realização da conduta. Tanto no dolo direto, quanto no indireto, o agente, cônscio das circunstâncias (conhecendo todo o fato), consegue, de certa maneira, antever o resultado de sua conduta a ser realizada. Assim, por exemplo, ao visualizar um celular no interior de veículo parado no semáforo, o agente recebe a imagem do objeto, consistente no celular fixado no painel do carro, no motorista desatento e preso pelo cinto de segurança, no vidro do carro aberto, na ausência de obstáculos contra a fuga (ex. policial) entre outros detalhes. A partir das sensações reveladas e refletidas pelo organismo pleno, o agente forma a sua consciência e o conhecimento das circunstâncias para discernir e determinar-se no sentido ou não de se arvorar para a produção do crime de furto.

---

[307] GAZZANIGA, Michael S.. *The Law and Neuroscience. SAGE – Center for the Study of Mind, University of California, Santa Barbara, CA,USA. Neuron 60, November 6, 2008 ª2008 Elsevier Inc, pag. 414.*

[308] DAMÁSIO, A. R. Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2004. p. 105.

[309] DAMÁSIO, A. R. Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2004. p. 105.

[310] LOPES, Camila Cristina de Oliveira. A Consciência na Perspectiva de Antônio Damásio: Self e Subjetividade. Minas Gerais. UFU. 2019. Pag.36.

A formação dessa consciência é feita durante todo o processo de cognição do fato observado, que ocorre em um mesmo instante. Essa engrenagem celular produz impulsos internos ligando toda a estrutura sensorial com a neural, produzindo, num só instante com o pensamento, a consciência sobre o que se observa, sente ou escuta. A neurociência assevera que a interação dos órgãos sensoriais com o cérebro não se mostra passível de ruptura, havendo uma instantânea sinergia para estabelecer a consciência.

> As transformações que ocorrem em nosso organismo estão registradas tanto no cérebro como no corpo-propriamente-dito; sendo assim, não há uma ruptura entre eles, mas uma interação constante. Mesmo essa interação por vezes sendo menosprezada, basta uma tentativa de separar as nossas ações mais triviais como tato, olfato, paladar etc. para percebermos que essas ações estão em conjunto com o cérebro. A nosso ver, o que a perspectiva de Damásio aponta é que corpo e cérebro são um mesmo organismo situado no ambiente e interagindo com ele[311].

Para melhor compreender essa dinâmica, Giulio Tononi apresentou a teoria da informação integrada, após a conclusão de estudos neurocientíficos, que subsidiaram o fundamento da inexistência de ruptura no processo de conhecimento, valendo das dinâmicas que se apresentam a seguir

2.3.4.2 A Teoria da Informação Integrada de Tononi.

Visando compreender o momento da formação dos elementos constitutivos da cognição humana, Tononi apresenta a teoria da informação integrada, e leciona que os eventos conscientes derivam de um sistema físico de informações agregadas por um momento anterior e disseminadas de forma difusa em uma parte do sistema que revela as experiências subjetivas, constituindo um único sistema de informação, incapaz de se cindir.[312] Estando acordado e com o pleno funcionamento orgânico, a consciência se manifesta com a percepção do mundo e do próprio eu. Para essa compreensão, a teoria é complementada pela análise empírica para se chegar a resultados acerca da formação da consciência.

[311] LOPES, Camila Cristina de Oliveira. A Consciência na Perspectiva de Antônio Damásio: Self e Subjetividade. / Camila Cristina de Oliveira Lopes. Uberlândia, Minas Gerais: UFU, 02 de dezembro de 2019. Pag.9.

[312] TONONI, Giulio. *Consciousness as Integrated Information: a Provisional Manifesto. Biol. Bull. December 2008.* vol. 215 no. 3 216-242. Disponível em: https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.2307/25470707. Acesso em: 14 nov 2023.

"*Todo mundo sabe o que é a consciência: é o que desaparece todas as noites quando caímos no sono sem sonhos e reaparece quando acordamos ou quando sonhamos. É também tudo o que somos e tudo o que temos: perca a consciência e, no que lhe diz respeito, o seu próprio eu e o mundo inteiro se dissolvem no nada*".[313]

A teoria da informação integrada foi apresentada por Giulio Tononi em 2004, após análise empírica e científica da atividade cerebral. Para Tononi, a consciência, estabelecida em maneira normal, é constituída pela qualidade e quantidade das relações informacionais oriundas de um complexo de elementos experimentados, constituindo uma forma de conhecimento e entendimento do mundo com um só sistema orgânico. Durante suas pesquisas, percebeu que a visão, a audição, o tato, o olfato e o paladar, em pleno funcionamento, produzem uma consciência fundamental.[314]

Para comprovar a sua teoria, além de computadores, o neurocientista usou fotodiodo e câmera digital para aferir a quantidade e qualidade de informações para a constituição da consciência humana. Seu experimento, de grosso modo, tem intrínseca ligação com o que aqui se propõe, pois observa o funcionamento do cérebro para alcançar o conhecimento do que se observa. Sua teoria é apresentada de forma extremamente profunda e científica, ao realizar conexões com matemática, geometria, informática, física, química e com emprego de analogia a determinadas atividades para perceber o funcionamento do sistema.

De posse dos equipamentos, a experiência foi realizada colocando-se uma pessoa e um fotodiodo (dispositivo sensível à luz) na frente de uma tela, que ficava alternadamente ligando e desligando. A pessoa foi instruída a dizer "claro" e "escuro", quando ligava e desligava a tela, respectivamente. O fotodiodo foi conectado a um sensor que emitia som, com os mesmos dizeres da pessoa, após a verificação do logaritmo. Ao fim do experimento, ambos mantiveram a mesmas falas. Contudo, a igual resposta ao experimento não foi obtida devido à experiência subjetiva da pessoa, pois, quando instruídos a dizer as cores, as respostas foram diferentes, vez que o aparelho não "enxerga" as cores. O fotodiodo só percebe a

[313] TONONI, Giulio. *Consciousness as Integrated Information: a Provisional Manifesto. Biol. Bull. December 2008.* vol. 215 no. 3 216-242. Disponível em: https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.2307/25470707. Acesso em: 14 nov 2023.
[314] Idem.

emissão de luz, mas não a cor. Além disso, o fotodiodo não percebeu o calor emitido pela luz.[315]

Com a câmera digital, o experimento mental foi realizado para observar o ponto de vista do observador. Inicialmente, verificou-se que a câmera tem seus dispositivos conectados para a formação do instrumento como uma coisa só, mas que também é capaz de se separar para uma análise específica de cada componente, o que é inviável ser feito com o ser humano. Nesse sentido,

> A percepção de imagens pelo ser humano, como qualquer outra interação eletromagnética, inicia-se pela captação de fótons emitidos ou refletidos pelos objetos, por meio de células fotossensíveis presentes em nossas retinas.[316]

Por isso, o sistema humano é um sistema integrado de repertório de estados que não pode ser dividido em componentes individualizados. Logo, a experiência não pode ser observada sob as frações do que se observa, mas sim, do todo fato observado. Embora se possa analisar o lado esquerdo e direito, posterior e anterior e outras áreas do cérebro humano, os elementos sensoriais funcionam de forma integrada, de modo que, se desligar um lado, todo o sistema é prejudicado. Diante disso, Tononi preleciona que a consciência é gerada de um sistema físico capaz de discriminar um enorme repertório de informações que são unificadas.

Por isso, a partir dessas lições, em que pese a distinção entre consciência e entendimento no conceitos analítico de crime do Direito Penal atual, no plano empírico é inviável a separação, por não se chegar à conclusão da falta de entendimento, caso tenha ou não consciência, uma vez que a consciência e o entendimento são formados em um mesmo instante, sendo impossível separá-los, dada as interações realizadas de forma conjunta no cérebro, revelando, mais uma vez, a necessidade de ajustar o conceito estratificado, para se promover a devida fundamentação.

> O cérebro é um sistema altamente paralelo e distribuído com literalmente milhões de decisões sendo tomadas simultaneamente. O organismo de processamento paralelo – um ser humano – aparece para outros seres humanos notavelmente como um agente de tomada de decisão automotivado, moralmente coerente e consciente.[317]

---

[315] Idem.

[316] KIERNAN, Jonh Alan. Neuroanatomia humana de Barr. Tradução da 7a. ed. original e revisão científica por Fábio César Prosdocimi e Paulo Laino. Cândido.Barueri, SP: Editora Manole, 2003.

[317] *The brain is a highly parallel and distributed system with literally millions of decisions being made simultaneously. The parallel-processing organism - a human being - appears to other human beings remarkably like a self-motivated, morally coherent, conscious, decision-making agent. GAZZANIGA,*

Atualmente, a neurociência não separa o cérebro e a sua interação com os órgãos sensoriais e o estado psicológico que sobrevém dessa relação, incluindo as decisões realizadas para dirigir o comportamento humano, para definir a consciência[318]. Isso quer dizer que a consciência está ligada ao entendimento que a pessoa tem das circunstâncias, com constante verificação dos fatos sentidos e para a decisões a tomar, dando por sinônimas as expressões. Tanto que, se existir qualquer deficiência na percepção do objeto ou na formação do pensamento, devido à inadequação do estado psicológico ou físico do indivíduo, haverá comprometimento imediato da consciência e, consequentemente, na formação do comportamento humano[319].

O experimento de Tononi se aprofunda inclusive para verificar a quantidade de informações a consciência é capaz de obter para ser formado o entendimento humano, a partir de análises do que é captado pelo fotodiodo e pela câmera, embora a ausência de experiência subjetiva. O estudo releva a possibilidade de se quantificar os sensores que estimulam o cérebro, ao analisar o funcionamento do fotodiodo e da câmera digital, estabelecendo o nível de percepções que se extrai de uma imagem observada[320]. Transportando o que fora observado a partir desses instrumentos para uma percepção sensorial, cujo sistema físico humano encontra-se estável e em normal funcionamento, revela-se grande complexidade por requerer uma neuroanatomia cortical que não está disponível atualmente, como, por exemplo, saber quais neurônios estão sendo utilizados para a formação da consciência. Entretanto, percebeu que a quantidade de informação integrada, gerada por distintas estruturas do cérebro, reflete na formação da consciência, a ponto de confirmar que a instabilidade do sistema integrado de informação promove a má constituição da consciência. Nesse particular, assevera

---

Michael S.. The Law and Neuroscience. SAGE – Center for the Study of Mind, University of California, Santa Barbara, CA,USA. Neuron 60, November 6, 2008 ª2008 Elsevier Inc, pag. 413.

[318] KEYSERS Christian, PERRETT, David. *Visual masking and RSVP reveal neural competition*. *Trends in Cognitive Sciences. Vol. 6, Issue 3, , March 01, 2002. Pag. 120-125.* Disponível em https://www.cell.com/trends/cognitive-sciences/fulltext/S1364-6613(00)01852-0. Acesso em 31 out 2023.

[319] DAMÁSIO, A. R. E o cérebro criou o homem: construindo a mente consciente. São Paulo, SP: Companhia das Letras. 2010, p. 145.

[320] TONONI, Giulio. *Consciousness as Integrated Information: a Provisional Manifesto. Biol. Bull. December 2008.* vol. 215 no. 3 216-242. Disponível em: https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.2307/25470707. Acesso em: 14 nov 2023.

que a consciência é formada no córtex pré-frontal, com nenhuma influência do cerebelo, em que pese também conter neurônios, de modo que, se faltar conectividade com aquele, a imagem pode ser desfigurada ou inexistente, ao passo que em nada afetará a imagem se não houver participação do cerebelo[321]. Traçando um paralelo entre essas informações com os conceitos filosóficos acima, depreende-se que a consciência, o conhecimento e o entendimento são adquiridos em um mesmo instante de observação do objeto, e que, havendo qualquer comprometimento com as funções orgânicas, igualmente estará comprometida a consciência humana.

Aliada à quantidade de informações, a pesquisa de Tononi recaiu sobre a qualidade da consciência formada, cuja análise empírica percebeu que danos em certas partes do córtex cerebral eliminam a capacidade de perceber as cores e que danos em outras partes retiram a possibilidade de experimentar as formas visuais, impactando na qualidade da consciência. Assim, "a *qualidade da consciência é determinada pelo conjunto de todas as relações informacionais geradas por seus mecanismos. Ou seja, a forma como a informação integrada é gerada dentro de um complexo determina não apenas a quantidade de consciência que ele possui, mas também que tipo de consciência*"[322].

Logo, para produzir uma boa qualidade de informação integrada exige-se que o conjunto estruturado dos mecanismos possa perceber a situação informacional, em sua dimensão quantitativa, para produzir a experiência qualitativa. O pleno funcionamento do sistema proporciona uma boa qualidade da consciência, de modo a guardar as experiências intrínsecas. Por outro lado, pessoas com diminuição ou ausência sensitiva não conseguem produzir boa qualidade de consciência. Pacientes em estado vegetativo, não possuem consciência, pois os estímulos não correspondem a comportamentos neurofisiológicos, face à disfunção neural. Pessoas cegas ou daltônicas não recebem a mesma carga informacional dos que possuem o pleno funcionamento visual, de modo que o conhecimento passa a ser distinto. Além da estrutura sensorial, o sistema neural deve estar em condições normais para moldar a imagem percebida. Pessoas com danos cerebrais ou má formação em determinadas áreas, não conseguem produzir a mesma imagem da

[321] Idem.
[322] Idem.

situação observada. Esse estudo neurobiológico apresenta que, na falta ou redução de estrutura neural, a capacidade de conscientização é, respectivamente, zero ou comprometida[323].

Tononi leciona que "*consciência é a mesma coisa que informação integrada*", porquanto é a propriedade fundamental e intrínseca que a pessoa tem, dentro do funcionamento normal de seu organismo e da perspectiva que extrai da situação informacional onde se encontra com o espaço-tempo da percepção. Em que pese apresentar alguns cálculos, aduz ser difícil ou impossível chegar ao nível classificatório de uma boa consciência esperada, pois se exige uma fórmula complexa de um sistema dinâmico. Reconhece que seus experimentos mentais e físicos não podem estar separados das interações subjetivas, pois, além da estrutura orgânica, deve haver a estrutura de espaço-tempo que influenciam na formação.

> Os mecanismos cerebrais, incluindo aqueles dentro do complexo principal, são o que são em virtude de uma longa história evolutiva, desenvolvimento individual e aprendizagem. A história evolutiva leva ao estabelecimento de certas características específicas da espécie codificadas no genoma, incluindo cérebros e meios de interagir com o meio ambiente. Os processos de desenvolvimento e epigenéticos levam a uma estrutura apropriada de conexões anatômicas. A experiência então refina a conectividade neural de maneira contínua por meio de processos plásticos, levando às idiossincrasias do "conectoma" individual e às memórias que ele incorpora.

Em sua teoria, não descarta que, além das funcionalidades normais do organismo para conhecer as sensações, a experiência com o meio ambiente lapida a forma como se conscientiza, cujo processo encontra-se sempre evolutivamente, em razão das multifacetadas características do meio e suas transformações. A sobrevivência neste ambiente reflete o curso da consciência exigida para permanecer no mundo, com constante alteração, frente aos novos valores que incidem em uma situação informacional, promovendo a evolução cognitiva, o que faz extrapolar o seu experimento[324].

De fato, em um mesmo ambiente, há indivíduos que se conscientizam de forma mais rápida que outro, e que alguns não a possuem, ao tempo em que rechaça a teoria do panpsiquismo, que afirma que tudo e todos têm consciência, na medida em que interagem, de alguma forma, com o ambiente. Portanto, inadmite o panpsiquismo, por não oferecer qualquer orientação sobre a quantidade e qualidade

[323] Idem.
[324] Idem.

de consciência inerente a diferentes coisas ou pessoas. Embora os animais possam ter algumas sensações, como dor, calor, frio, sede, fome, felicidade ou ansiedade, trata-se de senciência, e não consciência, por não possuir espectro cognitivo racional, notadamente de si mesmo[325].

Assim, afirma haver níveis distintos de consciência humana, seja em baixo grau pelo estado em que a pessoa se encontra (em vigília, em intoxicação alcoólica, em mutismo, com deficiências cognitivas etc.) ou em bom estado, quando do pleno funcionamento orgânico. Importante destacar que, apesar de o cérebro receber muitas informações, apenas uma pequena parte consegue ser retida na memória. Embora os olhos transmitam milhões de *bits* por segundo, a mente só consegue reter uma parcela muito diminuta. Apesar disso, a consciência é formada por informações não excluídas, e, cuja perda não compromete a capacidade cognitiva[326].

Portanto, a teoria da informação integrada da consciência assegura que não é possível cindir a capacidade sensitiva da cognitiva, perfazendo-se em um só tempo – em uma só experiência -, em um ciclo de sensações, com transmissão neural e interação com o mundo interno e externo e seus valores, cuja raça humana é a única possível de experimentar e desenvolver de forma quantitativa e qualitativa o conhecimento do objeto. Por isso, a consciência se refere ao estado de estar ciente e desperto para o mundo ao nosso redor e para nossas próprias experiências internas, estabelecendo o entendimento das informações recebidas em um só instante de interação entre o indivíduo e seu mundo, desde que apto com as funções orgânicas.

2.3.5 OS ELEMENTOS SOCIOLÓGICOS DA CONSCIÊNCIA HUMANA. A CULTURA COMO MODELADORA DA CONSCIÊNCIA.

A Sociologia se dedica ao estudo das relações entre as pessoas inseridas em uma comunidade, por meio de uma investigação analítica, buscando compreender os padrões de interação social, as estruturas sociais, as instituições e

[325] Idem.
[326] Idem.

os processos que moldam o comportamento humano em contextos coletivos. O objetivo da Sociologia é entender como os indivíduos se relacionam entre si dentro de uma comunidade ou em grupos sociais, bem como compreender as estruturas sociais, as normas culturais e as formas de organização, de modo a examinar questões como classe social, gênero, raça, etnia, religião, entre outras dimensões que afetam as relações sociais e a distribuição de recursos e oportunidades na sociedade. Por meio de métodos qualitativos e quantitativos, os sociólogos investigam os fenômenos sociais, desde a dinâmica familiar até os movimentos sociais, passando pela estratificação social, globalização, mudança cultural e conflito social, para identificar o comportamento social, a fim de explicar o funcionamento da comunidade e de promover uma compreensão da formação do ser[327].

> Como ciência que se propõe a estudar a sociedade, a Sociologia enfrenta o desafio de ser confundida com a percepção que os indivíduos têm da própria vida social. As pessoas formulam seus pontos de vista sobre os assuntos mais diversos do cotidiano, como trabalho, educação, vida política, ou sobre as manifestações da violência e da miséria[328].

A Sociologia, como disciplina dedicada ao estudo das relações sociais e das estruturas da sociedade, possui uma natureza relativa aos fatos e à realidade que a cerca, e, ao contrário da Filosofia, tem um enfoque descritivo e analítico, buscando compreender os fenômenos sociais como eles são, em sua diversidade e complexidade. Enquanto a Filosofia busca estabelecer normas e valores éticos que orientem a conduta individual e coletiva na sociedade, a Sociologia se dedica a observar e analisar as interações sociais, as estruturas sociais, as instituições e os processos que moldam o comportamento humano[329]. Em vez de prescrever como as pessoas devem agir, a Sociologia procura compreender como elas realmente agem em diferentes contextos sociais e culturais. Essa abordagem da Sociologia permite que os sociólogos examinem os fenômenos sociais de maneira imparcial e objetiva, sem impor juízos de valor ou preconceitos morais, de maneira a formular a consciência geral da comunidade. Ao invés de determinar regras prescritivas para a conduta humana, a Sociologia busca identificar padrões, tendências e regularidades nas interações sociais, contribuindo para uma compreensão mais profunda da sociedade e suas dinâmicas.

---

[327] BAUMAN, Zygmunt. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Tradução Plínio Dentzien. Ed. Jorge Zahar. Rio de Janeiro. 2003. Pág. 7.
[328] SAMPAIO, André Luiz e outro. SOC. Sociologia. Editora Poliedro, 2021. Pag. 6
[329] Idem.

No entanto, é importante ressaltar que a Sociologia não é completamente desvinculada da Filosofia. Embora tenha um enfoque descritivo e analítico, a Sociologia também contribui para o debate ético e moral na medida em que oferece observações e fundamentos sobre as causas e consequências das práticas sociais, das desigualdades e injustiças, e das transformações sociais.

Entre diversas teorias sociológicas, em síntese, apresentam-se a teoria funcionalista, a teoria sociológica do conflito e a teoria crítica, as quais possuem um ponto comum, consistente em apresentar os padrões sociais existentes de comportamento. O funcionalismo de Émile Durkheim, que propõe que a sociedade, como um organismo vivo, desempenha um papel essencial para manter o equilíbrio e a ordem, com sistema complexo, composto por várias instituições (família, religião, vizinhança etc.) que se relacionam para alcançar objetivos comuns. Segundo o funcionalismo, cada instituição social possui funções específicas que contribuem para a estabilidade e coesão social, alcançada por meio do consenso e da integração, onde os membros da sociedade compartilham valores e objetivos comuns.

> [...] toda educação consiste num esforço contínuo para impor à criança maneiras de ver, de sentir e de agir às quais ela não teria chegado espontaneamente. Desde os primeiros momentos de sua vida, forçamo-las a comer, a beber, a dormir em horários regulares, forçamo-las à limpeza, à calma, à obediência; mais tarde, forçamo-las para que aprendam a levar em conta outrem, a respeitar os costumes, as conveniências, forçamo-las ao trabalho, etc., etc. Se, com o tempo, essa coerção cessa de ser sentida, é que pouco a pouco ela dá origem a hábitos, a tendências internas que a tornam inútil, mas que só a substituem pelo fato de derivarem dela.[330]

Por sua vez, a teoria sociológica do conflito, de Karl Marx, verifica as dinâmicas sociais permeadas pela desigualdade e pelos conflitos de interesses havidos em diferentes camadas da sociedade, aduzindo que o conflito não é apenas uma disfunção social, mas um impulsionador da transformação social. A luta de classes permite haver essa perspectiva sociológica, ao examinar as tensões entre grupos sociais (opressores e oprimidos)[331].

> ... o movimento histórico que transforma os produtores em operários assalariados se apresenta, de um lado, como sua libertação da servidão e da coerção corporativa; e, para os nossos historiógrafos burgueses, só

[330] DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. NEVES, Paulo (Trad.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 6.

[331] Para Marx, a sociedade capitalista é caracterizada pela exploração dos trabalhadores pela classe dominante, que busca maximizar seus lucros às custas da classe trabalhadora, que muitas vezes enfrenta condições precárias de trabalho, baixos salários e falta de voz e representação política.

> existe esse lado. Mas, por outro lado, esses recém-libertos só se tornam vendedores de si mesmos após terem sido espoliados de todos os seus meios de produção e de todas as garantias para a sua existência, oferecidas pelas antigas instituições feudais[332].

Portanto, o conflito entre diferentes grupos sociais é visto como o motor que impulsiona a mudança social, à medida que os grupos subalternos buscam contestar e transformar as estruturas de poder existentes em busca de maior igualdade e justiça social. Além das relações de classe, a teoria do conflito também se estende para examinar outras formas de desigualdade, como as baseadas em gênero, raça, etnia e idade. Esses conflitos interseccionais são vistos como interligados e reforçados pelas estruturas de poder dominantes, resultando em sistemas de opressão e discriminação que perpetuam a desigualdade social e o ciclo da violência.

A Teoria Crítica da Sociologia, por sua vez, originada na Escola de Frankfurt, apresentada por Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse e outros, traz uma abordagem de verificação e crítica das estruturas sociais estabelecidas e busca compreender as complexas interações entre poder, dominação e cultura na sociedade moderna, e a perpetuação das relações sociais hierárquicas e opressivas. Um ponto nodal dessa teoria é a análise da cultura de massa e a crítica correspondente, pois, por não reconhecer a expressão humana autêntica, frequentemente coopta e manipula os interesses da parte dominante para promover a conformidade e a alienação. Nesse sentido, analisa a cultura do consumismo como um instrumento de controle social, e como essa desvia a atenção das questões políticas e promove uma falsa consciência entre as massas. Além disso, a Teoria Crítica investiga as estruturas de produção e distribuição econômica, examinando como o capitalismo molda as relações de trabalho e a distribuição de recursos na sociedade, verificando que o sistema capitalista, ao buscar maximizar o lucro e acumular riqueza nas mãos de poucos, perpetua a desigualdade econômica e social. Outro aspecto importante da Teoria Crítica é sua análise da racionalidade técnica e burocrática que domina as instituições modernas, argumentando que ela leva à desumanização e à alienação. Por isso, no cerne da Teoria Crítica está o compromisso com a emancipação humana e a transformação social, de modo a

[332] MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. BARBOSA, Regis; KOTHE, Flávio R. (Trad.). São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 776.

promover a conscientização da necessidade de mudança estrutural, onde as pessoas possam ter o poder de determinar seu próprio destino e alcançar suas livres escolhas[333].

Além dessas teorias sociológicas, outras relevantes também se apresentam para verificar o comportamento social e contribuir para o aperfeiçoamento e a transformação da sociedade, das quais a Criminologia se vale para apresentar as políticas criminais dada a sobriedade dos argumentos válidos expendidos pela sociologia, a formar as especificidades das teorias do consenso e das teorias do conflito.

É inegável que o comportamento social molda a consciência humana, pois esta é formada pelas experiências que o indivíduo tem em seu mundo. A consciência coletiva define os conhecimentos difundidos numa sociedade, ocasionando em um agir semelhante dos indivíduos que estão nessa localidade, porquanto corresponde à cultura ou costume. Para Durkheim, as práticas individuais são profundamente influenciadas pelo contexto social em que ocorrem, havendo uma interconexão entre o indivíduo e o coletivo, ou seja, a consciência individual e a consciência coletiva orientam as ações dos membros da sociedade. Para Durkheim, a consciência individual e a coletiva estão intrinsecamente ligadas, influenciando mutuamente as ações de cada indivíduo, mesmo em situações que parecem ser exclusivamente pessoais, como o suicídio. Essa perspectiva ressalta a importância de considerar o contexto social mais amplo ao analisar o comportamento humano e destaca a interdependência entre o indivíduo e a sociedade.

> O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de consciência coletiva ou comum. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é, por definição, difusa em toda a extensão da sociedade, mas tem, ainda assim, características específicas que fazem dela uma realidade distinta. De fato, ela é independente das condições particulares em que os indivíduos se encontram: eles passam, ela permanece. (...) Ela é, pois, bem diferente das consciências particulares, conquanto só seja realizada nos indivíduos. Ela é o tipo psíquico da sociedade, tipo que tem suas propriedades, suas condições de existência, seu modo de desenvolvimento, do mesmo modo que os tipos individuais, muito embora de outra maneira[334].

Considerando as premissas de Durkheim, pode-se compreender que certas práticas criminais corriqueiras - que esbarram numa anomia -, estão na

[333] SAMPAIO, André Luiz, e outro. SOC. Sociologia. Editora Poliedro, 2021. Pág. 178.
[334] DURKHEIM, E. *Da divisão do trabalho social.* WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010. Pag. 50.

consciência coletiva como normal (ou não reprovável), mas que molda o comportamento individual (consciência individual) direcionando-o à prática de delito.

No Direito Penal, essa situação é analisada na culpabilidade, quando da verificação axiológica do erro de proibição e do potencial conhecimento da ilicitude. Para compreender essa premissa, o Código Penal brasileiro proíbe manter motel[335], cujo fato é visto pela sociedade como algo normal. Por consequência, o proprietário desse tipo de estabelecimento não tem a possibilidade de alcançar o conhecimento da lei, pois a consciência comum o leva à ideia de que sua conduta se encontra de acordo com a lei. Logo, o desconhecimento da lei por muitos brasileiros propulsiona, em certa medida, a realização de uma conduta proibida por lei. O agente promove sua conduta violadora da lei penal, embora destituído de dolo direto de querer violar a lei penal, já que possui a consciência comum de que seu fato não é típico. Portanto, o indivíduo sem conhecimento do direito, movido pela consciência coletiva.

Com o mesmo raciocínio, mas com diferente consequência, tem-se que o comportamento de um farmacêutico, que fura a orelha de uma recém-nascida, não se amolda ao tipo penal que incrimina a lesão corporal, em razão da atipicidade material do fato, frente ao princípio da adequação social. Depreende-se que a conduta do farmacêutico não visa a realização de um ilícito, por entender conscientemente que seu ato não corresponde uma ilicitude em razão das regras sociais que modelaram sua consciência e seu entendimento, mesmo sendo sabedor da existência do delito de lesão corporal. Portanto, a consciência coletiva traduz em uma justificativa de exclusão do crime, ínsito ao dolo do agente, mas que se resolve no âmbito da tipicidade.

Embora os dois exemplos anteriores também passem pela verificação da (a)tipicidade material e da culpabilidade, o fato é que o agente não tem consciência e vontade dirigida à ilicitude (dolo direto), nem assume os riscos do resultado (dolo eventual), pois as regras de convivência geral convergem no sentido da aceitação social dos eventos. Na atual conjuntura da dogmática penal, esses casos são apenas analisados na tipicidade material e na culpabilidade, não havendo incursão sobre a conduta dolosa, de modo que essa tese propõe a verificação dessa

[335] Art. 229, CP: Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

fundamentação, em caso de absolvição dos agentes pelos fatos descritos acima, considerando o contexto cultura em que o agente se encontra envolvido.

Por isso, a Sociologia é importante para a dogmática penal, quando da verificação do contexto social para a definição do injusto e sua reprovabilidade penal. Por isso, entender a consciência humana é um processo complexo, que permeia distintas áreas do conhecimento, por haver uma interação constante entre fatores biológicos, psicológicos e socioculturais. Ao imputar a perspectiva sociocultural aos fenômenos cognitivos da pessoa, a Sociologia conjuga seus saberes com outros ramos científicos para explicar o comportamento humano, a partir das influências e das interações que moldam a percepção, o comportamento e as experiências de cada um com o seio meio social. Essa interdisciplinaridade é exigida para compreender os fenômenos de aquisição da consciência.

Como já apontado, o cérebro e suas interações se desdobram em um intricado tecido de conexões neurais que são moldadas e remodeladas ao longo da vida. Desde tenra idade, as pessoas passam por transformações biopsicossociais, porquanto, além da infindável mudança corporal, encontram-se imersas em ambientes socioculturais distintos que exercem influência no desenvolvimento cognitivo. A língua e as tradições são normas sociais que se internalizam, cujos elementos contribuem para esculpir a compreensão do mundo e de si mesmos. Por isso, essa interação entre o cérebro e o ambiente não é unilateral, pois o ambiente molda a consciência, que influencia a forma como se percebe e se interage com o mundo.

O Direito, de modo geral, vale-se da figura do “homem médio” para designar a pessoa de diligência ordinária, cuja definição pode ser extraída de uma análise sociológica. No âmbito da dogmática penal, o homem probo é observado para valorar a conduta (quando da verificação dos elementos da conduta ou da teoria da imputação objetiva, p.ex.) ou o grau de reprovação. Logo, a consciência e o entendimento humano são valorados seguindo o parâmetro do homem médio, cujo comportamento racional esperado é indefinido, mas que não pode desprezar o contexto social e individual, para reprovar o comportamento individual e sem análise das diversas interações do agente em seu meio. Logo, para definição do delito, não basta que a ação humana se adeque ao modelo legal, deve-se incursionar no contexto biopsicossocial em que o agente se encontra inserido, a exigir

especialmente do magistrado essa análise criteriosa e justa, para alcançar todas as filigranas da constituição do entendimento humano.

No campo da neurociência, há estudos em que o entendimento humano individual formado pela pessoa é efetivamente estabelecido pelos padrões sociais, mentais e físicos. Tal afirmação foi apresentada após uma pesquisa realizada pela Universidade da Califórnia, por meio de estudos eletrofisiológicos em crianças em risco, que descobriu que indivíduos provenientes de ambientes socioeconômicos desfavorecidos apresentam um padrão de atividade cerebral semelhante ao de pacientes adultos com lesões no lobo frontal"[336]. Portanto, além dos sociólogos, os neurocientistas verificaram, por meio de experiências, que as interações sociais podem alterar a estrutura do cérebro, resultando em mudanças importantes em nossa cognição e comportamento, pois a exposição a diferentes culturas e ambientes sociais pode levar a variações na ativação de certas regiões do cérebro envolvidas na tomada de decisões e na regulação emocional, bem como que as experiências traumáticas ou adversidades sociais podem deixar uma marca indelével no cérebro, afetando a saúde mental e o bem-estar emocional[337].

Por isso, a Sociologia apresenta seu campo importante de intervenção no âmbito jurídico para a compreensão do "ser" e o "dever-ser", considerando o contexto ambiental do indivíduo, para evitar a imposição de um modelo único de pessoa proba, em virtude da disparidade dos comportamentos modeladores existentes em cada lugar. No Brasil, por exemplo, há diferentes culturas, crenças, costumes, que ditam as regras do comportamento social observado por cada indivíduo em cada cidade, sendo necessária a compreensão de cada fator externo para compreender o desenvolvimento da consciência humana. Por isso, esse fator sociológico é importante para a compreensão da atitude humana, inclusive quando ilícita, para promover a melhor resposta ao conflito.

---

[336] GAZZANIGA, Michael S.. *The Law and Neuroscience. SAGE – Center for the Study of Mind, University of California, Santa Barbara, CA,USA. Neuron 60, November 6, 2008 ª2008 Elsevier Inc, pag. 414.*

[337] BREMNER, Douglas. *Effects of traumatic stress on brain structure and function: Relevance to early responses to trauma.* In: Cardena E, Croyle K, eds. *Acute Reactions to Trauma and Psychotherapy: Multidisciplinary and International Perspective. Binghamton, NY: Haworth Medical Press;* 2005.

2.4 CONSCIÊNCIA E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR POSSÍVEL AO DIREITO PENAL.

A relação entre a Filosofia, a Neurociência, a Psiquiatria, Psicologia, Sociologia e o Direito apresenta uma completitude dos estudos realizados sobre os elementos cognitivos, desempenhando, cada um, um contributo fundamental para a compreensão do comportamento humano. Nenhuma ciência está isolada no trato desse elemento subjetivo, apesar de suas específicas metodologias de observação em cada área de conhecimento. A interseção da dessas vem justificar a abordagem holística que leva em consideração tanto os aspectos filosóficos quanto os científicos para compreender a atuação humana em suas relações intra e extrassubjetivas, e sendo fundamental para se ajustar os argumentos versados pela teoria do delito, para melhor compor o ponto de tensão, quando da realização da imputação penal.

A Filosofia vem tradicionalmente abordando questões relacionadas ao comportamento humano, explorando conceitos como livre-arbítrio, responsabilidade moral e determinismo, ao passo que as Neurociências oferecem uma perspectiva empírica sobre o funcionamento do corpo e do cérebro humano e seu papel na tomada de decisões e comportamento humano com impacto nas perspectivas apresentadas pela filosofia. É interessante observar que existem diferentes perspectivas em relação à influência das Neurociências na compreensão filosófica. Apesar de alguns autores sugerirem que os avanços nas neurociências não necessariamente influenciam a compreensão filosófica[338], pois a filosofia se distingue do conhecimento científico-teórico e mantém sua relevância independente dos avanços científicos, há quem argumente que o avanço da ciência, cujo conhecimento muitas vezes é considerado o único com validade robusta, pode enfraquecer o domínio da filosofia, cabendo a esta, em um campo residual, lidar apenas com os fragmentos do real que ainda não foram explorados pelas disciplinas científicas duras[339].

---

[338] MORA, Maribel Narváez. *El impacto de la neurociencia sobre el derecho: El caso de la responsabilidad subjetiva. Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 15, 2012, pp. 195-230.
[339] GIMÉNEZ-AMAYA, José M. e MURILLO, José Ignacio. *Mente y cerebro en la neurociencia contemporánea. Una aproximación a su estudio interdisciplinar, Scripta Theologica*, Vol. 39 (2), 2007, pp. 607-635.

Essas divergências refletem debates mais amplos sobre a relação entre ciência e filosofia, bem como sobre a natureza do conhecimento humano. Enquanto alguns veem a filosofia como um campo autônomo, capaz de oferecer reflexões sobre questões fundamentais da existência humana, não se pode deixar de observar que a ciência dura tem o potencial de explicar muitos aspectos do mundo, incluindo aqueles tradicionalmente abordados pela filosofia, além do uso de técnicas comprováveis. Por isso, é importante reconhecer que tanto a ciência quanto a filosofia desempenham papéis importantes na busca pelo entendimento humano. Enquanto a ciência oferece métodos rigorosos de investigação e produz descobertas empíricas sobre o funcionamento do mundo físico e mental, a filosofia desafia a questionar pressupostos fundamentais, por meio de reflexões sobre o significado da consciência para buscar uma compreensão mais profunda da condição humana.

É inegável que existem questões filosóficas que podem ser abordadas e até mesmo desvendadas pela ciência. Uma dessas questões é o problema da definição da consciência, que tem sido objeto de estudo por parte de diversas áreas do conhecimento. Através da pesquisa científica, tem-se conseguido obter informações sobre o processo de formação do elemento cognitivo humano e, nessa quadra, a Neurociência, a Psiquiatria e a Psicologia fornecem contribuições valiosas sobre como o cérebro funciona e como ele se relaciona com os processos mentais, contribuindo para uma compreensão mais profunda da consciência humana. O mesmo ocorre com a verificação da consciência pela Filosofia e Sociologia, interagindo entre si para uma completar a outra, já que resta evidente que a Sociologia oferece válidos argumentos para resolver problemas filosóficos complexos. Ao integrar o rigor metodológico de cada área, tem-se os avanços na compreensão de questões fundamentais sobre os mecanismos cognitivos.

Interessante que, no século XIX, observou-se uma separação entre a filosofia e a ciência, mas que, no século XX, testemunhou um movimento de reaproximação entre esses dois campos do conhecimento[340]. Nesse período, a ciência começa a compreender que jamais poderia se desvincular completamente da filosofia, reconhecendo que suas construções teóricas não se limitam a meras

[340] POMBO, Olga. Epistemologia da interdisciplinaridade: Interdisciplinaridade, humanismo, universidade. Porto: Campo das Letras, 2004, pp. 93-124.

descrições factuais, mas estão fundamentadas em pressupostos metafísicos essenciais.

Essa reaproximação entre filosofia e ciência é crucial para o avanço do conhecimento humano, pois oferece um espaço para reflexão crítica sobre os fundamentos epistemológicos e ontológicos das teorias científicas, ao tempo em que questiona pressupostos subjacentes e examina as implicações éticas, sociais e filosóficas das descobertas científicas. Por outro lado, a ciência fornece dados empíricos e métodos rigorosos que enriquecem a investigação filosófica e sociológicas. As descobertas científicas muitas vezes desafiam concepções tradicionais e abrem novas perspectivas para a reflexão filosófica, cuja interação dinâmica entre filosofia e ciência promove um diálogo frutífero que impulsiona o avanço do conhecimento em ambas as áreas, favorecendo, especificamente, o Direito Penal, na sua eterna busca de melhor definir crime, para se ter a justa imputação penal.

Em que pese a existência de renomados professores lecionando a irrelevância, por exemplo, dos estudos neurocientíficos para o Direito Penal[341], muitos são os que afirmam o contrário e a força de superação argumentativa para o Direito advinda das pesquisas interdisciplinares[342].

A Neurociência pode ser interpretada como uma força que desafia a filosofia sobre questões relativas à natureza humana e à mente, no entanto, ao invés de ser uma ameaça, contribui com interdependência, pois as pesquisas em

[341] Traduzindo isto para a relação entre o direito penal e as neurociências, os «humanobiólogos atrevidos» e os «penalistas amedrontados» incorrem em um «erro categorial» quando sustentam que o conhecimento neurocientífico impõe a recompreensão ou abandono de certas categorias jurídico-penais. Assim é, mais concretamente, porque a imputação jurídico-penal não resulta do conhecimento sobre a biologia humana, nem por esse conhecimento é susceptível de ser assimilada, antes assenta em «razões sociais», correspondendo ao «cotidiano normativo»: a imputação jurídico-penal, fundando-se na dignidade da pessoa humana, visa assegurar a convivência entre pessoas, de modo que negá-la seria negar o «reconhecimento como pessoa» — que tem por base «a expectativa mútua de que o encontro humano ocorre não como um sistema de ossos, músculos e nervos, mas que o outro percebe-nos igualmente como pessoa e se guia de acordo com essa percepção» — e, assim, rejeitar a organização político-social da comunidade em que nos inserimos. Concluindo, o direito penal é imune ao conhecimento empírico proveniente das neurociências, não havendo diálogo possível entre penalistas e neurocientistas, com excepção das causas de exclusão da culpa. Ao imiscuir-se no direito penal, as neurociências extravasam o seu «objecto formal». Segundo cremos, Winfried Hassemer tem razão quando afirma a autonomia das ciências, mas não quando, com esse fundamento, sustenta a irrelevância do conhecimento neurocientífico para o direito penal. (SANTOS, Diogo Filipe da Fonseca. As neurociências e o direito penal: a propósito do problema da culpa. Repositório da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2014. Pág. 66).

[342] SANTOS, Diogo Filipe da Fonseca. As neurociências e o direito penal: a propósito do problema da culpa. Repositório da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2014. Pág. 66.

neurociência pressupõem uma certa concepção do ser humano, o que é essencialmente uma questão filosófica. As teorias e modelos neurocientíficos sobre a consciência e o comportamento emergem dos pressupostos filosóficos para que a neurociência ofereça uma perspectiva conglobada do funcionamento neural e psicológico. Nesse sentido, o pensamento filosófico desempenha um papel crucial na integração do conhecimento neurocientífico por meio de uma visão mais abrangente do mundo e de um contexto teórico e conceitual necessário para compreender as implicações mais amplas das descobertas neurocientíficas, as quais exploram as ramificações éticas e sociais.

De fato, não há como colocar a filosofia à margem, uma vez que a neurociência necessita de uma contínua abordagem filosófica para complementar e contextualizar as suas pesquisas, cujo diálogo interdisciplinar não apenas enriquece o entendimento sobre o ser humano, mas também verifica a complexidade e a profundidade do empreendimento humano em busca de conhecimento e compreensão. A filosofia, ao longo da história, tem desempenhado um papel fundamental na depuração e na formulação precisa de questões relacionadas ao entendimento, à consciência e à natureza humana. Seu papel não se limita apenas à contemplação teórica, mas também envolve a análise crítica e a estruturação conceitual necessária para investigações mais aprofundadas. Uma das funções mais importantes da filosofia é preparar o terreno para que questões complexas possam ser abordadas e testadas empiricamente pela neurociência. Ao fornecer uma estrutura conceitual clara e rigorosa, a filosofia ajuda a delinear os problemas de forma precisa, identificando pressupostos subjacentes, esclarecendo terminologias e estabelecendo limites conceituais, demonstrando algumas hipóteses de validade para se admitir ou rechaçar determinadas premissas. Por conseguinte, questões filosóficas sobre a mente, a relação entre mente e corpo e a natureza da consciência muitas vezes precedem e informam as investigações neurocientíficas nessas áreas. Sem dúvida, a filosofia ajuda a formular hipóteses testáveis e define parâmetros para experimentação empírica, desempenhando um papel crítico na avaliação das implicações éticas, sociais e epistemológicas das descobertas neurocientíficas, ao questionar os métodos de pesquisa e ao examinar as consequências éticas de

certas descobertas, e, dessarte, garantir que os avanços científicos sejam utilizados de maneira responsável[343].

Dessa fusão, tem-se a neurofilosofia[344] como um campo interdisciplinar que busca integrar a filosofia e as neurociências de forma colaborativa e não hierárquica, de modo que esse conceito contenha a ideia de que ambas as disciplinas podem contribuir de maneira igualmente valiosa para a compreensão da mente e do cérebro humano, sem que uma se sobreponha à outra. Pelo contrário, a neurofilosofia propõe uma abordagem reflexiva e estabelece uma ponte entre o pensamento filosófico, responsável por formular conceitos e condições necessárias, e as investigações neurobiológicas, que os testam empiricamente. Essa intersecção entre filosofia e neurociência se destaca em razão da conexão da teoria e experimentação, permitindo uma interação dinâmica e produtiva.

Na neurofilosofia, o pensamento filosófico não é apenas uma reflexão abstrata e especulativa, mas sim um componente essencial para orientar e contextualizar as investigações neurobiológicas, da mesma forma que as descobertas e os dados empíricos da neurociência não são vistos como elementos isolados, mas sim como parte de um diálogo contínuo com o discurso filosófico. Portanto, por meio da neurofilosofia, os pesquisadores podem explorar questões fundamentais sobre temas complexos que há muito intrigam filósofos e cientistas, cuja abordagem transdisciplinar abre novas perspectivas de investigação e colaboração, enriquecendo tanto a filosofia quanto à neurociência.

> *Emphasizing this in-progress character of neuroscience is crucial, if a little daunting. At this stage in neuroscience, nothing like a well-established theory of neuronal coding exists. We will get there, but we are not there yet. In any case, the range of neurophysiological observations about neuronal responses under varying conditions is fuel for future theories. Needless to say, consideration of the neurophysiological data is essential, since unconstrained theories are just guesswork that can be wasteful of time and energy. At the same time, reaching for theoretical perspective is also essential, even when the data are still sparse. Explanatory theories do not automatically waft up from the data; they have to be invented. Moreover, invention of data-inspired theories typically motivates further experiments, with theory-revisions often following in the wake of the experiments. Thus the familiar bootstrapping of science generally.*[345]

---

[343] SEARLE, John. *Freedom and Neurobiology: Reflections on Free Will, Language, and Political Power*, New York: Columbia University Press, 2007.
[344] CHURCHLAND, Patricia S.. *Neurophilosophy: Toward a Unified Science of the Mind-Brain*. Editora Cognet. 1986.
[345] CHURCHLAND, Patricia S . *Brain-Wise: Studies in Neurophilosophy The MIT Press. Massachusetts. 2002. Pág. 290.*

Além dessa interação com a Filosofia, a Neurociência se entrelaça, de certo modo, com a sociologia, cuja interdisciplinaridade representa um campo de pesquisa inovador e promissor para a compreensão da complexidade do comportamento humano, frente as estruturas sociais e as interações sociais. Essas disciplinas, aparentemente distintas em suas abordagens e métodos, convergem em alguns pontos, ao verificar o funcionamento do cérebro sobre os fenômenos sociais e individuais, ao tempo em que promove, na neurociência, as questões para investigar como o cérebro processa informações sociais, regula as emoções, toma decisões e interage com o ambiente social. Por outro lado, a Sociologia se concentra no estudo das estruturas sociais, das relações sociais e dos padrões culturais que moldam o comportamento humano em sociedade, de modo a apresentar os substratos necessários para a justificação da construção de uma consciência baseada nos costumes. Os sociólogos examinam questões como desigualdade social, mobilidade social, identidade de grupo e dinâmica social, utilizando métodos qualitativos e quantitativos para analisar dados e identificar padrões socioculturais, a justificar a realização de padrões comportamentais aptos a modelar determinadas atitudes individuais. Por isso, a intersecção entre neurociência, filosofia e sociologia oferece uma oportunidade de explorar como os processos biológicos e sociais se entrelaçam para moldar o comportamento humano. Por exemplo, pesquisas recentes têm investigado como fatores sociais, como *status* socioeconômico, etnia e cultura, influenciam a atividade cerebral e as respostas emocionais das pessoas[346].

> Quando se busca compreender o processo do desenvolvimento humano, deve-se ter sempre em mente a relação entre o biológico e o cultural, ou o biológico em meio ao cultural. Nesse sentido, todos os fatores biológicos são mediados pelo meio (social e físico) e sofrem influências históricas, contextuais e de um longo processo evolucionário. Não se pode pensar em uma dimensão separada da outra, só se pode pensá-las (biologia e cultura) como uma unidade na qual diversos sistemas estão atuando direta ou indiretamente (Bronfenbrenner & Morris, 2006). Qualquer explicação sobre o desenvolvimento que não considere essa interação pode estar reduzindo ou, mesmo, descaracterizando o fenômeno[347].

Igualmente é a importância da Psiquiatria para apontar as causas da inexistência ou diminuição da consciência humana, em razão de alguma patologia clínica. Sem dúvida, é nesse campo que se encontra um fator decisivo para

[346] VIEIRA, Mauro Luís, e OLIVA, Ângela Donato. Evolução, cultura e comportamento humano. Vol. 1. Florianópolis. Edições do Bosque/CFH/UFSC, 2017. Pág. 159.
[347] Idem.

estabelecer a capacidade de conhecer o fato ou não e que define, no direito penal atual, a imputabilidade do agente. Como visto, uma pessoa com deficiência mental severa não tem capacidade de entender e, por conseguinte, não tem consciência de seus atos. Logo, não tem a possibilidade de dirigir o comportamento a uma finalidade. Para se chegar a essa conclusão, os estudos da psiquiatria, aliados a outras fontes de conhecimento (psicologia, psicanálise, filosofia etc.), avaliam os elementos de cognição a partir da existência de alguma doença que seja apta de retirar a capacidade de entender e fornece informações válidas para a compreensão dos atos e para a busca da melhor medida de prevenção ou tratamento. Os distúrbios e as perturbações mentais, estudados pela psiquiatria, valorada pelas demais áreas, também são fontes diretas do direito penal, notadamente para análise da conduta e de sua reprovação. A título de exemplo, a conduta de um *serial killer* é analisada por todas as áreas de interesse, como a psiquiatria, a sociologia, a psicologia, a neurociência, entre outros, cujo substrato fornece ao direito penal a forma mais adequada de contenção, reprovação ou prevenção.

Todas as ciências que estudam a consciência visam entender todas as circunstâncias internas e externas que envolvem as condutas humanas e, ao mesmo tempo, subsidiam as formas de controle, de prevenção ou de reprovação dos atos, especialmente os inadmitidos. O Direito Penal busca nessas fontes, a partir do momento em que se vale do conceito estratificado para fundamentar a existência do delito – especialmente a partir da teria finalista -, encontrar o objetivo (a finalidade) do comportamento para se estabelecer a adequada tipificação penal do ato proibido, uma vez que, com a conduta humana dirigida a uma finalidade, tem-se o conceito de conduta. Ao se buscar as informações relativas ao elemento subjetivo da conduta criminosa através dos elementos internos do agente, como uma das vertentes do dolo, os operadores do direito repressor conseguem obter dados acerca do ânimo do agente e compreender que, ao agir com uma consciência do resultado objetivamente proibido, poderá ter a reprovação de um injusto penal específico. Por isso, a importância de se descobrir o que o agente pensa sobre seu ato - o móvel da sua conduta –, valorando o elemento cognitivo do comportamento no momento de sua realização.

Contudo, há quem afirme ser impossível o estudo subjetivo da consciência – pois não se pode ver e desvendar o que a pessoa pensa -, fazendo

com que a teoria do Behaviorismo Lógico analise o comportamento humano a partir de um terceiro observador, para extrair uma análise objetiva do pensamento, dada a inacessibilidade científica da mente[348].

> Os variados tipos de imagens são disponíveis diretamente, porém apenas para aquele possuidor da mente em que essas imagens ocorrem; elas são privadas e não estão disponíveis para que sejam analisadas por terceiros. Cabe a estes somente uma reles suposição.[349]

Discordando do Behaviorismo, os neurocientistas e psiquiatras reconhecem a possibilidade de analisar a consciência humana, através do próprio agente, ao verificar o funcionamento dos órgãos sensoriais - a visão, o tato, o olfato, a audição e o paladar – ligados ao sistema neural, que carregam o conjunto de sensações para o conhecimento do objeto que se observa, de acordo com a percepção direta da pessoa e sobre a pessoa, além da possibilidade de analisar a diminuição ou a inexistência da consciência em razão de uma doença mental, por meio da psiquiatria. Nesse sentido, é possível realizar observações sobre a estrutura física dos órgãos sensoriais e de sua estrutura neural para checar à conclusão se uma pessoa tem a capacidade de alcançar a plena consciência. Por exemplo, uma pessoa sem visão não tem como relatar um fato cujo conhecimento depende de seus olhos. Do mesmo modo, uma pessoa com deficiência mental não tem a possibilidade de descrever o ocorrido, se sua estrutura cerebral não está devidamente formada e apta a relatar, de forma verossímil, o objeto observado.

Reconhece-se que ainda impera a divergência sobre a possibilidade de tomar conhecimento da consciência alheia, pois, após a verificação dos aspectos físicos sensoriais, a real reconstrução da consciência se dá através do relato da própria pessoa sobre o que pensa, mesmo que seja ou não factível. Ou seja, a análise da consciência subjetiva é feita a partir de um conjunto de informações extraídas de um contexto direto ou circunstancial, pois, além da análise estrutural do organismo, ainda pode demandar a própria narrativa daquele que relata a sua percepção, de modo que, nesse particular, mostra-se também importante o olhar

---

[348] CAMPOS, Alexandre de, e outros. A Consciência como fruto da evolução e do funcionamento do sistema nervoso. Departamento de Fisiologia. Instituto de Biociências. Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo - USP. Artigo publicado em 25 Nov 1998. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-65641997000200010. Acesso em: 03 de out.2023.

[349] DAMÁSIO, A. R. E o cérebro criou o homem: construindo a mente consciente. São Paulo, SP: Companhia das Letras. 2010, p. 53.

para o pensamento do indivíduo através de seu relato e das circunstâncias que envolvem o fato.

É, nesse particular, que a teoria behaviorista assevera que a consciência subjetiva é analisada por meio de um terceiro observador, desvendando o subjetivismo a partir das sensações relatadas, já que impossível sentir a dor, a tristeza, a alegria do outro ou ver as imagens que estão na cabeça das pessoas. Nessa perspectiva, difícil é sentir a sensação do outro, por mais parecida que seja a percepção. Essa corrente teórica aduz a inviabilidade de se entrar na mente alheia e, por isso, trabalha com a perspectiva do terceiro observador do comportamento exterior, cuja análise recai sobre perguntas causais relacionadas aos aspectos psicológicos.

Contudo, ainda que impossível chegar exatamente naquilo que uma pessoa pensa, é possível compreender a consciência, sob perspectiva subjetiva, quando se observa as questões circunstanciais, sem se colocar na posição de terceiro observador, mas na condição da própria pessoa, cuja consciência é observada. Nesse contexto, é importante salientar que a investigação sobre a consciência alheia não recai sobre o que se espera de uma conduta moralmente exigida (não se trata dessa investigação), mas sobre o próprio conhecimento alheio (como foi formado). Uma pessoa, para compreender a outra, deve ter empatia e se colocar no lugar do outro para desvendar como a consciência foi construída. Por isso, além das questões sensoriais (investigada pela neurociência) e psiquiátricas, os aspectos biopsicossocial e ecológico também revelam como a consciência do outro foi formada. Portanto, nesse caso, a consciência não deixa de ter uma análise subjetiva.

O processo mental é formado por imagens recebidas externamente e alocadas no cérebro, constituindo, de forma lógica, a memória e, assim, construindo toda a estrutura da consciência humana. Esse processo possui suas peculiaridades, em razão das especificidades de cada pessoa, que cria a imagem de acordo com seus múltiplos fatores influenciadores da criação, a produzir mecanismos de reação a cada estímulo produzido pela consciência, cuja dificuldade científica é pesquisar tais circunstâncias com base na experiência e no relato de terceiros, embora possíveis à luz da sociologia, da filosofia, da psicologia, da psiquiatria, da neurociência e outras ciências correlatas.

> A consciência, bem como os demais fenômenos cognitivos, carece de um estudo baseado sob perspectivas externas e internas. Em suma, todos aqueles que se dedicam ao estudo da consciência estão fadados a estudá-la por vias indiretas. Ainda que o acesso às imagens seja de modo subjetivo, isso não impede que elas sejam caracterizadas e dependam de uma natureza orgânica, nem impede que sejam feitas análises sobre essa natureza orgânica. Sem dúvida, todos os conteúdos mentais são subjetivos; cabe à ciência comprovar ou negar a veracidade dessa subjetividade. De fato, a consciência ocorre dentro do organismo; não se trata um evento público, porém se relaciona com diversas manifestações públicas. E, conforme Damásio (2000), diante do que sabemos sobre a mente humana privada e no que concerne ao comportamento humano, é provável o estabelecimento de três vias de ligação: (i) as manifestações externas como a atenção, a vigília, as emoções e os comportamentos específicos; (ii) as manifestações internas, de acordo com os relatos do ser humano que estão se apresentando; (iii) e as manifestações internas que os observadores verificam, em si mesmos, em condições correspondentes àquelas do observado. Essas três vias permitem, aos cientistas, análises sobre estados humanos subjetivos de acordo com o comportamento externo desses indivíduos (DAMÁSIO, 2000, p. 166).[350]

Portanto, é possível reconhecer que a consciência produzida na mente outrem pode ser analisada por terceiro, de forma objetiva e subjetiva, pois, além das suposições diante do que se exige objetivamente de uma consciência normal, ainda há a possibilidade de verificação da consciência subjetiva, realizada no próprio agente observado, segundo a informação que se extrai do *self*, como apontado por Damásio. Por isso, pode-se afirmar existir a consciência subjetiva e a consciência objetiva, como formas de valoração. A consciência objetiva (ligada à moral) é de difícil mutação e observada de forma externa, enquanto a consciência subjetiva muda a todo instante e a cada nova experimentação. A consciência objetiva é valorada pelo confronto da atitude do agente com os padrões exigidos pelos costumes e pela cultura de um povo (aquilo que é observado uniformemente e esperado de terceiros), como relata a sociologia. É uma valoração de confrontação entre o que se espera e o que o agente realizou objetivamente. Por outro lado, a consciência subjetiva é a valoração da informação contida na mente do agente, moldada por sua vivência, cultura, costume local, pela ética, cuja valoração se extrai da própria pessoa, verificável pelas ciências duras.

Para o conceito analítico de crime e sua estrutura dogmática no Direito Penal, os fatores internos e externos devem ser analisados ainda no campo da conduta, para compreender os estímulos comportamentais e realizar

[350] LOPES, Camila Cristina de Oliveira. A Consciência na Perspectiva de Antônio Damásio: S*elf* e Subjetividade. Minas Gerais. UFU. 2019. Pág. 29.

adequadamente a subsunção jurídica, tanto a ser valorado na culpabilidade, quando da verificação do conhecimento da lei, quanto na tipicidade, quando da análise dos costumes e da cultura, sob a forma do princípio da adequação social.

Entretanto, para o objetivo desse trabalho, depreende-se que, para a formação da consciência, todas as ciências apontam para a necessidade de pleno funcionamento da atividade orgânica e que, havendo qualquer ruído, a consequência é uma diminuição ou inexistência de uma consciência sobre os fatos. Portanto, tendo alguma causa que suprima a possibilidade de perceber, pensar, interagir, refletir, como consequência tem-se a má formação da consciência.

Noutro sentido e transportando essa ideia para conceito analítico de crime, o que se verifica é que primeiro deve analisar se o agente tem capacidade de entender, para depois saber o que ele entendeu sobre seu comportamento. Se das investigações se chegar à conclusão de que o agente não tem capacidade de entender, logo a sua consciência restará prejudicada, sendo impossível compreender o que realmente almejava o agente com a sua conduta.

Igualmente, o estudo da consciência se mostra relevante para o Direito Penal, quanto à consciência do agente, quando compreende o seu comportamento e o direciona a uma convergência com as normas sociais ou com os costumes da comunidade. O fato de o agente conhecer a lei e agir contra seu preceito, mas de acordo com a normalidade social, pode ser objeto de exclusão da tipicidade, e não da conduta dolosa, já que, de fato, o agente atua de forma consciente e volitiva a um determinado fim considerado socialmente como lícito. Com essa concepção finalista, o comportamento de um farmacêutico, que fura a orelha de uma menina recém-nascida, não se amolda ao tipo penal que incrimina a lesão corporal, em razão da sua consciência e vontade dirigida a uma finalidade considerada lícita no seio social. Ou seja, ocorre a atipicidade material do fato, em razão de a conduta do farmacêutico não visar a realização de um ilícito, por entender conscientemente que seu ato não corresponde a uma antijuridicidade em razão das regras sociais que modelaram a sua consciência. Nesse caso, não exclui o dolo, já que atuou com vontade e consciência de furar a orelha da infante, mas haverá a atipicidade material, em razão da anomia social.

Ademais, há povos indígenas que conhecem como normal a relação sexual entre um adulto e uma menina indígena de 13 anos, que já tenha

menstruado, de modo a não proibir, reprovar ou repelir esse comportamento. Esses indígenas formam as suas consciências naturalizando a conduta, considerada como estupro de vulnerável pelo código Penal. A partir do conhecimento da menstruação, os membros de comunidades indígenas realizam a relação sexual com naturalidade, em razão da formação da consciência advinda das circunstâncias modeladoras de suas culturas. Para o atual Código Penal, isso é causa de inimputabilidade, em razão do desenvolvimento mental incompleto, já que "*o "desenvolvimento mental incompleto" se refere a casos de surdos-mudos sem desenvolvimento adequado e silvícolas não aculturados ".*[351]

Contudo, isso não deve ser tratado como causa de inimputabilidade, uma vez que o agente não tem doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, pois, agiu de acordo com sua consciência. Essa afirmação é fundamentada em questões culturais eurocêntricas, que necessita ser revisitada. É fato que, ao realizar a cópula, o indígena não quer nem aceita sinceramente a violação da lei penal, mas faz em razão da sua consciência e vontade de dirigir a conduta a um resultado que supõe ser lícito, em razão do seu meio sociocultural. Nesse caso, não há que se falar em imprevisibilidade do evento, nem de adequação social, mas sim busca da compreensão da lei penal pelo agente.

Juarez Tavares ensina-nos sobre a existência de delitos culturalmente motivados[352] que ocorre quando o sujeito, diante do seu conhecimento de mundo, é orientado a desenvolver uma conduta que, embora previsto como crime, não consegue chegar a esse conhecimento. Para o i. professor, não se trata de erro de proibição, mas um fator incidente na construção da conduta, que é a própria consciência interna, porquanto não se trata de uma valoração de culpabilidade, mas da consciência do agente, que atuou para a deflagração da conduta.

> Um índio, por exemplo, que jamais teve acesso à vida de uma grande cidade, mantém relações sexuais com sua mulher menor de 12 anos. Esse fato pode constituir estupro de vulnerável, mas a vida sexual das índias inicia-se, na selva, bem cedo, fora dos padrões ocidentalizados; o contexto, sendo diverso, impede a orientação de conduta e, portanto, torna impossível uma pretensão de validade diversa para sua atuação. Da mesma forma ocorre com o tão propalado infanticídio de crianças deficientes. De conformidade com a cultura de certas tribos, como a dos Ianomâmis, só haverá nascimento quando a mãe, ao dar à luz, recolher a criança do solo

[351] TELLES, Lisieux E. de Borba e outros. Psiquiatria Forense. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1840.
[352] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 171.

> onde foi lançada com a expulsão do útero; antes disso, não haverá nascimento. Assim, se a mãe abandonar o filho deficiente, antes de envolvê-lo nos braços, por essa cultura não haverá morte de uma pessoa humana, mas apenas de um feto. Poder-se-á entender como brutal essa cultura, mas é bom lembrar que, mesmo no direito vigente, o início do nascimento depende da forma de explicação do fenômeno: se com o rompimento do saco amniótico, se com o início das dores do parto, se com os movimentos de expulsão ou com o início do procedimento cirúrgico da cesariana. Na Idade Média, por exemplo, a morte de criança com grave defeito físico era considerada como impunível, embora ao infanticídio se chegasse a cominar a pena capital. Igualmente, sempre gerou discussão a questão relativa não apenas ao nascimento, mas, sim, ao começo da vida. Segundo uma antiga formulação agostiniana, retomada pelo Papa Gregório XIV, o feto seria considerado com vida, somente depois de 116 dias da concepção, quando se realizaria o "teste vivificante". Essa mesma concepção foi mais tarde alterada pelo Papa Pio IX que eliminou a distinção entre feto animado e inanimado. Não existe, dessa forma, uma universalidade quanto às decisões dos sujeitos, em face de sua subordinação cultural. Não se pode dizer que toda a humanidade segue sempre um determinado padrão. Ainda que esses fatos sejam graves aos olhos do direito estatal, deverão estar fora do direito penal quando praticados naquelas condições culturais primitivas. O índio não é portador de distúrbio ou perturbação mental, nem tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado, falta-lhe apenas a vinculação de contexto que o habilite a participar do discurso enunciador da conduta proibida e proceder a uma autocrítica de sua própria conduta, ou seja, de agir como pessoa deliberativa em face da norma criminalizadora. Essa não é uma questão de culpabilidade, mas de nítida ausência de ação penalmente relevante e, consequentemente, de eliminação do injusto.[353]

Entretanto, a verificação da consciência deve ter a perspectiva do próprio agente através de um terceiro observador, de modo a considerar aspectos físicos (neurológicos), pessoais (modo de vida) e sociais (ecologia) para compreender a formação plane da consciência, diante do caso concreto. A estrutura biopsicossocial confere a cada um a possibilidade de alcançar uma consciência própria e fundamental para a realização de um comportamento. Não se pode, nesse momento, exigir que a consciência de cada um seja semelhante a de outro, quando as percepções internas e externas se mostrarem distintas. A valoração da consciência, refletida ou não, na produção da conduta deve ser sobre o conhecimento do próprio sujeito nas suas condições específicas, não podendo ser valorado somente sobre o padrão moral exigido (consciência geral) ou somente sobre a consciência individual. A conjugalidade dessas informações permite a valoração da qualidade da consciência humana, que pode ser comprovada com pesquisas, consoante se verifica nas teorias apresentadas acima por cada ramo científico.

[353] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 173.

Portanto, percebe-se que a junção de todas as especialidades vem realizando importantes incursões científicas para compreender a lógica do comportamento humano, especialmente para as tomadas de decisões no cotidiano. Por consequência, o resultado de toda essa interdisciplinaridade entre as ciências duras e as ciências humanas contribui significativamente para a compreensão e abordagem de questões sociais complexas, notadamente sobre tomada de decisão ética, de onde o Direito Penal retira suas bases argumentativas fundantes do conceito de delito.

Ao integrar conhecimentos e metodologias das diversas disciplinas, os pesquisadores desenvolvem intervenções mais eficazes na política criminal para estabelecer a valoração do injusto penal e sua reprovabilidade, com vista a promover o bem-estar individual e coletivo, ao tempo em que fornece aos operadores do Direito Penal melhores informações para a construção da retórica e aplicação do *jus puniendi* estatal com a devida fundamentação.

O Direito Penal, ao criar a teoria do delito, visou fornecer melhores substratos para a argumentação de adequação do injusto penal, ou seja, a ideia básica do conceito estratificado é promover a devida fundamentação de aplicação do direito punitivo e incidência da norma penal a um caso concreto. Sem dúvida, busca em diversas áreas todos os argumentos válidos para o exercício do controle da violência. Nesse aspecto, um dos elementos inseridos no conceito de crime é a consciência, a qual é estudada em diversos ramos. Por isso, não se pode valer-se de uma única base de fundamentação para se alicerçar o processo de intervenção penal.

Sem dúvida, para fundamentação do processo de adequação do injusto penal e sua respectiva expiação, adota-se um procedimento retórico que está intimamente ligado a tudo que se verifica e estuda sobre o comportamento humano, de modo que o Direito Penal deve se valer das informações apresentadas por todas as áreas de conhecimento disponíveis para melhor aplicar as suas normativas. Por isso, a interdisciplinaridade propõe o melhor acerto para a fundamentação que se busca no processo de punição criminal, instrumentalizado na forma de sentenças e peças jurídicas que exigem a melhor argumentação, já que exige a confiança na tomada de decisão. É, por isso, que a interdisciplinaridade se mostra o melhor

caminho para se refinar a dogmática penal, já que apresenta os argumentos para o exercício da jurisdição estatal confiante.

3 A TIPICIDADE E A CULPABILIDADE COM SEUS PARADOXOS.

3.1 A PERSPECTIVA DA ATUAL DOGMÁTICA PENAL E A FUNDAMENTAÇÃO DE REESTRUTURAÇÃO DO EIXO “CONDUTA TÍPICA E CULPABILIDADE”.

Inicialmente, é importante reafirmar o reconhecimento pelas grandes contribuições realizadas pelos sistemas causalistas, finalista e funcionalistas, a começar com a própria ideia de fragmentação do conceito, a partir de Liszt e Beling, para se ter uma fundamentação lógica do processo de subsunção típica. Se não fosse essa estratificação, certamente não haveria a possibilidade de se debater sobre novas visões, como fizeram Mezger, Radbruch, Welzel, Roxin, Zafaroni e outros e, especialmente, ter-se a análise de subsunção de forma analítica, técnica e racional quando do exercício legítimo do poder punitivo. A partir dos ensinamentos desses renomados teóricos penalistas, houve a percepção das críticas e a necessidade de buscar as respostas para as indagações que sobrevieram. Nesse particular e como já visto alhures, algumas inquietações ainda persistem, as quais ainda não se viram respostas, como: É possível uma pessoa ter consciência e posteriormente concluir que não tinha capacidade de entendimento? É possível que fatores éticos e sociais influenciem o comportamento humano a autorizar o operador do Direito Penal buscar os elementos valorativos para a subsunção do fato ao tipo penal incriminador?

A partir dessas indagações, observou-se que o atual conceito de delito apresenta problemas de justificação, já que não se mostra possível uma pessoa sem capacidade de entender promover uma conduta consciente, já que as circunstâncias para o conhecimento do fato se operam através de um pleno funcionamento orgânico. Além disso, a consciência humana recebe alta carga dos modelos sociais existente e vivenciados, de modo a formar a consciência individual, segundo os moldes da consciência coletiva.

A partir da sintonia entre as ciências que se aprofundam para a compreensão da consciência, como elemento subjetivo da conduta dolosa - tanto para o dolo direto, quanto para o indireto -, mostra-se importante para a readequação da estrutura posta pelo sistema finalista, em razão do equívoco de

fundamentação existente entre a conduta dolosa e a culpabilidade, ao se verificar a errônea inversão da pesquisa da capacidade de entender e da consciência, bem como a dissonância da própria teoria da culpabilidade, que afirma adotar a puramente normativa, quando, na realidade, exige-se a valoração subjetiva do entendimento humano para a definição do inimputável. O fato típico, ilícito e culpável, a partir da concepção de Hans Welzel, vem sustentando o sistema de verificação do enquadramento fato-típico com maestria, mas que sobressaltam essas falhas.

Com embargo, para comprovar a erro de justificação, existem alguns fatores que atingem diretamente a consciência, provindas de situações naturais, como as deficiências físicas ou mentais, ou em decorrências de causas produzidas pelo próprio agente, com o uso de álcool e drogas, que, por consequência, afetam a finalidade buscada na conduta dolosa a tornar ilógico o processo de fundamentação do processo de subsunção da conduta típica dentro do finalismo. Na atual concepção finalista, decorre uma série de perguntas, as quais essa teoria não responde, como: Como um agente, possuidor de doença mental severa, pode ter consciência de sua conduta? Como o agente completamente embriagado pode ter plena consciência de seu ato? Como um deficiente visual pode ter plena consciência do objeto do qual depende da visão para se ter a perfeita formação do conhecimento?

No âmbito da teoria puramente normativa da culpabilidade, estabelecida pelo finalismo, determina-se uma valoração externa dos *experts* sobre a capacidade de entender e de agir conforme o direito sobre o agente. entretanto, essa investigação apenas aparenta haver apenas o exame externo, mas, na verdade, o psiquiatra realiza um processo de investigação sobre capacidade cognitiva, adentrando efetivamente no aspecto subjetivo da pessoa para averiguar a inimputabilidade. Em outros termos: Como verificar a inimputabilidade sem a investigação subjetiva? Como valorar a capacidade cognitiva do agente inimputável sem investigar as causas internas (doenças mentais) que impactam o entendimento?

Por isso, aponta-se como necessária a verificação e a validação dos argumentos que repousam sobre os imputáveis, semi-imputáveis e inimputáveis, através de pesquisas jurídica e científica que recaem sobre as pessoas menores de

dezoito anos, com doenças mentais, com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, com determinado grau de alcoolemia ou perturbações mentais, para entender a melhor alocação de cada situação no âmbito do conceito analítico de delito. Afinal, a Psiquiatria afirma que

> Ao referir-se à "doença mental", "desenvolvimento mental incompleto ou retardado", "perturbação da saúde mental", o Código Penal identifica os requisitos de ordem biológica e psicológica. Quando se refere a "entender o caráter ilícito do fato", pressupõe o aspecto cognitivo (saber ajuizar o que é certo ou errado), e quando menciona "determinar-se de acordo com este entendimento", pressupõe o exercício do livre arbítrio (vontade). O termo "doença mental" se refere a casos de esquizofrenia, outras psicoses, transtorno bipolar com sintomas psicóticos, demência e *delirium*. "Perturbação da saúde mental" se refere a casos de transtornos da personalidade, transtornos do controle de impulsos, parafilias, neuroses graves e depressão moderada, entre outros. O "desenvolvimento mental incompleto" se refere a casos de surdos-mudos sem desenvolvimento adequado e silvícolas não aculturados. Assim, por exemplo, um indivíduo com transtorno psicótico, que, durante um surto, agredisse uma pessoa, motivado por delírios e alucinações, e não apresentasse entendimento e determinação para o ato, poderia ser considerado inimputável. Já um indivíduo com transtorno da personalidade que perpetrasse o mesmo delito motivado por um impulso agressivo, poderia ser considerado imputável ou semi-imputável, se houvesse alteração da determinação e nexo de causalidade entre o delito e a referida perturbação da saúde mental.[354]

Ademais, não há como desprezar a influência do meio social para a formação do conhecimento humano interno. A cultura e os costumes sociais moldam a forma de enxergar o mundo e o comportamento de cada um. Cada pessoa recebe forte carga valorativa do meio em que vive, que fortemente conduz a conduta em busca de algo. Logo, a consciência geral impacta a consciência individual na perseguição de um objetivo. Por isso, como justificar adequadamente a conduta de uma pessoa que se amolda a um tipo penal incriminador, quando a sua carga de valores e cultura o faz promover um comportamento que se extrai de uma consciência de algo lícito? Ou seja, como argumentar que uma pessoa, desconhecedora da lei penal, seja um indivíduo com desenvolvimento mental incompleto? Incompleto, considerando qual ordem social? Nesse sentido, como fica a valoração do conhecimento da ilicitude? Qual o alcance do erro de proibição?

É cediço que parte da dogmática penal tentou se distanciar da política criminal para não abrir a possibilidade de deixar nas mãos do juiz o processo de verificação do fato como crime sob perspectiva normativa, com a preocupação de

[354] TELLES, Lisieux E. de Borba e outros. Psiquiatria Forense. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1840.

criar uma insegurança jurídica em razão da subjetividade do julgador em poder considerar ou não um determinado fato como crime, valendo-se dos mais variados argumentos, inclusive de ordem pessoal. Com razão, pois caro é o princípio da legalidade, a quem compete a eleição das condutas consideradas como criminosas. Contudo, a mera realização do procedimento de subsunção fático-típico nem sempre revela a vontade da lei e do legislador, determinando que haja uma interpretação espiritual e teleológica para aplicação do sistema de regra, visando atingir o seu fim. Por isso, a política criminal deve ser desenvolvida pelos juristas e operadores desses ramos do direito para atingir a finalidade da lei, uma vez que existem casos concretos em que a política criminal se faz necessária para a justa resolução do conflito social, quando o Direito Penal é chamado a solver.

Por isso, importante passar por esses pontos, para tentar contribuir com renomados professores nos aspectos mencionados e apresentar os consectários da proposta, visando corrigir o erro de fundamentação que existe no caso concreto. Portanto, diante da incongruência lógica de verificação e de fundamentação prático-científico-jurídico, importante reorganizar os elementos para a adequação típica, para se obter as revelações das consequências jurídicas da proposta. É fato que, considerando as ciências já mencionadas e a prática jurídica, notadamente os discursos e as fundamentações para amoldamento do fato à lei penal incriminadora, verificam-se que os elementos constitutivos do conceito analítico de delito necessitam ser reorganizados. Com isso, em seguida, verificar-se-á os eventos que interferem a conduta dolosa, de modo a confirmar o equívoco e poder se pôr a proposta de organização da fundamentação.

É-nos ensinado que a conduta dolosa, a partir da teoria finalista de Welzel, possui dois elementos: o volitivo (vontade) e o cognitivo (consciência). Por conta disso, a conduta passou a ser conceituada como “um mero exercício de uma atividade final”. No âmbito do crime doloso, o resultado típico almejado é formado na consciência do agente, de modo a fazer com que surja a vontade de produzir o resultado, de forma direta, ou aceite a sua produção por não se importar com os resultados advindos previstos. Ou seja, da consciência de um fato observado, nasce a vontade de se promover uma conduta a uma finalidade[355]. Essa afirmação é

[355] MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1 / Cleber Masson. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. Pag. 381

verdadeira, porquanto, a partir da observação de um objeto (fato concreto), a consciência produz a vontade de se realizar (ou não) uma conduta para uma finalidade. Por isso, nesse particular, o conceito de ação proposto por Welzel resolve, inclusive, o enigma da tipicidade, uma vez que a subsunção está correlata à intenção do agente.

Entretanto, é importante compreender que, para essa finalidade visada pelo agente ao promover a conduta dolosa, somente é possível se detiver capacidade de conhecer os resultados imagináveis de seu comportamento. Em razão disso, a finalidade somente é alcançada a partir da consciência e da vontade plenamente formada acerca das consequências das ações. Logo, por outro lado, se o agente não detém consciência ou vontade, a finalidade de seu comportamento igualmente estará viciada.

Para o início da atividade jurídica de adequação típica, parte-se da análise da capacidade cognitiva do agente ou de ser passível de responsabilização penal, pois é o começo da atividade de subsunção, já que sem a capacidade de entender não há como realizar uma conduta consciente, verificando, assim, que o atual sistema torna a atividade de subsunção uma retórica sem sentido. Portanto, sem capacidade de entender, não há possibilidade de imputação do fato finalístico ao agente, dispensando, inclusive, a necessidade de se enveredar no estudo do nexo causal, da tipicidade, da antijuridicidade, para se chegar à plena imputação penal. Nessa perspectiva, o finalismo inicia a análise do fato a partir da conduta e dos seus elementos subjetivos para a realização de um resultado, e, no caso do comportamento doloso, a partir dos elementos cognitivo e volitivo. Contudo, apenas na culpabilidade é que apresenta a pesquisa acerca da capacidade de entender do agente.

É importante mencionar que o objeto aqui estudado cinge-se sobre a pessoa do imputável e sua consciência, para compreender a sua extensão e proporcionar uma adequada justificação quando da realização da tipicidade penal, de modo que, apesar de grande importância de todos os demais institutos, como culpa, imputação objetiva, nexo causal, resultado, esse trabalho tem a finalidade de explorar especificamente os elementos propulsores da conduta que tendem a uma finalidade, visando promover a reorganização e fundamentação mais congruente com os argumentos científicos existentes e válidos. Logo, desse elemento

(consciência), que integra a conduta, perfaz a necessidade de averiguação mais cuidadosa, notadamente para desvendar o que ocorre com a falta consciência, em razão do impacto que se tem na fundamentação da subsunção típica e sua ligação com os fatores da inimputabilidade, sem desprezar o contexto social do agente.

Dentro da conduta dolosa, segundo a atual doutrina finalista do Direito Penal, a consciência e a vontade são os elementos que a compõem, de modo que, para o cometimento de um crime doloso, o agente deve promover uma ação típica, com conhecimento atual das circunstâncias e com o querer final (vontade), que é revelado pela pretensão de um resultado querido ou assumido, que, por conseguinte, representa o conhecimento futuro do curso causal e do resultado.

> O dolo é a vontade consciente de realizar um crime ou – mais tecnicamente – a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal. Assim, o dolo é composto de um elemento *intelectual* (consciência, ou representação psíquica) e de um elemento *volitivo* (vontade, ou energia psíquica), como fatores formadores da ação típica dolosa.[356]

Contudo, diante da análise científica das informações que condensam a consciência humana, notadamente de entender as consequências de um comportamento para projetar a vontade de produzir um resultado em um sentido, é imperioso realizar uma abordagem direcionada ao Direito Penal acerca da consciência, com intuito de melhor adequar as informações e promover uma fundamentada compreensão dos institutos subjetivos que estão presentes no atual conceito analítico de delito. Ressalta-se que, como já mencionado, para a consciência, antes, o agente deve ter a capacidade de entender, embora verificado, no sistema finalista, apenas na culpabilidade.

O atual sistema conceitual apresenta um paradoxo afirmando coexistir a consciência (na tipicidade) e a incapacidade de entender (na culpabilidade) para, assim, chegar ao agente inimputável. Como visto acima, trata-se de situação incompossível, uma vez que esses fatores estão conjugados com os que promovem a cognição humana em um mesmo instante, não sendo factível, portanto, que um indivíduo tenha consciência de um ato, mas seja incapaz de compreendê-lo, para, assim, justificar a considerá-lo inimputável. Nesse sentido, ou a pessoa tem consciência do fato ou não tem a capacidade de conhecê-lo. Se tem consciência do

[356] SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 5.ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Pág. 126.

objeto, entende as consequências de seu comportamento em um sentido. Caso contrário, se não tiver a capacidade de entender as consequências de sua ação, não tem consciência do resultado de seu comportamento.

Com esse cenário, a fim de promover a devida alocação dos elementos contidos no conceito analítico de delito, convém explorar todas as circunstâncias que permeiam a consciência humana, para fornecer ao jurista a devida argumentação para a subsunção típica-normativa, além de verificar a consequência de eventual readaptação de elemento para oferecer uma fundamentação mais condizente com a realidade científica. Para tanto, será importante apresentar situações que comprovem essa afirmação, de modo a promover uma adequação mais substancial da proposta, fundamentada nos aspetos científicos já expostos.

3.2 A ANÁLISE DA CONSCIÊNCIA COMO ELEMENTO SUBJETIVO E AS CIRCUNSTÂNCIAS ANTECEDENTES QUE INTERFEREM EM SUA FORMAÇÃO.

Seguindo os resultados da averiguação científica e encontrando um ponto em comum das ciências que estudam o comportamento humano e a consciência, depreende-se que esta é definida como a capacidade de conhecer o fato e de conhecer-se a partir dos fatores endógenos e exógenos de percepção. Com o funcionamento dos sentidos, o pensamento humano forma a consciência sobre o fato observado, no qual realiza um juízo de definição dos fatores conceituais do objeto. Esse processo cognitivo somente é possível a partir do momento em que o agente percebe algo externo e/ou interno, de modo a proporcionar um envolvimento com o fato revelado, sendo que, quanto maior a atenção, maior a percepção e envolvimento, havendo, como corolário, um melhor entendimento sobre o objeto percebido.

Portanto, a formação da perfeita consciência exige o pleno funcionamento das atividades orgânicas (físicas e psicológicas) para que se possa ter a compreensão daquilo que o pensamento se debruça e, se houver alguma falha na percepção, haverá alteração do comportamento final. Por isso, para a plena consciência, exige-se o funcionamento normal dos órgãos sensoriais e da mente, de modo que a deficiência de uma das atividades modifica diretamente a finalidade e a

liberdade de agir. Por isso, as deficiências físicas ou intelectuais devem estar nesse contexto de verificação, pois afetam a consciência e, conseguintemente, a vontade e o comportamento humano. Por isso, importante adentrar nas hipóteses de exclusão da consciência que afetam a conduta, para buscar as adequadas fundamentações para a imputação jurídica.

Além da formação do cognitivo humano advinda dos fatos percebidos, não se pode olvidar que, para se chegar a um determinado conhecimento, o**s** fatores sociais, éticos e morais também moldam a percepção dos fatos, ou seja, formam a consciência individual para se realizar uma determinada conduta, ainda que contrária aos ditames legais. Nesse contexto, ao se ter conhecimento de uma conduta proibida pela lei, o agente que a promover estará conscientemente realizando um fato punível. Contudo, se o agente praticar um fato proibido pela lei, mas admitido socialmente, tem-se uma anomia, de modo a não evitar o comportamento no sentido contrário à lei. O agente pode ou não conhecer a lei, mas, diante da consciência geral no sentido jurídico da conduta, pratica-a, por ter a consciência de que não age em desconformidade com o Direito.

Por outro lado, ainda há a consciência produzida objetivamente por desconhecer a norma proibitiva por conta do comportamento social e, por isso, praticar a conduta não permitida apenas pela lei. Nessa situação, tem-se uma conduta conscientemente, mas inconscientemente proibida, já que o agente não detinha a potencialidade de conhecer a ilicitude do fato por conta do contexto social em que está inserido. Certamente, tem-se a possibilidade de erro por desconhecer o Direito ou de interpretá-lo, de modo a comprometer os elementos estruturantes do conceito.

Além disso, o erro na percepção do objeto ou o erro produzido por outrem faz com que a finalidade da conduta seja incongruente ao fim esperado pelo agente, pois a conduta não se mostra compatível com o resultado eventualmente produzido, porquanto ocasionado por uma conduta cujo resultado não é querido, de modo a se chegar a uma ação culposa (culpa própria ou imprópria) ou a uma ação desculpável, em razão da falta de consciência.

Portanto, a consciência, como elemento do dolo, exige a capacidade de entender o fato revelado e prospectar ao futuro as eventuais consequências de um comportamento. Assim, a falta ou falha do órgão sensorial ou das funções neurais,

bem como a crença na anomia, o desconhecimento da lei proibitiva, o erro de percepção e o engano produzido por outrem pode, de certo modo, atingir a compreensão de mundo do agente, mas que deve ser sopesado ao longo da verificação e imputação do fato delituoso, como elemento intelectual estabelecido pelo conhecimento atual e futuro do fato. Nesse sentido, Cirino leciona que

> O componente *intelectual* do dolo consiste no *conhecimento atual* das circunstâncias de fato do tipo objetivo, como representação ou percepção real da ação típica: não basta conhecimento *potencial* ou capaz de ser atualizado, mas também não se exige um conhecimento *refletido*, no sentido de conhecimento verbalizado. Esse elemento intelectual do dolo pode ser deduzido da regra sobre o erro de tipo: se o erro sobre os elementos objetivos do tipo legal exclui o dolo, então o conhecimento das circunstâncias objetivas do tipo legal integra o dolo. O *conhecimento* (atual) das circunstâncias de fato do tipo objetivo deve abranger os elementos *presentes* (a vítima, a coisa, o documento etc.) e *futuros* (o curso causal e o resultado) do tipo objetivo. A delimitação do objeto do conhecimento – portanto, do alcance do dolo – requer alguns esclarecimentos: a) os elementos *descritivos* do tipo legal (homem, coisa etc.), existentes como realidades concretas perceptíveis pelos sentidos, devem ser representados na forma de sua existência natural; b) os elementos *normativos* do tipo legal (coisa alheia, documento etc.), existentes como conceitos jurídicos empregados pelo legislador, devem ser representados conforme seu significado comum, segundo uma *valoração paralela ao nível do leigo* – e não no sentido da definição jurídica respectiva, porque, então, somente juristas seriam capazes de dolo[357].

Depreende-se, portanto, que qualquer falha na produção da consciência, reflete-se diretamente na produção do dolo e, consequentemente, na realização de uma conduta direcionada a uma finalidade. Por isso, tem-se a necessidade de enveredar nesse elemento que compõe o conceito analítico do delito, para oferecer uma melhor fundamentação jurídica na realização do processo de subsunção típica do injusto e a sua correlata sanção penal.

Importante ressaltar que a conduta humana, antes da sua relação com as normas jurídicas, possui uma interação com o ambiente natural, fundamental para o desenvolvimento social, cujos elementos naturais orientam o agente e, a partir disso, orienta a incidência da norma jurídica. Sem os elementos naturais da conduta humana, impossível a sua existência e a sua relação com o Direito, de modo a atingir diretamente a subsunção da norma jurídica de imputação.

A consciência, como parte integrante da conduta dolosa, restará atingida se houver qualquer interferência do processo de conhecimento, de modo a limitar o

[357] SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 5.ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Pág. 126.

agente a conhecer toda a circunstância atual e futura de sua conduta. Logo, os estados de inconsciência (sono profundo, sonambulismo), a deficiência física ou mental e o conhecimento social promovem impactos diretos na consciência, de modo a tencionar o Direito a uma realidade fática para a devida subsunção, e que exige a seguinte verificação.

Importante aduzir que esses fatores que retiram ou atrapalham a formação da consciência e que impactam na conduta são observados sob a perspectiva subjetiva do agente, e não meramente valorativa. Ao se estudar, por exemplo, a doença mental de um indivíduo, os médicos psiquiatras analisam as funcionalidades do organismo do agente, como um todo, bem como o aspecto cognitivo interno, para se chegar ao diagnóstico de inimputabilidade. Não se trata de uma valoração do ser, sob o prisma do dever-ser, mas sim das condições pessoais do agente, frente ao que se examina. Para isso, realiza-se uma análise subjetiva do agente, e não normativa. É aqui que se verifica a distinção das formas de como proceder com as investigações subjetivas e normativas, para se adequar no conceito de delito, pretendendo-se tornar a culpabilidade com os elementos verdadeiramente valorativos, como a teoria finalista almejou. Alguns são os fatores que interferem na formação da consciência e que influencia a conduta do agente, de modo a exigir uma análise pessoal do agente para compreender se agiu dolosamente quando da realização de um comportamento. Por isso, importante saber separar quando há uma valoração interna (análise subjetiva) e quando se exige uma valoração externa (análise normativa), para compor a problemática apresentada atualmente. A partir disso, a seguir, tem-se os principais pontos de verificação subjetiva que interferem a capacidade cognitiva do agente, com a finalidade de demonstrar a proposta de correção da fundamentação de alguns pontos, bem como de confirmar a correta aplicação de determinados institutos jurídicos no atual modelo finalista.

3.2.1 AUSÊNCIA DO ESTADO DE VIGÍLIA E SUA RELAÇÃO COM A IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL.

A vigília é o estado de encontrar-se acordado e ciente de tudo que se passa ao redor, com os sentidos plenamente ativados para a percepção dos

estímulos sensoriais. É o estado de ativação mental que permite a pessoa interagir com o mundo[358]. Apesar de existir excepcionalmente uma certa consciência quando não estiver em estado de vigília, quando, por exemplo, estiver sonhando durante o sono, é certo que somente será possível chegar à plena consciência se a pessoa estiver acordada e ciente das coisas, de modo que para se ter a real consciência exige-se encontrar-se em estado de vigília.

> O estado de vigília e a consciência tendem a andar juntos, embora essa ligação possa ser rompida em duas circunstâncias excepcionais. Uma exceção ocorre quando estamos no estado de sono com sonhos. Obviamente não estamos acordados durante o sono com sonhos, e, no entanto, temos alguma consciência dos eventos que estão ocorrendo na mente... Quando o estado de vigília desaparece, com exceção do sono com sonhos, a consciência também desaparece. O sono sem sonhos, a anestesia e o coma são exemplos dessa paridade. Mas estado de vigília não é o mesmo que consciência. No estado de vigília, o cérebro e a mente estão "ligados" e estão sendo formadas imagens do interior do organismo e do meio em que ele se encontra.[359]

Alguns fatores ocasionam a ausência do estado de vigília e, por conseguinte, faz com que o agente esteja no estado de inconsciência. Por conta disso, qualquer ato realizado nesse período passa a ser classificado como conduta inconsciente, como aqueles praticados durante o sono profundo (sonambulismo), coma, hipnose ou até durante o avançado estado de embriaguez. Essas causas são abordadas pelo Direito Penal de forma distinta, a gerar, inclusive, problemas de fundamentação da subsunção do injusto. Por isso, importante abordar essas hipóteses sob dois pontos distintos, para demonstrar o acerto e o equívoco existentes, bem como a proposta de correção da argumentação que se adota.

O estado de vigília não é o mesmo que o estado de alerta, embora tenha grande discussão sobre as terminologias, já que se utilizam o estado de alerta para designar o estado de vigília. O estado de vigília é a simples ativação do sistema nervoso tornando a pessoa desperta para ter a percepção de si mesmo e do conhecimento das coisas externas, ao passo que o estado de alerta é a atenção que se dá a um objeto percebido[360]. Em regra, fora do estado de vigília, a pessoa não se lembra dos fatos internos ou externos, não tendo lembrança e memória, salvo se

---

[358] DAMÁSIO, Antônio. O mistério da consciência. Do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das letras. São Paulo. 2015.Pag. 136.
[359] DAMÁSIO, Antônio. O mistério da consciência. Do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das letras. São Paulo. 2015.Pag. 131.
[360] DAMÁSIO, Antônio. O mistério da consciência. Do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das letras. São Paulo. 2015.Pag. 139.

lembrar do sonho. Por outro lado, o estado de alerta é a atenção que se despende sobre o objeto. Durante o estado de vigília, mas sem atenção em um fato, não retira a capacidade da pessoa pensar e desenvolver o conhecimento do que sente ou percebe, pese embora não estar atento a um ponto específico. Apesar dessa distinção sutil, é comum utilizar os termos como sinônimos e, com isso, ao se falar estado de alerta tem-se a referência de encontrar-se acordado e com o sistema nervoso e sensorial em funcionamento, independentemente da atenção despendida a um determinado objeto.

Importante ressaltar que, no Direito Penal, as causas de exclusão do estado de vigília apresentam narrativas distintas para fundamentar a incidência ou não da norma penal, visando excluir ou não a imputação do delito. Nesse aspecto, tem-se os pontos corretos da teoria finalista e os incorretos, visando resolver o problema que existe na doutrina para legitimar a eventual incidência do tipo penal incriminador quando, em determinada situação, o agente não estiver no estado de vigília. Para tanto, necessário separar as causas que interferem no estado de vigília para verificar as consequências jurídicas e promover a mais adequada fundamentação, quando da incidência da norma penal em determinados casos.

O estado de vigília anda junto com a consciência, de modo que, se a pessoa estiver em estado de sono, hipnose, coma, desmaio ou sonambulismo, não estará consciente, por não estar com seus sentidos ativados ou em pleno funcionamento. O sono, a hipnose, o coma, o estado vegetativo, o anestesiado e o sonambulismo atingem diretamente a consciência da pessoa, uma vez que seus sentidos não se encontram ativados para a percepção do ambiente. Por isso, são causas de inconsciência, uma vez que a pessoa não se encontra em seu estado de vigília[361]. Qualquer ato praticado em um desses estados, pode-se afirmar ser um ato inconsciente.

> As variedades mais extremas de comprometimento da consciência — coma, estado vegetativo persistente, anestesia e sono profundos — proporcionam poucas oportunidades para análises do comportamento, pois são abolidas quase todas as manifestações na “partitura comportamental” que já mencionamos. Presume-se também que quase todas as manifestações internas na “partitura cognitiva” são igualmente abolidas. A ideia de que os fenômenos da consciência e mesmo os fenômenos da mente estão suspensos em situações como essas é uma intuição fundada em reflexões

[361] TAVARES, Almir. e outro. Transtornos do sono-vigília**.** Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1164.

> sobre nossa condição baseadas no bom senso e em observações do comportamento de outras pessoas. Essa ideia também é plenamente corroborada pelos raros mas valiosíssimos relatos de pessoas que recobram a consciência depois de ter estado em coma. Elas conseguem se recordar do afundamento no nada que o coma representa — mais ou menos como conseguimos nos lembrar do momento em que uma anestesia geral começa a fazer efeito — e da recuperação da consciência, mas não se lembram de absolutamente nada do período intermediário, que pode ter durado semanas ou meses. É lícito supor, considerando todos os dados, que pouco ou nada realmente estava ocorrendo na mente em tais circunstâncias.[362]

Por não se encontrar com suas percepções sensoriais em funcionamento pleno ou em alerta, a pessoa não possui consciência para dirigir eventuais comportamento a uma direção. Logo, por não ter consciência, sequer tem vontade. Em sono profundo, em estado vegetativo, em coma etc. o agente não tem capacidade de realizar uma conduta consciente. Estreitando essas observações da Neurociência para o Direito Penal, sem a consciência, não há que se falar em dolo. Por isso, não há crime doloso, por serem causas que excluem a possibilidade de conhecer e dirigir a conduta a uma finalidade.

> Nos estados de inconsciência, que compreendem o sono profundo, a hipnose, o sonambulismo e outras situações semelhantes, o sujeito não está em condições de proceder à formação de uma vontade e, portanto, não poderá ser responsabilizado pelo que fizer. Essa é a regra geral, que tem o poder de eliminar, desde logo, uma atuação dolosa[363].

O eventual resultado de um evento realizado por uma pessoa durante o estado de sono, por exemplo, pode se adequar ao caso fortuito, se imprevisível, de modo a retirar qualquer responsabilidade jurídico-penal do agente. Nesse caso, por exemplo, se o agente vier a lesionar sua esposa, enquanto dormia ao seu lado, por meio de um movimento corporal inconsciente e sem que ambos tivessem a capacidade de prever eventual fato, o resultado lesivo deve ser imputado ao caso fortuito, diante da imprevisibilidade do ocorrido. Logo, não há dolo nem culpa.

A retirada do estado normal de vigília pode ocorrer de forma intencional ou por estado de necessidade, fazendo com que o indivíduo perca ou diminua as percepções sensoriais. A rotina natural determina que, por necessidade fisiológica, a pessoa durma para restabelecer suas energias vitais, tratando-se de estado de necessidade para que a pessoa regenere as forças. Não há a mínima possibilidade

[362] DAMÁSIO, Antônio. O mistério da consciência. Do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das letras. São Paulo. 2015.Pag. 139.
[363] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 2ª edição. Prefácio Eugênio Raul Zafaroni. Tirantto Blanch. São Paulo. 2020. Pag 169.

de os indivíduos viverem sem dormir, de modo que essa intencionalidade de retirada do estado de vigília não pode imputar eventual lesão a bem jurídico protegido, por conta da imprevisibilidade, caso ocorra uma lesão a um bem jurídico relevante como no exemplo acima.

> O sono é essencial para o bem-estar e para a saúde geral, ocupando papel central na prevenção e no tratamento de transtornos mentais. Nem sempre devidamente respeitado quanto à sua quantidade ou qualidade, o sono deriva de decisões *voluntárias* e de atividades biológicas *involuntárias*. O bom sono depende de regularidade e de diferença luz-escuro (exposição à luz durante o dia e ao escuro à noite). A regulação emocional, os processos cognitivos, o metabolismo, a imunidade e a resposta a vacinas, entre muitos outros, se beneficiam de um sono adequado.[364]

Um eventual movimento corporal desenvolvido durante o sono profundo, normalmente é realizado dentro de um estado de sonambulismo. Se eventualmente praticar um movimento corporal lesivo, quando estiver sonâmbulo, não se considera a realização de uma ação consciente, enquadrando o fato em caso fortuito. Por isso, o sonambulismo é causa de ausência de conduta.

> É bastante óbvio que a afirmação de que o que se pratica durante um estado de sonambulismo ou sob hipnose não constitui ação obedece à adoção de um paradigma de filosofia da mente, já que o que se nota falta não é propriamente ausência de ação, mas sim de 'ação consciente'. A quebra desta perspectiva em favor de um modelo ancorado em linguagem, leva a considerar de modo diferente estes casos, em função da expressão de sentido.[365]

De fato, durante o tempo em que se encontrar no estado de sonâmbulo, não há que se falar em conduta, uma vez que não há voluntariedade e consciência na realização da ação. O agente não possui mecanismo algum de controle do movimento corporal, sendo involuntário e imprevisível. Portanto, nesse particular, não há como se imputar a delito de lesão corporal, quando o agente agride sua esposa enquanto dormia profundamente.

O mesmo ocorre quando o agente, inesperadamente, desmaia (cai em sono profundo) enquanto dirige um carro. Tanto o sonambulismo quanto o desmaio imprevisível entram nas hipóteses de ausência de conduta, ante a falta de consciência para a realização do comportamento. Por isso, não é correto dizer que

---

[364] TAVARES, Almir. e outro. Transtornos do sono-vigília**.** Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1164.

[365] BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral, volume 1. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. Pág. 410.

uma pessoa em sono profundo tem a capacidade de matar alguém, ou de subtrair uma coisa alheia etc., já que não possui condições mínimas de executar uma conduta positiva dirigida nesse sentido. "*A hipótese de exclusão da ação nos casos de atuação inconsciente (sonambulismo ou hipnose) é alinhada comumente, entre os teóricos do delito, ao lado do caso fortuito, da força maior ou coação física irresistível, como casos de ausência de ação*"[366].

Portanto, para o Direito Penal, não há conduta se o agente não estiver consciente de seu comportamento. Logo, qualquer comportamento humano realizado imprevisivelmente em sono profundo (durante o sonambulismo, hipnose, coma, desmaio, anestesiado) não gera responsabilização penal, ante a ausência de conduta voluntária e consciente, diante das bases do postulado da culpabilidade (princípio da responsabilidade subjetiva) que recaem sobre o Direito Penal e que impedem a responsabilidade objetiva. Logo, as atuais premissas adotadas pela Ciência Criminal, sob prisma finalista, estão de acordo com os postulados científicos, não havendo, aqui qualquer reparo a ser feito, já que consideram essas situações como causas de exclusão da conduta. Portanto, o agente não pratica crime, ante a imprevisibilidade do resultado de seu comportamento inconsciente.

3.2.2 AUSÊNCIA DE CONSCIÊNCIA E DO ESTADO DE VIGÍLIA EM DECORRÊNCIA DO ÁLCOOL OU SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. A INVENCIBILIDADE DA ADMISSÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL E A JUSTA POSIÇÃO DESSA CIRCUNSTÂNCIA.

Além do sono profundo, é possível a afetação da consciência quando o estado de vigília for alterado ou suprimido intencionalmente pelo próprio agente. Isso ocorre quando o agente se embriaga ou ingere alguma substância psicotrópica que elimina, diminua ou aumenta as atividades psicomotoras, entrando em estado de torpor e causar excitações, delírios, alucinações, confusão mental ou coma. Estando livre e consciente para a ingestão do álcool ou de outra substância de efeitos

[366] BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral, volume 1. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. Pág. 414.

análogos, ao dar início ao procedimento de internalização da substância, intencionalmente começa a se colocar em estado de embriaguez, de alucinação, de euforia, de dormência, de confusão mental etc. Logo, o organismo sadio passa a se intoxicar com a substância ingerida, produzindo os efeitos correlatos.

Em não se tratando de doença ou perturbação mental ocasionada pelo abuso da substância - pois hipótese de análise da doença mental -, a retirada, a diminuição ou intensificação do estado de vigília em decorrência de uso de álcool ou droga (lícita ou não) também tem o condão de afetar a consciência da pessoa. O uso de certa droga ou álcool pode ocasionar o aumento, a diminuição ou a retirada das percepções sensoriais, já que "*o álcool é um depressor do sistema nervoso central (SNC), agindo tanto pela potencialização das vias inibitórias (GABAérgicas) quanto pela inibição das vias excitatórias (glutamatérgicas)*[367]*,* enquanto a maconha, por exemplo*, altera a percepção, podendo provocar alterações motoras, efeito analgésico, hipotermia, aumento de apetite, crises de pânico e quadros psicóticos transitórios*.[368] A cocaína, como estimulante do sistema nervoso central, produz vários efeitos, notadamente no estado mental da pessoa, pois provoca uma sensação intensa de euforia, bem-estar e excitação, além de aumentar a atenção e a vigilância do usuário. Também pode reduzir a sensação de fadiga e cansaço, permitindo que a pessoa se sinta mais ativa e energizada, inclusive com aumento da sociabilidade e redução de apetite. Por outro lado, gera ansiedade, paranoia, irritabilidade, agitação, insônia e depressão após o uso[369].

Seja qual for a substância causadora de anomalia do funcionamento do organismo e do sistema cognitivo, tendo ciência dessa consequência, o agente que a usar afetará a formação da consciência de algum grau, em razão dos efeitos gerados pela ingestão. Quanto maior a exposição à substância, maiores serão os efeitos nos resultados cognitivos das percepções. Por isso, um homem com elevado grau de alcoolemia, por exemplo, decorrente de embriaguez completa e voluntária, pode praticar uma conduta, sem qualquer consciência, inclusive, sem lembrar do ocorrido após a cessação dos efeitos do álcool, por ter sido praticado durante o momento em que não havia o estado de vigília. Nesse caso, em um grau muito

[367] PARAVENTI, Felipe. Manual de Psiquiatria Clínica. 1. ed. - Rio de Janeiro: Roca, 2016. Pág. 330.
[368] PARAVENTI, Felipe. Manual de Psiquiatria Clínica. 1. ed. - Rio de Janeiro: Roca, 2016. Pág. 212.
[369] INABA, B.S; COHEN, W. E. Drogas: Estimulantes, Depressores, Alucinógenos. Efeitos físicos e mentais das drogas psicoativas. RJ, Ed: Jorge Zahar, 1991. Pag.122.

avançado de alcoolemia, se praticar uma conduta e, posteriormente nem se lembrar do que fez - pois as percepções sensoriais não foram apuradas em razão da confusão mental -, tem-se obviamente uma ação inconsciente.

A embriaguez decorrente do uso de álcool ou substâncias análogas é considerada como intoxicação do organismo, que afeta significativamente o estado de vigília da pessoa, porquanto altera as condições neurológicas, comportamentais e cognitivas. O álcool é um depressor do sistema nervoso central, que afeta as regiões do cérebro responsáveis pela vigília. Os neurocientistas apontam que o efeito do álcool atinge a atividade dos neurotransmissores, como o glutamato e o ácido gama-aminobutírico (GABA)[370], resultando na diminuição da capacidade de permanecer alerta e vigilante, além de aumentar a impulsividade e diminuir o tempo de reação e a capacidade de tomada de decisões racionais. Estudos neurológicos apontam que o efeito do álcool compromete a capacidade de processar as informações e de oferecer respostas adequadas às situações complexas, uma vez que afeta a tomada de decisões e os fatos cognitivos. A título de curiosidade, dentro da literatura médica, tem-se os seguintes níveis plasmáticos de álcool e as respectivas sintomatologias, considerando um contexto geral do uso da substância:

Alcoolemia em mg%	Quadro clínico
30	Euforia e excitação. Alterações leves da atenção.
50	Incoordenação motora discreta. Alteração do humor, da personalidade e do comportamento.
100	Incoordenação motora pronunciada com ataxia, diminuição da concentração, piora dos reflexos sensitivos e piora do humor.
200	Piora da ataxia. Náuseas e vômitos.
300	Disartria. Amnésia. Hipotermia. Anestesia (estágio I)
400	Coma. Morte (bloqueio respiratório central)[371]

[370] MARQUES, Ana Cecilia Petta Roselli. e outro. Transtorno por uso de Álcool. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 989.
[371] MARQUES, Ana Cecilia Petta Roselli. e outro. Transtorno por uso de Álcool. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 989.

Em relação a algumas drogas, notadamente a maconha e a cocaína, por serem as mais usadas no Brasil, tem-se a associação de uma série de déficits cognitivos, particularmente em áreas como a memória, atenção, funções executivas e controle inibitório de respostas. Além dos déficits cognitivos, o uso frequente de maconha e cocaína tem sido relacionado a um aumento na prevalência de transtornos de ansiedade e uma maior comorbidade com transtorno afetivo bipolar. Ademais, a associação entre maconha e psicose, e cocaína e paranoia, também são aspectos preocupantes, pois doses elevadas dessas drogas podem induzir episódios psicóticos transitórios em pessoas sem histórico de psicose[372], enquanto indivíduos com esquizofrenia podem experimentar uma recorrência temporária de seus sintomas psicóticos, além de eclodir as paranoias, alucinações, com sensação de inquietude e tremores[373]. A depender da intensidade do uso de diversas substâncias lícitas ou ilícitas, a literatura médica chega a verificar certa similitude com bipolaridade e esquizofrenia.

> Várias substâncias lícitas (p. ex., cafeína, metilfenidato, lisdexanfetamina) e ilícitas (anfetaminas/metanfetaminas e análogos) com propriedades estimulantes podem desencadear quadros similares ou mesmo mais graves do que a cocaína. Por características farmacológicas diferentes, elas podem desencadear respostas adrenérgicas mais intensas e prolongadas, principalmente os anfetamínicos. Na presença de quadros maniformes e/ou psicóticos, deve-se ficar atento aos dados da história clínica, do exame psíquico e da evolução dos sintomas, a fim de facilitar a diferenciação de outros transtornos psiquiátricos, como transtorno bipolar (TB) e esquizofrenia.[374]

Portanto, é inegável que a embriaguez decorrente do álcool e as alterações cognitivas em decorrência do uso de drogas (lícitas ou não) comprometem o estado de vigília, de atenção, a memória e, por conseguinte, a consciência do agente. Estando embriagado e com a capacidade cognitiva alterada de alguma forma, há diminuição ou retirada completa do estado de vigília, notadamente quando o usuário chega a um estado de intoxicação aguda. Nesse estágio, em razão da confusao mental, as condutas não são realizadas com consciência plena. Portanto, não se pode reconhecer que qualquer comportamento

---

[372] PARAVENTI, Felipe. Manual de Psiquiatria Clínica / Felipe Paraventi, Ana Cristina Chaves. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Roca, 2016. Pág. 204.
[373] SILVA, Cláudio Jerônimo da, e outro. Transtorno por uso de substâncias. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1045.
[374] SILVA, Cláudio Jerônimo da, e outro. Transtorno por uso de substâncias. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1050.

realizado nesse estágio ocorreu de forma plenamente consciente, já que, de alguma maneira, os efeitos pelo uso daquelas substâncias influenciam diretamente o organismo humano para a produção da consciência e da vontade.

Valendo-se da interdisiplinariedade, na literatura do Direito Penal, a embriaguez e os efeitos análogos decorrente do uso de drogas são abordados como "intoxicação aguda e transitória, causada pelo álcool ou outra substância de efeitos análogos, que privam o sujeito da capacidade normal de entendimento"[375], podendo ser voluntária, preordenada, culposa ou fortuita.

> Quanto à iniciativa do agente, a embriaguez pode ser: (a) voluntária: quando o sujeito se embriaga propositadamente; (b) preordenada: quando o sujeito se embriaga com o propósito de cometer um crime; (c) culposa: quando o sujeito excede o seu limite de tolerabilidade sem intenção; ou (d) fortuita: decorrente de caso fortuito ou força-maior. Quanto aos graus de afetação dos sentidos, costuma-se classificar a embriaguez em: (a) incompleta: que implica o relaxamento dos freios inibitórios; (b) completa: que produz ausência de consciência e vontade livres; e (c) comatosa: que provoca a inconsciência, o sono profundo.[376]

Convém destacar que, embora mencione embriaguez decorrente da intoxicação pelo uso do álcool, o mesmo tratamento é dispensado pelo uso de qualquer droga, lícita ou não. Por isso, seja qual for a substância, a análise jurídica será de idêntico tratamento, porquanto, seja qual for o mecanismo de interferência no estado de vigília (álcool ou drogas), esse é capaz de diminuir ou suprimir a capacidade de conhecer as percepções e ter a potencialidade de produzir um comportamento inconsciente (em caso de embriaguez completa) e, por isso, o Direito Penal aborda essa questão normativamente, aduzindo que a embriaguez não exclui a imputação penal[377].

Com essa redação, quando da prática de um crime em estado de embriaguez, a doutrina do Direito Penal brasileiro trabalha a questão da intoxicação parcial ou completa dentro da culpabilidade, reconhecendo esdruxulamente a possibilidade de haver uma conduta dolosa ou culposa, para a tipificação do injusto, mas praticada quando o agente estiver inconsciente, devido os efeitos da substância ingerida.

---

[375] BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral, volume 1. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. Pág. 789.
[376] Idem. Pág. 789.
[377] Art. 28, CPB - Não excluem a imputabilidade penal: II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Essa idealização baseia-se erroneamente na teoria da *actio libera in causa*, construída na idade média, em que reconhece a conduta do agente embriagado como causa do delito, e que o conhecimento de que a ingestão da substância terá o condão de levá-lo à embriaguez o faz assumir todas as consequências de seu ato, não o isentando, a princípio, de imputação e de expiação, de modo geral[378]. Logo, se o agente for livre para ingerir o álcool, se assim o fizer, assumirá todos os resultados de seu comportamento, ainda que no momento da conduta criminosa esteja em estado de inconsciência. Por isso, o Código Penal brasileiro preceitua que a embriaguez não exclui a responsabilidade penal.

Excepcionalmente, o Código Penal brasileiro estabelece a possibilidade de exclusão da imputabilidade do agente, quando, em caso de embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, afetar a capacidade de entender. Nessa hipótese, excluirá a culpabilidade, isentando-o de pena[379]. A embriaguez por força maior ocorre quando o sujeito é submetido a uma influência externa da qual não pode escapar, seja por conta de eventos previsíveis ou não, mas inevitáveis. Isso pode ocorrer, por exemplo, em situações de drogadição coercitiva, ou, em caso de embriaguez fortuita, quando o indivíduo desconhece o processo que o leva à intoxicação, como no caso do consumo de medicamentos que, fora das prescrições adequadas, devido a reações orgânicas específicas, que causam sonolência ou perda de controle motor inesperadas. Portanto, não se enquadrando nessa hipótese de embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior, todas as outras interações entre as diversas manifestações de embriaguez resultam na manutenção da responsabilidade penal[380].

Ressalta, ainda, que o alcoolismo é uma forma de embriaguez patológica, de modo a considerar uma espécie de causa de afetação à saúde mental e, portanto, não está sujeito às disposições legais sobre embriaguez, mas sim àquelas relativas à condição da pessoa com doença mental, e que será verificada mais adiante.

---

[378] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pag. 725.
[379] Art. 28, § 1º, CPB - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
[380] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pag. 730.

Não se tratando de embriaguez inevitável ou causadora de doença mental, o Direito Penal sustenta que a ausência ou mitigação da consciência pelo uso da substância não tem o condão de suprimir a responsabilização penal, em razão das premissas da teoria da *actio libera in causa*. Trata-se de uma ideia de aproximação do Direito Penal à teoria da responsabilização objetiva, quando da prática do delito, uma vez que o agente não detém consciência de seu comportamento no momento da realização da conduta, notadamente quando não se encontra no estado de vigília. Por isso, a teoria da ação livre na causa antecipa a observação da conduta do agente, para considerá-la no momento da ingestão da substância, e não no momento do delito. Se o agente tem ciência de que está ingerindo um produto capaz de alterar sua consciência futura e, ainda assim prossegue, assume todos os riscos inerentes ao incremento do perigo, ainda que não tenha capacidade de antever qualquer resultado. O que interessa ao Direito Penal é saber se, no momento da ingestão, o agente estava livre e/ou consciente de que fazia uso de substância capaz de alterar a sua capacidade psicomotora.

A teoria da *actio libera in causa* faz com que o agente seja responsabilizado criminalmente, mas que a sua conduta seja analisada em dois momentos distintos: no momento da ingestão da substância e no momento da prática do delito. No momento da ingestão da substância, para ser responsabilizado, a ingestão ou uso deve ser livre. Por outro lado, se o agente não estiver livre para a ingestão, pois coagido, não será responsabilizado - se a embriaguez for completa – ou terá a pena diminuída – se a embriaguez for parcial -, uma vez que a eventual embriaguez decorre de força maior ou caso fortuito.

Verificado que o agente ingeriu a substância de modo livre, no momento do delito, a análise passa a ser meramente causal (causalista), uma vez que não se debruça sobre os aspectos subjetivos da conduta, pois antecipada ao momento da ingestão. No momento do fato, a verificação é da relação causal entre a ação mecânica e o resultado proibido alcançado, de modo que, somente restará excluída a imputação se, embora embriagado, não tenha sido possível a evitação da causação do resultado.

Sob os aspectos do sistema finalista, a teoria da *actio libera in causa* não apresenta justificativa suficiente para a imputação do injusto penal, uma vez que a antecipação não consegue obter as devidas razões para a observação dos

elementos subjetivos da conduta, pois ainda reconhece a existência de conduta dolosa ou culposa no momento dos fatos, para tentar justificar a incidência da responsabilização subjetiva. Para tanto, afirma que, no momento do delito, o agente tinha consciência e vontade para a prática do delito doloso, já que a embriaguez não retira a imputação.

Essa falta de congruência é averiguada, fora dos casos de embriaguez preordenada, no momento em que o agente começa, livremente, a ingerir a bebida alcoólica ou entorpecentes sem ter qualquer intenção criminal. Se uma pessoa, querendo apenas se embriagar, sem imaginar qualquer ato criminal, não se tem a devida fundamentação, se posteriormente o agente vier a cometer um ato delituoso, quando no estado de embriaguez.

Nesse sentido, é possível que o agente, ao ingerir uma cartela de *Rouphinol* com um litro de cachaça, alcance um estado de alucinação e delírios, de modo a perder completamente a consciência, já que as percepções sensoriais e a confusão mental condicionam o comportamento a uma direção para onde ninguém consegue prever. Ao começar a ingestão dessas substâncias, o agente conhece as consequências e, por isso, tende a tão-somente alcançar um estado de torpor e sem qualquer pretensão criminosa. Se após a ingestão e dentro do estado de inconsciência decorrente da alucinação vier a matar uma pessoa, por exemplo, a teoria da *actio libera in causa* não justifica a imputação penal, uma vez que suas premissas seriam apenas válidas para a embriaguez preordenada e estudadas somente quando do exame da culpabilidade. No exemplo, a embriaguez, embora dolosa, não se dera para o encorajamento ao delito. Igualmente, o artigo 28 do Código Penal Brasileiro também não se mostra suficiente para a justificação, pois menciona que a “embriaguez não exclui a imputabilidade penal”.

Dessa feita, a adequação típica da conduta ao modelo legal de crime resta incongruente, merecendo uma abordagem dogmática para a perfeita subsunção. Por óbvio, não se trata de buscar motivos para excluir a incidência criminal daquele que praticou o delito quando se encontrava embriagado, pois a política criminal tende noutro sentido. O que se deve compreender é que existe uma péssima justificativa no Direito Penal, que precisa ser superada e que exige o reconhecimento e uma proposta sincera para a resolução desse imbróglio, mormente pela aplicabilidade usual dos tipos penais incriminadores sobre as

condutas dos agentes embriagados e, por vezes, inconscientes, gerando um paradoxo dentro da teoria finalista.

> Não percebemos o nexo de causalidade psíquica entre a simples deliberação de ingerir bebida alcoólica e um crime superveniente. O agente não pensa em delinquir. Nem mesmo – admita-se – supõe que vai embriagar-se. Entretanto, embriaga-se totalmente e pratica lesões corporais num amigo. Parece-nos um exagero dizer que ele procedeu com dolo, mediante a aplicação do princípio regulador das *actiones liberae in causa.*[381]

Não se pode deixar de considerar que a embriaguez completa retira a consciência de atos presentes e futuros e, de acordo com o sistema finalista não se pode responsabilizar o agente que não agiu conscientemente, ante a ausência de conduta. Por isso, a incongruência e a dificuldade de compreensão da subsunção do injusto penal, pelas fundamentações utilizadas para tipificar o fato, considerando os elementos subjetivos da conduta que restam desprezadas no momento do delito.

Ademais, o problema se circunscreve aos elementos do dolo, e não se trata de matéria afeta à culpabilidade como os sistemas adotam e o Código Penal prescreve. Por isso, se o agente não tem capacidade de entender, em decorrência dos efeitos da substância alcoólica ou entorpecente, a matéria está afeta aos estudos sobre a conduta humana, notadamente sobre a presença ou não da consciência e da vontade dirigida a um fim ilícito.

É fato que o Direito Penal brasileiro tem um monstro criado para se imputar a todos os ébrios o fato criminal praticado em estado de completa embriaguez. A ciência médica reconhece que a embriaguez completa retira a consciência do agente. Valendo-se disso, por óbvio, deve-se reconhecer que o agente completamente embriagado, no momento do crime, atua sem consciência.

Portanto, sem os elementos subjetivos da conduta dolosa, a responsabilidade é objetiva, embora teoricamente vergastada. Não há dúvida de que, ao considerar a imputação do delito à pessoa completamente embriagada, isso não se resolve na culpabilidade, mas na própria conduta. Por isso, a teoria da ação livre na causa também não apresenta os fundamentos necessários para essa adequação na culpabilidade.

Paulo Busato defende a ideia de abandono da teoria da *actio libera in causa* e propõe que a imputação do injusto penal ao agente embriagado ocorra

[381] GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 350-351.

conglobadamente a analisando todo o período desde o início da ingestão até a realização do tipo penal.

> Nos casos de delitos cometidos por pessoas que previamente se embriagam, há que se levar em conta o ato de ingestão de álcool como apenas um dos dados que compõem o global das circunstâncias levadas em consideração para aferir o sentido da ação toda. Desse modo, ainda que ele influa na atribuição de responsabilidade, jamais será isoladamente determinante dela ou mesmo vinculante para ela. Ao invés de desdobrar a conduta do ébrio que comete um delito em duas etapas distintas de realização ontológica, todos estes dados ontológicos são analisados globalmente, desde o ato de embriagar-se até o ato tipicamente delitivo, com todas as variáveis entre um e outro, como partes de uma única ação que será valorada desde o ponto de vista da imputabilidade.[382]

Esse contexto é melhor verificado em casos de embriaguez preordenada, onde o agente se coloca nessa condição, independentemente do grau de alcoolemia, para a realização da conduta criminal. Nessa circunstância, o dolo está dirigido à prática do tipo penal, antes mesmo do início da ingestão da substância. Logo, com a devida vênia, não há que se falar em abandono da teoria da ação livre na causa, uma vez que esta dá o suporte para a justa fundamentação, pois, mesmo que o agente esteja inconsciente no momento da realização do tipo penal, sua consciência e vontade estavam dirigidos a uma determinada finalidade criminosa quando do início da ingestão. Nesse caso, há inclusive congruência entre o dolo e o resultado delituoso. Ademais, se abandonar a teoria da ação livre na causa, poderá haver imputação do fato criminoso praticado por pessoa que se encontrava em estado de embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior.

Contudo, o mesmo resultado não ocorre quando o agente se embriagada sem interesse criminal. Aqui, não se verifica a intenção incialmente de embriagar-se com a finalidade de produzir o eventual fato criminoso ocorrido posteriormente. Ainda que analisado de forma global, não se chega a um resultado satisfatório para adequação típica, em razão da incongruência dos elementos subjetivos. Pense na hipótese de uma pessoa que se embriaga e, após dormir sentado na cadeira, produz um movimento corporal abrupto e lança seu braço no rosto de sua esposa que estava jantando ao seu lado. Nessa situação, não se pode valer-se da teoria da *actio libera in causa*, nem da análise global para realizar a adequação típica. Por certo, esse exemplo recai sobre a imprevisibilidade da conduta. Logo, não há que se falar

[382] BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral, volume 1. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. Pág. 794.

em adequação típica, ante a ausência de conduta dolosa ou culposa. Essa situação tem o mesmo tratamento do sonambulismo, inclusive.

De fato, o Código Penal brasileiro adota a teoria da *actio libera in causa*, não se limitando à embriaguez preordenada, mas a todos os casos (voluntária e acidental, inclusive), reconhecendo, inclusive, a imputação do agente que estiver completamente embriagado e inconsciente, consoante remissão da exposição de motivos do Código Penal de 1984 à exposição de motivos do Código Penal de 1940:

> 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 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, nº II): o agente responderá pelo crime[383]

Contudo, novamente, é imperioso perquirir como uma pessoa completamente embriagada pode manter sua consciência inabalada? Como manter a capacidade de entender o delito, em razão dos efeitos confusionais causados pela substância? Não há como deixar de reconhecer que estamos imputando um crime a uma pessoa sem consciência (um dos elementos do dolo), como a própria exposição de motivos do Código Penal assevera, estando diante de uma responsabilidade objetiva, se valorado os elementos da definição da conduta no momento do crime.

Quanto a isso, Basileu Garcia reconhece que o Código Penal admite a responsabilidade objetiva, lecionando que "*Não percebemos o nexo de causalidade psíquica entre a simples deliberação de ingerir bebida alcoólica e um crime superveniente. O agente não pensa em delinquir. Nem mesmo — admita-se — supõe que vai embriagar-se. Entretanto, embriaga-se totalmente e pratica lesões corporais num amigo*"[384]. Tentando resolver o discurso da incongruência do sistema, Bitencourt afirma que

> Nelson Hungria confundia o sentido da *actio libera in causa*, com a *arbitrária política criminal* adotada do Código Penal de 1940 relativamente aos efeitos da embriaguez, que consagrava odiosa *responsabilidade penal objetiva*. Entretanto, a *actio libera in causa* não é sinônimo de ausência de vínculo subjetivo entre o autor e sua conduta, e, portanto, não é necessário recorrer à artificiosa construção da *vontade residual, de que falava Hungria,* do

[383] Exposição de motivos do Código Penal de 1940. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-pe.pdf. acesso e: 26/04/2024.
[384] GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. Max Limonad. São Paulo, 1982, v. 1, p. 389-390.

> agente embriagado para evitar deparar-se com essa questão. Como vimos, é possível fundamentar de maneira coerente a culpabilidade do agente nos casos de *actio libera in causa* desde que se demonstre que o resultado produzido é imputável, objetiva e subjetivamente, ao comportamento precedente à situação de inimputabilidade[385].

Com essa perspectiva e diante dos efeitos do álcool ou de substâncias análogas, capazes de retirar a formação do conhecimento das circunstâncias fáticas criminais e, portanto, a própria consciência, é de se reconhecer que o agente, completa ou parcialmente, embriagado não tem conhecimento pleno dos fatos que se perpassam no momento delitivo. Contudo, de outro lado, não se deve, por conta da embriaguez dolosa ou culposa, deixar de haver a imputação e a responsabilização criminal do agente com esse discurso, mas, para isso, é importante encontrar os devidos e válidos fundamentos para que se possa compreender o *ius puniendi* estatal diante dessas circunstâncias.

É cediço que o Direito Penal determina a responsabilidade subjetiva, ao realizar a imputação criminal ao agente, devendo perquirir o dolo e a culpa, por constituir um caro postulado criminal. Entretanto, embora não se tenha criado com essa ideia, é possível reconhecer a existência da responsabilidade subjetiva mitigada, quando considerar a teoria da *actio libera in causa* conglobada com o parágrafo único do art. 18 do Código Penal, quando afirma que "*salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente*".

O contexto que se extrai do parágrafo único do art. 18 do CP está a indicar a possibilidade de imputação penal pelo delito culposo, quando este estiver previsto em lei. Assim, face ao princípio da excepcionalidade dos delitos culposos, somente serão imputados aos sujeitos ativos do delito imprudente se houver previsão legal, porquanto a regra é a punição pelo delito doloso. Essa é a interpretação que se retira do artigo 18, parágrafo único, do Código Penal.

Entretanto, no que tange à embriaguez e sua dificuldade de fundamentação para a imputação, é possível valer-se da disposição legal do art. 18, parágrafo único, do Código Penal, para também oferecer uma interpretação possível para o reconhecimento de uma justificativa válida para o uso da responsabilidade

---

[385] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pag. 729.

penal subjetiva mitigada, na medida em que, se havendo previsão legal, é possível a imputação do injusto. Logo, havendo autorização legal para que o Direito Penal faça a imputação, ainda que normativa e sem considerar os elementos subjetivos da conduta, no momento do crime, em razão da embriaguez voluntária ou acidental, poder-se-á utilizar a responsabilidade objetiva, em caráter excepcional, por mera eleição da política criminal de punição de fato, bem como liberdade de ingerir a substância em momento anterior.

Portanto, apenas para melhor adequar a imputação de fato-crime a uma pessoa que estava embriagada, o artigo 18, parágrafo único, do Código Penal afirma que, não havendo crime doloso, a imputação será possível quando autorizado por lei. É sabido que a excepcionalidade de que trata o artigo 18, parágrafo único, do CPB, é para a incidência dos delitos culposos, contudo isso não exclui a interpretação no sentido de usá-lo nos casos de embriaguez, especialmente quando conjugado com o artigo 28, II, CPB, em que afirma que a embriaguez não exclui a imputação[386].Ou seja, é cientificamente provado que, em estado de embriaguez completa, o agente não tem consciência e, por isso, não há um dos elementos do dolo. Logo, a imputação só será possível se houver previsão em lei. Assim, para justificar, nos termos do parágrafo único do art. 18, do CP, tem-se a redação do artigo 28 do Código Penal, que em seu inciso II admite a imputação do fato ao agente embriagado, de modo a fornecer a possibilidade jurídica da imputação, como decorrência do princípio da legalidade exigida para tanto. Nesse contexto, tem-se a justificativa para a imputação.

Assim como normativamente se exclui a imputação ao menor de 18 anos, ao revés tem-se a imputação do agente completamente embriagado. É com a mesma fundamentação para o reconhecimento da inimputabilidade do agente com 17 anos e 11 meses de vida, que se tem a razão de imputação do fato ao agente completamente embriagado. Trata-se de mera escolha política, cuja normatividade é excepcionalmente adotada pela lei para a realização da imputação penal, sob o aspecto meramente causal, pois, em muitos casos, não se analisa as condições psicológicas do ébrio no momento do crime

[386] Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:
Embriaguez
II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Ressalta-se que não se trata de criar tese contrária à imputação, mas sim reconhecer de certa maneira a existência e aplicabilidade da responsabilidade objetiva, vez que o Código Penal não a exclui, nem a política criminal vai nesse sentido, malgrado as ácidas críticas[387], por reconhecerem os ferimentos aos postulados do Estado Democrático de Direito.

> No entanto, equivocadamente, não foi essa a orientação assumida pelo Código Penal de 1940 e, desafortunadamente, mantida pela Reforma Penal de 1984, aplicando, repetindo, autêntica responsabilidade penal objetiva ao ébrio, contumaz ou não. Com efeito, ao contrário do que seria na hipótese de *actio libera in causa*, a conduta praticada pelo ébrio — segundo nosso Código Penal em vigor — será considerada dolosa ou culposa, não pela natureza da embriaguez — intencional ou culposa — pertencente à fase de imputabilidade real, mas segundo o elemento subjetivo do momento em que a ação é praticada em estado etílico. Em outros termos, isso significa que de uma embriaguez dolosa pode resultar um crime culposo, assim como de uma embriaguez culposa pode resultar um crime doloso. É um *aberratios logicus,* que produz uma espécie de monstro mitológico, como se fora metade humano e metade animal! [388]

Entretanto, face a existência da responsabilidade penal ao embriagado empregada diuturnamente pelos operadores do direito, quando da tipificação penal, é de se tentar buscar os fundamentos válidos para tal mister. É fato que todos os dias pessoas são condenadas pela Justiça Criminal por atos delituosos praticados em completo estado de embriaguez. Repita-se: não se está a buscar fundamentos de exclusão da imputação penal, mas somente de resolver o problema de fundamentação e aceitação existente.

---

[387] Considerando a *motivação da norma um fator inibitório* e objetivando *prevenir* a embriaguez, o legislador brasileiro equiparou a vontade do *ébrio* à vontade livre e consciente de qualquer agente imputável. No entanto, nem sempre se pode admitir que seja consequência de *actio libera in causa*, aliás, como Manzini, comentando o Código Penal Rocco, já reconhecia que, se a lei admite a imputabilidade a título de dolo para as infrações penais praticadas em estado de embriaguez, mesmo quando culposamente adquirido, fê-lo por motivos de política criminal, que nada tem que ver com *actio libera in causa*. Trata-se, inegavelmente, de uma política criminal completamente equivocada e intolerável em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, como é o atual Estado brasileiro. Cabe à doutrina e à jurisprudência brasileiras adaptarem o superado diploma penal brasileiro interpretando-os à luz dos princípios político-criminais democráticos e, fundamentalmente, observando rigorosamente os princípios da *actio libera in causa*, como demonstramos acima. Finalmente, para nós, ocorrendo a *embriaguez não acidental* (intencional ou culposa), deve-se analisar, *in concreto*, se o agente, nas circunstâncias, é capaz de culpabilidade, sem chegarmos, no entanto, ao ponto de vista de Damásio de Jesus, que considera o art. 28, II, do CP revogado pelo art. 5º, LVII, da CF. Pelo menos, minimizando as consequências práticas, o quotidiano tem sido favorável, "porque os casos de embriaguez que se apresentam nos tribunais rarissimamente, para não dizer nunca, são de embriaguez completa, que produza total supressão do discernimento" (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pag. 731).

[388] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pag. 729.

Por isso, trata-se de responsabilidade subjetiva mitigada, pois analisa-se a consciência do agente ao tempo da ingestão, devendo reconhecer haver previsão legal e interesses político-criminais para a imputação do crime em estado de embriaguez doloso ou culposo, independentemente do grau de consciência. Portanto, a embriaguez não exclui a imputabilidade. Logo, o artigo 28, inciso I, do CPB complementa o parágrafo único do artigo 18, do mesmo diploma legal. Ou seja, o Código Penal autoriza a imputação e punição do agente completamente embriagado, salvo na hipótese do caso fortuito ou força maior (art. 28, §1º, CP). Isso quer dizer que o Código Penal adotou a teoria da responsabilidade penal subjetiva mitigada. Contudo, essa responsabilidade encontra certos limites na própria lei para verificação de eventual causa de exclusão do crime. Não é pelo simples fato de estar embriagado, que a pessoa deve ser culpada por crimes. Para resolver a imputação, existe um passo a passo possível para averiguar.

Primeiro, deve investigar se o agente estava livre no momento da ingestão da substância, bem como analisar se detinha o conhecimento acerca da substância e seus efeitos para, após, verificar a relação de causalidade e imputação do injusto penal. Logo, se não estiver livre ou se, de fato, desconhecer a substância e os efeitos, caso a ingira e se envolva em um fato considerado como crime, não lhe deve recair a imputação, caso se trate de embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior. Contudo, se essa embriaguez for incompleta, deve-se imputar o crime doloso ou culposo, com pena diminuída nos moldes como previsto no Código Penal[389]. Logo, a embriaguez incompleta proveniente de caso fortuito ou força maior não exclui o crime e a sua imputação, embora seja uma causa de diminuição de pena (minorante).

Quanto à embriaguez voluntária (dolosa) ou involuntária (culposa), completa ou incompleta, se esta for livre e consciente durante o primeiro ato de ingestão, ainda que o agente não queira embriagar-se (embriaguez culposa), não excluirá o crime, por si só, diante da eleição da política criminal, bem como de se haver autorização legal (art. 28, II, CP) reconhecendo que não haverá exclusão da imputação, notadamente da consciência e vontade da ingestão. Diante desse

[389] Art. 28, § 2º, CPB - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

imperativo legal, em consonância com o art. 18, parágrafo único, do Código Penal e com o princípio da legalidade, que autorizam a imputação do fato excepcional quando houver previsão legal, forma-se o conjunto normativo para autorizar a responsabilidade subjetiva balanceada do agente, uma vez que, adotando a teoria da *actio libera in causa*, o agente será punido, ainda que esteja inconsciente no momento da realização do comportamento criminoso, embora estivesse consciente no ato da ingestão. Logo, após a análise da ingestão da substância e concluindo pela existência de embriaguez dolosa ou culposa, deve-se realizar uma análise causal sobre o evento, sob os fundamentos da teoria da imputação objetiva de Roxin, no sentido de apurar se o agente, embriagado e sem a plena consciência, com seu movimento corporal deu causa ao resultado típico e ilícito. Se se confirmar a (1º) livre ingestão da substância e a (2º) causalidade do fato, como consectário será a imputação do injusto.

De fato, há recursos retóricos para reconhecer essa responsabilidade, já que admitida excepcionalmente por lei, ao determinar o cotejo dos fatos divididos em dois momentos distintos (o da ingestão e o do momento do delito). Ressalta-se que, independentemente do grau dos efeitos da ingestão da substância, se retirar completa ou parcialmente a consciência, não haverá qualquer afetação na imputação causal, que poderá resultar no crime culposo ou doloso, a depender da análise fática para a subsunção.

Portanto, é imperioso reconhecer a existência legal e jurídica de responsabilidade penal, que deve ser adotada segundo os critérios acima postos, por mera eleição política. Não se há que falar em inconstitucionalidade ou não-recepção da norma, vez que diuturnamente é adotada, ainda que assim não se queira chamar. O Brasil pune diversas pessoas que praticam crimes em estado de completa embriaguez, de modo que não se pode fechar os olhos para esse fato notório. Ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de adotar a responsabilidade subjetiva como regra, isso não importa na exclusão automática das situações excepcionais. Assim como normativamente não se pune criminalmente pessoas com 17 anos de idade por mera escolha política, também há de se reconhecer que, por mera eleição da política criminal, tem-se a punição de pessoas sem consciência durante o ato delitivo, como no caso de embriaguez completa. Por isso, nesses casos, não há que se fazer uma análise dos elementos subjetivos da

conduta dolosa no momento do crime, mas no instante da conduta de ingestão para, após, averiguar a mera relação causal do comportamento do ébrio em relação ao fato previsto como crime, valendo-se da teoria do risco. Impende ressaltar que não está correto dizer que o agente completamente embriagado agiu dolosamente na prática do delito. Por isso, o estudo da embriaguez recai como uma condição anterior à análise do próprio dolo, mas ainda dentro da própria imputabilidade, que mais adiante será colocada fora do conceito analítico, como pressuposto de verificação do delito.

É certo que o agente completamente embriagado, no momento do crime, não age com dolo ou com culpa, salvo no caso de embriaguez preordenada, pois, em razão dos níveis dos efeitos da substância, sua consciência é atingida e, por conseguinte, a própria vontade e finalidade delitiva. Também não há que se falar em imprevisibilidade do fato para se justificar a exclusão da imputação, pois essa é feita normativamente. Logo, a conduta é analisada sob o ângulo da causalidade com o tipo penal e sob o aspecto da ilicitude, como fazem os causalistas.

Por isso, com a análise antecedente da embriaguez no âmbito da imputabilidade (que restará como pressuposto de análise do conceito de delito), invariavelmente esvazia-se a culpabilidade, pois, de fato, está incorreto afirmar que o agente embriagado agiu com dolo ou culpa na conduta, tendo ainda plena capacidade de entender a ilicitude do fato. Essa fundamentação soa extremante equivocada e sem qualquer nexo, passando da hora de corrigir o equívoco, aceitar a existência dessa dinâmica, ante a escolha da política criminal, e assumir que o Direito Penal adota uma postura de enquadramento normativo do injusto e que, infelizmente, não aborda a questão subjetiva do momento do delito, ante a sua impossibilidade de verificação e admissão legal da subsunção típica dos delitos práticos por pessoas completamente embriagadas.

Tendo essa perspectiva, se o agente aduzir que se encontrava embriagado no momento do fato, o operador do Direito Penal, antes de iniciar a verificação do conceito de delito, deve investigar se o agente tem capacidade de entender, para depois analisar os elementos da conduta dolosa ou culposa. Ademais, se o agente invocar o estado de embriaguez, posteriormente, deve-se valorar, o tanto quanto possível, a sua capacidade de cognição e de volição do evento no momento do delito. Se detinha o mínimo de consciência e de vontade do

ato, ainda que embriagado, valora-se a responsabilidade subjetiva do agente, a subsumir um delito de acordo com a finalidade do agente. Dessa feita, o dolo e a culpa serão analisados, considerando os aspectos cognitivos (consciência) e volitivos (vontade), garantido a máxima observância ao princípio da culpabilidade (responsabilidade subjetiva), uma vez que é possível extrair os elementos subjetivos quando o estado de embriaguez não está completo.

Se, por outro lado, informar que, no momento do crime, não tinha nenhuma consciência do fato, pois estava complemente embriagado, isso será considerado antes de adentrar no conceito, para que os elementos da conduta deixem de ser examinados sob o aspecto interno, pois que, de fato, inexistente, e as circunstâncias fáticas (análise causal) passam a ser os únicos elementos a serem valorados para definir se houve crime doloso ou culposo, cuja imputação é realizada de forma meramente normativa, segundo a teoria da imputação objetiva de Roxin.

No caso concreto, quando o agente, em estado de completa embriaguez, pratica um delito e sem prévio planejamento nesse sentido, tem-se comumente a alegação de que “jamais queria agredir a vítima; que somente fez isso porque estava embriagado; que a vítima é seu amigo e nada tinha contra ele; etc.” Isso, de fato, pode ser verdadeiro, mas ainda assim não isenta de responsabilidade penal, embora ausente os elementos cognitivos e volitivos para a prática do delito, por eleição da política criminal. Por isso, as circunstâncias fáticas apontam a dinâmica do agente, no momento do delito, independentemente do dolo e da culpa.

É possível visualizar que, num caso concreto, um agente embriagado dirija um movimento corporal no sentido de buscar o delito, apesar de ausente a consciência para tanto. Por exemplo, após se encontrar completamente embriagado, o agente pratica lesões corporais por meio de um soco na vítima. Nesse caso, tem-se a finalidade do comportamento, muito embora despido de consciência. Verifica-se, na hipótese, que o agente dirigiu seu comportamento à produção daquele resultado. Em outro exemplo, é possível que uma pessoa embriagada venha a se desiquilibrar e bater seu braço no rosto de outrem, causando lesões corporais. Nesse caso, as circunstâncias fáticas apontam para um crime culposo, cuja valoração é extraída de forma normativa, e não da intenção do agente.

Por outro lado, é possível que o agente complementarmente embriagado, após dormir e entrar em sono profundo, venha a se mexer na cama, de modo

abrupto, lançando o seu braço no nariz da esposa, fraturando-o. Nessa dinâmica, considerando a teoria da imputação objetiva, verifica-se a incidência do caso fortuito, pois não ultrapassa o risco permitido, em que pese a gravidade do resultado. Trata-se de uma situação que ocorreria, independentemente da embriaguez. Dessa feita, não há como se imputar esse fato ao agente, porquanto imprevisível.

Portanto, embora destituída de valoração subjetiva, a conduta do agente é investigada segundo a dinâmica criminal que se apresenta, quando não há a mínima possibilidade de valoração dos elementos psicológicos, em razão do avançado estágio de embriaguez. Embora se tenha uma vertente da verificação causal dos fatos para a imputação penal, é importante reconhecer que não há outra forma de imputação, salvo se o legislador proibir expressamente a punição do ébrio ou drogadiço. Nesse caso, ter-se-á a aplicação completa da responsabilidade subjetiva. Contudo, não é o que a sociedade almeja, já que reprova as condutas desviadas dos agentes, inclusive em estado de embriaguez. Por isso, enquanto sobrevier a necessidade de imputação penal de delitos aos agentes embriagados, o que se tem está na ideia de uma aceitação parcial da responsabilidade objetiva, cuja valoração recai sobre os fatos que lhe envolvem, e despidos da análise dos elementos subjetivos, para, dessarte, poder estabelecer a devida justificação do enquadramento fático-jurídico-penal.

3.2.3 A FALTA DE CONSCIÊNCIA EM DECORRÊNCIA DE DEFICIÊNCIAS SENSORIAIS OU MENTAIS. A REALOCAÇÃO DOS ELEMENTOS NO CONCEITO ANALÍTICO DE DELITO.

É cediço que para se atingir a plena consciência, a pessoa deve ter um perfeito funcionamento das atividades orgânicas (físicas e mentais), de modo a estabelecer o conhecimento das informações percebidas através do complexo funcionamento neural. Como proposto por Tononi, a percepção física e mental dos objetos ocorre simultaneamente, de modo que, no instante da percepção sensorial, o pensamento é ativado para entender o que se passa no âmbito interno e externo à pessoa. Portanto, trata-se de um momento em que o agente observa ou sente

determinado fato para a formação da consciência, ainda que não refletida, desde que tenha capacidade de produzir um entendimento.

Para a formação da consciência, exige-se pleno funcionamento das atividades sensoriais orgânicas e mentais, além de se exigir estar em estado de vigília. Nesse estado, a pessoa goza de suas aptidões para promover a conceitualização, a classificação ou a qualificação dos objetos. Ao olhar uma árvore, por exemplo, a pessoa forma imediatamente a figura em sua mente, adjetivando-a como bonita, florida, alta etc. Ao olhar uma pessoa, o agente já produz os conceitos sobre ela, ainda que nunca a visto. Ao perceber uma situação perigosa, o agente estabelece o conceito disso, para, a partir daí, ter a solução e direcionar a vontade a uma finalidade escapatória. Enfim, com toda a atividade orgânica em pleno funcionamento, o agente torna-se apto a promover um determinado entendimento e comportamento, a partir da consciência e vontade criadas quando da percepção de algo.

Entretanto, a falta do pleno funcionamento dos órgãos sensoriais faz com que a pessoa não forme a plena consciência acerca do fato, comprometendo a intenção do comportamento, inclusive. Isso pode decorrer da falta do órgão sensorial ou da existência de doença mental, que comprometem a pessoa em atingir o pleno conhecimento e, por conseguinte, o dolo. Por isso, importante verificar a consequência jurídico-penal desses eventos para se ter uma adequada fundamentação de aplicação da lei penal.

Para melhor compreender, embora tenha-se o mesmo resultado, as causas são distintas, de modo que convém separá-las para não confundir os motivos que excluem ou mitigam o conhecimento da pessoa. para tanto, far-se-á uma análise da falta de consciência em decorrência da ausência do órgão sensorial e, após, em razão da doença mental. Ambas atingem a consciência humana, embora o Direito Penal atual aborde as situações com distinção.

3.2.3.1 Tratamento jurídico-penal da inconsciência pela falta do órgão sensorial. Seu equívoco e resolutividade.

Os órgãos sensoriais são extremamente importantes para a formação da consciência, pois deles vêm as informações percebidas. É com o perfeito funcionamento da visão, olfato, tato, audição e paladar, que se formam os conceitos do que se percebe do mundo. A sensopercepção é responsável pela formação da consciência, sendo um complexo processo em que o corpo humano recebe e interpreta as informações que sente do ambiente ao redor. A partir disso, desenvolve-se a compreensão dos fatos e sua interação, de modo a favorecer a sobrevivência da pessoa. Cada estímulo sensorial do ambiente é transmitido ao cérebro, onde se processam e interpretam os fatos através do pensamento.

Em que pese a existência dos cinco sentidos, para a formação da consciência não necessita do pleno funcionamento de todos, bastando somente daqueles exigíveis dentro de um contexto. Por exemplo: para furtar uma pessoa, como regra, exige-se a visão, para que, a partir dela, crie-se a consciência para esta finalidade, além de proporcionar a possibilidade de se alcançar o resultado pretendido (subtração da coisa alheia). Se faltar a visão, deve-se investigar outros fatores para saber como o agente eventualmente conseguiria obter ao resultado - furto. Se o agente, embora cego, consegue pegar um celular valendo-se de sua audição, tato e olfato, não deixa de ter a consciência atual e futura do comportamento. Entretanto, se lhe faltar o funcionamento dos sentidos, exigíveis dentro de um contexto fático, de modo a não poder ter a mínima consciência, o resultado furto eventualmente produzido deve ser afastado em razão do erro fático produzido ou da imprevisibilidade.

Nesse caso, se o agente com deficiência visual não consegue, por meio do tato, ter o conhecimento de que pegou celular de outrem, o fato deve ser atribuído ao erro de tipo escusável. Logo, o fato é juridicamente tratado pela teoria do erro de tipo, de modo que, se escusável, exclui o dolo e a culpa; se inescusável, exclui apenas o dolo. Com razão, uma vez que o agente não tem a capacidade de atingir a consciência do fato.

Além de poder incidir o erro de tipo, ainda pode ocorrer a imprevisibilidade como excludente do dolo e da culpa, quando faltar o funcionamento do órgão sensorial, diante das circunstâncias fáticas em que determinado órgão for exigido. Se uma pessoa completamente cega estiver andando pelas ruas sozinha, utilizando de seu bastão-guia nas calçadas para a sua orientação, encostar nas partes íntimas de outra pessoa, não poderá ser-lhe atribuída a conduta criminosa de importunação sexual, porquanto incidente a imprevisibilidade. Não se trata de culpa da vítima ou erro de tipo do agente, mas de um evento imprevisível, de modo a suprimir a responsabilidade penal, diante da ausência de consciência.

Nos crimes omissivos, por exemplo, não há como atribuir a um surdo-mudo que não escuta os gritos de socorro que sua vizinha realiza, ante as agressões que sofre de seu violento marido. Não há como imputar o crime de omissão de socorro, nessa hipótese, uma vez que a falta da audição retirou o completo conhecimento do fato, não havendo consciência e finalidade dirigida à prática do delito omissivo.

Portanto, a falta de um órgão sensorial, quando dele se exige, gera a inconsciência atual e futura do fato, não havendo conduta direcionada a um determinado fim criminoso, recaindo-o juridicamente a solução em erro de tipo ou sobre a imprevisibilidade do evento, cujo estudo recai sobre a conduta, a realizar, por conseguinte, a atipicidade absoluta ou relativa do fato.

Não se está a afirmar que uma pessoa com deficiência física não seja capaz de praticar crimes. Por isso, são imputáveis. O caso concreto deve ser analisado para a devida imputação e, quando encontrada uma situação similar ao que fora exemplificado, a questão deve ser tratada no âmbito da conduta, para análise de tipicidade, dentro do conceito operacional de delito.

Por outro lado, embora não tendo o órgão sensorial, mas se diante do contexto não lhe era exigível ter, o resultado criminoso deverá ser-lhe imputado, quando verificar que existiu ou daria para se ter a plena consciência do resultado delitivo, notadamente quando, ainda que inexistente um órgão sensorial, os demais supriam aquela necessidade. Um surdo-mudo, por exemplo, vendo um celular alheio, dirige seu comportamento com a finalidade de subtraí-lo para si, cometerá furto, se assim proceder, de modo que, por mais que nada escute, tem plena

consciência da conduta dolosa, quando, a partir da visão, formou o conhecimento da dinâmica criminosa.

> **O surdo-mudo não é automaticamente inimputável.** Pelo contrário, pois, completados 18 anos de idade, todos se presumem imputáveis. Compete à perícia indicar o grau de prejuízo a ele causado por essa falha biológica. Podem ocorrer três situações distintas:
>
> a) se ao tempo da ação ou da omissão era capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado **imputável**;
> b) se ao tempo da ação ou da omissão não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado **semi-imputável** (CP, art. 26, parágrafo único); e
> c) se ao tempo da ação ou da omissão era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado **inimputável** (CP, art. 26, parágrafo único)[390].

O Código Penal, nessas hipóteses de ausência de órgão sensorial, trabalha dentro da culpabilidade, como causa de inimputabilidade, por correlacionar a falta dos órgãos sensoriais como causa de desenvolvimento mental retardado[391]. É uma abordagem esdrúxula, que equipara a deficiência física à deficiência mental, em razão da consequência jurídica, por entender que a pessoa com deficiência visual, por exemplo, tem o desenvolvimento mental retardado, por não conseguir alcançar o conhecimento do fato através de outros órgãos. O atual conceito de crime, ao abordar as deficiências, de modo geral, na culpabilidade, toda e qualquer situação a essa relativa é abordada na análise da imputabilidade.

> Ao referir-se à "doença mental", "desenvolvimento mental incompleto ou retardado", "perturbação da saúde mental", o Código Penal identifica os requisitos de ordem biológica e psicológica. Quando se refere a "entender o caráter ilícito do fato", pressupõe o aspecto cognitivo (saber ajuizar o que é certo ou errado), e quando menciona "determinar-se de acordo com este entendimento", pressupõe o exercício do livre arbítrio (vontade). O termo "doença mental" se refere a casos de esquizofrenia, outras psicoses, transtorno bipolar com sintomas psicóticos, demência e *delirium*. "Perturbação da saúde mental" se refere a casos de transtornos da personalidade, transtornos do controle de impulsos, parafilias, neuroses graves e depressão moderada, entre outros. O "desenvolvimento mental incompleto" se refere a casos de surdos-mudos sem desenvolvimento adequado e silvícolas não aculturados. Assim, por exemplo, um indivíduo com transtorno psicótico, que, durante um surto, agredisse uma pessoa, motivado por delírios e alucinações, e não apresentasse entendimento e determinação para o ato, poderia ser considerado inimputável. Já um

[390] MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) 13. ed. – Rio de Janeiro. 2019. Pág. 664.
[390] TELLES, Lisieux E. de Borba e outros. Psiquiatria Forense. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1840.

> indivíduo com transtorno da personalidade que perpetrasse o mesmo delito motivado por um impulso agressivo, poderia ser considerado imputável ou semi-imputável, se houvesse alteração da determinação e nexo de causalidade entre o delito e a referida perturbação da saúde mental.[392]

Ao apresentar o conceito de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, Nucci assevera que

> Trata-se de uma limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de condições de se autodeterminar, conforme o precário entendimento, tendo em vista ainda não ter o agente atingido a sua maturidade intelectual e física, seja por conta da idade, seja porque apresenta alguma característica particular, como o silvícola não civilizado ou o surdo sem capacidade de comunicação[393].

Na mesma linha de fundamentação, Masson aduz que a falta de órgão sensorial, que atinge a possibilidade de conhecer as circunstâncias fática é causa que exclui a imputabilidade penal, em razão do desenvolvimento mental retardado, como estatui o artigo 26, do Código Penal.

> A expressão "desenvolvimento mental *retardado*" compreende as oligofrenias em suas mais variadas manifestações (idiotice, imbecilidade e debilidade mental propriamente dita), bem como as pessoas que, por ausência ou deficiência dos sentidos, possuem deficiência psíquica, como se dá com o surdo-mudo.[394] (Nosso negrito).

Contudo, em que pese as preciosas lições dos renomados autores, importante destacar que a falta da percepção sensorial não pode ser tratada como causa de retardo mental. São circunstâncias completamente distintas. Enquanto a deficiência do órgão sensorial atinge a consciência por conta da sua inexistência, o retardo mental é a relativa funcionalidade das faculdades mentais causada no processo de conhecimento por alguma anomalia do cérebro. A falta do órgão perceptivo não se confunde com as causas de deficiência mental, embora atinja o elemento cognitivo da conduta. A dificuldade de conhecer está na parte física do corpo humano, e não cognitiva. É de se reconhecer que uma pessoa com deficiência visual, por exemplo, tem suas faculdades mentais preservadas, se não tiver nenhuma doença mental. A falta da visão não o leva a uma condição de debilidade mental. Sua consciência é formada por meio dos demais órgãos sensoperceptivos usados para conhecer algo.

---

[393] NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 734.
[394] MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) 13. ed. – Rio de Janeiro. 2019. Pág. 664.

Reitera-se que, embora a falta de um órgão possa afetar o pleno conhecimento de um objeto, não retira a capacidade de racionar, quando a atividade cerebral é preservada. Por isso, é possível que pessoas com deficiências auditivas, visual, de fala podem praticar um delito, desde que, dentro das circunstâncias fáticas, seja possível alcançar a consciência e a vontade da conduta delitiva. Caso contrário, o fato deve recair sobre o erro ou sobre a imprevisibilidade, a eximir da imputação jurídico-penal e, por consequência, a atipicidade do fato.

Verificando-se o equívoco do Código Penal Brasileiro, a falta do órgão sensorial não deve ser abordada na culpabilidade, mas sim no fato típico, por influenciar a finalidade das condutas, pois: ou não haverá conduta, por recair a imprevisibilidade (caso fortuito ou força maior) ou por recair em erro fático, que exclui o dolo e a culpa, se inevitável; ou somente o dolo, e não a culpa, se evitável. Lado outro, se verificar que ausência do órgão sensorial em nada influencia para o alcance da perfeita consciência e vontade, o agente deverá receber a imputação jurídico-penal se vier a praticar um fato típico e ilícito.

Logo, por exemplo, a deficiência visual, por si só, não é um fator excludente da imputação penal, mas deve ser considerada em casos em que o crime exige percepção visual. Para a prática de crimes que dependem da visão, é necessário que o agente tenha plena capacidade de identificar o objeto do crime. Caso a falta da função sensorial impeça a identificação dos fatos, a imputação deve ser excluída por ausência de dolo.

A vontade e a consciência, como elementos formadores da conduta, não podem ser tratadas na culpabilidade. Não é minimamente crível aceitar a fundamentação de que uma pessoa surda tivesse vontade e consciência de omitir no socorro, quando a vizinha estava sendo agredida por seu marido. Se conseguisse ouvir os gritos de socorro, sem dúvida nenhuma, agiria. Por óbvio, a ausência de algum órgão sensorial, que retira a capacidade de conhecer as circunstâncias fáticas, recai sobre a estrutura da conduta típica, e não da culpabilidade. Logo, não há conduta típica dolosa, se o agente não detinha consciência e vontade para a prática do fato que depende da sua normal função orgânica. Igualmente, não haverá conduta típica culposa, se o agente agir com todo o cuidado exigido, mas que, ainda assim, o evento é causado, por conta da imprevisibilidade do próprio fato, como no caso do deficiente visual que esbarra o

bastão na região íntima de terceiro. Verifica-se, pois, que o fato será atípico e que não há como aceitar que o fato seja típico, ilícito, mas não culpável, a exigir a reorganização dos elementos do conceito analítico do delito, para melhor aceitação da fundamentação.

3.2.3.2 Tratamento jurídico-penal da completa inconsciência em decorrência de deficiência mental. O paradoxo e a congruência.

É cediço que para a formação da consciência exige-se que biologicamente o órgão sensorial e o cérebro estejam em bom funcionamento para que haja a interação entre o objeto percebido e a mente da pessoa. Se houver alguma falha, o agente não consegue alcançar o devido conhecimento sobre as coisas sentidas, impactando a sua vontade e eventual ação. Damásio leciona que

> A nova perspectiva também torna a realização biológica da consciência um problema passível de abordagem. O processo de construção do conhecimento requer um cérebro, assim como requer as propriedades sinalizadoras com as quais os cérebros conseguem montar padrões neurais e formar imagens. Os padrões neurais e as imagens necessários para que ocorra a consciência são aqueles que constituem *representantes* para o organismo, para o objeto e para a relação entre os dois. Nessa estrutura, entender a biologia da consciência torna necessário descobrir como o cérebro é capaz de mapear *tanto* os dois atores *como* as relações que eles mantêm entre si.[395]

Portanto, não há probabilidade da existência de uma consciência se houver incapacidade do cérebro ou dos órgãos sensoriais de estabelecer a construção da imagem na mente do indivíduo, a partir do objeto ou fatos que se apresentam. A falha de um órgão sensorial ou do pensamento faz com que o agente não produza a consciência a partir do objeto observado, na forma como ele realmente se aparece. Se uma pessoa não tem a mínima possibilidade de criar a imagem do fato observado, sendo absolutamente incapaz de conhecer e entender o objeto, em razão de doença mental, jamais poderá alcançar uma finalidade desejada conscientemente com eventual comportamento realizado. Por isso, na seara do Direito Penal, não pode ser imputável.

---

[395] DAMÁSIO, Antônio. O mistério da consciência. Do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das letras. São Paulo. 2015. Pag. 37.

A título de exemplo, se uma pessoa adulta, com sérios comprometimentos neurais, subtrair um celular de outrem (coisa alheia) de um balcão, sem ao menos compreender que se trata de um celular ou de uma coisa alheia, jamais praticará uma conduta dirigida a um furto. Suas limitações cognitivas impedem a realização de uma conduta voltada para tal fim, embora tenha, casuisticamente, realizado um movimento corporal típico. No sistema causalista, esse comportamento representa crime, porquanto dispensa a análise subjetiva. O mesmo não se pode afirmar quando sopesado sob as premissas do finalismo, em que se exige a consciência e a vontade dirigida a esse fim.

Sem dúvida que um indivíduo com limitações psicológicas para produzir o entendimento acerca do objeto, em razão de deficiência mental, não conhece da mesma forma que outro com plena capacidade cognitiva, não havendo consciência sobre objeto. A pessoa com deficiência mental, mesmo tendo pleno funcionamento dos órgãos sensoriais (p.ex.: plena visão), não tem capacidade de interagir plenamente com o objeto visualizado, pois, ainda que esteja o vendo, não consegue produzir uma imagem consciente daquilo que vê, diante da falta ou baixo estímulo neural para a produção da interação e, por conseguinte, da consciência.

Pessoas com crise de epilepsia não possuem consciência durante o surto, vez que não conseguem iniciar uma atenção ao objeto cognoscível. “Durante essas crises, a consciência é momentaneamente suspensa, juntamente com a emoção, a atenção e o comportamento adequado.”[396] O mesmo efeito é possível notar nos casos de síndrome de encarceramento - mutismo acinético[397] - ou em casos de Alzheimer, fazendo com que o indivíduo não tenha consciência, face o comprometimento da atividade neural. Pessoas com grau elevado de comprometimento psicológico, causado, por exemplo, pela esquizofrenia, bipolaridade, surtos psicóticos, não têm a possibilidade de formar uma consciência sobre o que se passa em sua volta, de modo que as percepções o conduzem a tomar atitudes diversas e “impensadas”.

---

[396] DAMÁSIO, Antônio. O mistério da consciência. Do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das letras. São Paulo. 2015. Pag. 140.

[397] LONGMAN, José; TENUTO, Rolando A.. Arquivos de Neuro-Psiquiatria, Volume 14, Nº 3, 1956, pp. 213-225(13). Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.scielo.br/j/anp/a/X8m55GX7qvqfb5Ntk76r6mF/?format=pdf. Acesso em: 16.09.2023.

Sem dúvida, os comportamentos realizados durante o surto vêm impregnada de finalidade viciada, já que eventual motivo para a produção do resultado não se mostra congruente com a realidade fática, quando o agente é plenamente incapaz de entender o seu comportamento. Havendo alguma anormalidade da função neural, não há como produzir uma consciência plena sobre o objeto, inferindo-se que uma pessoa com deficiência mental não tem capacidade de entender, diante da falta total da consciência. A falta completa do *self*, seja pela debilidade ou incapacidade dos sentidos, seja da função neural, que atinge a atividade de conscientização, reflete diretamente sobre a consciência sobre o objeto. por isso, a investigação da capacidade de entender, antecede ao estudo da consciência.

Contudo, para o Direito Penal, cuja finalidade é a responsabilização penal, há diferença para a fundamentação no momento da imputação, quando a incapacidade cognitiva for absoluta. O Código Penal Brasileiro, sem qualquer distinção, aponta a inimputabilidade (e semi-imputabilidade) para o momento da análise da culpabilidade, nos moldes do art. 26[398], considerando, contudo, serem capazes de agir com dolo ou culpa. Se o agente for plenamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, no momento em que o produziu, será considerado inimputável, enquanto, se parcialmente capaz de entender, adequa-se à condição de semi-imputável. Embora cada um receba um tratamento jurídico específico (medida de segurança para inimputáveis e pena minorada ou medida de segurança ao semi-imputável), o fato é que, para a imputação do injusto, ambos recebem a mesmo tratamento, qual seja, para o atual sistema, ambos têm consciência para a realização do tipo doloso ou culposo.

Com a capacidade cognitiva atingida por uma doença mental, inexoravelmente a consciência é atingida, mitigando-a ou suprimindo-a. Embora a pessoa com deficiência mental tenha a capacidade de realizar movimentos corporais

---

[398] TÍTULO III - DA IMPUTABILIDADE PENAL - Inimputáveis: Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

voluntários, capazes de ofender terceiros, inclusive, o fato é que sua consciência não é a mesma de uma pessoa com funcionamento cognitivo normal. Uma pessoa bipolar, por exemplo, tem possibilidade de ser agressiva, ter discurso desconexo e compreensão confusa das situações em que se envolve, apesar de ter um certo grau de consciência. Uma pessoa com Alzheimer avançado não tem consciência sobre a finalidade de sua conduta. Se agredir seu filho, por exemplo, logicamente não detém consciência. Indubitavelmente, sua vontade está viciada.

Em processos criminais em que se apura o fato, sua autoria e a (in)sanidade mental do agente, é possível verificar que os médicos-peritos apresentam fundamentos à resposta sobre a existência de deficiência mental do agente e sua direta interferência na consciência e na vontade, a influenciar as tomadas de decisão para promover os comportamentos humanos. Ao averiguar a capacidade cognitiva do agente, os médicos apontam para a falta de consciência, quando o classifica como inimputável. A perícia médica não faz a distinção para aferir os elementos subjetivos da conduta humana.

Entretanto, esses fundamentos médicos conflitam com os elementos jurídicos do conceito analítico de crime, pois para a psiquiatria não há duplicidade de verificação dos elementos subjetivos, como ocorre no Direito Penal, onde se apura a consciência na conduta e o entendimento na imputabilidade. A psiquiatria avalia se o agente possui alguma deficiência mental e, posteriormente, o grau de comprometimento da consciência para se chegar à conclusão acerca da (in)imputabilidade. Para ilustrar, abaixo tem-se um trecho de um laudo de exame de insanidade mental de uma pessoa que responde por fato previsto como crime, onde a equipe médica, avaliando a questão psiquiátrica do paciente e respondendo aos quesitos judiciais, asseverou que

> Durante o exame do estado mental, periciando apresentou-se para entrevista sob escolta, trajando roupa branca própria do sistema carcerário. Tratava-se de um indivíduo do sexo masculino, estatura mediana, pardo. Encontrava-se em boas condições de higiene. Sua atitude era atenta e pouco interessada pelo exame a que se propunha, concordando com a realização do mesmo após esclarecimento sobre seu direito ao silêncio. Demonstrava comportamento irritado e pouco colaborativo. Estava desorientado no tempo. Mostrava-se orientado no espaço. Sabia dar detalhes em relação a si e à sua própria história, porém a maior parte das vezes se recusou a fazer, mantendo uma postura irritada e afrontativa. Por vezes, falava sobre si, mas de forma breve. Sua atenção era voltada para o examinador, reagindo adequadamente aos sons que adentravam o consultório. Sua memória mostrava-se preservada em sua forma procedural e declarativa. Falava sobre fatos pretéritos com certa dificuldade,

> aparentando resistir em revelar detalhes de sua história. Sua linguagem era adequada para a situação que se encontrava, com bom domínio da linguagem utilizada. **Seu raciocínio mostrava-se prejudicado, mostrando dificuldade de julgamento, generalização, imaginação e intuição. Seu pensamento mostrava curso acelerado, apresentando fuga de ideias, com grande dificuldade encadear palavras e ideias. Apresentava quebra de juízo com grande prejuízo a sua capacidade de julgar razoavelmente. Não apresentava alterações sensoperceptivas,** negou especificamente alucinações auditivas e visuais. Sua fala era em tom acelerado, com boa articulação das expressões fonéticas e com prosódia adequada. Seu discurso mostrou-se, em diversos momentos, incoerente, com arborização do pensamento e presença de prováveis elementos delirantes autorreferentes e paranoides. Demonstrava humor hipertímico, com afeto reatívo e sintônico ao humor. Sua psicomotricidade era acelerada, porém não apresentava agitação motora, mantendo movimentação organizada e contida. Vontade e pragmatismo dentro do usualmente observado, porém apresentando baixa tolerância a frustração, mostrando irritação quando confrontado com situações adversas. **Não apresentou remorso ou culpa em relação a sua conduta, sequer parecendo compreender a repercussão de seus atos. Não conseguia racionalizar a repercussão de seus atos para as vítimas. Não apresentava alterações em relação ao Eu no que tange à identidade, unidade, oposição e atividade[399].** (grifo nosso).

Nesse laudo, os peritos justificam que a conduta do agente foi realizada, sem consciência da ilicitude (ao responder os quesitos judiciais que segue a expressão usada pelo Código Penal) e sem vontade finalística, em razão da condição da saúde mental do agente. Perceba que, para o Direito Penal, há confusão entre os elementos, já que a consciência e vontade estão na conduta (fato típico) e, a incapacidade de entender, na culpabilidade. Ainda, os peritos, naquele exame, concluíram que

> ...se trata de um indivíduo portador de Transtorno Afetivo Bipolar, episódio atual maníaco com sintomas psicóticos (CID 10 - F31.2). O Transtorno Afetivo Bipolar é um distúrbio recorrente caracterizado por episódios repetidos de alteração do humor ou do afeto e elação, normalmente acompanhada por uma alteração no nível global de atividade. Os episódios em que se nota um aumento dos níveis de atividade e elevação do humor são chamados episódios maníacos e usualmente começam de forma abrupta, durando entre semanas a vários meses, com duração mediana de quatro meses. Caracteristicamente, há remissão do quadro após episódios, especialmente no início do quadro. No quadro em tela, percebe-se um intenso quadro de excitação psicomotora, com elação do humor, aumento de energia. hiperatividade e ausência de inibição social. Percebe-se que havia intensa irritabilidade e desconfiança, com presença de delírios de perseguição que levaram à heteroagressividade apurada. Importante apontar a avaliação médica realizada cinco dias após o evento por médico psiquiatra em que há descrição de sintomas psicóticos com quadro delirante persecutório. **Em relação à capacidade de entendimento sobre o caráter ilícito do fato, esta se encontrava abolida por haver quebra do juízo de realidade, estando presentes sintomas psicóticos observáveis por**

[399] BRASIL. TJDFT. Processo judicial sob segredo de justiça. Acesso autorizado em razão da atividade profissional do autor. Informações anonimizadas para uso acadêmico.

> **quadro delirante ao fato relacionado**. Além disso, **sua capacidade volitiva igualmente encontrava-se abolida devido à influência do quadro maníaco sobre seu comportamento com os sintomas apontados anteriormente**. Dessa forma, é possível apontar que há relação entre **a conduta descrita nos autos e a doença em tela, ou seja, o comportamento apresentado é expressão psicopatológica do transtorno do qual é portador, havendo, portanto, nexo causal entre a conduta praticada e a doença em questão.** A conclusão deste laudo é ser o periciado, por doença mental, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. (grifo e sublinhado nosso)[400].

A descrição médica aponta que o agente não tinha consciência da realidade, em razão de condição de bipolaridade, fator que atinge o entendimento e a vontade (incidente sobre o fato típico). Cotejando a fundamentação desse laudo com o conceito analítico de crime, depreende-se haver discrepância técnica de argumentação, em razão do Direito Penal adotar duas etapas de verificação dos elementos subjetivos, sendo uma na conduta e outra na imputabilidade. Essa situação não existe na literatura psiquiátrica, de modo a se ter esse "Frankenstein" de fundamentação no direito, e não na arte médica, já que os médicos-peritos devem responder às indagações jurídicas feitas pelas partes do processo. Essas questões são embasadas no Código Penal (art. 26), em que se indaga se o agente tinha capacidade de entender no momento dos fatos.

Por isso, reconhecendo que a finalidade do conceito analítico de delito é proporcionar uma devida fundamentação para a imputação penal, deve igualmente recair uma correta justificação para o reconhecimento da existência de uma conduta finalística. O agente deve ter capacidade de entender para, depois, investigar-se a vontade e consciência dirigida ao cometimento de delito ou para a sua assunção, em caso de crime doloso. Se devido à existência de uma doença mental, o agente não tiver capacidade de produzir uma consciência, não se deve promover análise sobre os elementos da conduta, pois é impossível chegar à conclusão acerca da finalidade da conduta do agente, devido a sua condição clínica.

Ressalta-se que não se está buscando uma razão para excluir a incidência do Direito Penal, mas pelo contrário. Esse enfrentamento visa subsidiar as fundamentações para a imputação do fato ao agente com severa deficiência mental que atinge a consciência, bem como promover o mais adequado tratamento ao

[400] BRASIL. TJDFT. Processo judicial sob segredo de justiça. Acesso autorizado em razão da atividade profissional do autor. Informações anonimizadas para uso acadêmico.

tema, no que tange à fundamentação jurídica. Na atualidade, ao se verificar que uma pessoa com Alzheimer, bipolaridade, mutismo acinético etc., o Direito Penal reconhece-a como pessoa consciente, mas incapaz de entender o caráter ilícito do fato, proporcionando uma fundamentação teratológica, a fazer qualquer médico-psiquiatra ficar perplexo com a fundamentação jurídica da imputação. É certo que, ou a pessoa tem capacidade de entender o fato, ainda que minimamente, ou não tem.

Igualmente, não se está trabalhando o conhecimento da lei, mas sim sobre as circunstâncias fáticas. É olhar para uma caneta, por exemplo, e ter a possibilidade de saber que se trata de uma caneta pelas condições de saúde. É óbvio que, se por conta de uma doença mental grave ou desenvolvimento mental incompleto, uma pessoa pode não conseguir entender nada sobre um objeto, não tendo consciência sobre o que ela é e para que serve, muito menos conseguir dirigir sua conduta para uma finalidade específica. Portanto, a condição da saúde mental é primordial e anterior para a formação da consciência e, consequentemente, para impulsionar o agente a promover um determinado comportamento humano.

Ademais, a análise pericial recai sobre os elementos subjetivos da conduta humana, observando aspectos internos do agente (funcionamento orgânico) para aferir o grau de comprometimento do comportamento. Não se trata de uma análise valorativa (do dever-ser), mas sim de uma visão endógena para se compreender a formação da intenção do agente. Por isso, tal averiguação médica mostra a fragilidade da teoria puramente normativa do conceito finalístico de crime, já que, de fato, na estrutura Welziana do delito, deveriam todos os elementos da culpabilidade serem normativos. Por conta dessa análise médica recair sobre os elementos internos do agente, não há que se falar em elementos valorativos, mas eminentemente subjetivos, a apontar outro equívoco da teoria da culpabilidade adotada pelo sistema finalista do delito e, com isso, justificar a correção de fundamentação para compreender todo o sistema conceitual.

Para resolver esse paradoxo, propõe-se trabalhar a imputabilidade como um fator antecedente à imputação a ser analisada subjetivamente como elemento externo ao conceito de crime. Logo, quando se concluir que o agente agiu com dolo ou culpa, é que, antes, verificou que detinha capacidade cognitiva em perfeito funcionamento. Se o agente, ao tempo do fato, possuía pleno funcionamento dos

órgãos sensoriais e mentais para a formação da consciência, o jurista deverá se enveredar no conceito analítico, com a análise do dolo e da culpa, onde poderá investigar a eventual existência de coação física irresistível ou erro de tipo etc. Logo, para que o agente pratique um fato típico, ele deve ser imputável e realizar uma conduta dolosa ou culpa, cuja verificação realizar-se-á sob o aspecto subjetivo.

Por outro lado, se se reconhecer que a conduta humana geradora de um resultado previsto em lei como crime foi realizada por um indivíduo com doença mental, essa verificação deve ser transportada para o momento anterior ao início da verificação analítica do delito, como pressuposto dos elementos subjetivos da conduta. Quer dizer, se no caso concreto verificar que o agente era inimputável ao tempo do fato, não haverá possibilidade de verificação de dolo ou culpa, porquanto seus elementos são inexistentes. Como se percebe, a proposta deixa de observar os pilares da avaliação subjetiva da conduta. Contudo, não se está a fundamentar a existência de responsabilidade puramente objetiva, já que é possível, no caso concreto, verificar, sob os pilares da imputação objetiva, se o agente produziu o risco ou o incrementou, bem como avaliar se, dentro dessa concepção, agiu amparado por excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Por consequência dessa proposta, ter-se-á o esvaziamento da culpabilidade, na medida em que a inimputabilidade decorrente da doença mental deixa de existir como causa exculpante, e passa a ser um pressuposto de análise do delito, sendo um pressuposto para a imputação. Logo, para saber se o agente praticou um fato típico, revela-se importante compreender se o agente detinha capacidade de compreender que sua conduta alcançaria um resultado penalmente relevante, quando se adota um sistema finalístico.

Se o agente não tiver nenhuma possibilidade de entender o que fazia, em razão da inconsciência produzida pela doença mental, estando absolutamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou seja, a finalidade de sua conduta considerada como crime, exclui o dolo e a culpa, em que pese a existência de um comportamento típico. Se adotássemos o causalismo, não haveria essa problemática – ressaltando que não se está afirmando que o causalismo seja a solução -, pois, caso contrário, não haveria possibilidade de se responsabilizar o inimputável.

Se, por exemplo, uma pessoa com um grau elevado de doença mental realizar um movimento corpóreo com os braços, vindo a lesar terceiros, por meio de um soco, sem compreender o que fazia, o fato, por ele praticado, deve ser valorado sobre a perspectiva da imputação objetiva proposta por Roxin. Nesse caso, a consequência desse exemplo pode recair sobre o caso fortuito ou força maior (em razão da inevitabilidade ou imprevisibilidade decorrente de um inesperado surto), sobre a criação ou incremento do risco (quando o agente deixa de tomar os remédios), sem prejuízo da análise da conduta de terceiros que se descuidaram ou dele se valeram para agredir outrem ou de culpa exclusiva da vítima. Nesse caso, o movimento corporal do agente foi a causa do resultado considerado como crime, mas sua conduta não foi dolosa nem culposa, por faltar o elemento cognitivo pleno. O agente não representou previamente que sua ação produziria ou pudesse produzir uma lesão em outrem, por não ter a capacidade de entender, ante a falta de consciência. Embora havendo nexo de causalidade entre o movimento corporal e resultado, o fato é que o agente não dispõe de competência cognitiva para avaliar antecipadamente toda a dinâmica proibida.

A tese recebe uma substancial firmação ao se avaliar a conduta omissiva de uma pessoa com doença mental que retira complemente a capacidade de entender. Se uma pessoa, com grave doença mental, ficar olhando uma criança sozinha e se afogando na piscina, e nada fizer para evitar o resultado morte, embora possua mobilidade, como atribuir o resultado típico? Nesse caso, essa pessoa fica apenas olhando, sem prestar auxílio ou chamar socorro, permanecendo inconscientemente parado, enquanto a criança se afoga e morre. Como imputar uma conduta omissiva dolosa ou culposa a essa pessoa, se não tinha capacidade de entender o fato? Não há como atribuir um homicídio (doloso ou culposo), por não ser um agente garantidor. Ainda que seja eventualmente o pai daquela criança, o agente não consegue ser garantidor pela condição pessoal, porquanto não tem possibilidade de agir. Por isso, não se trata de garante. Do mesmo modo, não se há como imputar o crime de omissão de socorro (omissão própria), por faltar a consciência e consequentemente a vontade de se omitir. Portanto, em crimes omissivos, a consciência para a omissão própria ou imprópria demonstra o problema de fundamentação para imputação no sistema finalístico. Trata-se de questão

relacionada à própria imputação (análise da conduta para a tipicidade), e não à culpabilidade, como está atualmente.

Portanto, se faltar completamente a capacidade cognitiva, devidamente comprovada por laudo pericial, o fato deve ser analisado a partir da imputação objetiva e da adequação típica da conduta. Se falta conduta dirigida a uma finalidade específica, resta difícil, sob o prisma subjetivo, subsumir o fato e estabelecer a relação causal. Por isso, o correto é fundamentar a tipicidade do fato pela valoração normativa das circunstâncias fáticas, nos termos da teoria do risco de Roxin.

É fato que o inimputável, que desconhece completamente as circunstâncias fáticas em decorrência de doença mental, não possui capacidade de realizar uma conduta dolosa, e isso não deve ser tratada como excludente de culpabilidade. Por isso, o julgador do caso deve analisar as circunstâncias fáticas, sob aspecto axiológico da teoria da imputação objetiva, para conseguir tipificar o fato ao inimputável, na qualidade de autor ou partícipe de um fato previsto como crime, com fim de apurar a necessidade de uma medida de segurança, a partir da análise do grau de periculosidade do agente.

A imputação objetiva, apresentada por Claus Roxin, visa delimitar a responsabilidade penal de forma mais criteriosa que o sistema de causa-efeito, como no sistema causalista. Essa teoria tem como objetivo evitar que qualquer comportamento que cause um resultado lesivo seja automaticamente atribuído a uma pessoa, como na teoria causal, e diante da impossibilidade de se valer exclusivamente dos elementos finalísticos da conduta (porquanto insuperáveis). Logo, para a imputação objetiva, não basta a mera causalidade, no sentido de haver o vínculo entre o fato e o resultado, já que não se mostra suficiente para justificar a imputação de responsabilidade penal. Igualmente, ante a inexistência de capacidade de entender, os elementos da teoria finalista restam incompossíveis de análise na conduta. Portanto, propõe outros critérios de verificação da relação causal entre a conduta e o resultado, sob aspecto normativo, exigindo uma verificação para além do vínculo puramente causal, já que os elementos anímicos restam confusos[401].

Transportando a teoria da imputação objetiva para a verificação da conduta do inimputável, deve-se investigar se o agente criou ou incrementou o risco

[401] ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro. Renovar.2002.

juridicamente relevante ou proibido. Por exemplo, deve-se investigar se o agente teve a possibilidade de se precaver das consequências naturais da condição de sua doença mental, geradora de periculosidade. No caso, deve-se averiguar se era possível ou capaz de diminuir perigo decorrente de sua patologia clínica. Se o agente desconhecia sua nova condição de saúde (alteração psicológica) e, pela primeira vez, durante um surto psicótico advindo de fatores desconhecidos, ofender alguém, o fato pode se subsumir em caso fortuito, face a imprevisibilidade. Por outro lado, caso o perigo se concretize em um resultado lesivo (como uma facada), quando o agente já possuía uma condição clínica que exigia os devidos cuidados, a conduta pode ser imputada objetivamente, já que normativamente aumentou o risco existente.

Além disso, pela teoria da imputação objetiva, deve-se aferir se o risco criado decorreu de fatores do próprio agente, quando, por exemplo, ao conhecer a sua condição clínica e necessidade de, por conta própria, medicar-se, deixou de realizar o acompanhamento médico ou de controlar a doença mental por meio dos remédios. Nesse caso, há a devida comprovação da materialização do risco do resultado.

Igualmente, se a conduta do inimputável for permitida, ainda que arriscada, não deve ser imputada ao agente, pela simples condição. Necessário que o risco seja proibido. O simples fato de uma pessoa bipolar possuir CNH e dirigir, não faz com que seja, sempre, o culpado pelo acidente de trânsito. Portanto, se o resultado lesivo ocorre dentro dos limites desses riscos permitidos, não há imputação objetiva.

Como se percebe, a teoria da imputação objetiva permite maior controle sobre a atribuição de responsabilidade penal, a se evitar a responsabilidade puramente objetiva, introduzindo critérios normativos para se resolver a análise da relevância jurídico-penal do comportamento do inimputável.

É óbvio que, pelo fato de exclusão da análise do dolo e da culpa, a teoria enfrentará seus problemas, face à crítica de aceitação da responsabilidade objetiva penal. Contudo, esse fato já existe no âmbito prático. O inimputável responde objetivamente pela imputação, já que, de fato, não tem consciência da ilicitude, quando se valora o caso concreto, de acordo com os laudos médicos que atestam a inimputabilidade. Contudo, pelo simples fato de ser inimputável, a sua ação,

atualmente, é valorada apenas pela relação causal, mas sem superar a paradoxal afirmação da existência de conduta dolosa de pessoa sem capacidade de entender. Por isso, nesse particular, a imputação objetiva de Claus Roxin traz balizas para limitar a responsabilidade penal aos casos em que a conduta do agente inimputável seja valorada, além de causal, normativamente de acordo com relevância do risco do resultado.

Importante destacar que o próprio Welzel, embora radicalmente contra o sistema causalista, não se opôs a uma valoração normativa para a imputação quando proposto pelos Neokantistas, de modo que sua teoria pode ser aperfeiçoada com as premissas da teoria da imputação para se chegar a uma satisfatória fundamentação para a subsunção típica de um fato praticado por inimputável.

> *La reorientación al significado valorativo de los conceptos jurídico-penales que el neokantismo impuso entre las dos guerras mundiales, no logró de momento desplazar a la causalidad de su posición de preeminencia en la teoría del delito, pero sentó las bases metodológicas que, mucho más tarde, desde los años sesenta, han permitido el resurgir de la idea de imputación en la literatura jurídico-penal. La doctrina final de la acción desarrollada por Welzel desde los años treinta, aunque se opuso radicalmente al causalismo, no lo combatió básicamente em el ámbito del tipo objetivo, sino desde la teoría de la acción. Ello contribuyó a mantener la discusión sobre las limitaciones de la causalidad en un terreno ontológico previo a la valoración jurídica.*[402]

Além da tipicidade de fato praticado por inimputável poder ser verificada sob a óptica da teoria do risco, o mesmo pode ser realizado para a análise da antijuridicidade. Se nas circunstâncias do caso concreto, mesmo sem ter condições psicológicas de entender que está agindo em legítima defesa, por exemplo, se um inimputável assim agir, sob as condições normativamente aferidas, tem-se o reconhecimento de uma conduta típica, mas lícita. Se um inimputável se defender de um ataque injusto, não poderá receber qualquer influxo do Direito Penal, porquanto amparado pela legítima defesa, cuja valoração deve ser feita sob as condições da imputação objetiva. Por mais que não compreenda que sua conduta corresponda a um contra-ataque justo, a análise dever-se-á feita sob as condições de um agir dentro do risco permitido para a proteção de um bem jurídico existente e exposto ao risco não permitido.

---

[402] MIR PUIG, Santiago. *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Universidad de Barcelona.* 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19.

O mesmo pode ser verificado quando agir sob a proteção do estado de necessidade. Supondo que um inimputável se encontre diante de um perigo que não provocou, agir para se salvar de um mal maior, embora sacrificando um bem jurídico penalmente tutelado, igualmente não poderá ser responsabilizado, ainda que tenha agido sem a plena consciência de tal circunstância, quando, por meio da teoria do risco, verificar que o agente atuou amparado por essa justificante. Assim, se por acaso um inimputável estiver andando em uma rua, quando, de repente, inicia-se uma troca de tiros entre policiais e traficantes de uma região, ele entrar, sem consentimento, em casa alheia para tentar se proteger, por meio de uma atitude de busca de proteção a sua vida, não praticará o delito de invasão de domicílio (art. 150, CP), ainda que não tenha plena consciência de estar agindo sob a proteção da descriminante. Axiologicamente confirmada a circunstância, sob os ditames da teoria da imputação objetiva, infere-se que o agente inimputável realizou uma conduta típica, mas não antijurídica.

Apesar do inimputável não compreender a eventual conduta em legitima defesa ou em estado de necessidade, é possível aferir se no caso concreto o agente atuou dentro dessas circunstâncias justificantes, ainda que sem plena consciência nesse sentido, quando aferido em um contexto valorativo. Se uma pessoa, com alto grau de doença mental, proteger um terceiro ou a si mesmo, de um ataque injusto de um homem ou de um animal, é possível reconhecer a legitima defesa ou o estado de necessidade, por exemplo. Isso é inerente a qualquer ser. Não é uma exclusividade do ser humano, uma vez que inclusive os animais se protegem, mesmo que sem qualquer consciência. Por isso, tem-se a possibilidade de aferição normativa da causa justificante, de modo a, se reconhecida a sua existência em um caso concreto, ter-se a desnecessidade de imposição de medida de segurança.

Por outro lado, se o inimputável (art. 26, CP) agir injustamente contra um bem jurídico tutelado pela norma penal, sua conduta, valorada sob o enfoque normativo e sob a teoria da imputação objetiva, criando ou incrementando o perigo proibido ou a lesão ao bem jurídico, deverá ser considerada típica e ilícita, passando-se à análise dos demais elementos da culpabilidade e posterior aferição da necessidade de medida penal. Observe que, nessa hipótese, não se está a buscar elementos para arquivamento de inquéritos policiais ou de ações penais contra pessoas inimputáveis, mas corrigir a fundamentação da imputação. Nessa

condição, os inimputáveis responderão à ação penal, cuja valoração da conduta servirá para aferir normativamente o nexo causal e as excludentes de ilicitude e de culpabilidade, para verificar, notadamente, o grau de periculosidade e, com isso, nortear a melhor medida. Por isso, se o inimputável agir em legítima defesa, ainda que subjetivamente não saiba que assim agia, deverá ser completamente absolvido, ante a existência de uma causa justificante analisada normativamente. Por outro lado, se da análise valorativa de todo o injusto, verificar que o agente praticou um fato típico e ilícito, deverá ser impropriamente absolvido e aplicada uma medida de segurança. A análise normativa servirá, na verdade, não só para se imputar o fato previsto como crime, mas para averiguar o grau de periculosidade do agente e a melhor medida de segurança.

Após a verificação do fato típico e ilícito, não resta de todo incompossível investigar os elementos restantes da culpabilidade. Porquanto o resultado da análise sobre o conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa sempre (ou quase sempre) possa ser negativo, se observar sob as condições do próprio agente, por óbvio poderá concluir não ser possível o agente ter a potencial capacidade de conhecer o direito, bem como exigir um agir de outra maneira. O inimputável não tem condições de conhecer plenamente o Direito, ainda que seja alfabetizado, da mesma forma que um imputável tem. Por isso, sob a perspectiva subjetiva, os elementos restantes da culpabilidade estarão atingidos pela inimputabilidade. Contudo, a investigação deve ser puramente normativa, a partir da própria teoria apresentada pelo finalismo welziano. Para essa análise, deve-se valorar sob as condições de uma pessoa imputável, desprezando-se a condição pessoal do agente. Logo, se o alcance da lei penal e o agir de forma diferente for possível a todos, valorado normativamente, haverá necessidade de imposição de medida penal.

Para melhor elucidar, imagina-se a possibilidade de um inimputável ser gerente de motel no Brasil, quando, por um acaso, for preso em flagrante pela prática descrita como crime do art. 229, do Código Penal[403], uma vez que mantém, por conta de terceiro, estabelecimento onde ocorre exploração sexual, com intuito de lucro e sem mediação direta. Se, nessas mesmas condições, um agente imputável

[403] Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente
Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

também não conseguir alcançar o conhecimento da lei penal, podendo reconhecer o erro de proibição, igualmente amparado estará o imputável.

Com o mesmo raciocínio, pode-se pensar na hipótese de um inimputável psicologicamente coagido a prática de um fato criminoso determinado por terceiro. Assim, se, por exemplo, um inimputável receber forte ameaça de morte, ao ter seu corpo envolto com bombas amarradas por um terceiro, que o determina a roubar uma joalheria, praticar o fato, temendo por sua vida, não poderá receber qualquer influxo do direito penal, pois, a qualquer pessoa, não se pode exigir outra conduta, em razão da coação moral irresistível.

Ao se realizar uma análise valorativa dos elementos da culpabilidade, notadamente sobre o potencial conhecimento da ilicitude do fato e da exigibilidade de conduta diversa, sob o prisma do dever-ser (do homem médio), verifica-se a possibilidade de uma justa posição da teoria puramente normativa. O agente inimputável, no momento dos fatos, não tem capacidade de conhecer o direito nem de agir de forma diferente. Logo, não há como recair essa análise subjetiva, e, para melhor fundamentar a pretensão punitiva do Estado, em se tratando de pessoa inimputável, a verificação deve ser plenamente axiológica dos elementos da culpabilidade, deixando de realizar uma análise psicológica (sobre o que o inimputável pensa). Com isso, a culpabilidade receberá apenas elementos normativos, como almeja a teoria finalista. Essa dinâmica é possível, já que o julgador do fato fará um cotejo entre o fato e sua condição posta no lugar da pessoa julgada, notadamente para averiguar a necessidade de imposição de medida de segurança.

Nesse caso, os elementos restantes da culpabilidade podem ser mantidos, já que a análise será feita pelo julgador do caso, sob o enfoque do axiológico. Logo, se uma pessoa, completamente incapaz de conhecer os fatos e sua ilicitude, tanto quanto ao imputável, ou seja, se o inimputável não puder agir de maneira diferente ou de chegar ao conhecimento da ilicitude do fato, sob o aspecto normativo, ou seja, valorado sob as condições de pessoa imputável, não haverá necessidade de imposição de medida de segurança. Com essa aferição puramente valorativa, tem-se a possibilidade de adequar as premissas axiológicas do finalismo na culpabilidade.

Portanto, para se impor uma medida de segurança a um inimputável, deve-se verificar se o fato é típico e ilícito, bem como a culpabilidade, quando da análise normativa do potencial conhecimento da ilicitude do fato e da exigibilidade de conduta diversa. A partir disso, a imposição de uma medida médica deve ser com base nos fatores de periculosidade que se extraem do próprio agente, segundo o fato por ele praticado e seu histórico clínico (exame do estado mental).

Contudo, caso o agente tenha parcial comprometimento das faculdades mentais por conta de doença mental, o tratamento pode ser diferente da presente proposta, porquanto ainda resta um pouco de consciência, a ser averiguado no caso concreto pelos *experts*, a fundamentar a imputação de maneira diversa do inimputável, como se verá a seguir.

Repisa-se, portanto, que essa verificação deve ser puramente axiológica, considerando objetivamente o contexto do fato posto. Não se está a equiparar as condições pessoais de um imputável a um inimputável, mas sim de valorar as condições fáticas objetivamente, como assevera a teoria finalista da culpabilidade. Logo, se a lei penal incriminadora não puder ser conhecida ou se a situação não abrir margem de escolha entre o lícito e o ilícito, cujas circunstâncias devem ser aferidas sob as capacidades de um homem comum, não pode o inimputável receber qualquer consequência do direito penal e, com isso, deve ser propriamente absolvido.

3.2.3.3 Da persecução judicial do fato típico imputado ao inimputável (art. 26, CP). Os elementos processuais que justificam a realocação da inimputabilidade.

Pela inteligência do atual sistema do Direito Penal brasileiro, ao pensar que o agente inimputável tenha, de algum modo, contribuído para o resultado, resta oferecer a denúncia para, ao longo da instrução, verificar a inimputabilidade e as consequências para essa situação. Se durante a persecução penal, constatar a existência de doença mental no agente que pratica uma conduta típica e ilícita, nos termos do atual sistema jurídico de imputação do injusto, considera-se a existência de uma conduta dolosa ou culposa, contudo, sem culpabilidade, em razão da

incapacidade de entender o caráter ilícito do fato. Com isso, impõe-se medida de segurança - pois isento de pena -, caso seja necessária e suficiente para o tratamento médico.

Ainda no atual sistema, em caso de pessoa com deficiência auditiva ou visual, ré em processo criminal, como visto acima, a imputação pode recair sobre o fato típico e ilícito, mas não será culpável, em razão do desenvolvimento mental retardado causado pela falta de órgão sensorial. Essa fundamentação se mostra dissonante com a real situação causada pela inexistência do aparelho sensoperceptivo.

Percebam a inconsistência da fundamentação havida no atual ordenamento jurídico brasileiro. Como imputar uma conduta dolosa a uma pessoa que não tem condições de conhecer as circunstâncias fáticas com normalidade? A argumentação utilizada pelos juristas não reflete a correta afirmação, em razão da inversão dos questionamentos acerca dos elementos subjetivos dentro da teoria do delito, a exigir a aceitabilidade de novo rumo. A teoria finalista, quando levou o dolo e a culpa para a conduta, manteve a investigação da capacidade de entender na culpabilidade, criando um paradoxo injustificável.

Por isso, importante ressaltar que, para corrigir esse paradoxo, deve-se, antes da análise da consciência, investigar se o agente tinha a capacidade de produzi-la, resolvendo-se, assim, o paradoxo causado pelo finalismo dentro do conceito analítico. Com isso, cria-se uma questão antecedente à análise da finalidade da conduta, pois, caso o agente seja inimputável (art. 26, CP), o dolo e a culpa restam afetados por uma incongruência causada pela condição da saúde mental do agente.

É fato que uma pessoa, incapaz de entender a ilicitude do fato, não tem consciência e, logo, não tem o dolo na conduta que realiza. Essa afirmação soa bastante compreensível, para efeitos de argumentação jurídica. Entretanto, é importante ser realista que essa justaposição não pode retirar a responsabilidade penal que recai sobre o inimputável, quando pratica um fato previsto como crime. Se um inimputável pegar uma faca, p. ex., e cravar em uma pessoa, sua conduta se amolda ao tipo penal de homicídio, a depender de outras informações circunstanciais. Entretanto, não se há que falar em homicídio doloso ou culposo, pois ausente ou confuso o elemento subjetivo, mormente por não se ter a possibilidade

de investigar ou concluir a real intenção do agente, notadamente quando diante do dolo eventual e da culpa consciente. Por mais que a pessoa tenha promovido um comportamento comissivo ou omissivo, tendente a matar outrem, sua capacidade psicológica encontra-se destituída de plena consciência, em razão da condição da saúde mental. Portanto, a finalidade de seu comportamento também não é plenamente verificável e ajustável para se atingir a perfeita subsunção fático-jurídica.

Ao produzir um comportamento positivo ou negativo vinculado a um modelo legal de crime, deve-se promover somente a investigação sobre a capacidade de entender no momento do fato. Se ausente e concluindo pela inimputabilidade nos termos do artigo 26, do Código Penal, em seguida, a imputação deve recair normativamente, segundo a teoria da imputação objetiva de Roxin, apenas para compreender se o agente foi autor, partícipe ou vítima de um fato, verificado no plano normativo.

Para apurar a inimputabilidade, o Direito Processual Penal apresenta o instituto do incidente de insanidade mental, nos artigos 149 e seguintes, do Código de Processual Penal, prescrevendo:

> CAPÍTULO VIII
> DA INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO
> Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.
> § 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.
> § 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.
> Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.
> § 1º O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.
> § 2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.
> Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.
> Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.
> § 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.
> § 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.

> **Art. 153. O incidente da insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo, será apenso ao processo principal.** (grifo nosso).
> Art. 154. Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no art. 682.

Como se verifica no artigo 153, do CPP, para a instauração do incidente de insanidade mental, autua-se o feito de modo apartado dos autos principais, denotando que a inimputabilidade não integra o conceito analítico de crime. Uma coisa é o crime e seu autor; outra, é a condição de saúde mental do réu. Se se constatar a inimputabilidade, o laudo será acostado nos autos principais, para verificação do fato típico, ilícito e culpável, com prejuízo aos elementos subjetivos contidos no conceito. Quer dizer, constatando a inimputabilidade, o fato deve ser valorado segundo processo de causação entre o comportamento e o resultado gerado, independentemente da intenção do agente, cujo processo de verificação, embora se aproxime do método causalista, diferencia-se desse na medida em que se adota o método de verificação da teoria do risco proibido apresentado por Claus Roxin.

Para a definição da medida de segurança, constatada a existência de um fato típico, ilícito e culpável, aferido axiologicamente, ato contínuo, busca-se o tratamento médico mais adequado, de acordo com as circunstâncias fáticas que também anunciam o grau de periculosidade do agente para a definição da medida de tratamento mais escorreito. Por isso, tanto faz se a conduta do inimputável se aproxima de uma ação dolosa ou culposa, porquanto, o que interessa, é averiguar a melhor medida para o tratamento médico, caso haja necessidade, de acordo com o grau de periculosidade. É óbvio que, quanto maior o risco proibido realizado, tem-se o maior grau de periculosidade do agente, a merecer uma medida mais enérgica.

Portanto, se se constatar que o agente inimputável atuou fora do risco permitido, seja criando-o ou incrementando-o, e alcançando um modelo legal de crime, não agindo dentro das hipóteses de exclusão do ilícito ou das demais causas exculpantes, tem-se o amoldamento normativo e objetivo do fato à lei, a justificar a imposição de uma medida penal, caso necessária.

Por outro lado, muito embora sendo inimputável, se o agente atuar dentro dos limites esperados do risco, ou amparado por uma causa justificante (legítima defesa, p.ex.), ou diante da plena incapacidade de se conhecer o direito, não se

pode reconhecer normativamente a existência de um fato subsumido à lei penal incriminadora, já que, qualquer outra pessoa no lugar dele, atuaria do mesmo modo. Assim, nessa hipótese, não há motivo justo para se impor uma medida penal, restando a absolvição própria do agente.

Interessante observar que essa imputação de fato previsto como crime a um inimputável (art. 26, CP) não é destituída de análise dos elementos subjetivos. Na verdade, a investigação da inimputabilidade é uma condição prévia para a aferição da finalidade da conduta. Tanto que, durante uma ação penal, como visto, essa é suspensa, quando deflagrado o incidente de insanidade mental. O processo-crime é obstado até a conclusão do laudo psiquiátrico realizado no incidente de insanidade mental (art. 149 e segs., CPP). Constatando a inimputabilidade do agente, a análise da consciência do agente é prejudicada, já que a doença mental é circunstância que interfere na sua plena formação. Ou seja, a inimputabilidade é um pressuposto de análise do delito.

Reitera-se que, constatada a inimputabilidade, não há como chegar à plena certeza da finalidade da conduta do agente, já que ausente ou incompreensível o dolo. Por isso, por si só, o fato importa em absolvição. Em outros termos, significa dizer que a imputação penal ao agente descrito no artigo 26, do Código Penal, por não ter a plenitude da consciência, não se mostra pertinente, razão pela qual a absolvição é a medida que se impõe.

Não se está diante de uma responsabilização penal objetiva, uma vez que, como observado, há aferição da capacidade cognitiva do agente. Ao se constatar a ausência de capacidade de entender, houve, por óbvio, a verificação do elemento subjetivo, mas culminando com a não existência de delito e sem a consequente imposição de pena.

Entretanto, com a pressuposta análise do delito e com a constatação da inimputabilidade do agente, passa-se a uma análise normativa para valoração do fato e da periculosidade do agente para a verificação da necessidade de tratamento médico. Logo, com a constatação da inimputabilidade do agente, através do incidente de insanidade mental, o processo-crime retoma sua marcha para aferir a necessidade de tratamento e a melhor medida, considerando o fato e a periculosidade a partir do risco criado ou incrementado pelo agente.

Interessante notar que, quanto à natureza jurídica da sentença, ao se concluir que o inimputável praticou um fato descrito como crime, o Código de Processo Penal prevê que o juiz deve absolvê-lo, porquanto incidente uma causa isentiva de pena, nos termos do artigo 386, inciso VI[404]. Uma coisa é absolvição própria, por estar provada a inexistência do fato, por exemplo. Outra, a inimputabilidade. Mas, seja qual for a razão da absolvição, a consequência natural é a isenção de pena. Ou seja, o efeito será o mesmo em relação à pena, em que pese a diferença havida na fundamentação.

Na atual estrutura do conceito analítico de crime, quanto à fundamentação para a absolvição do inimputável, esta é resultante da causa que exclui o crime, para os adeptos da teoria tripartite, já que ausente a culpabilidade. Para os adeptos da teoria bipartida, não exclui o crime, mas apenas a reprimenda, já que a culpabilidade é pressuposto para a sua aplicação. Com esses argumentos, tem-se mais uma observação da necessidade de revisão do conceito analítico de crime, pois, para os adeptos da teoria bipartida de delito, o juiz deveria condenar, pois houve fato típico e ilícito, subsumindo-o ao delito previsto em lei, embora isentando o réu de pena. Portanto, a sentença deveria ser condenatória, e não absolutória imprópria. Percebam, logo, a incongruência argumentativa da definição do fato praticado por inimputável, para quem, com todo respeito, adere ao modelo bipartido.

Com a presente proposta, levando a inimputabilidade para uma condição pressuposta ao conceito analítico, o que se tem como resultado da imputação do injusto ao inimputável é a exclusão do crime, de modo a fundamentar uma sentença de absolvição, do mesmo modo como a imputação a um menor de 18 anos. Por isso, como correção do argumento para absolvição do inimputável, ao considerar a ausência de informações precisas sobre dolo e a culpa na conduta, tornando

---

404 Art. 386. O juiz **absolverá** o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
...
VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:
...
III - aplicará medida de segurança, se cabível.

impossível a aferição da própria finidade do comportamento do agente, é que se deve transformar a inimputabilidade uma condição antecedente ao próprio conceito.

A sentença penal, igualmente, não será propriamente de absolvição, porquanto imporá medida de segurança mais adequada, valendo-se do parágrafo único, inciso III, do artigo 386, do CPP[405], já que, na atualidade, os operadores do Direito Penal observam normativamente se o inimputável praticou um fato típico, ilícito e culpável, a justificar a intervenção estatal na periculosidade do agente por meio de medidas médicas de tratamento e prevenção.

Por isso, ao concluir que o comportamento do réu-inimputável causou um resultado previsto como crime, e, diante da ausência de causas de exclusão da ilicitude e de culpabilidade remanescente (conhecimento do direito e exigibilidade de conduta diversa), apesar da impossibilidade de aferição dos elementos subjetivos da conduta, a absolvição é a medida que se impõe, mas com a reserva de se estabelecer medidas de tratamento médico. A sentença continua tendo a sua natureza de absolutória, mas imprópria, justamente por reconhecer a inexistência do delito, mas a necessidade de tratamento psiquiátrico.

Forçoso concluir que o atual sistema normativo se apresenta possível para uma nova racionalidade de fundamentação no sentido como apresentado, não havendo necessidade de ajuste legal para definir o fato praticado pelo inimputável, caso haja aderência à proposta apresentada. O Código de Processo Penal, considerando os argumentos expostos aqui, apresenta a resolução satisfatória para a existência de sentença penal absolutória imprópria, sendo despicienda alteração do texto legal, bastando analisar valorativamente se a conduta, destituída de elemento subjetivo do crime, produziu um resultado previsto como típico, ilícito e culpável, nos termos da imputação objetiva de Roxin. Nesse viés, se o inimputável praticar um fato típico, ilícito e culpável, deverá receber uma sentença de absolvição imprópria, a justificar a imposição de medida de segurança.

Lad'outro, se se constatar a existência de uma conduta típica (dolosa ou culposa), ilícita e culpável, praticada por imputável, a sentença deverá ser condenatória, a justificar a imposição de pena, salvo nas hipóteses de incidência de causa de extinção de punibilidade. Ao tempo em que, se normativamente constatar

[405] Idem.

a existência da imputação de um fato atípico ao inimputável, a absolvição própria deve ressair. Igualmente, se o fato típico for lícito ou não-culpável, já que qualquer pessoa seria absolvida de qualquer modo e sem a necessidade de imposição de uma medida penal.

Dessa forma, espera-se compreensão da proposta, já que, de fato, é isso que ocorre quando um juiz reconhece a inimputabilidade em uma sentença penal de absolvição imprópria, mas, ao tempo em que ele tenta organizar a sua argumentação dentro do atual conceito final de delito, verifica a incompossibilidade de coexistir uma conduta dolosa de um agente inimputável, justificando erroneamente os institutos valorados no caso concreto. Por isso, ao tratar a inimputabilidade como uma causa antecedente ao conceito de delito, amolda-se ao que ocorre quando da instauração do incidente de insanidade mental, já que se trata de uma causa prejudicial ao processo, de modo que, quando da retomada do processo-crime, esse investiga normativamente o fato praticado pelo inimputável. A ideia da proposta, portanto, é a correção da argumentação, quando do reconhecimento da necessidade de tratamento médico ao inimputável.

3.2.4 O ENGANO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS (ERRO DE TIPO) E SUA INFLUÊNCIA NO DOLO.

A partir do funcionamento dos órgãos sensoriais, aliado à percepção do pensamento e às experiências pretéritas, o objeto observado é construído na consciência humana. A pessoa, ao sentir pela primeira vez o gosto de algo nunca havia experimentado, molda o sabor que extrai da coisa percebida. Ao olhar pela primeira vez um objeto jamais olhado, deslumbra-se. Ao ouvir uma música, pela primeira vez, estabelece uma sensação nunca sentida. Ao tocar em algo jamais tocado, experimenta uma novidade perceptiva. Ao cheirar um perfume novo, alcança uma nota diferente. Dentro dessas percepções sensoriais, um indivíduo constrói o objeto ao estabelecer a percepção neural. Quando o órgão sensorial é levado para uma certa atenção sobre o que se percebe, inicia a relação de conhecimento e consciência sobre o objeto, de modo a criar as nuances do fato percebido. Isso é extremamente importante, pois, conglobado com a vontade, o dolo do agente

impulsiona a conduta humana a um comportamento finalístico. Por isso, quanto mais tempo para a reflexão acerca do que se extrai dos sentidos ou mais atenção que se despende, menor a probabilidade do erro (engano) sobre o objeto e sobre o direcionamento da conduta. Noutro lado, quanto menor a percepção ou atenção dos sentidos humanos, maior a chance da existência do erro e da realização de condutas equivocadas.

Para a perfeita compreensão dos fatos, exige-se uma série de percepção real das circunstâncias que permeiam o indivíduo e o objeto percebido. Por outro lado, a baixa percepção sensorial da pessoa ou a incompreensão do pensamento pode levar a pessoa ao engano das coisas. Seja pela imediata sensação revelada (tempo exíguo para reflexão) ou pela baixa qualidade do uso dos sensores (baixa atenção) ou pela complexidade do objeto (objeto incompreensível), o engano revela uma consciência equivocada do contexto observado. Ocorre que, como reação, a consciência equivocada das coisas é capaz de promover um comportamento humano desastroso.

Ao observar uma pessoa com um suposto movimento de ataque à outra, um terceiro observador visualiza um agressor e uma vítima atuais. Nesse contexto, a imagem cria a consciência de um ataque. Contudo, se o observador soubesse previamente que ambos eram amigos e que, na verdade, estariam apenas se cumprimentando de forma enérgica, não teria formado a consciência equivocada. No instante em que, utilizando-se da sua visão, o terceiro observador percebe o ataque, cria a consciência do objeto, ainda que errado, em razão do objeto incompreensível.

Além do uso dos órgãos sensoriais, para a formação plena da consciência, exige-se que o observador tenha atenção ao que se percebe. Quando os órgãos sensoriais captam o objeto, envia mensagens para o cérebro, que, em conjunto com as experiências pretéritas, forma o conhecimento sobre o objeto. Por exemplo, ao olhar para um aparelho celular de outrem sobre a mesa, é possível que uma pessoa de boa-fé possa supor ser seu, quando idêntico. Logo, quanto maior a atenção ao fato observado, melhor a formação da consciência e menor a probabilidade de erro.

A representação da realidade como imagem percebida (mapa neural) é o fruto da observação das circunstâncias fáticas externas e as interações do processo perceptivo. Importante destacar que os objetos ou fatos perceptíveis muitas vezes

produzem um resultado comum a todos. Ou seja, quando todas as pessoas, em um determinado lugar, olham para um carro vermelho estacionado em uma vaga de garagem, todos os indivíduos capacitados chegam a um resultado semelhante de observação, já que há uma interação entre eles.

> Quando você e eu olhamos para um objeto exterior a nós, cada um forma imagens comparáveis em seu cérebro. Sabemos disso muito bem, pois você e eu podemos descrever o objeto de maneiras muito semelhantes, nos mínimos detalhes. Mas isso não quer dizer que as imagens que vemos sejam a cópia do objeto lá fora, qualquer que seja sua aparência. Em termos absolutos, não conhecemos essa aparência. A imagem que vemos se baseia em mudanças que ocorreram em nosso organismo — incluindo a parte do organismo chamada cérebro — quando a estrutura física do objeto interagiu com o corpo. Os mecanismos sinalizadores de toda nossa estrutura corporal — pele, músculos, retina etc. — ajudam a construir padrões neurais que mapeiam a *interação* do organismo com o objeto.[406]

Entretanto, dos mais simples fatos compreensíveis ao mais complexo, pode-se surgir o erro (o engano) advindo da falsa percepção da realidade, através de resultado de interpretação, cujo processo se dá pelo descompasso com o mundo externo ou interno de cada intérprete. Ademais, importa destacar que é muito mais fácil da ocorrência do erro, do que o acerto, quando da observação dos fatos. Quando Platão escreveu o Mito da Caverna[407], conjecturou que pessoas presas e acorrentadas dentro de uma caverna escura, só enxergam as sombras projetadas ao redor. Descartes[408] afirma que a realidade é ilusória, já que as percepções são enganosas. Nietzsche[409] leciona que a realidade percebida é formada pelos valores culturais e interpretações históricas, mas que não se chega a uma verdade absoluta. Em tempos modernos, a interpretação de diversos fatos políticos leva a existência de narrativas diversas sobre o mesmo objeto. A isso, Baudrillard[410] aduz que a sociedade substituiu a realidade por um conjunto de signos, criando uma hiper-realidade, já que as pessoas confundem o resultado das criações mentais com a própria realidade, onde no processo de disseminação de *fake news* tem um vasto campo de criação de realidade distorcida.

---

406 DAMÁSIO, Antônio. O mistério da consciência. Do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das letras. São Paulo. 2015. Pág 443.
407 PLATÃO. *A República*. Trad. Paulo F. Moreira. São Paulo: Editora Unesp, 2017.
408 DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas*. Trad. Guido Antonio de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
409 NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
410 BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e Simulação*. Trad. Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 1991.

Contudo, apesar das divergências teóricas sobre a existência da realidade ou do processo de sua representação, o fato é que o Direito se vale dessa argumentação para fins de imputação de alguma responsabilidade, de modo a exigir a existência e a aceitação de uma realidade minimamente comum a todos, sob pena de perecer a própria natureza humana e a possibilidade de responsabilização.

Nesse ponto, o que se exige é o alcance do conhecimento das circunstâncias fáticas que norteiam o comportamento humano, ao impulsionar a vontade de fazer ou deixar de fazer algo. Ou seja, ocorre quando, ao olhar para uma caneta azul, as pessoas terem as condições gerais de alcançar a consciência desse objeto. Ao ver um homem dando um soco em sua esposa, compreender que está ocorrendo uma agressão física. Ou seja, é a percepção geral e individual das coisas.

Como visto, a consciência é o resultado das percepções humanas, embora a atenção não seja necessária para a formação dela[411]. Para que haja consciência, a pessoa inicialmente percebe o objeto e, partir daí, utilizar seus sensores e mente para conhecê-lo e empregar mais atenção, em um movimento semicircular progressivo entre conhecimento e atenção. Dessarte, quanto maior a atenção, mais conhecimento se tem sobre o objeto. Entretanto, isso não significa dizer que, por não ter atenção (foco) em uma coisa, não teria consciência. Embora focado em algo, é possível estar consciente de outras circunstâncias que ocorrem simultaneamente. Por óbvio, estar desatento favorece o engano, mas isso não retira a consciência por inteiro, mormente que o agente poderia tomar mais cuidado para a formação da consciência. Assim, por exemplo, embora um aluno esteja focado na exposição da aula, tem certa consciência do que passa ao seu redor. Se, ao término da aula, levantar-se e pegar a mochila de seu colega por engano, de certo modo

[411] Criaturas conscientes concentram-se em certos objetos e atentam para determinados estímulos, uma experiência que se coaduna perfeitamente com a visão que temos em nosso íntimo quando pensamos no que se passa em nossa mente em situações comparáveis. Todos podemos concordar que a atenção e a consciência são relacionadas, mas a natureza dessa relação é um tema controverso. A meu ver, consciência e atenção ocorrem em níveis e gradações, não são monólitos e se influenciam mutuamente em uma espécie de espiral ascendente. A atenção básica precede a consciência central; é necessária para acionar os processos que geram esta última. Mas o processo da consciência central orienta a atenção superior para um foco. Ao atentar para uma pessoa conhecida que acaba de entrar em meu consultório, faço isso sob a influência da consciência central. Essa consciência só existe porque meu organismo havia sido dirigido pela atenção básica e automatizada para processar certas características do ambiente que são importantes para organismos como o meu, ou seja, para criaturas em movimento e com rostos humanos. Na sequência do processo, a consciência central ajudou a enfocar a atenção no objeto específico que inicialmente acionou o organismo.

teve consciência de que estava se apossando de algo. É nesse sentido que surge a conduta imprudente.

A baixa qualidade ou tempo de utilização do órgão sensorial, favorece o erro, na medida em que o objeto não é cuidadosamente observado. A inexistência de tempo de percepção e reflexão, faz que o agente tenha uma descrição errônea das circunstâncias, a modelar uma conduta, que se tivesse mais tempo ou conhecimento, tomaria maiores cuidados. Com o exíguo tempo de percepção e reflexão, torna baixa a qualidade de valoração. O mesmo ocorre quando, mesmo havendo tempo suficiente, não se emprega a atenção devida ou não se alcança o conhecimento necessário em vista da complexidade do fato perceptível. Nesses casos, qualidade do resultado das sensações propicia o engano na consciência.

Quando o agente pratica uma conduta por engano em relação às circunstâncias fáticas, o Direito Penal brasileiro tem essa dinâmica normatizada por meio do instituto erro de tipo e suas espécies, preceituando especificamente o artigo 20 e parágrafos do Código Penal:

> **Erro sobre elementos do tipo**
> Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.
> **Descriminantes putativas**
> § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.
> **Erro determinado por terceiro**
> § 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.
> **Erro sobre a pessoa**
> § 3º - 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.

Vinculando o erro aos preceitos do Direito Penal, tem-se a afirmação da possibilidade de uma pessoa enganada ver seu comportamento objetivamente ligado a um modelo de crime. Se uma pessoa se apossa de um celular alheio, supondo ser seu, objetivamente tem-se a subtração de coisa móvel alheia, cuja redação encontra-se precisamente no artigo 155 do CPB. Entretanto, subjetiva e finalisticamente, observa-se a incongruência com o tipo penal, quando se coteja a consciência e a vontade do agente, já que não almejava a subtração de coisa alheia. Essa situação se enquadra na hipótese do erro de tipo essencial, que exclui o dolo.

Se tivesse a previsão do delito culposo, poderia ser responsabilizado, por ser um erro vencível. Caso não seja vencível, exclui inclusive a culpa.

Quando uma pessoa, supondo que será agredida, emprega um comportamento defensivo contra um ataque que jamais ocorreria, tem-se a legítima defesa putativa. Ou seja, o erro sobre as circunstâncias fáticas pode gerar a incidência de uma das hipóteses de descriminantes putativas. Não se trata de desconhecimento da lei, mas de efetivo erro fático ou de representação, ante ao problema havido na percepção das circunstâncias. Esse exemplo se situa no âmbito do erro de tipo permissivo, previsto no artigo 20, §1º, do CPB. Nessa situação, o erro exclui o dolo e a culpa, se escusável. Se inescusável, exclui o dolo, mas não a culpa, respondendo pelo delito culposo correspondente.

Pode haver ainda a incidência do erro fático sobre o resultado que o agente esperava, recaindo o erro sobre a pessoa, o erro sobre o objeto e o erro na causa. São erros acidentais que não retiram a responsabilidade penal do agente, em que pese a existência de um erro fático. Ou seja, supondo ser seu irmão, o agente atira contra a pessoa, mas, na verdade, mata o vizinho, pois o local detinha uma baixa iluminação, causando o engano das circunstâncias fáticas (exemplo de erro quanto à pessoa). Supondo ser o carro de seu irmão, a agente ateia fogo no carro de outrem, que era muito parecido (exemplo de erro quanto ao objeto). Ou, achando que a vítima já estivesse morta após os golpes de facadas, o agente, ao jogar o corpo no rio, mata a vítima afogada (hipótese de *aberratio causae*). Nessas três situações, tem-se o erro fático, mas que não retira a responsabilidade do agente, pois o engano recai sobre elementos acidentais do tipo penal. Convém destacar que essas hipóteses não se confundem com as da *aberratio ictus* e da *aberratio criminis*, já que nessas hipóteses (*aberratio ictus* e *aberratio criminis*) não há engano das circunstâncias fáticas, mas erro no golpe.

O erro pode vir a ocorrer quando determinado por terceiros. Nessa hipótese, como regra geral, apenas o terceiro responderá pelo eventual delito praticado pelo agente enganado. Entretanto, tanto o terceiro, como o agente enganado, poderá ser penalmente responsabilizado, considerando a consciência de cada um. Se o terceiro tinha conhecimento de que vendia arsênio ao cozinheiro, que supunha ser açúcar, somente aquele será responsável pelo delito de homicídio doloso, caso alguém venha a morrer envenenado. Por outro lado, se o armeiro,

supondo estar desmuniciada, entregar uma arma carregada a outro atirador profissional, ambos poderão ser responsabilizados por homicídio culposo, caso o atirador alveje uma pessoa. Seja como for, o agente enganado não responderá por crime doloso, pois, caso contrário, não estará em erro.

Em todos esses contextos acima, o atual Código Penal e as consequências do erro de tipo (essencial, permissivo ou acidental) resolvem fundamentadamente a hipótese em todo o artigo 20. Logo, verifica-se a confirmação da consciência como fator primordial para a execução de uma conduta finalisticamente dirigida, ainda que fundada em erro fático.

Por fim, ainda é possível a existência do erro, em decorrência da influência cultural ou de valores sociais, capaz de gerar debates no âmbito da ciência normativa do Direito Penal, já que existem os delitos culturalmente motivados, aptos a levar uma interpretação equivocada do fato. O erro está na interpretação que se extrai do fato percebido. Como dito, a consciência é formada pela reflexão havida entre o objeto (circunstâncias fáticas) percebido pelos órgãos sensoriais e a interação com o pensamento do agente. Logo, além do que sente, o pensamento forja o objeto analisado. O pensamento da pessoa é formado pelas experiências passadas, definindo as tonalidades das cores, os cheiros, os prazeres, as texturas, os sons, a moral, a ética, além de ter conhecimento daquilo que é percebido em um determinado instante. Quando se olha uma pedra no chão, ainda que de forma superficial, sabe-se que aquilo é um mineral, em razão dos sentidos usados e o do pensamento que temos sobre aquilo.

Ao longo da vida, a pessoa vai adquirindo inúmeras experiências e forma sua conceito do que é certo e errado; daquilo que pode ou não fazer. Esses conceitos, aliados aos fatos valorados, confere ao indivíduo a consciência para projetar a sua conduta. O meio em que vive, pois, é um grande fator delineador daquilo que compreende como certo e errado, justo e injusto, que o impulsiona à realização de um comportamento. O ambiente em que está inserido molda seu pensamento. Favorece para a construção da sua consciência. A cultura do local e do tempo faz com que o individua dirija sua consciência para a realização de algo que compreende ser correto ou incorreto.

No Brasil atual, o meio social informa que juridicamente não há nada de errado no casamento homoafetivo, quando em outro país se incrimina ou no

passado brasileiro se incriminava. A cultura é um fator importante para a definição da consciência individual. Afirmar-se, pois, que a consciência coletiva influencia a consciência individual.

Contudo, a consciência extraída da valoração pode-se apresentar em desacordo com a lei, encorajando o indivíduo na realização de conduta proibida por lei, em razão da interpretação que se extrai. O pensamento do agente, forjado pelas experiências de vida, pode levar o agente ao erro, dada a sua moralidade, ainda que não haja erro sobre as circunstâncias fáticas. Quando uma pessoa, que sempre morou na zona rural, tem um chiqueiro, forma a consciência de que aquilo é permitido. Caso uma capivara entre e o ruralista mantenha-a com as porteiras fechadas naquele local, mantendo-a em cativeiro, não verá distinção moral em cuidar de todos os animais. Quer dizer, ele dará o mesmo tratamento aos porcos e à capivara, por ter a compreensão de que isso é correto, segundo a sua formação de vida. Contudo, a lei brasileira incrimina a manutenção da capivara naquele chiqueiro, pois entende-se que apanhou o animal sem licença da autoridade[412]. Ou seja, trata-se de uma conduta proibida.

Noutro exemplo, o indígena isolado que mantém relação sexual com mulher, a partir da primeira menstruação e menor de 14 anos, tem a consciência que isso é permitido, e, por isso, realiza a conduta, quando admitida em sua comunidade, embora considerada como crime pelo Código Penal brasileiro[413].

Diversos são os casos em que a cultura, os valores e os costumes motivam a realização da conduta prevista como infração penal. Nesse sentido, tem-se a de um garçom que serve bebida alcoólica a quem se acha embriagado[414]; a de apresentar-se, escandalosa e publicamente, embriagado[415]; a de levar uma criança ou adolescente a um estádio de futebol (casa de jogo)[416]; a de ser um mero

[412] Art. 29, da lei 9605/98 - Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.
[413] Estupro de vulnerável - Art. 217-A, do CPB - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
[414] Art. 63. Servir bebidas alcoólicas: II – a quem se acha em estado de embriaguez; Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.
[415] Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.
[416] Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

cupido[417]. Na atualidade, representam uma consciência coletiva natural despida de juridicidade e de proibição, levando a consciência individual a uma ideia de moralidade e licitude. Contudo, essas condutas possuem expressa proibição legal, sendo consideradas infrações puníveis com penas de prisão, quando praticadas, em que pese a incongruência com a consciência coletiva e individual hodiernos. Entretanto, isso tem grande relevância, pois influencia a consciência do indivíduo que supõe poder realizar a conduta. O Direito Penal produz uma complexidade diante da existência ou não de tipo penais que geram anomias (desuetudo).

Verifica-se, pois, que as experiências pretéritas, a cultura, os costumes e os valores moldam a consciência do indivíduo, que por sua vez age ou não motivado com isso, em razão da interpretação que se extrai disso. Ou seja, através daquilo que se sabe, a pessoa dirige o seu comportamento. Entretanto, no âmbito do conceito analítico de delito, esses fatores podem, de forma fundamentada e lógica, estar inseridos na análise da tipicidade material ou do erro de proibição, a depender da hipótese.

Contudo, o que se verifica é que o pensamento e as experiências do agente formam a sua conduta, de acordo com a sua moral, lapida por diversos fatores externos, porquanto cria a consciência de acordo com o que adquire sobre o certo e o errado. Nota-se, portanto, que o conhecimento ou desconhecimento da lei também é um fator que molda a consciência do indivíduo em si, já que influencia a sua tomada de decisão. Ou seja, o erro de interpretação está intimamente ligado ao dolo do agente, já que forma a consciência e influencia a vontade.

Entretanto, em que pese os valores culturais motivarem o comportamento humano, dentro da seara normativa do Direito Penal, como se verá mais adiante, é possível destrinchar esses fatores para se posicionarem em outros momentos do conceito analítico de crime, quando da imputação penal, notadamente quando da indagação sobre o conhecimento da lei penal (potencial consciência da ilicitude) ou da tipicidade penal, quando da análise da adequação social.

Sendo assim, o erro, para a exclusão do dolo natural, é apenas o que recai sobre as circunstâncias fáticas, mostrando-se suficiente os termos instituídos pela teoria do erro de tipo, sem a valoração da consciência coletiva no âmbito da

[417] Mediação para servir a lascívia de outrem. Art. 227, CP - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de um a três anos.

construção do dolo natural, uma vez que os delitos culturalmente motivados podem ter a sua imputação valorada em outros elementos do conceito analítico de crime, embora reconheça a finalidade e a motivação da prática de uma conduta com base nos valores sociais e na interpretação do fato.

É dizer que, apesar dos valores sociais moldarem o dolo natural – presente na conduta -, é possível estabelecer outra fundamentação para análise da imputação fático-jurídico-penal aos delitos culturalmente motivados. Portanto, no que tange aos erros, no dolo natural da conduta humana, apenas o erro fático é o que recai sobre a consciência do fato observado, de modo que a fazer incidir o regramento já estabelecido sobre o erro de tipo.

3.3 A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-PENAL CONFERIDA À PESSOA MENOR DE 18 ANOS PARA A INIMPUTABILIDADE E SUA LÓGICA DE SUBSUNÇÃO.

Com muitos debates formais e informais acerca da eleição de uma idade mínima de imputação penal, a Criminologia ofereceu as opções ao legislador, que culminou por adotar o critério etário para a definição de inimputabilidade absoluta. Com isso, no plano legal, o Código Penal brasileiro e a Constituição Federal estabeleceram que a responsabilidade penal se inicia aos 18 anos completos, momento em que, por escolha da política criminal, entendeu-se melhor distinguir o tratamento dado aos menores em relação aos maiores de idade que se envolvem com o fato criminal. O artigo 228 da Constituição Federal prevê que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, sujeitando-se às normas específicas da legislação especial. Complementando essa norma constitucional, o artigo 27 do Código Penal estabelece que os menores de 18 anos são considerados inimputáveis, firmando, assim, a presunção absoluta de responsabilidade penal. Prescrevem os citados artigos:

> Art. 228, da CF: São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.
>
> Art. 27, do CP: Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Trata-se de um requisito meramente biológico para isentar a criança e o adolescente da responsabilização penal, caso se envolva em um fato previsto como crime. Nessa hipótese, caso se envolva com ato infracional, incidente será a normativa estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), com medidas protetivas e socioeducativas, visando à proteção e à educação do jovem em conflito com a lei por meio de abordagem pedagógica distinta das medidas penais, embora havendo efeito punitivista, como no caso da internação e da semiliberdade previstas no Estatuto.

Contudo, importante destacar que a escolha da idade feita pelo legislador não é justificada com base na consciência, no discernimento ou na capacidade cognitiva do jovem, mas em levar o jovem ao convívio criminal no âmbito da execução penal durante o tempo de sua formação. Por isso, não é correto afirmar que o adolescente não tem discernimento para a prática de todos os atos considerados como crime. Essa informação está corroborada no item 23 da exposição de motivos do Código Penal, que afirma que

> Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de dezoito anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de dezoito anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o contaminação carcerária.[418]

Portanto, não é correto afirmar que o menor de 18 anos é inimputável por lhe faltar discernimento ou entendimento do caráter ilícito de sua conduta. O adolescente é inimputável por escolha legislativa, considerando o contexto da execução penal e as mazelas do cárcere que incidiriam na formação do jovem. Por isso, primou-se pela adoção de medidas educativas estabelecidas em legislação especial, voltada ao enfretamento da criminalidade.

A eleição etária é baseada no fato de se evitar incertezas e arbitrariedades na escolha e avaliação da maturidade de cada jovem – escolha psicológica -, para subjugá-lo à lei penal. Assim, visando promover um critério

[418] Exposição de motivos do CP.

objetivo, a lei estabeleceu a idade de 18 anos, por considerar um limite médio de desenvolvimento da personalidade das pessoas, momento em que consegue apurar melhor as consequências do seu ato.

Não se desconhece, entretanto, que o argumento de se buscar a redução da maioridade penal é firmado pela capacidade do jovem discernir sobre seus atos, de modo que, estando maduro para entender e praticar o delito, igualmente estará para a resposta criminal por meio de penas. Contudo, a escolha etária se dá por conta das consequências da imputação e das medidas a serem implementadas, e não sob o aspecto psicológico exclusivamente do agente menor.

> A única exceção à adoção do sistema biopsicológico no Brasil é aberta em face das pessoas menores de 18 anos, em face das quais o Código Penal brasileiro adotou uma teoria biológica, estabelecendo um tratamento especial, sob a forma de uma presunção *juris et de jure* de inimputabilidade. Ou seja, os menores de 18 anos são considerados pessoas cujo desenvolvimento mental não se encontra completo, de modo a permitir-lhes uma correta apreensão da ilicitude ou a adoção de um comportamento ajustado a tal compreensão[419].

Importante não confundir a discussão da Criminologia, com a dogmática do Direito Penal. Na Criminologia, o intenso debate acerca da idade penal é cercado de fundamentos técnicos, tanto sobre cunho psicológico, quanto sobre o consequencial. É na Criminologia que se apura todas as circunstâncias legitimadoras e fundantes para a definição da maioridade penal, a justificar a definição legal da idade penal e a implementação da política criminal por meio da lei no âmbito do Direito Penal. Fixada a idade em 18 anos, como o caso do Direito brasileiro, através de cláusula dura constitucional e de preceito infraconstitucional, a dogmática penal apenas faz uma análise de imputação do fato à lei, de forma objetiva, pois, nessa matéria, não há espaço para análise axiológica ou subjetiva, porquanto basta ter conhecimento da idade do agente para saber se há ou não crime e responsabilidade penal. Ressalta-se, portanto, que o debate acerca de o adolescente possuir ou não discernimento da conduta considerada como crime não recai sobre o Direito Penal, pois é uma análise criminológica de justificação para a eleição da maioridade penal. Escolhida a idade pela política criminal, por meio das justificações fenomenológicas, o Direito Penal, de conteúdo meramente normativo,

[419] BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. Volume 1– 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. Pág. 783.

segue a determinação imposta por lei. Por isso, para a imputação penal, não se introjeta na verificação das condições psicológicas, mas tão-somente na biológica.

Entretanto, para o escopo desse trabalho, não se busca a discussão da idade mais adequada para a incidência do Direito Penal, já que essa tarefa compete à Criminologia. O que se tem, atualmente, é a definição objetiva dos 18 anos como data que limita as normativas incidentes.

O que se quer, aqui, é compreender se está correto se menor de 18 anos é causa de exclusão da culpabilidade e, por conseguinte, ser averiguado dentro da estrutura do conceito analítico de crime. No atual contexto doutrinário, Roberto Bittencourt leciona que

> No que diz respeito aos menores de 18 anos, nos termos constitucionais, os requisitos e efeitos da inimputabilidade são, claramente, distintos dos requisitos da inimputabilidade decorrente de enfermidade ou doença mental. Para o menor de idade, o critério biológico, isoladamente, esgota o conceito de inimputabilidade, porque, por presunção constitucional (art. 228 da CF e art. 27 do CP), o menor de 18 anos é incapaz de culpabilidade, ou, na velha terminologia, irresponsável penalmente, pelo menos no âmbito do Direito Penal de adultos. Com efeito, é suficiente que se faça a comprovação da idade do menor, isto é, do aspecto puramente biológico, para "isentá-lo de pena".[420]

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado[421] afirma que menor de 18 anos, considerado como inimputável, é causa de exclusão de culpabilidade, com fulcro no critério biológico de eleição da idade do agente para a presunção absoluta da incapacidade penal, sujeitando-o às disposições específicas. Portanto, para o ordenamento jurídico brasileiro, menor de 18 anos é causa de exclusão da culpabilidade, por considerar tratar-se de causa de inimputabilidade.

Como consequência, para os adeptos da teoria bipartida do conceito analítico de crime, o menor de 18 anos pratica crime (fato típico e ilícito), mas não recebe pena, diante da causa de exclusão da culpabilidade (já que essa é pressuposto de aplicação da pena). Para os adeptos do conceito tripartite, não pratica crime, em razão da inimputabilidade, que exclui um dos elementos conceituais (a culpabilidade). Por óbvio, a consequência penal é a mesma, porquanto não receberá o influxo da pena.

---

[420] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pág 669.

[421] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. pág. 1021.

Entretanto, não se pode perder de vista a finalidade da criação e da existência do conceito analítico de crime. É ensinado que o escopo da construção do conceito estratificado de delito é promover a melhor argumentação para subsumir o fato na lei penal, através de uma série de perguntas e respostas. Ou seja, visa exigir a utilização de justificativas sobre cada circunstância de imputação analisada, através de uma ordem. Para o sistema finalista, inicia-se pelos elementos da conduta até se chegar ao último elemento da culpabilidade. Para o conceito estratificado de crime, Zafaroni[422] definindo como conduta típica, antijurídica e culpável, faz com que cada etapa sirva como filtro para se definir o delito e, com isso, o operador do Direito Penal apresentar satisfatoriamente as razões da imputação penal. Essa análise ocorre quando, diante de um caso concreto, o operador do Direito elabora uma série de indagações para serem respondidas concatenadamente até se chegar, racionalmente, à perfeita adequação e culpabilização do injusto penal, através da devida fundamentação. Como o Estado apresenta os tipos penais em abstrato, surge a necessidade de valoração concreta dos elementos conceituais do delito, a ser realizado dogmaticamente em ordem, quando diante de um caso concreto.

Com essa premissa, questiona-se: Para receber o influxo do Direito Penal, qual é a primeira indagação a ser respondida quando um menor de 18 anos pratica um fato definido como crime? Verificada a idade do agente e constatando objetivamente tratar-se de menor de 18 anos, investiga-se se a conduta foi dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva? Se há nexo com o resultado previsto em lei como crime? Se agiu em legítima defesa ou em estado de necessidade? Obviamente que não. Essas indagações nem são realizadas no âmbito criminal, simplesmente diante da resposta da única indagação: É menor de 18 anos? Em caso positivo, não há crime por mera escolha do legislador, baseada nas justificativas criminológicas precedentes à própria lei penal, porquanto tais justificativas ficam no plano da Criminologia e da Política Criminal, e não no Direito Penal.

Com isso, havendo processo criminal contra menor de 18 anos, arquiva-se imediatamente em decorrência da idade. Se houver, por exemplo, uma denúncia

[422] ZAFARONI, Eugênio Raul e outro. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 9ª edição. Editora RT. São Paulo. 2011. Pág. 478 e segs.

de crime em uma Vara Criminal imputada a uma pessoa, que, posteriormente, descobre-se tratar-se de um adolescente, incontinentemente haverá o arquivamento do feito, pela simples fundamentação de se tratar de menor de 18 anos. Sequer haverá discussão acerca de existência de conduta, nexo, resultado etc., muito menos se tinha ou não discernimento, vontade, consciência, como se faz com a pessoa imputável. O juiz arquivará o processo criminal imediatamente, em razão da idade do agente, e não por outra razão, não se imiscuindo nos aspectos psicológicos do agente e nos elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo penal.

Portanto, a idade penal é o primeiro estágio das indagações contidas para se definir a existência de crime, de modo que, constatada a menoridade penal do agente, sequer envereda-se às demais perguntas. Aliás, importante destacar que a maioridade penal é, de fato, a primeira constatação que se busca em qualquer investigação criminal. Sendo adolescente, toda a dinâmica é alterada, não só sobre os procedimentos investigativos e persecutórios, como também na forma de estabelecer a medida de educação e reprovação contida no Estatuto Infanto-Juvenil.

Por isso, constatando tratar-se de um menor de 18 anos, um Promotor de Justiça jamais o denunciará em uma Vara Criminal; um Magistrado jamais receberá uma denúncia ou o condenará, tendo em vista somente um argumento: “ser menor de 18 anos”. Nesses autos, não irá se debater sobre a capacidade de discernir, se tem doença mental, se sua capacidade cognitiva está plenamente formada, como se faz em relação ao inimputável do art. 26, CP.

Verifica-se, portanto, que a menoridade penal não deve ficar dentro do conceito analítico, já que o menor de 18 anos não é imputável por escolha legislativa. Se biologicamente inimputável, no âmbito do Direito Penal, não se envereda nos elementos constitutivos do conceito operacional de delito, já que não pode ser imputado ao menor de 18 anos, demonstrando que a inimputabilidade é um elemento estranho à fundamentação da existência do delito, sendo um pressuposto para a sua perquirição.

Portanto, para corrigir a fundamentação dos operadores do Direito Penal, considerando as balizas da dogmática, propõe-se que a maioridade penal seja o primeiro elemento de investigação, dentro do campo da imputabilidade penal, mas fora do conceito analítico de delito, proporcionando a correção das justificativas havidas nos casos concretos. A partir desse ponto, passa-se à análise das demais

circunstâncias de imputação penal, pese embora ainda dentro da própria condição de (in)imputabilidade do agente. Ou seja, após constatar ser maior de 18 anos, envereda-se na análise da capacidade de entendimento, para verificar a imputabilidade do agente e, após, entrar na análise conceitual do crime, através das circunstâncias subjetivas, objetivas e normativas de imputação do injusto penal.

Como observado, a proposta que se realiza é firmada na prática judicial, onde ocorre a utilização dos elementos contidos no conceito operacional de delito, cuja missão é promover o adequado enquadramento fático-jurídico do caso concreto. Nessa perspectiva, a proposta se apresenta fiel e de acordo com os parâmetros sensíveis do operador do Direito Penal, de modo que nos faz curvar no sentido de corrigir os fundamentos da imputação, ao tempo em que, ousadamente, altera a estrutura do sistema conceitual adotado. Com isso, espera-se o alcance e a aceitação da perspectiva apresentada.

3.4 DA ANÁLISE, IMPUTAÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E MEDIDA PENAL CONFERIDA AO SEMI-IMPUTÁVEL.

Para a análise da imputabilidade, o Direito Penal brasileiro, valendo-se da interdisciplinariedade com a psiquiatria, estabelece critérios para a avaliação e conclusão acerca da responsabilização considerando inclusive as distinções entre as condições mentais que afetam a capacidade de entendimento e a autodeterminação do indivíduo. Por meio da Psiquiatria, ao mencionar termos como "doença mental", "desenvolvimento mental incompleto ou retardado" e "perturbação da saúde mental", o Código Penal estabelece critérios psicológicos aferíveis pelos médicos especialistas para a busca da melhor fundamentação típica e da medida mais adequada de enfrentamento à violência. Essas condições pessoais afetam a capacidade de entender e, por consequência, a consciência e a vontade, cujo elemento é o pilar central da imputabilidade penal.

Como visto anteriormente, "doença mental" abrange condições graves, como esquizofrenia, transtornos bipolares com sintomas psicóticos, demência e *delirium*, e que conduzem à inimputabilidade, pois o comprometimento mental é tão severo que impede o indivíduo de ter a capacidade de produzir uma consciência e

uma vontade plenas. Assim, indivíduos que, em um surto psicótico, cometam um fato previsto como crime, sem entender a sua ação, são considerados inimputáveis e, consequentemente, não são penalmente responsáveis pelos seus atos, ante, na concepção dessa tese, a ausência de capacidade de entender, que atinge o dolo e a culpa, embora possam receber medida de tratamento médico no âmbito do Direito Penal. Assim, se, por exemplo, um indivíduo com transtorno psicótico, durante um surto, agredir outra pessoa, sob a influência de delírios e alucinações, não será responsabilizado penalmente, diante da ausência de elementos subjetivos da conduta, por ser considerado inimputável, em que pese a necessidade de intervenção penal com medidas médicas.

> Ao referir-se à "doença mental", "desenvolvimento mental incompleto ou retardado", "perturbação da saúde mental", o Código Penal identifica os requisitos de ordem biológica e psicológica. Quando se refere a "entender o caráter ilícito do fato", pressupõe o aspecto cognitivo (saber ajuizar o que é certo ou errado), e quando menciona "determinar-se de acordo com este entendimento", pressupõe o exercício do livre arbítrio (vontade). O termo "doença mental" se refere a casos de esquizofrenia, outras psicoses, transtorno bipolar com sintomas psicóticos, demência e *delirium*.[423]

Não obstante, entre a pessoa com plena capacidade cognitiva e a pessoa destituída completamente dessa aptidão, as ciências reconhecem a existência de pessoas com comprometimento parcial dessa função, em algum grau, sendo denominado pelo Direito Penal de semi-imputável, e cuja investigação é realizada pela perícia psiquiátrica forense. Trata-se de uma análise científica e subjetiva no agente que, por qualquer causa, tenha diminuída a condição psicológica de entendimento no momento da realização do comportamento ilícito.

No artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, tem-se a imputabilidade diminuída ou atenuada, conhecida como semi-imputabilidade, referindo-se a uma condição intermediária entre a plena saúde mental e a insanidade completa, caracterizada pela redução da capacidade de entender do indivíduo. Por conta disso, o Código Penal brasileiro dispõe que, ao semi-imputável, não há que se falar em absolvição, mas diminuição de pena, a incidir na terceira fase da dosimetria penal, por ser minorante.

> Redução de pena
> Art. 26, CP ...

[423] TELLES, Lisieux E. De Borba, e outro. Psiquiatria Forense. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1840.

> Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A expressão "perturbação da saúde mental" se refere a condições menos graves, mas que ainda afetam o comportamento, como transtornos de personalidade, transtornos do controle de impulsos e neuroses graves. Nesse contexto, o indivíduo pode manter parcialmente a capacidade de entender a ilicitude de seus atos, mas influenciado por suas perturbações internas[424]. Em casos assim, o Código Penal prevê a semi-imputabilidade, que ocorre quando há uma redução, mas não a exclusão completa, da capacidade de entendimento e autodeterminação.

Por "desenvolvimento mental incompleto", estabelecido no Código Penal, refere-se a condições em que o desenvolvimento cognitivo do indivíduo foi prejudicado, apontando para os casos de surdos-mudos que não receberam o devido acompanhamento educacional ou de indivíduos de comunidades isoladas sem contato com a cultura majoritária[425]. Nesses casos, a doutrina penalista afirma que a limitação no desenvolvimento impacta a compreensão das normas jurídicas e sociais, levando à necessidade de uma análise valorativa da responsabilidade penal para tão-somente para se estabelecer uma medida mais adequada - pena minorada.

> O desenvolvimento mental incompleto pode ser exemplificado com o caso dos surdos-mudos que sofrem com a sublimação da capacidade de interação, pois mesmo que sejam capazes de comunicação por sinais, têm reduzida a sua possibilidade de participação na vida social. Ademais, não se pode olvidar que não basta a condição de ser surdo-mudo, mas sim a conjunção dessa condição com a incapacidade de compreensão e volição. Do mesmo modo, os silvícolas que não se tenham adaptado à vida cultural, pois não se lhes pode esperar compreensão e obediência a regras cujo sentido não podem alcançar. [426]

O desenvolvimento mental retardado ocorre em razão de algumas oligofrenias, fazendo com que as faculdades mentais não acompanhem o desenvolvimento físico da pessoa, a gerar uma diminuição da capacidade de entender.

---

[424] TELLES, Lisieux E. De Borba, e outro. Psiquiatria Forense. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1840.
[425] A presente tese suprime essas condições da condição de semi-imputável.
[426] BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. Volume 1– 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. Pág. 785.

> A oligofrenia – ou retardamento mental – é uma deficiência mental que abarca graves defeitos de inteligência, consistente, em termos gerais, na falta de desenvolvimento das faculdades mentais.
> Na idiotia, há um defeito congênito do desenvolvimento dessas faculdades e a imbecilidade, em sentido estrito, é uma parada desse desenvolvimento;[427]

A semi-imputabilidade surge da dificuldade de estabelecer uma linha clara entre a total capacidade de conhecer e a completa incapacidade de compreensão e autodeterminação. O Direito Penal reconhece essa variabilidade das faculdades mentais humanas, que podem ser afetadas por distúrbios de diferentes intensidades, impactando a habilidade de uma pessoa entender o seu ato e o seu caráter ilícito ou atingir a capacidade de autodeterminação (agir com compreensão), embora com certa capacidade intelectual.

> Fala-se que a hipótese é de semi-imputabilidade, semiculpabilidade ou responsabilidade diminuída, expressões todas passíveis de críticas. Isso porque, na verdade, o que o Código faz é considerar o agente responsável e imputável, por entender que ele possui alguma consciência da ilicitude, porém, lhe reserva uma pena diminuída que não possui qualquer fundamento técnico ou teórico. Sustenta-se que o castigo menor se deve a ter o réu agido com *menos reprovabilidade de conduta*, em consequência de suas condições pessoais. Fala-se em *indivíduos fronteiriços*, que por influência de fatores biológicos (perturbações e não *doenças* mentais) não captam de modo completo o sentido das regras de convivência.[428]

Entretanto, se o semi-imputável cometer o ato por um impulso agressivo e for demonstrado que sua capacidade de agir conforme o entendimento estava parcialmente prejudicada pela perturbação mental, em nada alterará as consequências jurídicas para efeito de subsunção dos fatos à lei penal incriminadora, uma vez que minimamente existia vontade e consciência para a realização da conduta. Ou seja, há possibilidade de averiguar se o agente agiu com dolo ou culpa, em que pese o parcialmente comprometimento da consciência e da vontade. Como não há possibilidade de mensuração acerca do grau dessa cognição, mantém-se a tipicidade do fato incriminado como ocorre com o agente imputável, de modo sopesar a saúde mental apenas para gradação da pena ou de estipulação de tratamento médico, nos termos do art. 26, parágrafo único ou art. 98, ambos do Código Penal, mas em nada afetando no desenvolvimento do

[427] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1 . 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1022.
[428] BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. Volume 1– 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. Pág. 786.

enquadramento fático-jurídico, quando da análise dos elementos do conceito analítico de crime.

Nessa hipótese, a legislação brasileira, conforme previsto no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, prevê que, em casos em que há uma perturbação mental ou um desenvolvimento mental incompleto ou retardado, haverá uma redução de pena, pois não exclui completamente a capacidade do agente de entender a ilicitude de sua conduta. Verifica-se, portanto, que as condições psicológicas do agente semi-imputável são observadas para a gradação da pena, já que reflete na necessidade de individualizar a punição de acordo com as circunstâncias mentais do infrator, equilibrando a justiça com o tratamento adequado. Contudo, reitera-se que para a definição do delito (subsunção do fato à lei penal), essa condição pessoal não tem importância relevante. Essa premissa se mostra verdadeira, na medida em que, se, no caso concreto, verificar que, ao invés de pena minorada, melhor será um tratamento médico-psiquiátrico, o juiz poderá estabelecer, nos termos do artigo 98 do CP, a substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável.[429]

Portanto, quando restar evidenciado que o agente, no momento da ação ou omissão, em razão de uma perturbação da saúde mental, detinha parcialmente a capacidade de entender e de agir conforme o Direito, resta impossível concluir o grau de consciência e vontade de agir mínimas para atingir uma finalidade criminosa. Trata-se de um campo em que é impossível chegar ao pleno conhecimento acerca da compreensão do agente que possui uma diminuição das funções cognitivas e volitivas. Não há uma certeza do grau de consciência atingida no momento da realização de uma conduta típica e ilícita, quando a pessoa tem uma diminuição da sua capacidade de entender. Diante disso, para efeito de imputação penal resta a equiparação ao agente imputável, para, após o processo de subsunção típica, investigar-se a melhor medida penal.

> Qualquer que seja a condição do agente, sua relação com o fato somente pode ser de duas ordens: ou ele compreendeu que sua atitude é ilícita, ou não. Ou ele sabe que sua conduta contém um desvalor social, ou não. Do mesmo modo, sua doença, seus problemas, ou o que quer que seja, podem determinar que ele não possua controle sobre suas atividades, apesar da

[429] Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

> compreensão de sua característica de ilicitude (nas compulsões e manias, por exemplo) ou, ao contrário, pode ser que ele consiga sublimar os impulsos. De qualquer sorte, trata-se de um compasso binário. O sujeito ou sabe ou não sabe que age ilicitamente em face do caso concreto e/ou pode ou não pode controlar-se. Simplesmente não há outras hipóteses.[430]

Logo, como atualmente existe, o operador do Direito Penal deverá verificar a conduta (comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa), o nexo causal, o resultado e a tipicidade, para adequar o fato a um tipo penal incriminador. Em seguida, passa-se a analisar as causas excludentes de ilicitude, e, depois, averiguar normativamente os elementos remanescentes da culpabilidade, consistente na potencial capacidade de conhecer o direito e na exigibilidade de conduta diversa, além da vituperabilidade da conduta (tese exposta adiante). Somente após isso e verificada as condições pessoais do agente, é que deve se investigar a melhor medida penal – se pena ou medida de segurança -, nos termos do artigo 98, do CP. Portanto, a semi-imputabilidade não é elemento de análise para a subsunção típica, mas de escolha de melhor medida penal. Logo, não se encontra dentro do conceito analítico de crime.

Como o sistema penal brasileiro adota o chamado sistema vicariante, não há a possibilidade de inserir as duas medidas penais simultaneamente (pena e medida de segurança), fazendo com que se ofereça duas possibilidades isoladas para o tratamento dos semi-imputáveis: ou a atenuação da pena ou a substituição da pena por medidas de segurança, como a internação ou tratamento ambulatorial, quando o condenado necessitar de tratamento curativo[431]. Essas medidas são aplicadas de forma a proporcionar uma resposta penal adequada à condição mental do indivíduo, levando em consideração tanto a proteção da sociedade, quanto à necessidade de tratamento do agente.

Portanto, ante a impossibilidade de mensurar o grau de vontade e de consciência, e havendo o mínimo desses elementos presentes no caso concreto, mantém-se a imputação penal, por conta da existência de elementos subjetivos,

---

[430] BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. Volume 1– 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. Pág. 786.

[431] Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 98, CP - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º

ainda que em grau reduzido, devendo a semi-imputabilidade ser analisada após a perfeita subsunção de todos os elementos do conceito de delito, onde, por fim, buscar-se-á estabelecer a melhor medida penal. Afinal, ainda que haja reduzido grau de entendimento, a pessoa podia agir conforme o Direito, quando existia e se exigia outra forma de atuar.

No atual ordenamento jurídico, verifica-se a confusão em relação à condição de semi-imputabilidade, pois para o Código Penal é causa de diminuição de pena (art. 26, parágrafo único, CP) ou causa de substituição de pena por medida de segurança (art.98, CP), de modo a não impactar na análise dos elementos do conceito estratificado do delito, mas somente na busca da melhor medida penal. Por isso, não há nenhuma novidade estrutural quando do reconhecimento do caso concreto criminoso atribuído a um agente semi-imputável, fazendo com que a existência de causa que diminui o entendimento ou a consciência do agente seja analisada somente no momento posterior ao reconhecimento da existência do delito, quando da inserção de adequada sanção penal. O grau de reprovação aferido é a culpabilidade na reprimenda, e não no delito. Isso quer dizer que a semi-imputabilidade não se mostra presente no conceito de delito, mais precisamente no elemento culpabilidade, mas na terceira fase da dosimetria penal ou, posteriormente, como condição de substituição da pena por medida de segurança.

> ...na hipótese dos *fronteiriços*, isto é, de *culpabilidade diminuída*, é obrigatória, no caso de condenação, a imposição de pena, reduzida, para, somente num segundo momento, se comprovadamente necessária, ser substituída por medida de segurança (*princípio vicariante*).
> ...
> A *culpabilidade diminuída* dá como solução a *pena diminuída*, na proporção direta da diminuição da capacidade, ou, nos termos do art. 98 do CP, a possibilidade de, se necessitar de *especial tratamento curativo*, aplicar-se uma medida de segurança, substitutiva da pena. Nesse caso, é necessário, primeiro, condenar o réu semi-imputável, para só então poder *substituir* a pena pela medida de segurança, porque essa medida de segurança é sempre substitutiva da pena reduzida. Quer dizer, é preciso que caiba a pena reduzida, ou seja, que o agente deva ser condenado. E o art. 98 fala claramente em "condenado". Logo, no caso da semi-imputabilidade, requer-se a condenação, quando for o caso, evidentemente.[432]

Portanto, verifica-se claramente que a semi-imputabilidade não é aferida na culpabilidade, como elemento definidor de delito, mas é motivo para se aplicar uma pena diminuída ou, após essa, haver a sua substituição por medida de

[432] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pág 711 e 713.

segurança. Logo, para efeito de subsunção, o semi-imputável é equiparado a um imputável, inclusive no que tange à valoração do dolo, quando aferida a consciência e vontade dirigida a uma finalidade ilícita, de modo que essa circunstância não se mostra verdadeiramente como elemento de operação no processo do amoldamento do fato à lei penal. Por isso, resta excluída do conceito, porquanto se trata de mera causa de diminuição ou substituição de pena.

3.5 OS FATORES SOCIAIS E CULTURAIS DE INCIDÊNCIA NA IMPUTAÇÃO PENAL.

3.5.1 A CONSCIÊNCIA COLETIVA E A COLONEIDADE COMO INSTRUMENTOS DE FORMAÇÃO DO DOLO NORMATIVO.

Ao tempo em que uma pessoa inicia suas experiências, simultaneamente começa o processo de aquisição do conhecimento de si e das coisas, ativando o processo de consciência. Essa conscientização é fruto de exames feitos ao longo de toda a vida, e, por isso, a consciência subjetiva (individual) do agente é formada a partir da percepção externa e interna dos objetos e dos pensamentos sentidos, capazes de formar todas as intenções, comportamentos, desejos, vontades, conceitos etc. Logo, a consciência é construída pelo conjunto de experiências e sensações que obtém por meio de verificações pessoais. Contudo, além dessas experimentações personalíssimas, a consciência também é moldada por fatores externos, fruto de experiências coletivas passadas através do tempo, do local e da convivência social, e denominado, por Émile Durkheim, de “consciência coletiva”.

A corrente sociológica de Émile Durkheim aponta para a existência de consciência coletiva, baseada na crença, nos costumes, nos valores, nas normas e nas ideias compartilhadas entre as pessoas, formando um norte uniforme para o direcionamento do comportamento geral e esperado[433]. Considera a consciência coletiva como algo que está acima dos indivíduos, pois conduz o comportamento

[433] DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. Trad.: Eduardo Brandão. 2ª Edição. São Paulo. Martins Fortes. 1999. Pag.139-169.

exigido por todos, de modo a fazer com que as pessoas se sintam coagidos a seguir uma norma de comportamento considerada como obrigatória e uniforme.

A consciência coletiva varia de acordo com cada localidade e cada tempo, em razão das transformações sociais que ocorrem. Durkheim afirma que sendo mais concisa a divisão do trabalho (papeis sociais), mais coesa é admissão das normas sociais pelos indivíduos, que compreendem com uma maior forma cogente. Por outro lado, considera-se que a consciência coletiva vai se esvaindo quando há maior diversidade entre os indivíduos que dividem os trabalhos. Logo, a partir dessa pequena compreensão, quanto maior o espaço territorial, mais distintas são as culturas existentes, de modo a exigir uma verificação mais precisa de uma consciência geral em razão da polarização dos costumes estabelecidos.

Para Durkheim[434], a consciência coletiva é o compartilhamento dos mesmos valores, crenças, normas e comportamentos, observados de modo uniforme, uma vez que os indivíduos da mesma comunidade aderem os mesmos costumes e tradições, transformando a cultura homogênea, cujas regras existentes passam a ser seguidas por todos do grupo. Com poucas divergências, os membros do grupo seguem uma norma comum a todos, ocasionado uma diminuição dos conflitos sociais[435].

A consciência geral é fruto de uma percepção racional que todos obtém ao longo da vida e a segue com o instinto de obrigatoriedade, por aceitar ou rechaçar a conduta considerada como normal ou não, ainda que se desconheça a lei. É com ela, inclusive, que se dispõe, em certa medida, com as regras do direito, notadamente com as do Direito Penal. Assim, em qualquer lugar, não se admite que, como regra geral, que um indivíduo mate o outro, por exemplo. É uma regra universal admitida em todas as comunidades. É a consciência geral e comum desse fato. Contudo, existem comunidades distintas que, pelo modo de vida e de constituição, flexibilizam-na e reconhecem certos fatos como normal, enquanto, em outras comunidades, o mesmo fato seja proibido. Tem-se, portanto, a consciência coletiva específica de cada comunidade.

---

[434] DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. Trad.: Eduardo Brandão. 2ª Edição. São Paulo. Martins Fortes. 1999. Pág.120.
[435] Idem. Pág.219.

A consciência coletiva age como uma norma de intervenção social, impingindo valores universais a todos, que regulam o comportamento dos indivíduos e servindo como meio de prevenção de conflito, além de constituir um senso de pertencimento de cada pessoa da comunidade. Vários são os fatos que determinam a consciência coletiva, como a religião, os movimentos sociais, a política, a herança cultural e outros fenômenos. Por isso, além da existência de uma consciência individualizada (consciência subjetiva), essa também é formada pela consciência coletiva, pois molda a forma de interpretar os fatos da vida cotidiana. A consciência coletiva global é multicultural e formada pela compreensão de fatos que se perpassam em um local e um tempo. Em cada região do mundo ou do país, tem-se a herança cultural modeladora da compreensão das circunstâncias do cotidiano, capaz, inclusive, de se estabelecer, mediante lei, as condutas consideradas como reprovadas. Por isso, pode-se dizer que a lei penal incriminadora é fruto da consciência coletiva global que molda o comportamento social em uma direção, e que está prevista em lei no ordenamento jurídico. Assim, quando se proíbe o homicídio, todos seguem essa determinação pela vontade social, reafirmada pela lei penal.

Através do contexto da formação social de um país colonizado, verifica-se que a consciência coletiva é fruto do processo histórico de colonização que marcou significativamente a identidade, a cultura e a estrutura social de muitos povos ao redor do mundo, notadamente com advento das culturas eurocêntricas e marcada pela imposição de seus valores, costumes, línguas e sistemas políticos alheios, que resultou na absorção da consciência estrangeira pelo povo explorado e oprimido. Esse movimento não apenas modificou a realidade dos povos, como também alterou o modo de pensar e de enxergar o mundo, criando um senso diferente do que existia.

No Brasil, a consciência do povo, modelada no período colonial, fez eclodir o sentimento de naturalização de certas violações e explorações contra a população negra, indígenas e mulheres, a perpetuar o sentimento comum de inexistência de violência e discriminação, quando se tem o tratamento diferenciado entre os seres humanos. Por muito anos, negros, indígenas, quilombolas, mulheres tiveram todos os seus direitos tolhidos (vida, integridade física, propriedade, liberdades etc.), em razão da maneira de construção do país, que observava a

cultura hegemônica de dominação eurocêntrica. A partir disso, surgiu a necessidade de superação e ruptura das estruturas opressoras do povo explorado, tanto por meio da política, quando por meio da educação, a fim de reconstruir uma comunidade diversa do legado colonial[436].

A perspectiva decolonial surge como um processo político de desconstrução das estruturas sociais e de poder advindas pelo processo de dominação colonial, visando promover uma adequação e emancipação das estruturas sociais do povo colonizado, de modo a afirmar a sua cultura, os seus conhecimentos e subjetividades. Por isso, a decoloneidade oferta uma desconstrução do povo considerado subalternizados, para se buscar a sua própria essência, distinta do pensamento colonizador, visando erradicar as desigualdades e exclusões criadas pela estruturação hierarquizada do processo histórico de exploração e subalternização do povo não-europeu. Para tanto, durante esse processo, os pensamentos hegemônicos europeus ditaram as regras de convivência nos povos dominados, de modo a estabelecer amoralidade eurocêntrica esperada na região dominada, mas, especialmente, promover um tratamento distinto entre as pessoas.

> *La formación de relaciones sociales fundadas en dicha idea produjo en América identidades sociales históricamente nuevas: indios, negros y mestizos, y redefinió otras. Así, términos como español y portugués, y más tarde europeo, que hasta entonces indicaban solamente procedencia geográfica o país de origen, desde entonces cobraron también, en referencia a las nuevas identidades, una connotación racial. Y en la medida en que las relaciones sociales que estaban configurándose eran relaciones de dominación, tales identidades fueron asociadas a las jerarquías, lugares y roles sociales correspondientes, como constitutivas de ellas y, en consecuencia, al patrón de dominación colonial que se imponía. En otros términos, raza e identidad racial fueron establecidas como instrumentos de clasificación social básica de la población. Con el tiempo, los colonizadores codificaron como color los rasgos fenotípicos de los colonizados y lo asumieron como la característica emblemática de la categoría racial. Esa codificación fue inicialmente establecida, probablemente, en el área britano-americana. Los negros eran allí no solamente los explotados más importantes, pues la parte principal de la economía reposaba en su trabajo. Eran, sobre todo, la raza colonizada más importante, ya que los indios no formaban parte de esa sociedad colonial. En consecuencia, los dominantes se llamaron a sí mismos blancos*. [437]

---

[436] FANON, Frantz. Os Condenados da Terra. Juiz de Fora. UFJF. 2005.

[437] QUIJANO, Anibal: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas (Buenos Aires: CLACSO) Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder / Aníbal Quijano; selección a cargo de Danilo Assis Clímaco; con prólogo de Danilo Assis Clímaco. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires*: CLACSO, 2014. p. 246.

Com isso, o modo de pensar, agir e de se reconhecer foi estruturalmente moldado pela força do processo colonizador, alterando, significativamente, a forma de pensar do povo dominado. Isso reflete diretamente na forma como o povo idealiza o pensamento sobre o certo e o errado, projetando um modelo do dever-ser.

Para além de uma hierarquização de raça, a coloneidade atinge a forma de pensar de um povo, promovendo alteração dos conceitos sociais sobre o mundo, de maneira a forçadamente se adequar aos padrões eurocêntricos, que impõe um paradigma superior e universal, ao tempo em marginaliza o modo de conhecer e produzir o conhecimento das coisas dos povos originários colonizados. E, em que pese a força da teoria da decoloneidade, visando a alteração do pensamento hegemônico, o fato é que o pensamento eurocêntrico ainda impera na consciência social da América Latina, em especial.

> *This is, in a nutshell, what for Quijano constitutes the coloniality of power by way of which the entire planet, including its continental division (Africa, America, Europe), becomes articulated in such production of knowledge and classificatory apparatus. Eurocentrism becomes, therefore, a metaphor to describe the coloniality of power from the perspective of subalternity. From the epistemological perspective, European local knowledge and his- tories have been projected to global designs, from the dream of an Orbis Universalis Christianus to Hegel's belief in a universal history that could be narrated from a European (and therefore hegemonic) perspective. Colonial semiosis attempted to identify particular moments of tension in the conflict between two local histories and knowledges, one responding to the move- ment forward of a global design that intended to impose itself and those local histories and knowledges that are forced to accommodate themselves to such new realities. Thus, colonial semiosis requires a pluritopic herme- neutics since in the conflict, in the cracks and fissures where the conflict originates, a description of one side of the epistemological divide won't do. But that is not all, because while the first problem was to look into the spaces in between, the second was how to produce knowledge from such In- between spaces. Otherwise, it would not have been a pluritopic herme- neutics, but a monotopic one (i.e., a persepective of a homogenous knowing subject located in a universal no-man's-land), describing the conflict be- tween people made of different knowledge and memories. "Border thinking" is the notion that I am introducing now with the intention of transcending hermeneutics and epistemology and the corresponding distinction between the knower and the known, in the epistemology of the second modernity. To describe in "reality" both sides of the border is not the problem. The problem is to do it from its exteriority (in Levinas's sense). The goal is to erase the distinction between the knower and the known, between a "hy- brid" object (the borderland as the known) and a "pure" disciplinary or interdisciplinary subject (the knower), uncontaminated by the border mat- ters he or she describes. To change the terms of the conversation it is neces- sary to overcome the distinction between subject and object, on the one hand, and between epistemology and hermeneutics on the other. Border thinking should be the space in which this new logic could be thought out.* [438]

[438] MIGNOLO, Walter. *Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges, and Border Thinking. Princeton: Princeton University Press, 2000.* pág. 40.

Essa perspectiva é fundamentadamente apresentada por Nelson Maldonado-Torres[439], de modo a propor o termo “colonialidade do ser”, por apontar que a colonialidade afeta a diretamente subjetividade e a existência dos povos dominados. Apesar do principal fator da colonialidade do ser se manifestar através da desumanização e da negação de direitos dos seres subalternizados, a perpetuação do pensamento de inferiorização e opressão de povo persiste, em razão da cultura naturalizada pelo processo histórico, fazendo com que as pessoas tenham seus pensamentos de inferioridade social e cultural delineador arraigados e difusos na sociedade, a fazer exigir, dos próprios sujeitos dominados, a mesma postura dos povos dominadores. Ou seja, os próprios membros dos povos colonizados exigem, de si mesmos, a observância da cultura e costumes cuja carga adveio do processo de dominação, exigindo-se uma forma europeia de condução do comportamento subjetivo.

A descolonização (ou decolonização) passa, então, a ser o processo que visa reconstruir a sociedade modelada pelo processo de dominação de povos, para fazer com que a sociedade se liberte da visão de mundo e de valores que foram impostos durante o tempo de exploração, notadamente pelo povo europeu, a fim de resgatar suas origens e adequar ao novo mundo através de um processo de viragem cultural, sem, ao mesmo tempo, deixar de aceitar as perspectivas europeias, desde que não aceita a própria dominação. Com a devida educação, afirma-se a possibilidade de transformar a cultura dos povos oprimidos, quando esses realizam a crítica e percepção da necessidade de resgatar seus valores e costumes, frente ao poder da cultura opressora[440].

Nesse caso, o resultado de todo o processo de colonização e de descolonização fará emergir uma nova consciência geral de promoção de igualdade, justiça social e liberdade. Mas até lá, ainda predomina, no Brasil, o modelo eurocêntrico de dominação e exploração, já que ainda se normaliza as violências contra mulher, negros e indígenas. Com isso, a antiga hegemonia da cultura opressora ainda faz imperar uma consciência comum de naturalização a determinados atos violentos que não se admite mais, como o racismo, a violência

[439] MALDONADO-TORRES, Nelson. *Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón (orgs.). El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores,* 2007.
[440] FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. São Paulo. Paz e Terra. 1974.

contra a mulher e a intolerância religiosa. Esse processo de transformação é realizado com a revisitação de todo o processo histórico e social, a modelar novas culturas através da reconstrução cultural, considerando o passado, o presente e o futuro, com vista a combater e prevenir os atos ilícitos enraizados.

Não é incomum ouvir, em sala de audiência criminal, de um homem ofensor, que não havia agredido a sua esposa, mas somente a xingado e a ameaçado, como isso não fosse uma violência. Significa dizer que a violência moral e psicológica contra a mulher ainda está naturalizada em nossa cultura, uma vez que ainda há muitas pessoas que, em decorrência do patriarcado e do machismo, ainda compreendem com normalidade determinadas violências.

Igualmente, não é raro ver pessoas violentando atos ou objetos religiosos, notadamente de matiz africana, ainda com a consciência de que se trata de algo ilícito ou pecaminoso, como pregavam as religiões advindas dos povos opressores. Com isso, profanam os cultos, as ceitas, os objetos das religiões que não se adequam ao modelo imposto pelo colonizador, a revelar a normalidade de tais práticas.

No campo do tratamento entre pessoas, em virtude do processo de escravidão, normalizaram, por muitos anos, os atos de violência contra o povo negro, a justificar todas as práticas mais nefastas contra a dignidade humana, através do racismo, desde a colonização, a naturalizar as diversas formas de discriminação humana. Na atualidade, o movimento negro tenta, por meio de medidas educacionais e afirmativas, a reparação do processo histórico e a mudança da consciência coletiva nos temas que tocam essa questão, na busca do fim da discriminação da raça.

No âmbito dos povos originários, impõem-se as regras colonizadoras contra essa população indígena. A consciência coletiva atual apresenta conflito diante de uma consciência coletiva especializada da população indígena, em razão do processo cultural definidor das condutas. A título de verificação da hipótese, no Brasil, há treze etnias indígenas diferentes que fazem com que os pais matem seus filhos indígenas nascidos com deficiências físicas[441]. A consciência coletiva dessas

[441] Reportagem: Tradição indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física. A prática acontece em pelos menos 13 etnias indígenas do Brasil. Uma tradição comum antes mesmo de o homem branco chegar ao país. Disponível em:

treze etnias molda a conduta de cada agente, embora se difira da consciência majoritária, que preceitua o delito de homicídio qualificado pelo motivo torpe. Entretanto, durante todo o tempo de dominação, exigiu-se que os povos indígenas alcançassem, de alguma forma, o conhecimento da cultura hegemônica e até da própria lei penal, notadamente da proibição desse tipo de homicídio. Logo, quando um indígena mata seu próprio filho, por possuir alguma deficiência, exige-se que deve ou deveria saber que o fato se amolda ao crime de homicídio qualificado (art. 121, §2º, inciso I, CP).

Além disso, a cultura majoritária, ao prescrever as leis penais no Brasil, enquadra o indígena isolado como uma pessoa com desenvolvimento mental incompleto, na condição de semi-imputável. Contudo, além de não ser correto subsumir o indígena à pessoa com desenvolvimento mental incompleto, trata-se de discriminação racial por sua condição étnica ou cultural, que traduz o equívoco que remonta a visões preconceituosas e ultrapassadas, associadas a estereótipos racistas e colonizadores que inferiorizam os povos indígenas. O desenvolvimento mental de uma pessoa não está relacionado a sua etnia, cultura ou origem, mas sim a fatores individuais, como saúde, ambiente social e condições psicológicas. Os povos indígenas possuem culturas, conhecimentos e formas de organização social complexas, que são subestimadas e mal compreendidas por quem não conhece as suas tradições. No contexto jurídico, a legislação brasileira reconhece a diversidade cultural dos povos indígenas e garante seus direitos específicos, como o direito à terra, à preservação de suas culturas e à autodeterminação. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 231[442], reconhece os direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, além de garantir o respeito às suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições. Portanto, a ideia de que os indígenas têm "desenvolvimento mental incompleto" é discriminatória, não havendo base científica, legal ou ética, sendo fundamental compreender que a diversidade cultural não faz o indivíduo ser inferior a outro, caso contrário, todos assim seriam em relação às culturas distintas, já que não se pode conhecer as leis e culturas de todos os povos.

---

https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html. Edição do dia 07/12/2014. Acesso em 30/12/2024.

[442] Art. 231, CF: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Com base nas regras sociais que delimitam o comportamento de cada indivíduo, observa-se que a conduta humana, pautada pela consciência coletiva, pode ser compreendida como lícita ou ilícita, conforme as disposições legais previstas no ordenamento jurídico vigente ou nos valores que a comunidade carrega. No entanto, essa consciência coletiva não é capaz de alterar as circunstâncias fáticas que envolvem a ação de uma pessoa, mas a sua compreensão. Por exemplo, quando um homem xinga sua esposa, acreditando que tal ato não configura o crime de injúria, ele pode não ter conhecimento específico da norma jurídica, mas sabe, de fato, o que está fazendo. Da mesma forma, quando um indígena mantém relação sexual com uma menina de sua comunidade, menor de 13 anos, após a menarca, acreditando ser uma conduta lícita segundo seus costumes, ele tem plena consciência de que está mantendo uma relação sexual com uma pessoa de 13 anos, embora desconheça a regra proibitiva do Código Penal Brasileiro. Nesses casos, não há erro quanto às circunstâncias fáticas, mas sim uma divergência entre a percepção cultural ou individual e o que a lei estabelece.

Essa distinção entre o conhecimento das circunstâncias fáticas e a compreensão da ilicitude da conduta é essencial para analisar situações em que há um conflito entre práticas culturais e normas jurídicas, sem desconsiderar a complexidade desses contextos.

Logo, a verificação desses casos recai sobre o dolo normativo (possibilidade de conhecer a lei penal), por meio da valoração da aquisição consciência individual moldada pela consciência coletiva presente onde a pessoa está inserida socialmente e dentro do processo judicial. Não se trata de análise do dolo natural, pois este existe por meio da consciência e da vontade, em que pese não conhecer o direito, por conta da cultura em que está inserido. Por isso, a valoração acerca da cultura do agente recai sobre o dolo normativo, para aferir se o agente tinha o conhecimento da lei penal ou a possibilidade de a conhecê-la.

Quando um homem menospreza violentamente a sua esposa, tem plena consciência e vontade de promover essa conduta, mas, quando apresenta a informação de que não sabia que isso era um crime, estamos dentro da análise do conhecimento da lei pelo agente. Quando o agente xinga determinado jogador de futebol, valendo-se de expressões racistas, acreditando tratar-se de algo lícito, estar-se-á no campo da consciência da ilicitude. Não se trata de erro fático, mas erro de

proibição, pois recai sobre o conhecimento da lei. Quando um indígena mantém relação sexual com uma indígena, menor de 14 anos, a partir da primeira menstruação dessa, o que se analisa é conhecimento da lei pelo indígena, e não se ele conhecia as circunstâncias fáticas.

Identifica-se, portanto, que a análise de imputação do fato à lei penal não é feita considerando o dolo natural que o agente possui no momento do fato. Ele conhece as circunstâncias percebidas através dos órgãos sensoriais, transformada em imagens pelo pensamento, de modo a dirigir a sua conduta em um determinado sentido. E, o que de fato se tem é, a análise do alcance do conhecimento da lei, valorada sob a perspectiva de um terceiro observador, considerando todos os contextos sociais e culturais em que o agente está inserido, para atingir a consciência da ilicitude do fato.

Portanto, o processo cultural (seja qual ela for) não é motivo de ruptura da capacidade cognitiva e volitiva do agente, mas cuja valoração normativa é exigida no campo da culpabilidade, quando da aferição, no caso concreto, da possibilidade de o agente alcançar a lei penal incriminadora. Logo, o debate sobre o processo histórico-cultural dentro do conceito analítico de crime recai no terceiro momento de verificação do delito, sob as premissas do erro profano (erro de proibição).

No outro caso acima exposto, se o indígena matar seu filho, em razão de ter nascido com alguma deficiência, em cuja comunidade é considerada como uma norma a ser seguida, se caso sobrevier uma imputação penal contra ele, não se fará uma análise sobre o erro de tipo (engano das circunstâncias fáticas), mormente por não haver, já que detinha pleno conhecimento de que matava seu próprio filho recém-nascido, por causa da deficiência existente. Igualmente, não se fará uma análise de inimputabilidade, em decorrência de desenvolvimento mental incompleto, já que isso é fruto das ideias colonizadoras. Não é correto afirmar que o indígena possui desenvolvimento mental incompleto em razão do não conhecimento da lei penal brasileira, como ainda o Direito Penal assevera (art. 26, CP). Obviamente, o que se tem é verificação sobre o conhecimento da lei através de seu acesso à cultura majoritária (e não se verifica a inimputabilidade do indígena), mas o potencial conhecimento da ilicitude do fato, no campo da culpabilidade.

Portanto, dentro de um processo-crime, a análise judicial da consciência geral é realizada na culpabilidade, notadamente acerca da capacidade de o agente

alcançar a lei penal, cuja valoração deve ser realizada sob o ponto de vista de um terceiro observador, sem desprezar as condições pessoais do agente. O operador do Direito deve promover uma verificação desse elemento partindo do ponto de vista do próprio agente, e não de si mesmo. No lugar do agente, teríamos condições de conhecer a lei penal? Com essa indagação, busca-se as informações para desvendar a existência de erro de proibição justificável ou injustificável.

Nos exemplos acima, não se admite o desconhecimento da lei quando um marido xinga sua esposa ou quando um torcedor pratica atos racistas contra um jogador. Contudo, é plenamente possível verificar o erro de proibição do indígena que mata seu filho deficiente ou que mantém relação sexual com uma menina de 13 anos, quando, diante do total desconhecimento da cultura majoritária, verificar-se a impossibilidade de conhecer a lei penal. Para se chegar a essas conclusões, o operador do direito deve se colocar na visão do agente para saber se era possível alcançar a lei penal brasileira. Caso contrário, um juiz sempre condenará o indígena (ou qualquer pessoa), pois *iura novit curia*. Se o juiz não se colocar na condição do agente, sequer haveria a possibilidade de alegar o desconhecimento da lei em casos excepcionais, já que estaria sempre se igualando à pessoa do imputado.

Por isso, não se pode desprezar as preciosas lições do i. professor Juarez Tavares, que nos assevera acerca da existência de delitos culturalmente motivados[443]. Esses ocorrem quando o sujeito, diante do seu conhecimento de mundo, é orientado a desenvolver uma conduta que, embora previsto como crime, não consegue chegar a esse conhecimento. Entretanto, para o i. professor, não se trata de erro de proibição, mas um fator incidente na construção da conduta, que é a própria consciência interna, a dirigir a sua conduta a um fim lícito. Por isso, não deve ser valorado na culpabilidade, mas sobre o dolo natural (consciência), já o agente atuou para a deflagração da conduta, motivado pelo conhecimento de mundo.

> Um índio, por exemplo, que jamais teve acesso à vida de uma grande cidade, mantém relações sexuais com sua mulher menor de 12 anos. Esse fato pode constituir estupro de vulnerável, mas a vida sexual das índias inicia-se, na selva, bem cedo, fora dos padrões ocidentalizados; o contexto, sendo diverso, impede a orientação de conduta e, portanto, torna impossível uma pretensão de validade diversa para sua atuação. Da mesma forma ocorre com o tão propalado infanticídio de crianças deficientes. De conformidade com a cultura de certas tribos, como a dos Ianomâmis, só haverá nascimento quando a mãe, ao dar à luz, recolher a criança do solo onde foi lançada com a expulsão do útero; antes disso, não haverá

[443] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 171.

> nascimento. Assim, se a mãe abandonar o filho deficiente, antes de envolvê-lo nos braços, por essa cultura não haverá morte de uma pessoa humana, mas apenas de um feto. Poder-se-á entender como brutal essa cultura, mas é bom lembrar que, mesmo no direito vigente, o início do nascimento depende da forma de explicação do fenômeno: se com o rompimento do saco amniótico, se com o início das dores do parto, se com os movimentos de expulsão ou com o início do procedimento cirúrgico da cesariana. Na Idade Média, por exemplo, a morte de criança com grave defeito físico era considerada como impunível, embora ao infanticídio se chegasse a cominar a pena capital. Igualmente, sempre gerou discussão a questão relativa não apenas ao nascimento, mas, sim, ao começo da vida. Segundo uma antiga formulação agostiniana, retomada pelo Papa Gregório XIV, o feto seria considerado com vida, somente depois de 116 dias da concepção, quando se realizaria o "teste vivificante". Essa mesma concepção foi mais tarde alterada pelo Papa Pio IX que eliminou a distinção entre feto animado e inanimado. Não existe, dessa forma, uma universalidade quanto às decisões dos sujeitos, em face de sua subordinação cultural. Não se pode dizer que toda a humanidade segue sempre um determinado padrão. Ainda que esses fatos sejam graves aos olhos do direito estatal, deverão estar fora do direito penal quando praticados naquelas condições culturais primitivas. O índio não é portador de distúrbio ou perturbação mental, nem tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado, falta-lhe apenas a vinculação de contexto que o habilite a participar do discurso enunciador da conduta proibida e proceder a uma autocrítica de sua própria conduta, ou seja, de agir como pessoa deliberativa em face da norma criminalizadora. **Essa não é uma questão de culpabilidade, mas de nítida ausência de ação penalmente relevante e, consequentemente, de eliminação do injusto.**[444] **(grifo nosso)**

Entretanto, ousa-se discordar do eminente professor, em razão da fundamentação que se deve valer, quando se deparar com uma situação dessa em um caso concreto. Não há dúvida de que o dolo normativo influencia o dolo natural. A cultura modela a ação humana. Entretanto, para análise jurídica de subsunção do desconhecimento da lei penal, em razão da cultura, deve ser realizada quando da verificação acerca do agente sobre a sua capacidade de alcançar a lei penal. Em outros termos, a análise do erro de proibição deve ser feita após identificar a existência de um fato típico e antijurídico, para que se possa reconhecer a justificativa do desconhecimento da lei. Afinal, o agente pode alegar, inclusive, a existência de uma justificante não prevista em lei, como a famigerada "legitima defesa da honra" ou o exercício regular de direito, como justificante de estupro.

Por outro lado, na eventualidade de um indígena isolado conhecer a lei penal brasileira ou os costumes majoritários do Brasil e, ainda assim, agir com a sua consciência subjetiva, baseada nos costumes e tradições de seu povo, acreditando que poderia, p.ex., matar seu filho com deficiência, a fundamentação continua a ser

[444] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 173.

o desconhecimento da lei penal, pois acredita que a “lei” de seu povo seja superior ao Código Penal.

Noutro contexto social, quando o marido, mediante ação violenta e não consentida, mantém relação sexual com sua esposa, supondo ser seu direito, a pretexto de estar exigindo licitamente o débito conjugal, quando da subsunção do fato ao tipo penal incriminador de estupro, essa análise é feita após a verificação da existência de uma conduta típica, uma vez que não se confunde o dolo natural com o dolo normativo, para efeito de verificação jurídica, muito embora a influência desse naquele. Nesse caso, trata-se de desconhecimento da lei, quanto à alegação da excludente de ilicitude do exercício regular de direito, sem, contudo, haver engano sobre as circunstâncias fáticas.

O conhecimento das circunstâncias fáticas, comum a todos com capacidade de entender, é relevante para a formação da consciência e da vontade e, por conseguinte, do próprio dolo natural, uma vez que o agente promove cognitivamente, através da percepção, a antecipação, ainda que mínima, de um resultado objetivamente típico, quando idealiza a realização da conduta. Por óbvio, tratando-se de dolo natural, não se exige o conhecimento da lei penal, embora esse conhecimento seja importante para a formação do dolo. O agente pode conhecer ou não a lei penal para querer a produção de um resultado material, mas se souber a lei proibitiva terá melhores condições de ponderar a sua conduta, já que a reprovação normativa guia o comportamento social e das pessoas individualmente. Por isso, o dolo contido na conduta não contém o caráter normativo, mas somente o conhecimento das circunstâncias fáticas para a promoção de um comportamento proibido por lei, embora a importância do dolo normativo para a formação do dolo natural.

Por isso, apesar da importância da lição do venerável professor Tavares, que inclusive se admite como hipótese, verifica-se mais plausível a verificação desse fato pelo operador do direito no campo da culpabilidade, quando da análise do conhecimento da ilicitude. Nesse aspecto, ousa-se discordar, porquanto, em que pese a consciência comum afetar a consciência individual, não retira a plena capacidade cognitiva e volitiva do agente e, consequentemente, resta difícil a exclusão do dolo natural. A consciência geral não confunde as circunstâncias fáticas, de modo que não se leva à verificação do erro de tipo. Ao mesmo tempo, a

consciência coletiva direciona a ação humana em um sentido e, quando o agente realiza uma conduta típica e ilícita, a análise recai sobre o erro profano na culpabilidade. Caso contrário, estar-se-á por admitir o erro de proibição como inserto no campo do dolo natural, o que ressoa confuso e não factível quando da justificação da imputação jurídico-penal.

A título de exemplos a causar estranheza, existem os seguintes tipos penais incriminadores e que a sociedade não os conhece (o que difere das premissas do princípio da adequação social): o delito de produção caseira e clandestina de açúcar[445]; o crime do cupido, que medeia uma pessoa a servir a lascívia de outrem[446]; o crime do pai que leva reiteradamente seu filho menor a um estádio de futebol[447]; a contravenção penal de embriaguez[448], ou a contravenção praticada reiteradamente pelo garçom[449], que serve bebida alcoólica ao embriagado, entre outros tantos na legislação penal. Esses fatos, comuns na sociedade, levam a perplexidade do sistema jurídico, já que o agente não conhece a lei penal, mas tem a plena convicção, por razões culturais, de que não está a cometer infrações penais. Portanto, embora sua conduta tenha a finalidade de não praticar o delito, os fatos foram conscientemente realizados e se enquadram formalmente na lei penal. A consciência e a vontade foi de servir a bebida alcoólica, por exemplo. Logo, é possível verificar essa circunstância no dolo normativo, em que pese a existência do princípio da adequação social, que incide na tipicidade material.

---

[445] Art. 1º do Decreto-lei nº 56, de 1966): Constitui crime:

b) **Produzir açúcar em fábrica clandestina,** conforme previsto nos artigos 22 e 30, do Decreto-Lei número 1.831, de 4 de dezembro de 1939, bem como dar saída ou armazenar o produto assim irregularmente obtido;

Pena - Detenção de seis (6) meses a dois (2) anos.

[446] **Mediação para servir a lascívia de outrem**

Art. 227. CP - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

[447] Art. 247, CP - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I - **freqüente casa de jogo** ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

[448] Art. 62, decreto-lei 1.688/41: **Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez**, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

[449] Art. 63 decreto-lei 1.688/41: **Servir bebidas alcoólicas:**

II – a quem se acha em estado de embriaguez;

Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

Se um indivíduo, por exemplo, apanha um papagaio e o mantém dentro de casa, sem autorização do órgão competente, por supor não precisar dessa, tem a consciência de que está mantendo um papagaio em cativeiro (consciência e vontade = dolo natural). Ao alegar desconhecer o artigo 29 da lei 9.605/98 (Lei de crimes ambientais)[450], muito embora não queira diretamente ou indiretamente praticar um crime ambiental (dolo específico), o dolo analisado é o normativo, a ser valorado sob a perspectiva de um terceiro observador, e não sobre as condições do dolo natural. Caso contrário, ao afirmar não ter dolo na conduta, por desconhecer a lei, sequer terá conduta, parando a verificação logo no primeiro elemento e não se podendo averiguar o nexo, o resultado e a tipicidade. Por isso, apesar de reconhecer a cultura como um fator determinante para a realização da conduta, não se mostra fácil a justificação da inexistência de conduta relevante (ou existência de conduta irrelevante), ao afirmar a falta de dolo natural (direito ou eventual) ou de culpa. É mais factível e plausível a fundamentação sobre o dolo normativo, uma vez que estar-se-á diante da verificação axiológica, quando, nas circunstâncias do caso concreto, o agente estar (ou não) em condições de conhecer o direito, em razão da consciência coletiva.

Portanto, a consciência coletiva exerce um papel fundamental na formação do entendimento das pessoas sobre a lei e as normas que regem a sociedade, já que advém do conjunto de crenças, valores, costumes e normas compartilhados pelo grupo social, e que orientam o comportamento cada pessoa. Essa consciência coletiva influencia diretamente o conhecimento da lei escrita, pois as normas jurídicas não existem em um vácuo social, já que são criadas e interpretadas dentro de um contexto cultural específico, refletindo os valores e as expectativas da sociedade, e, ao mesmo tempo, retirando a possibilidade de a pessoa conhecer a lei penal proibitiva, pois nem sempre há uma correspondência perfeita entre a consciência coletiva e a lei. Veja-se as práticas culturais ou tradicionais que divergem das normas jurídicas, criando um conflito entre o que está na lei e o que o agente pensa. Essa divergência ocorre quando a consciência coletiva é moldada por experiências históricas, tradições, costumes e valores

[450] Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:
Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

específicos de cada grupo, enquanto a lei busca estabelecer padrões universais de conduta. Assim, o conhecimento da lei por parte dos indivíduos é influenciado não apenas pelo acesso à informação jurídica, mas também pela maneira como a consciência coletiva interpreta e internaliza essas normas.

Logo, nesse particular, a consciência coletiva atua como um filtro que orienta as pessoas acerca de sua compreensão sobre a lei, e não sobre a sua própria conduta individual. Embora tenha capacidade de influenciar as ações humanas, demonstrando a importância do contexto cultural e social, no âmbito do conceito analítico de crime, essa verificação deve recair sobre a culpabilidade, quando da análise da possibilidade de o agente conhecer o direito, pois não retira a capacidade de alcançar a consciência fática e a vontade de desenvolver o comportamento proibido por lei. Por isso, a consciência coletiva, nesse ponto, deve ser valorada sob a perspectiva de erro de proibição, na medida em que, no caso concreto, o agente não tenha capacidade de conhecer a lei penal incriminadora, embora não estivesse sob erro fático.

3.5.2 A CONSCIÊNCIA COLETIVA COMO FORMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL PARA SE FIRMAR A CAUSA DE SUPRESSÃO DA TIPICIDADE MATERIAL.

Diferentemente da situação anterior, outra incidência da consciência coletiva consiste no direcionamento da conduta humana contrária ao Direito, mesmo tendo o agente conhecimento da lei proibitiva. É possível que a pessoa conheça a lei penal incriminadora, mas tenha a consciência e a vontade dirigidas a prática de um ato lícito, já que a consciência coletiva apresenta o fato com normalidade dentro das práticas sociais. Nessa situação, o agente não atua sob nenhum erro, mas amparado pela própria compreensão de adequação do fato aos padrões normais de convivência, a ponto de não o considerar como algo proibido, em razão da força dos costumes e valores sociais no mesmo sentido. Assim, a doutrina penal apresenta essa anomia sob o princípio da adequação social, como corolário da consciência coletiva, a excluir a tipicidade material do delito.

A teoria da adequação social, como causa de exclusão do delito, advém da anomia causada pelo conflito havido entre o que a sociedade faz ou entende como natural e a proibição havida por expressa previsão em lei, constituindo um fruto de uma desorganização do direito. Essa situação não retira o conhecimento da lei, nem o dolo natural do agente, mas a tipicidade material do fato, já que a sociedade não o considera como crime. A consciência geral torna perplexa a orientação que o povo tem e o que a lei impõe, porquanto extremamente divergente. Por isso, embora o agente promova uma ação prevista formalmente como delito, o fato não é assim considerado, em razão da adequação social.

> A teoria de adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não é considerada *típica* se está socialmente adequada ou reconhecida, isto é, de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada (*v.g.*, restrição da liberdade ambulatória de um usuário de transporte coletivo; intervenção cirúrgica realizada com fim terapêutico e resultado favorável; exploração de indústria perigosa com afetação da saúde do trabalhador, lesão desportiva etc.).
> Convém observar que "as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social". Noutro dizer: ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente. É ela portadora de um determinado *significado social*, sendo expressada *funcionalmente* no contexto histórico-social da vida de um povo.
> O costume desenvolvido no tráfego viário constitui exemplo claro do aspecto funcional da adequação social: "a ideia de que a social existência comunitária é um mundo funcional, no qual todos os bens jurídicos estão uns necessariamente junto a outros e desde o início em um intercâmbio recíproco de efeitos e contra efeitos (quer dizer no trânsito), isto é, estão em função viva, exteriorizando sua existência como bens vitais sociais.[451]

Nesse sentido, quando um farmacêutico faz um furo na orelha de uma menina recém-nascida, tem a consciência e vontade de fazer o furo. Sabe que isso causa uma lesão corporal na criança. Igualmente, conhece a lei penal que proíbe os atos que violam a integridade física. Entretanto, sabe que a sociedade aceita tal prática, de modo que o fato não é considerado como crime, por ser socialmente aceito. Não precisa ser um jurista ou um exímio conhecedor das leis penais, já que seu conhecimento sobre o fato advém da própria tradição cultural do povo. Portanto, falta tipicidade material, embora o agente tenha dolo natural e normativo do fato.

Nesse particular, a adequação social é considerada como causa de exclusão da tipicidade material, já que é verificada no contexto do injusto penal, e

[451] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. pág. 297

não se confundindo com a análise do conhecimento e da interpretação da lei penal. Por isso, em razão da anomia, tem-se a conduta dolosa materialmente atípica, em razão do contexto cultural. Assim, por mais que o agente tenha a intenção de violar dolosamente a lei penal (já que a conhece), não haverá tipicidade material, em razão da consciência coletiva em sentido diverso, já que o fim visado não se amolda ao modelo legal de crime.

Juntamente com a formação do elemento cognitivo nas circunstâncias fáticas, tem-se a vontade da realização de um comportamento tendente a uma finalidade conhecidamente prevista como crime. O elemento volitivo propulsiona o agente à efetivação do resultado jurídico e/ou naturalístico, por conhecer a lei penal, aliando a consciência e a vontade de agir ao conhecimento da lei proibitiva, por meio de uma conduta comissiva ou omissiva legalmente proibida, mas que socialmente não é indesejada. Portanto, não há desvalor do resultado penalmente típico[452].

A teoria da adequação social está fundamentada na liberdade de ação, na ausência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico relevantemente protegido pela lei penal e na aceitação social da conduta, que se extrai de uma exegese finalística (teleológica) das regras incriminadoras. Por isso, a utilidade social da conduta ou a sua tolerância faz com que o fato seja um indiferente penal[453].

Quando um médico realiza um procedimento médico para correção estética do paciente, colocando, por exemplo, próteses mamárias, sabe que a incisão representa uma lesão corporal. O profissional tem conhecimento de que lesão corporal é previsto como crime no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, o dolo natural e o dolo normativo estão presentes. Contudo, embora se possa pensar no exercício regular de direito, como causa de exclusão do ilícito, também pode-se afirmar que o fato é aceito socialmente, de modo que, se realizada dentro dos limites profissionais, o fato também será um irrelevante penal, face a incidência do princípio da adequação social. Verifica-se, nesse exemplo, que a interpretação igualmente considera a teoria do risco, mas com ela não se confundindo, já que essa analisa o risco no âmbito da causalidade, em razão do incremento ou a realização do risco

[452] Idem. pág. 298.
[453] Idem. pág. 298.

proibido, enquanto a adequação social é a realização do risco permitido e aceito socialmente[454].

Entretanto, pode haver a realização de uma conduta sob o risco permitido, mas não aceito socialmente, hipótese em que o agente não será responsabilizado penalmente, diante do caso fortuito ou força maior. Ou seja, o desvalor do resultado não será imputado, em razão da ausência do desvalor da conduta, já que o resultado não poderá ser atribuído ao agente, como ocorre nos casos de inevitabilidade. Por isso, nem sempre o risco permitido está associado à adequação social, notadamente quando se observa o desvalor da conduta.

> Numa palavra, a adequação social e o risco permitido têm como pressuposto fundamental a existência de uma lesão ao bem jurídico que não chega a constituir um desvalor do resultado. Não há, portanto, um resultado típico.
> Nos casos de adequação social, a exclusão da lesão produzida do âmbito do resultado penalmente típico ocorre em virtude de uma *interpretação teleológica restritiva dos tipos*.
> De outro lado, nas hipóteses de risco permitido, a ausência de desvalor do resultado se explica porque o resultado produzido não pode ser imputado a título de dolo ou de culpa, isto é, a falta de desvalor da ação repercute sobre desvalor do resultado, e não há desvalor do resultado sem desvalor da ação.[455]

Assim, ao contrário do que lecionava Welzel, que asseverava apenas pela análise do desvalor da conduta, aqui, haverá crime quando conjugar o desvalor da ação e do resultado típico, que efetivamente lesar ou expor risco ao bem juridicamente tutelado, já que haverá um conteúdo de relevância formal e material para o Direito Penal, a constituir o fato típico. Portanto, imperiosa a análise do desvalor da conduta e do resultado para o enquadramento típico da conduta.

> A *tipicidade* de um comportamento proibido é enriquecida pelo *desvalor da ação* e pelo *desvalor do resultado* lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de *tipicidade material.* Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando--se ao *socialmente permitido* ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica. Mas, como afirma Jescheck,“ só se pode falar de exclusão da tipicidade de uma ação por razão de adequação social se faltar o conteúdo *típico* do injusto”.[456]

Percebe-se que a adequação social é observada como princípio geral do Direito Penal, a ser sopesada no âmbito da tipicidade material, quando da valoração

---

[454] Idem. 300.
[455] Idem. pág. 301.
[456] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pág. 80.

do resultado. Essa valoração recai sobre o juízo de previsibilidade anterior e posterior ao fato, com a finalidade de excluir a tipicidade do fato. Se o agente cogita que sua conduta não é antissocial (juízo *ex ante*) e não aceita o desvalor do resultado (juízo *ex post*), e o intérprete reconhece e anui com a procedência desses juízos, a adequação social recai sobre as circunstâncias do resultado da subsunção, a excluir o injusto penal[457].

Não há que se tratar de uma forma de interpretação superficial ou instável, a justificar qualquer atipicidade, porquanto os costumes, a cultura ou os valores sociais que fundamentam a incidência do imperativo no caso concreto restam bem aceitos e enraizados na comunidade, retirando a elasticidade da motivação. É dizer que o juiz não deve considerar seus pensamentos morais e subjetivos ou seus hábitos próprios para incriminar ou não determinada conduta, mas deverá considerar o aspecto social vigente para fundamentar a atipicidade. Por exemplo, por mais que intimamente não aceite a realização de tatuagens e *piercings*, o juiz jamais poderá condenar um tatuador por crime de lesão corporal, já que as circunstâncias regulares dessa conduta se encontram de acordo com os padrões firmados em nossa comunidade.

Por outro lado, o tatuador tem conhecimento prévio de que a sua conduta é aceita e que o resultado não é um relevante penal, ainda que não seja um estudioso do direito. Ao se realizar a tatuagem no cliente, o agente tenciona sua consciência e vontade para a realização de uma pintura, ao tempo em que conhece a existência do delito de lesão corporal. Estão presentes, pois, o dolo natural e o dolo normativo, bem como o conhecimento da conduta, do nexo e do resultado, além de se antever as possíveis causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade. Ademais, não há erro de interpretação do fato, quando cotejado com a teoria da adequação social, afere-se a subsunção típica, ainda que por meio de seus pensamentos naturais e despidos de fundamentação técnico-jurídica para tanto.

Por outro lado, quando um jogador negro sofre injúrias raciais, pode-se haver quem julgue o fato como atípico, por afirmar ser conduta ainda aceita no campo de futebol, pois não passa de mera provocação da torcida adversária. Veja-se, nesse exemplo, que essa conduta racista e discriminatória pode ser vista como típica ou não, a depender da consciência do julgador, frente ao contexto social em

[457] Idem.

que vive, passando-se pelo filtro da adequação social, para incriminar ou não o ato, a gerar certa subjetividade de julgamento.

Entretanto, como se verifica, o princípio da adequação social é um valor fundamental contemporâneo incidente quando da análise da tipicidade material do delito, limitando o direito punitivo estatal, ao aceitar uma valoração normativa de política criminal no exame da tipificação do injusto, visando equilibrar a tutela dos bens jurídicos com o respeito aos direitos e liberdades individuais e valendo-se dos valores socialmente enraizados. Nesse contexto, a adequação social surge como um critério a permitir que condutas socialmente aceitas ou irrelevantes não sejam friamente criminalizadas, mesmo que formalmente se enquadrem em tipos penais incriminadores. Por isso, revela-se a necessidade de o Direito Penal ser útil e proporcional, evitando a criminalização de comportamentos que não afetam significativamente a ordem social.

O princípio da adequação social foi desenvolvido por Hans Welzel, na década de 1950, quando lecionou que nem todas as condutas formalmente típicas fossem consideradas como crimes, já que são socialmente aceitas ou irrelevantes.

> A adequação social é, de certa forma, a falácia da tipos penais: representa o âmbito “normal” da liberdade de ação social, que lhes serve de base e é assumida (tacitamente) para eles. Por esta razão, também estão excluídos dos tipos penais, ações socialmente adequadas, mesmo que pudessem ainda estar incluídas neles, de acordo com seu teor literal. [458]

Posteriormente, Roxin conseguiu incorporar à teoria do delito, fundando-se nos prismas da proporcionalidade e relevância social como filtro de tipicidade material, a promover a racionalidade da norma penal. Diferentemente da ideia de Welzel, que afirmava, de maneira generalizada, que a adequação seria uma forma de valorar e restringir os tipos penais, Roxin melhor situou o princípio quando da investigação da tipicidade material, sob os prismas das condutas socialmente aceitas, por serem insignificantes ou permitidas.

> *Ahora bien, el hecho de reconocer que la conducta socialmente adecuada es atípica no tiene sustancialmente más alcance que la perspectiva de que el tipo debe ser entendido como tipo de injusto; únicamente supone una remisión al desvalor social que es inmanente al injusto y constituye su fundamento material (cfr. para más detalles § 2). Por tímto, la inadecuación social caracteriza al tipo en su totalidad (como tipo delictivo) y no es un*

[458] WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3ª edição. Revista e ampliada da tradução. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.pág 84.

> *elemento concreto del tipo; en consecuencia, tampoco hay un error de tipo excluyente del dolo (§ 16), sino sólo un error de prohibición (§ 17) si alguien valora erroneamente su conducta típica como socialmente adecuada. Por eso la inadecución social sólo podrá emplearse a lo sumo como principio de interpretación del tipo: los tipos deben interpretarse de tal modo que sólo encaje en ellos la conducta socialmente inadecuada. Pero incluso el valor del juicio de (in-)adecuación social como pauta hermenéutica se ve relativizado por el hecho de que para los casos tratados desde este punto de vista tenemos a nuestra disposición medios interpretativos auxiliares más precisos.* [459]

Por óbvio, o princípio da adequação social expõe sua fragilidade, quando serve de argumento para considerar determinado fato como atípico, quando o contexto social aponta em outra direção, a depender da consciência social que o magistrado possui.

Portanto, antes de se valorar a ilicitude do fato e a culpabilidade do agente, há a valoração objetiva-subjetiva-normativa da subsunção típico-penal a ser realizada, e, considerando os pilares da teoria da adequação social, verificar que a conduta, o nexo e o resultado formalmente típico, for materialmente aceito pela comunidade, a melhor fundamentação da atipicidade se encontra nesse contexto de subsunção do injusto-penal, e não nas etapas subsequentes, a exigir do operador do Direito Penal a clara, justa e verdadeira justificativa de exclusão do delito, tentando-se ao máximo se despir de carga subjetiva de valores, para considerar a moralidade pública, os costumes e as tradições socialmente admitidas.

É óbvio que esse valor fundamental de adequação social, como causa de exclusão da tipicidade material, não se confunde com o erro de subsunção, na medida em que o erro de interpretação da lei recai sobre a análise da culpabilidade, notadamente quando do potencial conhecimento da lei penal. O verdadeiro reconhecimento da adequação social recai sobre a perfeita interpretação da lei penal por qualquer cidadão, pois atua na conformidade dos eventos sociais plenamente aceitos, embora previstos na lei como crime. Por isso, não se há erro de interpretação dos elementos do tipo penal incriminador.

Entretanto, pode existir o argumento de pessoas que violam a lei penal, diante do erro interpretação do texto penal e fundado numa pseudo-aceitação social da conduta, mas, quando analisado objetivamente, verifica-se que o fato não é

---

[459] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzon Peña. Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javir de Vicente Remesal. 2ª edción. Ed. Civitas. Madrid. 1997*, pág. 295.

aceito pelas tradições do povo, de maneira a não excluir a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, como se verá adiante. Portanto, para que a adequação social admitida como causa de exclusão da tipicidade penal, deve ser fundada no contexto social vigente no tempo e no espaço, e plenamente verificável por qualquer homem diligente, caso contrário, poder-se-á estabelecer uma insegurança jurídica a cada caso posto em julgamento.

3.5.3 O ERRO DE INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUBSUNÇÃO.

Como visto, reconhece-se a possibilidade de a cultura e de os costumes sociais interferirem diretamente na consciência e na vontade do agente que tem a plena capacidade de entender, de forma a nortear o seu comportamento. Ou seja, em várias situações, a intenção do agente é forjada pelos padrões sociais em que vive. Em regra, a lei incriminadora expõe as tradições culturais para rechaçar as condutas desviadas. Com isso, a sociedade não admite, moral e juridicamente, o homicídio, o roubo, o estupro etc., por exemplo.

Entretanto, no Brasil, há a peculiaridade da existência de diversas comunidades, com culturas e tradições distintas e, às vezes, sem que uma tenha contato com a outra. Nesse caso, a intepretação de um fato pode ser incoerente com a prescrição da lei penal brasileira, especialmente quando os costumes suprimem a capacidade de se conhecer a extensão da lei penal, através da extração do resultado de sua intepretação. Para exemplificar, tem-se o caso da comunidade indígena isolada, que realiza determinada conduta considerada como crime no campo do Direito Penal brasileiro, onde o pai indígena, que mata seu filho com deficiência, desenvolve a construção de sua consciência através de suas tradições culturas, de forma completamente distinta da cultura majoritária no Brasil, de modo a nortear a agir em determinada direção, por conhecer que certa prática é considerada como normal na comunidade. Logo, para o indígena, sua conduta não tem a intenção de cometer um crime previsto no Código Penal, embora tenha a finalidade de matar alguém. Nesse caso, o dolo está impregnado pelas raízes culturais, estabelecendo formalmente os delitos culturalmente motivados, que devem ser

analisados em sede de culpabilidade, mais precisamente no campo do conhecimento da lei (erro de proibição), justamente por não se tratar de incidência do princípio da adequação social aferida no âmbito da tipicidade material, nem de erro de tipo, já que o agente indígena sabe o que faz de fato. A sociedade brasileira, de modo geral, não admite que se mate uma pessoa, em razão da deficiência física ou mental havida, constituindo crime de homicídio privilegiado ou qualificado, a depender das circunstâncias. Por isso, quanto aos delitos culturalmente motivados, não há que se confundir entre a adequação social e o dolo normativo.

Por outro lado, é possível prever a possibilidade de um agente conhecer a lei penal, ter a consciência de que determinado comportamento representa uma figura típico-penal, mas ainda assim, supondo estar amparado por uma crença social de licitude do fato, empregar um comportamento que não é aceito pela sociedade. É, sem dúvida, uma hipótese em que o agente conhece o Direito Penal, sabe que a sociedade não o ampara, mas age de acordo com sua convicção pessoal. Com isso, invoca o delito culturalmente motivado. Nessa hipótese, o erro não está no conhecimento da lei, mas do resultado de sua intepretação, com base na crença pessoal, em razão da formação cultural em que se está inserido, de modo a fundamentar a sua alegação de licitude, por acreditar que seu comportamento se encontra na órbita da normalidade social.

Infelizmente, não é raro a existência de marido perseguir sua esposa, por temer eventual traição. Para tanto, constantemente realiza diversas ligações telefônicas para ela, com intuito de saber onde e com quem está, momento em que ela, por medo, sente-se tolhida de sua liberdade e privacidade, cedendo aos comandos dele. Em razão das reiteradas vezes, essa conduta é capaz de causar dano psicológico à mulher, ao manipular o comportamento e decisões, mediante chantagem, isolamento e limitação do direito de e vir, na medida em que, toda vez que tiver de sair sozinha, reflete por muitas vezes e prefere abdicar-se de seu direito de sair, por saber que o marido irá perseguir de alguma forma. Com isso, o marido causa sofrimento emocional em sua esposa, sem perceber ou acreditar que está agindo contrariamente ao direito, embora convictamente afirme encontrar-se em seu direito. Nessa situação, acreditando que está amparado por uma crença pessoal, o marido incide nos possíveis crimes previstos no Código Penal:

Perseguição

> Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.
> Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
> ...
> Violência psicológica contra a mulher
> Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:
> Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

O curioso é que se perguntar ao marido, de forma genérica, se a perseguição (*stalking*) e o dano psicológico devem ser reprovados e considerados como crime, sua consciência moral faz apresentar uma resposta positiva, mas sem perceber que a sua própria conduta se amolda naqueles tipos penais. Por isso, sua interpretação sobre os fatos praticados por ele mesmo faz promover uma resposta contrária, afirmando que seu comportamento não se amolda aos tipos penais transcritos acima, acreditando ser um exercício regular de seu direito, já que aceitos pela sociedade como normal.

Em determinados casos como esse, é possível perceber que o agente, por acreditar não praticar o delito, por motivo de crença (e não de costume), direciona sua conduta a lesar o bem jurídico (liberdade), supondo agir dentro daquilo que a sociedade entende como normal. Importante destacar que esse exemplo não se confunde, quando o agente, preocupado com sua esposa, liga para ela para saber como está e se está precisando de ajuda. Isso sim é um exercício regular de direito, já que pensa no bem-estar de sua família. O que se coloca como exemplo fático é o caso de o agente insistir nas ligações, controlando as ações da esposa, por ciúmes ou sentimento de posse.

Para corroborar a dinâmica exposta, é que, por vezes, a própria mulher também não compreende que vive sob violência e controle, em razão da cultura a que ela pertence. Ela também está forjada com esse sentimento opressivo, ofuscando a sua vulnerabilidade e a restrição imposta a seus direitos. Nesse caso, por mais que o homem afirme que não tem a intenção de causar dano psicológico e restringir a liberdade, essa é a consequência natural da conduta por ele realizada, ainda que não percebida pela própria mulher. Verifica-se, portanto, o erro de

interpretação, pois de algum modo conhece a lei penal e a sociedade não admite a perseguição.

Assim, o dolo (ainda que eventual) do marido, em relação a sua esposa, está direcionado a restringir a liberdade, não se importando com o resultado danoso, por acreditar estar no seu direito, agregado pela crença de aceitação por parte da esposa e da sociedade, já que essa é moldada por padrões machista, patriarcais e heterogêneas de dominação.

Entretanto, além de a sociedade reprovar a perseguição e o dano psicológico contra mulher (ou seja, o fato não ser adequado para a sociedade), o agente também conhece o direito, na medida que sabe da existência dos crimes de dano psicológico e de perseguição, embora não enxergue que a sua conduta configura os delitos mencionados. Tem pleno conhecimento de que a ação de perseguição e de dano psicológico constituem crimes. Não se trata, portanto, de falta de tipicidade material (incidência da adequação social), nem de erro de tipo, pois o marido sabe que sua conduta visa controlar as ações da esposa. Na verdade, o que se tem, a partir desse contexto, é o erro de intepretação da lei penal.

O erro de interpretação faz com que o agente, conhecendo o direito penal, aja supondo que sua conduta não se encaixa na norma, por fundamentar-se na aceitabilidade dos padrões sociais existentes. Por mais que o agente alegue que sua conduta não se amolde ao fato previsto como crime, seu erro está na interpretação do fato como crime, e não sobre a falsa percepção da realidade. Por isso, não se trata de erro de tipo, mas em uma espécie de erro de proibição. O erro está na interpretação do fato, supondo que não se amolda no crime, por motivos culturais. Seja como for, essa hipótese ventilada não justifica qualquer exclusão do crime, embora possa recair no momento da dosimetria penal, com o reconhecimento do desconhecimento da lei penal (art. 65, II, CP).

Esse erro de interpretação da lei penal recai, portanto, em razão do desconhecimento da própria lei, quando o agente acredita sinceramente não está cometendo qualquer delito, quando, na verdade, pratica um fato típico e ilícito. Embora se possa falar em erro de subsunção, importante destacar que com isso não se confunde, já que pode ocorrer de o erro de subsunção tanto na tipicidade, quando se imputa um crime diferente do que realmente ocorreu, ou, pelo desconhecimento da lei, o agente pensa não incidir em crime, em razão do erro de interpretação.

Ou seja, de certo modo, além do erro de subsunção existir quando do equívoco de tipicidade, é possível ocorrer o erro de subsunção, em razão do desconhecimento da incidência da lei penal. Logo, por exemplo, pode haver o fato de o agente ter praticado um crime de lesão corporal seguida de morte, mas, por erro, ser enquadrado como crime de homicídio, em razão das provas serem compreendidas de forma distorcida dentro de um processo criminal. Esse juízo ocorre quando da realização da tipicidade formal, valora-se erroneamente o dolo do agente, quando da análise do injusto penal.

Hipótese diversa é o erro de subsunção pela má compreensão da lei, que pode ocorrer quando o agente atua acreditando conhecer o direito e, assim, agir supondo encontrar-se dentro dos limites de seu direito. Trata-se de erro no conhecimento da lei, e não de juízo dos fatos. Logo, o erro de subsunção está diante do pleno desconhecimento da lei penal. É, nesse particular, que está a linha de raciocínio para apresentar a hipótese de erro de interpretação como causa a ser valorada no campo do conhecimento da lei penal, no âmbito da culpabilidade. Na doutrina, o erro de subsunção é lecionado como uma espécie de erro de proibição, em razão do equívoco da interpretação dos fatos. Nesse sentido, tem-se:

> Erro de subsunção: trata-se de um erro de interpretação. Para que o erro de subsunção seja considerado modalidade de erro de proibição, é preciso que atinja o conhecimento da ilicitude do ato. Se uma pessoa aconselha-se com um advogado, o qual lhe presta uma informação equivocada acerca do alcance de um dispositivo penal, age em erro de subsunção e pratica um comportamento delitivo, acreditando-o lícito — deverá aplicar-se o disposto no art. 21 do CP;[460]

Voltando ao exemplo acima, o caso não pode conduzir à absolvição do agente, se a vítima não consentir com a atitude do agente, que constantemente persegue e restringe a liberdade, ainda que ele imagine encontrar-se no seu direito, ante o contexto social que vive (contexto machista e patriarcal). Essa valoração recai no campo da culpabilidade, já que o erro da interpretação dos fatos, à luz da lei penal, denota o desconhecimento da lei penal. Portanto, é um erro profano que surge com base na cultura opressora não mais admitida.

Diferente será a hipótese de a esposa aceitar a dinâmica do marido como algo normal em sua vida. Ao compreender com normalidade que a conduta do

[460] ESTEFAM, André. Direito penal esquematizado. Parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Pág. 560.

marido de restringir a sua liberdade, quando, por exemplo, esse não a deixa sair com as amigas em uma sexta-feira à noite, ou recebe com naturalidade as ligações do marido, tem-se o consentimento como causa de exclusão da tipicidade. Não se trata de erro de interpretação da lei, que pode até ocorrer, mas sim inexistência de lesão ou risco de lesão ao bem jurídico tutelado, ante a anuência da vítima. Quando a esposa recusa o convite das colegas de trabalho, acreditando que não seria correto sair sem o marido, está aceitando e restrição da liberdade, cuja limitação encontra-se dentro da esfera de disponibilidade do bem jurídico, em razão de sua autonomia. Esse é um fato social brasileiro em que muitos acreditam que não há qualquer problema, muito menos a incidência de um delito. Portanto, nesse caso, não há crime em razão do consentimento da vítima, que exclui a tipicidade material, já que não há dano psicológico ou perseguição. Por isso, não se trata de exclusão da ilicitude, mas de exclusão da tipicidade, por não haver conduta dirigida à lesão ao bem jurídico tutelado.

Infelizmente, em razão de certa aceitação social de determinadas condutas, é que pode haver um problema de interpretação da lei penal. Quando algumas mulheres aceitam a limitação de suas liberdades, de forma natural, impostas por seus maridos, e vice-versa, ofusca a interpretação daqueles que pensam que também possuem o mesmo direito daqueles. Ou seja, se algumas famílias não veem problemas com esse comportamento controlador entre o casal, não significa que, os que não aceitam, devem se sucumbir a uma tradição machista ou patriarcal, para não se ter o ilícito penal. É, em razão disso, que se há a dificuldade de interpretação da norma penal, podendo, numa hipótese remota, cogitar o erro de proibição, já que o agente supunha não cometer qualquer crime previsto no Código Penal.

Para dar maior ênfase ao que se afirma, nos tempos atuais, alegam que os xingamentos, de cunho racista, realizados em estádios de futebol, faz parte da cultura futebolística. Aqueles que se utilizam de expressões e gestos racistas para provocar o jogador do time adversário aduzem estarem amparados pelos costumes e tradições do jogo, de forma que atos não se amoldam ao tipo penal de racismo. Trata-se, como se vê, de erro de interpretação da norma penal, porquanto não se admite tais xingamentos, nem faz parte da regra do futebol. Por isso, não há amparo legal para as condutas racistas, ainda que sob o fundamento de provocação do time

adversário ou de aceitação social. Logo, o erro na interpretação da lei penal não pode ser utilizado como fundamentação para absolvição do agente que comete esse crime. O fato de pensar em um sentido, não faz, por si só, excluir o crime, notadamente pelo erro de proibição.

Interessante observar que o erro profano pode recair também sobre elementares normativos do tipo penal, já que o intérprete faz a verificação de subsunção do fato com a lei penal, a gerar muita controvérsia doutrinária acerca desse erro, já que pode, de algum modo, recair sobre o juízo da tipicidade ou da culpabilidade.

> Alcides Munhoz Netto afirma que "não são elementos normativos do tipo, as referências à ilicitude da conduta, muitas vezes contidas na definição legal. Expressões como "indevidamente", "sem observância de disposição legal" ou "sem justa causa" são características da antijuridicidade, que não se convertem em circunstâncias do fato, apenas porque assinaladas o preceito incriminador. Dizem respeito à valoração do tipo, de sorte que a sua não percepção pelo autor pode implicar em ignorância da antijuridicidade, nunca em erro quanto à tipicidade" (*A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, p. 15). Por outro lado, Luiz Flávio Gomes, citando Muñoz Conde, explica que "temos que solucionar no tipo, antes que em qualquer outra categoria, o que sistematicamente pertence ao tipo e serve para constituí-lo, pois somente quando constatada a tipicidade de uma conduta e concretamente a tipicidade correspondente, que pode ser a de um delito doloso, de um delito imprudente ou inclusive nenhum, se o delito em questão não era punível em sua forma imprudente ou erro era invencível, se pode seguir indagando o resto das categorias ou erro que afete as mesmas". Por isso, conclui: "parece inevitável considerar como erro excludente do dolo, e, com isso, da responsabilidade penal, se não existe a correspondente previsão do delito imprudente, todo erro sobre elementos normativos ou sobre elementos referentes à antijuridicidade contidos nos tipos legais dos respectivos delitos (*Erro de tipo e erro de proibição*, p. 106). No mesmo sentido, Ivan Martins Motta, em monografia sobre o assunto, defende que "só se pode tratar o erro, que recai sobre os elementos normativos do tipo referentes à ilicitude, como erro de tipo, porque se esse é o erro que recai sobre os elementos constitutivos do tipo, e se as características especiais da ilicitude integram a descrição da conduta proibida, fazendo, por isso, parte da constituição do tipo penal, o erro sobre tais elementos só pode ser erro de tipo" (*Erro de proibição e bem jurídico penal*, p. 97).[461]

Com a devida vênia aos i. professores, o erro não está na percepção do fato, mas na interpretação da lei, ou seja, no conhecimento da extensão de incidência da norma penal, a ser verificada na culpabilidade, ainda que sobre os elementos normativos do tipo. O agente alega que pensava que sua conduta não era criminosa, por supostamente acreditar que a sua conduta estivesse aceita pela

[461] JUNQUEIRA, Gustavo, e VANZOLINI, Patrícia. Manual de direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.Pág 130.

comunidade em que vive. Por isso, embora possa recair, de algum modo, no exercício de subsunção do fato à lei, o que se há é, após a realização da tipicidade do injusto, o operador do direito avaliar a alegação do agente na culpabilidade, quando da verificação da capacidade de conhecer a ilicitude, em toda a sua extensão. Por isso, incide os preceitos e efeitos do erro de proibição, e não sobre o erro de tipo ou na tipicidade.

Para que se admita o erro de proibição, como causa de exclusão da responsabilidade penal, por motivo de costume contramajoritário, o operador do direito deve averiguar a efetiva vinculação do agente com a cultura distinta, como o caso dos indígenas isolados; inexistência de meios minimamente razoáveis de se conhecer a lei penal (falta de acesso à lei penal) e; crença na licitude do ato praticado.

Assim, para que não haja erro de interpretação e o fato possa ser considerado um indiferente penal, deve-se incidir os três requisitos expostos, de modo que o fato não será punido, em razão do efetivo e comprovado desconhecimento da lei penal. Por outro lado, se o agente tem a mínima capacidade de compreender que seu ato pode configurar um ilícito penal, que sua cultura reprova atos similares, não há como aceitar o eventual erro de proibição, como causa de exclusão do delito, uma vez que recai sobre o erro de interpretação da lei penal.

Quando o agente emprega palavras racistas para xingar o jogador do time adversário, tem conhecimento da prática de ato racistas como delito, que minimamente tem a capacidade de compreender que seu ato é reprovado. Que o fato de ser dentro de um estádio de futebol, não desnatura o fato, ao cotejar com os atos racistas praticados fora dos estádios de futebol. Dessa maneira, não exclui o dolo e o conhecimento da ilicitude do fato.

Nesse aspecto, pode-se imaginar que o erro de interpretação alegado pelo agente incide sobre eventual excludente de ilicitude, notadamente sobre o exercício regular de direito, ao supor que o seu agir encontra-se dentro da normalidade admitida pelo ordenamento jurídico. E, sobre isso, importante ressaltar que essa situação é apresentada dentro dos estudo sobre a diferenciação dos dolos pela teoria finalista, quando leciona acerca da doutrina puramente normativa da culpabilidade, ao distinguir o dolo natural e o dolo normativo.

No finalismo, o dolo natural não exige o conhecimento normativo da ilicitude, exigindo somente a vontade e a consciência para o comportamento. Por outro lado, o dolo normativo, valorado na culpabilidade, exige, como regra, que o agente tenha, ainda que reduzida, a capacidade de compreender a ilicitude de seu ato. Nesse sentido, a teoria limitada da culpabilidade, admitido pelo Código Penal brasileiro, preleciona que o erro de proibição pode ser direto ou indireto.

No caso apresentado, não se trata de erro sobre os pressupostos fáticos, como se exige para reconhecer o erro de tipo permissivo, a excluir o dolo. O agente não está enganado sobre a situação fática que se apresenta. Ao xingar um jogador de "macaco", sabe que está ofendendo a pessoa com palavras detentoras de elementos racistas e preconceituosos, embora afirme que o fato não se amolda no tipo penal, por acreditar ser parte da regra do jogo (por isso, alega o exercício regular de direito). Portanto, o erro não recai sobre pressupostos de fato, mas sobre a interpretação do fato como crime, mais precisamente sobre os limites da causa de justificação. Ou seja, não se trata de erro de tipo permissivo, mas de erro de proibição indireto, já que o agente desconhece (ou alega desconhecer) o limite do exercício regular de direito.

Citando Alcides Munhoz Netto, Luiz Regis Prado afirma que "*o erro de subsunção não exclui, portanto, o dolo, ainda que possa eventualmente caracterizar erro de proibição, quando o agente acreditava não estar proibido seu comportamento (= falsa subsunção)".*[462] Ao melhor explicar, Regis Prado lecionar que

> *Erro sobre a ilicitude do fato* (*erro de proibição*). "O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço" (art. 21, CP). Trata-se de erro que tem por objeto a *proibição* jurídica do fato. Isso vale dizer: erra-se sobre a ilicitude do fato, mas com consciência de que se realiza o tipo legal. É dizer: o agente perde, em decorrência do erro de proibição, a compreensão da ilicitude do fato. Dessa forma, se o agente sabe o que faz, acreditando erroneamente ser permitido: desconhece a norma penal, interpreta-a mal ou supõe, de forma equívoca, a concorrência de uma causa de justificação (teoria estrita da culpabilidade). Constitui o lado oposto da consciência do injusto: supõe erroneamente que atua de forma *lícita*, conforme a norma.[463]

[462] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 1042.
[463] PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. pág.1044.

Importante destacar que essa espécie de erro não exclui o dolo nem a culpa da conduta do agente. Igualmente, não o isenta de pena, embora possa eventualmente diminui-la. Trata-se de uma alegação de desconhecimento da norma penal e de seus limites, em razão de suposta imposição dos fatores culturais ou tradições sociais que direcionam as pessoas a agirem, supondo encontrar-se de acordo com o direito. Nesse sentido, Rogério Sanches leciona que

> Esta espécie de erro, como alertado, não exclui dolo, tampouco a culpa do agente. Também não o isenta de pena.
> Juarez Cirino dos Santos explica o porquê da responsabilização deste erro:
> > "O cidadão comum não pode conhecer todos os conceitos jurídicos, empregados pelo legislador; contudo, mediante a chamada *valoração paralela na esfera do leigo* pode esse cidadão identificar os significados subjacentes aos conceitos jurídicos, porque integrantes da cultura comum que orienta as decisões da vida diária, como ocorre em relação ao conceito de documento".
> Embora não haja isenção da pena, conforme a situação pode incidir a atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal.[464]

Sendo assim, o erro de subsunção decorrente do equívoco de interpretação não pode, por si só, justificar a exclusão do injusto penal que recai, já que, como visto, não atinge os elementos do fato típico e ilícito. No campo da culpabilidade, o erro de subsunção pode ser considerado dentro do conhecimento normativo do fato, não para retirar a responsabilidade penal, mas, numa hipótese remota, servir como atenuante genérica ou minorante, como erro de proibição evitável.

Em que pese ser injustificável, em alguma hipótese remota pode ser que o erro de subsunção em decorrência da intepretação da lei seja resolvido sob os fundamentos do erro de proibição, de modo que, se inevitável, exclui o crime; se evitável, diminui-se a pena, embora, como regra, seja injustificável.

De qualquer sorte, o que se verifica nesse tópico, é a incidência do costume social no campo do conhecimento da incidência da lei penal, e não sobre o aspecto fático. O costume, a cultura e a tradição social têm grande impacto na conduta do agente, uma vez que a consciência coletiva tem uma força operante na consciência individual, capaz de proporcionar uma volição da conduta, ainda que contrária ao direito. Não se trata de se vedar a exclusão do crime ou de não aceitar o costume como causa de exclusão do injusto ou da responsabilidade penal, já que

[464] CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1° ao 120). 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020. Pág 277.

reconhecidamente a consciência coletiva é fator importante para justificar o desiderato das condutas humanas. O que se espera é que o operador do direito utilize, com ética, do arcabouço jurídico, aliado aos conhecimentos sociais gerais para se concluir sobre a existência ou não do delito, notadamente para conferir à normal penal o anseio esperado. Por isso, no juízo da tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade, a política criminal deve ser utilizada, em que pese a corrente contrária a esse movimento, fundado na proibição do ativismo judicial, para se promover a verdadeira justiça penal.

4. A POLÍTICA CRIMINAL NA VALORAÇÃO DO FATO TÍPICO, ILÍCITO E CULPÁVEL. A UTILIZAÇÃO QUE NECESSITA DE RACIONAL FUNDAMENTAÇÃO PARA SE EVITAR O ATIVISMO JUDICIAL.

4.1 DA ACEITAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL PELO OPERADORES DA LEI PENAL.

Os fatos sociais que envolvem o delito são analisados por diversos segmentos científicos ou não na busca da melhor forma de resolução do conflito. Tanto fontes formais, quanto informais, produzem a discussão salutar com o objetivo de encontrar os motivos e os motores propulsores da violência, ao mesmo tempo em que tentam apresentar meios de controle, prevenção e contenção.

A avaliação dos fatores sociais do crime é realizada precipuamente pela Criminologia, cuja ciência visa explicar o crime, o seu autor, a sua vítima, com a finalidade de justificar a implementação dos instrumentos de prevenção e combate. Por isso, a Criminologia não é uma ciência normativa, mas uma ciência em que justifica os eventos sociais criminógenos e apresenta sugestões de mecanismos para a contenção e evitação do delito.

A partir dos fenômenos apurados pela Criminologia, a Política Criminal promove a discussão das estratégias de controle da criminalidade, valendo-se de diversos segmentos da sociedade para efetivamente pôr em prática. Assim, a Política Criminal é a valoração e a implementação dos instrumentos de controle da violência advinda pelo crime e seus efeitos, apresentados cientifica e justificadamente pela Criminologia. A partir das pesquisas criminológicas apresentadas para diminuir ou erradicar a violência, é que a Política Criminal passa a adotar os meios e os instrumentos em todas as áreas de atuação da política pública.

Ressalta-se, contudo, que a Criminologia e a Política Criminal não se confundem com o Direito Penal. O Direito Penal é a ciência normativa que regula o poder punitivo estatal, com a finalidade de proteger os bens jurídicos que a Política Criminal escolheu como relevante a partir dos achados científicos da Criminologia. A partir de um evento social observado pela Criminologia, dá-se início aos estudos

acerca dos delitos, da inaceitação da violência, da vítima e seu comportamento, do delinquente e seus motivos e as formas de controle (prevenção e combate). Dos estudos fundados da Criminologia e seus resultados, dá-se início à implementação das sugestões por ela apresentada, momento em que a Política Criminal pode eleger o Direito Penal como um dos segmentos que pode oferecer um resultado satisfatório para a inibição do delito. Essa discussão ocorre em um plano abstrato de formação das políticas sociais para o controle da violência, a partir dos fenômenos criminógenos reais, cuja implementação da ação estatal pode ocorrer por qualquer área de atuação.

A Criminologia, entre diversas propostas, pode ofertar, por exemplo, que uma escola, dentro de uma comunidade carente, tem o potencial para diminuir e controlar o delito. Com isso devidamente fundamentado pelos *experts*, inicia-se a implementação de política educacional voltada, para além da formação pessoal e profissional das pessoas, também para a evitação e controle do crime. Ao se deparar com o fenômeno social de desabastecimento de iluminação pública como fator de facilitação ao delito, nasce da Criminologia a proposta de instalação de iluminação pública em uma determinada rua escura, visando acabar ou mitigar a criminalidade daquela região. Ou seja, o fenômeno criminógeno observado pela Criminologia, dá ensejo às pesquisas em torno dos motivos e das formas de combate, a justificar a atuação do poder público na resolução do conflito ou mitigação das violências.

Se dentro das pesquisas científicas da Criminologia se justificar a necessidade de proteção de um bem jurídico por meio de uma lei, sob pena de uma coerção jurídica à liberdade ambulatorial, discute-se a proposta da Criminologia para que o poder público institua um tipo penal voltado a conter e punir um fato antissocial específico. É dizer: quando a sociedade passa a compreender um fato como anormal, pesquisadores, cientistas, políticos, agentes públicos passam a estudar, formalmente ou não, todas as circunstâncias fáticas do evento reprovado. Quando um fato passa a ser visto como um crime pela Criminologia, abre a discussão política para o encontro dos meios de contenção, entre os quais o Direito Penal é posto como uma das ferramentas possíveis, através da norma jurídica coercitiva e legitimadora do poder punitivo estatal. Da mesma forma, é o exercício de abolição do crime. Quando a sociedade compreende que um fato previsto como

crime deixou de ser reprovado, a Criminologia apresenta os fundamentos para a discussão política para a descriminalização.

Portanto, a Política Criminal se serve da Criminologia para subsidiar as discussões para a implementação dos instrumentos de controle e combate do delito, orientando todas as áreas sociais para o desenvolvimento de ferramentas voltadas à eliminação do evento criminal.

> A Política Criminal, por sua vez, tem no seu âmago a específica finalidade de trabalhar as estratégias e meios de controle social da criminalidade (caráter teleológico). É característica da Política Criminal a posição de vanguarda em relação ao direito vigente, vez que, enquanto ciência de fins e meios, sugere e orienta reformas à legislação positivada. Observa-se desta explanação o principal diferencial indicativo dos objetos do Direito Penal, da Política Criminal e da Criminologia. A Criminologia não se preocupa com o conteúdo normativo a ser aplicado ao delinquente, mas estuda o delinquente como ser, assim como a vítima e o controle social. Analisa os fatos praticados e suas consequências no sentido da busca de entendê-los como fatores formadores do complexo criminal; não se atém à imputação da pena e à situação derivada desta imputação. A norma merece desenvolvimento científico à parte. Aliás, dela (norma penal) se ocupam o Direito Penal e a Política Criminal, em âmbitos diferenciados e estranhos ao mundo dos fatos da Criminologia.[465]

A Política Criminal, por ser uma área multidisciplinar, conta com o envolvimento de diversos agentes, estatais ou não, para a escolha das estratégias de controle do delito, apresentando todo o conjunto de medidas a serem adotadas pelo Poder Público e pela sociedade para prevenir e combater o delito. No âmbito dos agentes públicos, os membros dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apresentam-se como primordiais para o desenvolvimento das políticas públicas contra o crime.

No âmbito da normatização do Direito, precipuamente cabe ao legislador a utilização da política Criminal para a realização da avaliação dos instrumentos e seus fundamentos para a instituição das formas de controle criminal por meio de lei. A partir da Criminologia, é o Legislativo quem tem o poder exclusivo de escolher o que pode e deve ser protegido pela norma, perfazendo a política pública de contenção do delito, por meio da incriminação. Se escolher um determinado fato para restar agasalhado pela norma do direito penal, como ocorre com todos os tipos penais incriminadores, a Política Criminal se vale do arcabouço jurídico-penal para evitar ou combater a violência decorrente do delito. Por isso, afirma-se que a Política

[465] CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1° ao 120). 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020. Pág 32.

Criminal é desenvolvida pelo Poder Legislativo ao escolher os meios de controle do crime e criando o instituto jurídico e a sua forma de incidência.

Na seara administrativa, por meio da Política Criminal, o Poder Executivo escolhe as ferramentas importantes para o combate do delito, por meio de programas de Estado ou de Governo, quando, por exemplo, cria as unidades prisionais e suas regras, os programas de prevenção do delito através das ações das polícias ostensivas e de inteligência, ou de policiamento comunitário, autorizando, inclusive, o Presidente da República conceder indulto penal, entre outras inúmeras ações governamentais de combate a todas as formas de violência. Os chefes dos Poderes Executivos Federal, Estadual ou Municipal detém um importante papel para a contenção do delito, quando, através das pesquisas criminológicas, põem em prática determinados programas voltados especificamente para controle das violências. Não há dúvida de que isso é juridicamente aceitável e adotado.

Ao seu turno, o Poder Judiciário também exerce um importante papel no desenvolvimento e aprimoramento das políticas públicas para o controle da violência criminal. Ao se desincumbir como guardião da Constitucional Federal, o Supremo Tribunal Federal toma decisões que afetam diretamente as políticas públicas de combate e prevenção do delito, como em diversos casos, e notadamente na ADPF 347, que versa sobre o estado inconstitucional das unidade prisionais do Brasil (superlotação), quando veda o uso de algemas (súmula vinculante 11), quando descriminaliza o porte de drogas (Recurso Extraordinário nº 635659), quando veda determinadas condutas policiais nas comunidades de uma cidade - ADPF 635 (ADPF das favelas) entre outras importantes decisões que reverberam nas estratégias apresentadas para o controle criminal.

Por outro lado, há os agentes não-políticos da sociedade civil que apresentam ferramentas e estratégias de contenção do crime, como os pesquisadores (professores e estudantes), ONG's, jornalistas, médicos, ONU etc., quando cooperam diretamente com ações preventivas do delito e, de forma própria, instituem determinados programas.

Portanto, não há dúvida que a Criminologia justifica a Política Criminal para a utilização do Direito Penal com o viés de prevenir e reprovar o delito, dando aos operadores os instrumentos e as fundamentações necessárias para o exercício

do poder punitivo estatal. Contudo, a fim de se evitar a usurpação de competências constitucionais, qual o limite imposto ao magistrado no âmbito da subsunção típico-penal?

4.2 DOS LIMITES DO USO DA POLÍTICA CRIMINAL PELOS MAGISTRADOS NO PROCESSO DE SUBSUNÇÃO TÍPICO-PENAL.

Como visto, a Política Criminal é desenvolvida por diversos agentes, visando a contenção da violência criminal, instituindo diversos mecanismos, a partir da análise científica da Criminologia. O Direito Penal surge, inclusive, como um braço do Estado para essa contenção, de qual o Legislativo, Executivo e judiciário se valem para a prevenção e combate do crime. Contudo, a discussão surge acerca da possibilidade ou não de um determinado magistrado valer-se da política criminal para fundamentar a sua decisão, no momento de subsunção fático-jurídico do delito, considerando o dogmatismo penal e os limites de suas atribuições.

Para tanto, convém aduzir que, a partir do positivismo, abriu-se nova tendência de proteção dos bens jurídicos por meio de lei, dando início à inversão do direito subjetivo para o direito objetivo, reduzindo-se a tutela dos valores apresentados pela vontade do legislador. Com isso, adotou-se o método de interpretação baseado na mera técnica da letra da lei, dando-se início ao tempo da codificação para agrupar todas as matérias legisladas por meio de livros compilados e sistematizados, como notadamente ocorreu a partir do Código Napoleônico[466], e momento em que o juiz não podia fazer mais do que aplicação do sentido literal da lei, proibindo-o, inclusive, de fazer comentários à própria lei. A partir desse contexto, o método gramatical passou a ser o único a ser aplicado, frustrando a ciência jurídica, ao vedar as demais formas de interpretação da lei, bem como a utilização de outras áreas de conhecimento, como a sociologia e filosofia, para estabelecer uma fundamentação mais racional. Nesse contexto, a política criminal de seleção dos bens jurídicos e aplicação da lei cabia exclusivamente ao legislador, pois o magistrado passou a ser a “mera boca da lei”, na expressão de Montesquieu.

[466] ZAFARONI, Eugênio Raul e outro. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 9ª edição. Editora RT. São Paulo. 2011. Pág. 150.

Adepto ao Direito Positivista e contrário ao Direito Natural e Metafísico, John Austin (jurista inglês do século XIX) apresentou fortes fundamentos às ideias de codificação do direito e ao positivismo jurídico, diante da análise realizada sobre as perspectivas estabelecidas pelo direito romano e pela *Common Law*[467]. Aduziu que leis escritas conferem maior segurança jurídica para as relações postas pela sociedade perante as Cortes de Justiças, porquanto asseverava que as ideias naturalistas deixavam obscuras a resolução do conflito, já que se estabeleciam premissas a partir de cada entendimento sobre o caso concreto já existente e posto, segundo regras morais ou metafísicas. Com Austin, o direito inclinou-se para a criação de normas escritas sobre o dever-ser, estudadas e emitidas pelo soberano contra os subordinados, cuja violação deve importar em uma coerção jurídica (sanção). Dessa maneira, por meio de normas postas, pretendeu-se clarear os direitos e os deveres a serem seguidos (dever-ser) e observados em uma sociedade politicamente organizada e independente[468].

Entretanto, diferentemente de Montesquieu, Austin lecionou que o direito legislado serviria como fonte principal e objeto do direito, sendo a interpretação uma forma de suprir as obscuridades da lei. A codificação, portanto, mitigaria a obscuridade do direito, ressaltando a necessidade permanente de atualização do conjunto normativo, tanto pelo próprio legislador, quanto pelo jurista, fulcrado no princípio da utilidade, que visa buscar da identificação do benefício para o maior número de pessoas, em prol da satisfação (felicidade) social e do bem-estar geral.

A partir dessas ideias, surge o dogmatismo penal (ciência penal), a fim de se utilizar todos os modos possíveis para se compreender a extensão de incidência da lei penal. Ou seja, o intérprete coteja os fatos concretos e os decompõem analiticamente de acordo com a lei para apresentar um resultado mais coerente, respeitando os “dogmas” do legislador, que orienta o mister exegético[469], deixando o magistrado de ser “mera boa da lei” para ser a “boca da justiça”, nos termos cunhado por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

---

[467] AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law. By the late John Austin of the inner temple, barrister-at-law. Fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, Vol. I.. London*: John Murray, 1885.
[468] AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law. By the late John Austin of the inner temple, barrister-at-law. Fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, Vol. I.. London*: John Murray, 1885.
[469] ZAFARONI, Eugênio Raul e outro. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 9ª edição. Editora RT. São Paulo. 2011. Pág. 150.

Com essas premissas, o Direito deixa de observar a letra fria da lei e passa a analisar o contexto fático de acordo com a vontade da lei, permitindo ao intérprete e aos aplicadores da lei buscar um sentido mais coerente com as ciências incidentes na resolução do caso posto, ao tempo em que determina que os operadores sopesem os valores jurídicos.

> A ciência do direito não se ocupa de estabelecer juízos subjetivos de valor, e sim de determinar o alcance dos juízos de valor jurídicos, razão pela qual é possível falar-se em "ciência" neste sentido.
> Ao interpretar a lei dessa forma, a ciência jurídica busca determinar o alcance do proibido e desvalorado de maneira lógica (não contraditória), fornecendo ao juiz um sistema de proposições que, aplicado por este, torna previsíveis suas decisões e, por conseguinte, reduz a margem de arbitrariedade, e proporciona segurança jurídica, ainda que, por certo, a segurança jurídica não dependa apenas da previsibilidade das decisões judiciais. Nesse sentido, é correto afirmar que a ciência jurídica "projeta a jurisprudência".[470]

Por mais que o legislador imagine todos os fatos da vida de forma abstrata e crie as leis com o sentido de proteção dos bens jurídicos, jamais conseguirá idealizar e resolver todos os conflitos sociais através da lei pura. Tanto que diuturnamente ocorre o processo legislativo de criação e modificação das leis, em razão dos avanços sociais e imprevisíveis fatos que necessitam de regulação. Além disso, mesmo estabelecendo as leis penais, o legislador jamais irá alcançar os limites de incidência da lei, já que é possível haver leis penais que não conseguem resolver todos os casos, pois, por mais que friamente se amoldem a um determinado preceito legal, o caso deve ser resolvido em outro sentido para se promover a verdadeira justiça. Para tanto, o magistrado necessitará de enfrentar os valores que recaem sobre determinado fato, para realizar a verdadeira e justa composição do conflito, sem que tome, por completo, a função legislativa e tome para si a dura pecha do ativismo judicial.

Para se compreender o que se busca defender, tem-se alguns fatos sociais postos em julgamento que ainda não se encaixam na racionalidade do conceito analítico do delito, que demanda a resolução. Fatos sociais que desafiam o Judiciário, frente ao que está disposto em lei, criam uma questão a ser superada: Diante de um fato típico, antijurídico e culpável, nos termos como proposto pela teoria finalista, é possível que um fato não seja considerado como crime?

---

[470] ZAFARONI, Eugênio Raul e outro. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 9ª edição. Editora RT. São Paulo. 2011. Pág. 151.

A resposta pragmática a essa indagação vai no sentido negativo, já que se o fato for típico, ilícito e culpável, tem-se a subsunção perfeita, passando a análise da necessidade e aplicação da coerção jurídica (sanção penal). Entretanto, nos tempos atuais, existem fatos reais que desafiam o poder de argumentação do desenvolvimento analítico do delito e que demandam uma nova ótica do sistema fundamentador do processo de verificação do fato considerado como crime.

> A esse respeito não podemos ignorar que o direito penal tem, em boa medida, um caráter programático, isto é, que tem um discurso programático assegurador de bens jurídicos, realizador de Direitos Humanos, mas somente em nível de discurso programático, que na realidade nunca se realiza plenamente, porque ocorre o que se tem chamado de sistema penal subterrâneo". Uma jurisprudência que indicasse aos juízes que devem tomar como certos os conceitos elaborados unicamente a base de dados legais e que prescindisse do objetivo geral do direito penal (segurança jurídica - Direitos Humanos), ou que somente o considerasse em nível abstrato da análise legal, acabaria resultando em sistema fechado em si mesmo que desvirtuaria abertamente o objetivo proclamado no discurso. A constatação de que a meta proclama no discurso é inalcançável, porque historicamente não há sociedade que conceda a todos os homens o mesmo espaço social (a realização total da justiça social, a plena igualdade dos homens), deve nos obrigar a extremar os esforços para que a meta do discurso se aproxime da realidade ou que, ao menos, não seja negada ou subvertida em seu resultado social.
> Isso não significa que metodologicamente a construção dos conceitos dogmáticos deva incorporar os dados de realidade, a constatação de que a interpretação traduzida no conceito não nega os Direitos Humanos no plano dos resultados sociais concretos.[471]

Por isso, entre os dogmas do Direito Penal moderno, há a aceitação do uso da política criminal pelos intérpretes da lei, notadamente pelo próprio aplicador - juiz -, de modo a alcançar a finalidade da lei – *mens legis* – para pôr fim ao conflito social existente. Por outro lado, não se autoriza a utilização de valores abstratos ou de difíceis definições ou comprovações para se justificar determinadas decisões, além de se determinar a estrita obediência à legalidade estrita. Deve – o juiz – valer-se do método dogmático, como mecanismo, para encontrar a solução mais justa a que a realidade fática exige. Igualmente, deve o intérprete averiguar a sua atribuição, em relação aos demais Poderes do Estado, para não se imiscuir ilegitimamente e atuar contra os interesses do grupo majoritário.

Em alguma medida, diante da falta de balizas legais para a resolução do caso posto, o juiz possui amplo espectro de incidência da norma moral, a criar um grau de abstração e generalidade da própria norma penal, de modo que, além de

[471] ZAFARONI, Eugênio Raul e outro. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 9ª edição. Editora RT. São Paulo. 2011. Pág 154.

fatores objetivos temporais e espaciais, conceitos subjetivos de determinados institutos podem ser utilizados para se justificar a imposição de comandos - não raras as vezes criadas especificadamente para aquele caso -, com a respectiva coerção[472]. Por isso, deve, ao máximo, observar as prescrições legais, pois fruto do desenvolvimento das atribuições legalmente conferidas ao Poder Estatal legiferante. Portanto, em regra, os comandos legais devem ser observados pelo operador do direito, já que se trata do resultado dos interesses sociais apresentados pela política.

Por isso, é de se notar que, durante o século XX, ocorreu uma transformação histórica, vinculada às circunstâncias temporais e espaciais, que discutiu e buscou o "dever-ser" como categoria do direito, de forma estruturada e debatida para diferenciar a atuação política da judicial. A partir do positivismo jurídico contraposto com a constante mutação jurídica, houve a necessidade de discussão sobre busca do dever-ser, diante de novos tempos e em cada local. Nesse período, inclusive, as premissas positivistas foram observadas pelo sistema causalista, inclusive para a atuação do magistrado, que se vinculava aos preceitos legais.

Ocorre que a norma jurídica estuda e apresenta a regra de comportamento esperada, estatuindo direitos e obrigações, cuja violação importa em uma sanção, com a finalidade de evitar o mal, ao mesmo tempo em que se evita a utilização de regras morais[473]. Entretanto, possui certa flexibilidade a depender de quando e onde haver-se-á a sua incidência. Em razão disso, a política criminal elege os instrumentos necessários de contenção da violência vinculando a atuação do juiz, mas não possui a capacidade de exaurir com todas as hipóteses possíveis de violências e apresentar soluções abstratas contra isso.

A partir dos ideais positivistas, especialmente ao se criar métodos de legitimação do direito legislado[474], deu-se a imperatividade de não se provar a existência do direito por meio de uma ótica individualista, que se perpassa por premissas subjetivas, mas sim sob o prisma político-normativo. No campo penal, destaca-se o dever jurídico imposto a todos lastreado e criado por uma obrigação

---

[472] AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law. By the late John Austin of the inner temple, barrister-at-law. Fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, Vol. I.. London*: John Murray, 1885.
[473] AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. London: John Murray, Albemarle Street. 1832.
[474] AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law. By the late John Austin of the inner temple, barrister-at-law. Fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, Vol. I.. London*: John Murray, 1885.

prescrita pela norma jurídica a partir da atividade da política criminal de eleição dos bens jurídicos relevantes, que se justifica, por dedução, em normas com conteúdo e valores jurídicos reconhecidos pela comunidade. Essa ideologia opera como fundamentação das normas jurídicas postas, uma vez que o conteúdo pressuposto e pragmático é o que fundamenta o plano de validade das leis penais.

Contudo, reconhece-se a existência de um sistema dinâmico de normas, operado especialmente em um caso particular (caso concreto), baseado em valores e costumes, para justificar a interpretação das leis ou para resolver um caso diante de anomias. É aqui que se impõe a verificação da necessidade ou não da utilização da Política Criminal pelo operador do caso, notadamente pelo juiz.

Nesse contexto de garantias, a função do Legislador institui a determinação da observância às regras prescritas em leis para se conferir um tratamento isonômico que se espera e a justa resolução dos conflitos[475]. A norma, portanto, revela-se como "esquema de interpretação", que fundamenta a atuação do juiz, cujo acontecimento efetivo não autoriza se dissociar do próprio conteúdo da norma - *objeto do direito* -, como regra. Afirma-se que o direito, como técnica social, é o ordenamento coercitivo exterior que regula a conduta humana por meio de imposição de um mal (sanção) ao agente desviante, sob a ótica das escolhas da política criminal.

A celeuma surge, entretanto, quando se afirma que o operador do direito deve ficar adstrito ao comando legal posto, mas, ao mesmo tempo, encontrando normas ineficazes à justa resolução. Por isso, não se deve aplicar a tudo, aquilo que se encontra prescrito em lei (isso pode representar na abnegação do positivismo), mas não é de se desprezar a existência de anomias e desuetudo. Daí, o reconhecimento da importância do intérprete das leis, deixando de ser, na visão de Montesquieu, a mera boca da lei. O juiz deve dar o devido alcance da lei ao caso concreto, mas, nem por isso, deve abdicar-se do direito escrito para impor a sua moral em um determinado caso concreto. O hermeneuta deve se ater as regras para aplicação do direito. O positivismo cria toda a metodologia para a existência do ordenamento jurídico válido, estabelecendo-se, segundo Kelsen[476], a organicidade

[475] Idem.
[476] KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Trad. e rev. de José Florentino Duarte. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1986.

das funções e atribuições. Por isso, as normas prescrevem e orientam as ações humanas, por meio de mandamento normativo emitido por autoridade[477], cuja violação importa em sanção, estabelecendo paradigmas a serem seguidos, inclusive.

Essa situação gera maior controvérsia na atualidade e recebe a denominação de “ativismo judicial”, quando, sob o pretexto de estar se interpretando a lei frente ao caso posto, autoriza-se a inobservar as leis postas mediante fundamentos morais e sob falsa afirmação de cunho principiológico[478]. Com isso, o problema se posta ante a confusão da ideologia-normativa (o dever-ser esperado pela lei) com a ideologia-moral subjetiva (o ser esperado pelo jurista). De fato, como fator essencial para a busca da justiça ocorre com a máxima observância da lei penal, despido de normas morais, subjetivas e metajurídicas[479]. Ao mesmo tempo, não se pode descurar dos princípios e dos valores enraizados na sociedade para se dar a melhor e a justa solução ao caso posto, ainda que contrário à lei.

No campo prático, notório são os variados motivos de obediência ao direito (moral, religioso, costume etc.) e identificados no âmbito social, mas também a gerar insegurança quando, proposital e ilegitimamente, utilizados pelos hermeneutas, sob motivos morais subjetivos, para fundamentar a inaplicação ou a inobservância das regras jurídicas válidas, representando a desobediência às normas e a negação do "dever-ser" imposto pelo Legislador, em clara contradição ao enfoque ideológico-normativo da política legitimamente instituída.

Por mais claro que seja o texto da norma, ainda assim haverá de ser interpretado e, dessa arte, poderá surgir a sua própria contrariedade. Daí, a necessidade de constante atualização legal, cujo mister competiria ao legislativo, emissor do comando, diverso da figura do juiz. Entretanto, na omissão legislativa – seja para criar, atualizar ou expurgar o texto legal -, identifica-se a importância do magistrado na criação do direito, especialmente diante da necessidade de resolução do caso concreto posto a julgamento. Por isso, valoriza-se a importância dos atos judiciais para a construção do direito e resolução dos conflitos, mas, por outro lado, reconhece que a atividade judicial mitiga a política criminal desenvolvida pelo ente

[477] Idem.
[478] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
[479] Idem.

legiferante. Diante desse contexto, Austin perfilha da ideia de que o juiz participa da elaboração do direito, especialmente por meio da interpretação das leis sob a ótica do princípio da utilidade[480].

Austin é firme em apregoar a imperiosa observação das normas impostas pelo Legislador, especialmente pelo magistrado, em razão das escolhas e dos debates políticos que giram em torno do ente legiferante, devendo a atuação judicial se limitar em interpretar as leis, autorizando atuar além disso somente em caso de omissão[481]. Assim, é possível aduzir que a maior preocupação positivista é conferir maior segurança jurídica ao cidadão, diante da força estatal reguladora das diversas ações humanas, notadamente por meio de lei carregada de força cogente, coercitiva e sancionatória, emitida pela política, distinguindo esse papel das atividades judiciais. Por outro lado, diante dessa premissa, tem-se que, com o ativismo judicial, a criação e a aplicação das leis centralizam-se nas mãos do juiz, sendo este um verdadeiro "legislador", inclusive sobre o próprio ente legislativo, com uma participação contramajoritária[482]. Com isso, há dois poderes legiferantes.

Quando o juiz, diante da omissão legal ou quando, dada a existência de lei, mas sem validade, diz o direito, sem restringi-lo ou suprimi-lo, tem-se um ativismo admitido, o qual pode-se dizer ter-se uma decisão iluminista[483], como, por exemplo, no Brasil, quando do reconhecimento da aplicação do princípio da insignificância ou da adequação social, a partir das ideias funcionalistas.

A questão mais complexa apresenta-se quando não há lei ou quando há lei, mas o julgador não as observa, fundamentado por questões morais e decidindo por restringir ou extinguir direitos, por discordar da visão do ente legiferante. Sem dúvida, a questão de maior cuidado cinge-se, não quando estamos diante da omissão legislativa, mas quando há leis em um sentido, porém decisões judiciais, em qualquer instância, tomam outro caminho por meio de premissas individuais e particulares, apresentadas por interpretações distintas das regras e com fortes

[480] Idem.
[481] Idem.
[482] BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, 2017, DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806| ISSN: 2179-8966
[483] BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, 2017, DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806| ISSN: 2179-8966

fundamentos em questões morais e individuais, o que pode a vir ferir a legalidade determinada na Carta Magna.

Portanto, a política criminal deve ser observada pelo legislador e pelo aplicador da lei visando promover a verdadeira e justa composição do conflito, a luz do interesse social, desde que se adote as apropriadas fundamentações extraídas do cotejo dos bens jurídicos coligidos ao caso e que sejam passíveis de verificação e reafirmação, de modo a vedar os subjetivismos e imponderados argumentos inverificáveis.

No plano interno, com a implantação do positivismo e a assunção do direito codificado, o ordenamento jurídico brasileiro adotou expressamente, dentre vários outros, os princípios da legalidade e da reserva legal, preceituando-os, inclusive, entre os direitos e garantias constitucionais, consoante se vê, *v.g.*, art. 5º, inc. XXXIX[484], XL[485], XLI[486], XLVI[487], LIV[488], do CFRB, e para melhor especificar, verifica-se que a Constituição da República, no artigo 5º, inciso XXXIX, determinou que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;...", de modo a determinar que leis escritas estabelecerão os crimes e suas respectivas penas para serem observadas pelos operadores desse ramo do direito. Nesse sentido, por conseguinte, durante a subsunção do fato à lei, o magistrado brasileiro deve se curvar ao que está posto em lei ordinária pelo ente legiferante, utilizando-se de fontes formais indiretas em caso de omissão legislativa, de modo a resolver os casos concretos postos a julgamento por meio de técnicas interpretativas ou integrativas, consoante se depreende da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

Assim, nosso Direito Constitucional determina que todos atuem nos exatos limites da lei e da Constituição Federal, de modo que a sua inobservância, em regra, importa em coerção jurídica específica e determinada (invalidade da decisão, por exemplo). Essa premissa traz segurança jurídica a todos,

---

[484] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
[485] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
[486] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
[487] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos;
[488] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

especialmente, no direito penal, quando, por exemplo, proíbe-se a incriminação de fato sem a existência de lei. Assim, o Código Penal regulamenta aquele princípio constitucional citado acima.

Nesse diapasão, Luigi Ferrajoli afirma que o princípio da legalidade visa conferir garantia ao cidadão contra o poder punitivo estatal, em decorrência da possibilidade da limitação dos direitos, em especial, da liberdade, quando se trata de uma sanção privativa de liberdade. Assim, o Estado poderá agir e restringir direitos quando, de fato, houver violação da lei, após a escolha realizada pela Política Criminal. É o que se denomina de "garantismo". Em suas palavras, Ferrajoli afirma que

> "Garantismo" designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.[489]

Como garantia constitucional, a liberdade do cidadão somente deve ser cerceada se houver expressa disposição legal. Se não houver, nada poderá ser feito, a princípio, pois, em certos casos, a omissão legislativa poderá ser preenchida com base em casos semelhantes (analogia), costumes e princípios, consoante art. 4º, do Decreto-lei 4.657/42, que prescreve que "*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*". Nesse sentido, é de se observar que a analogia, os costumes e os princípios serão utilizados em caso de omissão legal para se resolver determinados casos, pois, por óbvio, não se pode utilizá-los para instituir crimes e suas sanções, em vista do princípio da reserva legal e a proibição da analogia *in malam partem,* daquele decorrente. Daí, a importância do direito codificado, pois informa aos indivíduos os direitos, os deveres, as obrigações e as consequências da inobservância.

No campo do Direito Penal, nem sempre poderá se utilizar dos princípios, dos costumes ou da analogia para resolver a omissão legal. O princípio da reserva

[489] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. Pág. 681.

legal, em síntese, determina a existência de lei escrita para resolver determinado fato jurídico, impedindo a atuação estatal diante da lacuna legal, especialmente quando a intervenção do Estado for para punir um indivíduo. Por exemplo, por não haver previsão legal do incesto como crime, o juiz criminal não poderá reprimir tal prática, utilizando-se de analogia, princípios ou costumes a justificar uma proibição ou uma determinada reprimenda, pois é questão afeta à reserva legal, consoante preceito constitucional referido, afinal, "*Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma senão em virtude de lei*" (art. 5º, inciso II, CFRB).

Noutro giro, convém relembrar que cada Poder Estatal é independente (art. 2º, CF)[490] e possui suas atribuições definidas constitucionalmente, caracterizando usurpação se um realizar as vezes do outro. Daí, a importância da separação dos Poderes da República, para que cada um exerça sua atribuição constitucional de forma independente. Hugo Nigro Mazzilli afirma que

> Mesmo nas poucas hipóteses em que o poder legiferante dos tribunais é admitido pela Constituição, ainda assim é anomalia em nosso sistema, pois quebra o princípio da separação de poderes e impede o funcionamento adequado do sistema de freios e contrapesos.[491]

Imperioso enaltecer a separação das atribuições de cada Poder Estatal. A fiscalização de um sobre o outro se mostra salutar, na medida em que se evita usurpações ou extrapolações das atribuições constitucionais. Por isso, a importância do Direito Codificado, pois expressa, por meio da atividade política legiferante, o dever-ser, onde, muitas das vezes, é fruto de grandes e acaloradas discussões parlamentares, representantes do povo (Câmara dos Deputados) e do Estado (Senado), onde a política criminal é constantemente desenvolvida.

Do que já foi afirmado alhures, mister destacar que, segundo os ideais positivistas e o fulcrado em nosso ordenamento brasileiro, o magistrado deve observar e interpretar a lei para aplicá-la em certo caso posto em juízo. Sua atividade, basicamente, no aspecto positivista, no ato de julgar, consiste na interpretação da lei incidente e, somente em caso de omissão, deverá aplicar as

---

[490] Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[491] MAZZILLI, Hugo Nigro. Os tribunais podem legislar? Acesso ao site HTTP://WWW.MAZZILLI.COM.BR/PAGES/ARTIGOS/TRIBLEGIS.PDF, em 12-08-2022.

demais fontes formais[492]. É sabido que, entretanto, não raras ocasiões, não se têm observado o primado positivista acima, de modo a sobrepor princípios à lei, para justificar sua decisão, alegando, em breve síntese, que determinada lei não possui eficácia diante de novas circunstâncias fáticas vivenciadas no cotidiano, reconhecendo-se, com isso, uma antinomia real. Nesse particular, tem-se o Judiciário realizando a política criminal em casos concretos.

É aqui que se encontra o cerne da questão: A possibilidade de rechaçar a lei e fundamentar decisões com base em premissas principiológicas, lastreadas numa cognição casuística ou moral. Em assim agindo, o Judiciário se torna um superpoder, frente aos demais, sem muitos freios e contrapesos. É importante ressaltar que, segundo as premissas positivistas, seja no aspecto metodológico de Austin[493]-[494], ou no aspecto positivista democrático de Tom Campbell[495] e Jeremy Waldron[496], ou no aspecto do positivismo jurídico inclusivo de Herbert Hart[497], ou no aspecto do positivismo jurídico excludente de Joseph Raz[498], todos reconhecem a importância de o magistrado observar a lei, ainda que sua convicção pessoal não concorde com o disposto normativo. Seja qual vertente do positivismo a ser adotado, o que, basicamente, tem em comum entre eles é a importância da observação do direito legislado, pois fruto dos debates políticos, criador do dever-ser esperado por lei, e não por vontade de um entendimento posto ao caso concreto.

Por outro lado, quando o juiz observa os comandos legais para desenvolver a sua atividade típica e, diante de omissão legal, bem utiliza princípios, costumes, jurisprudência e analogia, para a atividade interpretativa e integrativa da lei, tem-se o

---

[492] AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law. By the late John Austin of the inner temple, barrister-at-law. Fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, Vol. I.. London*: John Murray, 1885.
[493] AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. London: John Murray, Albemarle Street. 1832.
[494] AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law. By the late John Austin of the inner temple, barrister-at-law. Fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, Vol. I.. London*: John Murray, 1885.
[495] CAMPBELL, Tom. and other. Law and Democracy. Editora: Routledge; 1ª Edição, 2003.
[496] WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. Ed Martins Fontes. 2003.
[497] HART, Herbert. O Conceito de Direito. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
[498] RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico: Uma introdução a teoria dos sistemas jurídicos. Martins Fontes; 1ª Edição. 2012.

denominando *iluminismo judiciário*.[499] Veda-se, pois, o judiciário legislar, salvo exceções constitucionais. No Direito Penal, a importância da lei se mostra irrefratária, em vista do princípio da legalidade e da reserva legal, bem como da proibição do uso da analogia *in malam partem*, que regulam a atuação do poder estatal contra a liberdade individual.

Diante da complexidade social, o que se verifica é, cada vez mais, a incursão do Judiciário na construção do direito, em sua função normal, bem como anômala, onde, por meio de argumentações, definem regramentos, inclusive de observância vinculante. Isso tem se mostrado salutar, convencionando chamar-se de iluminismo judicial[500]. Entretanto, isso ocorre diante da omissão legislativa sobre determinado ponto, de modo que o Judiciário deve decidir para preencher a lei, garantindo direitos. Sua missão é resguardar direitos não implementados pela omissão legislativa. Assim, o iluminismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário, após ser provocado, decide, garantindo-se direitos, como ocorreu, por exemplo, no reconhecimento dos princípios da insignificância e da adequação social, como fundamento de exclusão da tipicidade material, entre outros.

Contudo, é importante ressaltar que o iluminismo judicial não deve servir para justificar uma sobreposição de instância ou poderes, sob pena de se fazer do Judiciário um órgão acima do Legislativo e Executivo e, assim, exercer ilegitimamente a política criminal. Existem limites para uma intervenção judicial, para não haver usurpação de funções. Nesse sentido, o eminente Prof. Luís Roberto Barroso assevera que,

> Antes de concluir, é pertinente uma última reflexão. Foi dito que cortes constitucionais podem desempenhar três papeis: contramajoritário, representativo e iluminista. Isso não quer significar que suas decisões sejam sempre acertadas e revestidas de uma legitimação *a priori*. Se o Tribunal for contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável. Se ele se arvorar em ser representativo quando não haja omissão do Congresso em atender determinada demanda social, sua ingerência será imprópria. Ou se ele pretender desempenhar um papel iluminista fora das situações excepcionais em que deva, por exceção, se imbuir da função de agente da história, não haverá como absolver seu comportamento. Além disso, cada um dos papeis pode padecer do vício da desemedida ou do excesso: o papel contramajoritário pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma

[499] BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, 2017, DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806| ISSN: 2179-8966.
[500] Idem.

> indesejável ditadura do Judiciário; o papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função iluminista tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, atrasa a história.[501]

Dessa forma, o Judiciário deve se ater aos limites constitucionais para não se arvorar em uma desmedida função institucional. Certamente, os limites encontram-se na lei. Isso quer dizer que se houver lei ou não houver omissão de outro Poder, o Poder Judiciário não poderá atuar de forma diferente, especialmente para fazer valer uma punição não prevista em lei. De fato, o Estado detém um poder punitivo severo contra a liberdade individual. Para exercê-lo, forçosa a observância constitucional, estritamente para fazer valer as garantias constitucionais do cidadão, seja este quem for. Por mais perigoso que seja o cidadão, este, segundo as normas constitucionais em vigor, goza de direitos e garantias não atingidos pela sentença condenatória, de modo que preserva a garantia de ter que fazer com que o juiz se curve perante a lei, ainda que suas convicções pessoais sejam diversas, de modo a não se criar a insegurança jurídica e violação constitucional.

Para verificar o uso indevido da Política Criminal pelo Judiciário, e sem querer trazer a divergência sobre a tipificação da homofobia como racismo da ADO 26 pelo STF, tem-se o seguinte julgado, que indefere a progressão quando há inadimplemento voluntário da pena de multa, sendo o apenado for solvente. Vejamos:

> Execução Penal. Agravo Regimental. **Inadimplemento deliberado da pena de multa. Progressão de regime. Impossibilidade.** 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Precedente: EP 12-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 2. Tal regra somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que parceladamente. 3. Agravo regimental desprovido.[502]

Embora o exemplo mencione regra procedimental, tem-se a prisão como forma de coerção ao pagamento. Este entendimento apresentado pela Suprema

---

[501] BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, 2017, DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806| ISSN: 2179-8966

[502] EP 16 ProgReg-AgR,, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 19-05-2015 PUBLIC 20-05-2015.

Corte Brasileira, seguido pelas Varas de Execução Penal, no âmbito da progressão de regimes, incide sobre a execução da pena de multa, quando cumulada com a pena privativa de liberdade, interferindo diretamente na liberdade do cidadão. Ocorre que o esse entendimento contraria a lei 9.268/96 que modificou o sistema de execução da pena de multa. A partir da referida lei, caso o apenado não pague a multa, ainda que solvente, seu nome será levado à dívida ativa, por considerar expressamente ser dívida de valor, vedando-se, pois, a prisão para efetuar o pagamento. Essa foi a escolha legislativa de cobrança da pena de multa criminal.

O sistema anterior à lei 9.268/96 admitia a conversão da pena de multa em privativa de liberdade, de modo a forçar o pagamento da pena. Contudo, por política criminal, a referida lei alterou expressamente o art. 51, do Código Penal e art. 182, da lei 7.210/84, de modo a proibir a conversão da multa em prisão[503].

Entretanto, como se vê no julgado, tem-se a manutenção da prisão para forçar o pagamento da pena de multa, confrontando-se disposições legais incidentes à espécie, de modo que a posição da Corte se encontra, com a devida vênia, contrária à política criminal, estabelecendo-se regras anômalas ao sistema execucional, em detrimento da liberdade pessoal e da política nacional, a pretexto de se garantir a devida execução das penas.

Por mais que compreenda o posicionamento da Suprema Corte, devemos nos curvar ao imperativo legal, uma vez que o papel majoritário desenvolvido pelo Legislador norteou o ordenamento jurídico e o poder punitivo estatal. Dessa maneira, qualquer intervenção contrária ao disposto na lei, tem-se um ativismo judicial indesejado e contramajoritário[504], violando constitucionalmente as premissas que garantem os direitos dos cidadãos. Por isso, compreende-se, mas, respeitosamente, discorda-se.

---

[503] Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996. Art. 1º Os dispositivos a seguir enumerados, do Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:
Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.
Art. 3° São revogados os §§ 1° e 2° do art. 51 do Código Penal e o art. 182 da Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984.

[504] BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, 2017, DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806| ISSN: 2179-8966

No campo da subsunção típico-jurídica, o magistrado não pode criar tipos penais, nem promover uma intepretação extensiva para abarcar novas condutas como crime, quando não previstas em lei. Por isso, compreende-se os argumentos contrários à ADO 26, que afirma a extrapolação dos limites do judiciário, ao estabelecer a homofobia como crime. De fato, não se admite essa conduta desprezível. Contudo, tecnicamente, não se pode estabelecer uma conduta como crime sem expressa previsão legal, além de se ter, na intepretação extensiva, uma sobreposição do judiciário ao Legislativo.

Compreende-se a angústia do magistrado que, diante de desacordo moral e jurídico, curva-se aos preceitos legais, mas observando-se o sistema constitucional posto, especialmente com base nos preceitos positivistas, que conduzem a segurança jurídica do povo, por meio da legalidade, frente aos poderes do Estado.

O iluminismo constitucional (judicial) se mostra importante na medida em que garante direitos aos cidadãos, mas sem deixar de observar os limites na Constituição e nas leis. É cediço que os magistrados podem errar no exercício de seu mister, assim como qualquer outra pessoa. Mas, é a partir disso que devemos observar e tomar novo rumo para aperfeiçoar as atividades, fazendo com que as críticas fundamentadas sejam colhidas para melhorar o sistema jurídico e apresentar o verdadeiro iluminista. Não pode, entretanto, usurpar a escolha legislativa para fundamentar a subsunção de um fato não previsto em lei como crime a um modelo legal de delito, pois violaria o princípio da legalidade por meio do exercício da política criminal que não lhe cabe. Ou seja, a política criminal para a criação de tipos penais cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, como legitimado constitucional, quando do desenvolvimento da eleição do bem jurídico a ser protegido, bem como por ser o detentor do mecanismo apropriado para a instituição do poder punitivo estatal – processo legislativo. Ao Judiciário, ao se adotar a política criminal, serve tão-somente para limitar o poder punitivo do Estado, de modo a restringir a incidência do Direito Penal, ao se interpretar a lei penal diante de um caso concreto.

Em resumo, em que pese corrente divergente, eminentemente positivista (sistema causal), atualmente não há como deixar de aceitar e reconhecer a necessidade do desenvolvimento da política criminal pelo judiciário, em seu mister, notadamente no campo do Direito Penal, mas para tão-somente restringir a atuação da norma penal. Para dar funcionalidade e justiça à lei, após a escolha legislativa

acerca da incidência da lei penal em determinados fatos, o magistrado deve aplicá-la segundo o regramento legal, interpretando-a de acordo com os valores sociais incidentes, mas, ao mesmo tempo, respeitando os limites de sua atuação, ao observar a escolha legislativa para tipificar determinados atos reprovados. Por óbvio, o juiz não pode ser leviano e punir desarrazoadamente qualquer fato que se adeque friamente à lei, mas deve analisá-lo de acordo com valores e costumes para se compreender a seleção dos bens jurídicos tutelados e promover o devido alcance da proibição. Por isso, aquilo que for vedado por lei, o magistrado deve-se se sucumbir, mesmo que contrário aos seus preceitos morais e subjetivos, sob pena de usurpação da política criminal, ao tempo em que, igualmente, não pode punir um indivíduo se não houver expressa previsão legal, já que não pode dar uma interpretação extensiva aos tipos penais em nome da política criminal. Por isso, a utilização dessa pelo juiz se circunscreve a promover a real vontade da lei, cujo limite é fixado pelas balizas do princípio da legalidade.

4.3. A UTILIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME.

A partir da aceitação da utilização da Política Criminal por parte do Poder Judiciário, quando da análise dos casos concretos, passa-se a verificar o local de verificação dentro da estrutura analítica do conceito de crime. Para a subsunção do fato à lei penal, além dos elementos objetivos e subjetivos do tipo, existem os elementos normativos, os quais dão margem a uma interpretação mais aberta que os demais elementos, já que autoriza uma análise axiológica do fato para a perfeita adequação. As elementares normativas do tipo penal incriminador, por exigir uma valoração do caso concreto, oferecem uma amplitude exegética, capaz de tornar um fato como crime ou não a depender da carga valorativa do intérprete utilizada para adequar o fato à lei, momento em que a política criminal é chamada a resolver a exegese.

Como mencionado acima, o hermeneuta não está autorizado a adotar uma posição estritamente pessoal para apresentar uma solução que entende subjetivamente ser a mais justa, muito menos para criar um tipo penal ou adotar a

analogia maléfica à parte acusada. Necessita da adoção de valores realmente existentes na sociedade, a partir de uma lógica teórica de valores, para não tomar um rumo despido de fundamentação insustentável. Se a proposta de resolução do conflito não se ajustar aos elementos socialmente inseridos e firmemente enraizados, a premissa da fundamentação apresenta-se destituída de juridicidade. Por isso, a construção da decisão não pode ser assimétrica ou artificiosa ao Direito, na medida em que se exige o respeito mínimo da lei e da construção lógica dos argumentos jurídicos (lei da estética jurídica de Jhering).

> Frente a um conjunto de disposições legais, o jurista comporta-se como o físico: deve tomar os dados, analisá-los, estabelecer as semelhanças e diferenças e reduzir o material com que opera a um conceito único. Com essas unidades elabora uma construção lógica, que é uma teoria, em que cada uma dessas unidades ou dogmas, encontra o seu lugar e a sua explicação. Cumprida essa tarefa, deve formular uma hipótese, a fim de averiguar se essa teoria funciona de conformidade com a totalidade do texto legal, isto é, se não há elementos que se encontram sem explicação, ou seja, se alguma parte do todo se contradiz. Esse último passo é exigido porque nenhuma construção pode entrar em contradição com o texto legal. Esse é o processo de verificação. A construção não só não deve ser contraditada pelos textos, mas tampouco pode ser ela mesma contraditória.
> Em síntese, o jurista, como qualquer cientista, deve elaborar um sistema não contraditório de proposições cujo valor de verdade deve ser verdadeiro e que expliquem os fatos de seu horizonte de projeção científico.
> As leis e os elementos que destacamos de sua adequada análise, são os "fatos" do mundo jurídico. Assim como na física, a matéria é uma construção - porque o que nos está dado não é a própria matéria, e sim uma série de fatos simultaneamente presentes -, o mesmo sucede no campo do direito com a lei: temos uma quantidade de disposições simultaneamente vigentes. **Estas necessitam ser explicadas de acordo com um sistema de proposições universais que, além de ter sentido, devem ser verificadas** (a explicação de algumas dessas disposições deve servir para resolver os casos concretos, sem que a solução de conformidade com ela invalide alguma das restantes).[505]

A partir das premissas do princípio constitucional da legalidade, a política criminal de instituição dos tipos penais recai sobre o Poder legislativo, tão somente, que, por meio do processo legislativo, apresenta o regramento incriminador do fato socialmente reprovado. Com isso, ao Poder Judiciário cabe apenas limitar a incidência da norma penal, valendo-se, inclusive, da política criminal devidamente fundada.

A partir dos ensinamentos de von Liszt, a Política Criminal deixou de ser utilizada somente pelo legislador, autorizando o juiz a conformar racionalmente a lei penal com seus fins, já que "*a esta ciência incumbe dar-nos o critério para*

[505] ZAFARONI, Eugênio Raul e outro. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 9ª edição. Editora RT. São Paulo. 2011. Pág 152.

apreciarmos o valor do direito que vigora e revelar-nos o direito que deve vigorar"[506]. Embora a utilização da Política Criminal pelos magistrados ainda encontra óbice de corrente contrária, em razão do malfalado ativismo judicial, o que se verifica é a necessidade do reconhecimento de sua utilização, para se promover a verdadeira justiça, contra a irracionalidade da interpretação literal da lei. Por isso, a política criminal serve como estratégia de efetivo combate criminal nos moldes dos anseios sociais, não devendo ficar tão-somente nas mãos do legislador, sob pena de conferir ao Direito Penal uma insuficiente proteção dos bens jurídicos.

Nesse particular, dentro do conceito operacional do delito, apesar de certa verificação da política criminal incidente sobre as bases da teoria finalista é na corrente funcionalista que se encontra maior espaço de utilização da política criminal para a subsunção fático-jurídica, em razão da abordagem ôntica adotada. A partir da concepção funcionalista, a política criminal ganhou maior aceitação, por realizar uma aproximação da realidade como pressuposto do Direito e forma de interpretação da norma penal. Ao se buscar as condições materiais, oferece-se sentido mais adequado à norma penal sobre o caso concreto.

Com essas proposições, o funcionalismo teleológico conseguiu propor a utilização da tipicidade material da conduta para se reconhecer a existência de um fato típico mais condizente com as bases da Justiça. Ao se observar a realidade dos fatos para a subsunção, o Direito Penal passou a autorizar o uso da política criminal para o reconhecimento do delito, para além da mera adequação formal.

Dentro da tipicidade material do delito, os operadores do Direito passaram a observar os valores sociais e jurídicos para compreender se o fato considerado como crime teve a capacidade de lesar ou expor risco ao bem jurídico penalmente relevante. Para tanto, valora-se diversos princípios gerais ou específicos, como a intervenção mínima do Direito Penal, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da insignificância própria, da adequação social, da lesividade, da alteridade e outros.

Portanto, quando um magistrado absolve uma pessoa que furtou um pacote de biscoito do supermercado, aplicando os vetores do princípio da insignificância, está adotando as funções da política criminal para dizer que esse

[506] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito penal: volume único. Japiassú. São Paulo: Atlas, 2018.Pag 122.

fato não é materialmente típico, em razão da mínima ofensividade da conduta (dano social ou individual insignificante), da inexistência de periculosidade social da ação (pois não cria uma desordem social), do diminuto grau de reprovação da conduta (pouca reprovação moral) e da inexpressividade da lesão ao bem jurídico (lesão insignificante à vítima). Verifica-se, pois, que, diante de um caso concreto, o operador do direito realiza uma valoração do fato, de acordo com os pressupostos sociais e da norma penal, para promover um resultado mais justo.

Quando o operador do direito reconhece que a realização de um furo em cada orelha de uma criança recém-nascida, para a colocação de brincos, percebe que, embora o fato seja formalmente previsto como crime de lesão corporal, percebe claramente que o fato não se amolda ao tipo penal correspondente, em razão do princípio da adequação social.

Com esses dois exemplos, verifica-se que, na primeira passagem do conceito analítico de crime, a política criminal é abordada no campo da tipicidade, já que a conduta, o nexo causal e o resultado são valorados pelos aspectos objetivos e subjetivos.

Passando à análise da antijuridicidade do fato típico, o operador do Direito Penal, como regra, não aplica as bases da política criminal para a interpretação da incidência das causas de exclusão da ilicitude. A legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal são analisados de acordo com os limites objetivos e subjetivos da norma. Entretanto, excepcionalmente a política criminal pode ser invocada para resolver dúvida razoável para a incidência. Por exemplo, quando um pai castiga seu filho, como forma de corrigir e educar, ao tempo em que o caso concreto não oferece informações seguras sobre os limites do exercício do direito, o intérprete pode indagar se política criminal tenciona à reprovação do ato, pois excessivo, ou se realmente foi realizado dentro da regularidade esperada, inclusive pelo legislador. Não é tarefa fácil, por se adotar um esquema de interpretação baseado em certa subjetividade do hermeneuta. Mas, de qualquer forma, é valer-se da política criminal para tentar encontrar uma justa solução, quando eventualmente incidente uma das causas justificantes.

No terceiro estágio, sob o enfoque da culpabilidade, com a exclusão da imputabilidade desse campo, conforme proposta acima, de acordo com a teoria

finalista, sobra a análise da capacidade de conhecer a lei penal e a exigibilidade de conduta diversa, cuja verificação recai de modo puramente normativo. Havendo a necessidade de valorar o caso, considerando a figura do homem médio, passa-se à possibilidade de adoção da política criminal para verificar se a conduta é reprovável. Quando um indígena mata seu filho com deficiência, para além da investigação sobre o conhecimento da lei, também há a pesquisa dos interesses do Direito Penal acerca do fato. Se os fins da lei penal não forem atingidos, de modo a retirar a responsabilidade penal do agente, a resposta é apresentada após a confirmação dada pela política criminal de prevenção e reprovação do fato. Apesar de se investigar a possibilidade de o agente conhecer a lei penal, também há a perquirição do consequencialismo acerca dos fins da norma, autorizando a isentar o réu de pena, quando plenamente escusável o erro de proibição. Logo, é no caso concreto que o operador do direito poderá reconhecer essa situação.

No mesmo aspecto, ocorre quando da investigação da exigibilidade de conduta diversa. O operador do direito, ao se valer da análise axiológica, valora as circunstâncias fáticas para afirmar se o fato típico e ilícito é culpável. Se o agente não podia agir de acordo com o direito, porquanto impossível, isenta-o de pena, em razão da inexistência do delito (cujo conceito tripartite aqui se defende). Nessa valoração fática, também se adota as bases de política criminal para reconhecer ou não a referida excludente de culpabilidade.

Portanto, atualmente, dentro do conceito analítico de crime, verifica-se a presença dos ideais de política criminal ao longo das três etapas de verificação do delito, notadamente quando necessita valorar o caso concreto e cotejá-lo com as premissas legais. Ou seja, o operador do direito busca, ao longo dessas etapas, a mens legis, socorrendo-se inclusive, de um certo pensamento abstrato de como teria pensado o legislador ao instituir aquela norma incidente, de modo que não há como refutar a presença da política criminal para se interpretar a lei e restringir a atuação do poder punitivo do Estado.

5. A VITUPERABILIDADE DA CONDUTA COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE.

Em vista de distintos casos existentes no plano concreto de verificação do crime, bem como das técnicas de fundamentação da decisão judicial, verifica-se corriqueiramente que o magistrado, após concluir o processo de subsunção do fato à norma penal, mas antes da dosimetria, afirma, cada um com seu estilo, que o fato é reprovado e, por isso, julga procedente a ação penal para condenar o agente às penas previstas em um determinado tipo penal incidente. Ou seja, não é incomum ver que, após definir o fato como típico, ilícito e culpável, tem-se a menção da repugnância social do fato que merece a devida e justa expiação, passando, a seguir, à individualização da pena.

Ao mesmo tempo, existem fatos sociais que passam pelo filtro de subsunção, que, ao fim, chega-se à conclusão da inexistência de repugnância social a merecer a pena, embora o fato seja típico, ilícito e culpável. Os operadores do direito, quando diante de fatos assim, promovem os discursos fundamentadores da absolvição, mas sem que a justificativa apresentada se encaixe perfeitamente nos três elementos do conceito analítico de delito.

A lei, por sua vez, autoriza o juiz deixar de aplicar pena, criando uma interpretação distinta para a subsunção. Os magistrados, em razão disso, acabam apresentando motivos distintos para a absolvição ou aplicação de causa isentiva de pena, em razão da incongruência do sistema de fundamentação, já que a isenção de pena, por si só, não exclui a subsunção do fato típico, ilícito e culpável. Logo, há crime, mas sem a imposição de pena.

Colocando-se um exemplo para melhor compreender, tem-se os casos de perdão judicial, nos moldes como previsto no artigo 121, §5º, do CP. Esse dispositivo legal dispõe que "*Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária*." Verifica-se, portanto, que a lei autoriza o juiz *deixar de aplicar a pena*. Portanto, a lógica óbvia que se extrai é que há o crime, mas não há pena, quando ocorre uma situação como essa.

O artigo 120 do CP determina que o perdão judicial concedido não importa em reincidência, criando uma incongruência lógica do próprio sistema, uma vez que a reincidência ocorre quando da prática de novo crime, após a sentença penal condenatória transitar em julgado após reconhecer a prática de um crime anterior.

Quando um pai, culposamente, mata seu próprio filho, nasce para o Estado a pretensão punitiva e que, ao final, constando que o pai está sofrendo demasiadamente pela perda, por uma primeira ótica, o juiz deveria condenar e após isentá-lo de pena. Nessa situação, não geraria os efeitos da reincidência, nos termos do artigo 63 do CP, em razão do artigo 120, do CP. Em outra, o juiz deveria absolvê-lo, já que a sentença não produz efeitos penais, nem impõe uma pena, nos termos do artigo 386, inciso Vi, do CPP. Em uma terceira via, destituída de fundamentação legal, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a sentença não é condenatória (nem absolvitória), mas meramente declaratória, firmando seu posicionamento com a seguinte súmula de jurisprudência:

> Súmula 17, do STJ: A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

O que, na verdade, tem-se nesse caso é a utilização da política criminal de não reconhecimento de um fato penalmente reprovável. Embora o fato seja típico (materialmente típico) e ilícito, ao mesmo tempo, tendo o agente o conhecimento da lei penal e a exigibilidade de conduta diversa, a fundamentação para a absolvição pode ser resolvida sobre a ótica da reprovabilidade penal, que pode ser inserida no campo da culpabilidade, para além da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade da conduta diversa, sob a roupagem da “**VITUPERABILIDADE DA CONDUTA”.**

Vituperabilidade da conduta é a ideia de que uma certa ação merece uma reprovação intensa e enérgica, que pode ser realizada pelo Direito Penal, pois é o ramo mais severo para a resolução do conflito social.

Vituperável, segundo o dicionário português, é o ato que merece vitupério[507]. Vitupério é o substantivo masculino que significa “censura áspera a atos

[507] Disponível em: https://www.dicio.com.br/vituperavel/. Acesso em 08.04.2025.

ignominiosos. Ato ou efeito de exprobrar, de desaprovar, de censurar. A origem da palavra vem do latim *vituperium*, com significado de crime, de censura[508].

Com isso, é possível que um fato seja típico e ilícito, mas não censurável pelo Direito Penal. Logo, essa análise de reprovação ou não da conduta recai sobre o campo da culpabilidade. Contudo, não há um elemento próprio para isso, já que a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a inexigibilidade diversa não são elementos para essa investigação.

A regra é que todos os fatos típicos e ilícitos são censuráveis pelo Direito Penal. Contudo, há casos excepcionais que autorizam o juiz deixar de condenar o agente que, conhecendo a lei penal, podendo agir conforme o direito, acaba praticando um fato típico e ilícito, como na hipótese do art. 121, §5º, do CP. Nesse caso, o ato não é reprovado pelo Direito Penal e, aqui, propõe-se que a conduta não é vituperável.

A análise da vituperabilidade da conduta, dentro da culpabilidade, como último momento definidor do delito, faz com que o operador verifique o desprezo social do fato típico e ilícito a merecer a consequente pena.

Um caso atual e de difícil fundamentação para a deixar de se usar o Direito Penal para a resolução, ocorre com os casos de estupros de vulneráveis que, formal e materialmente, se enquadram no preceito do artigo 217-A, *caput*, do Código Penal.

Ao se ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, tem-se o delito hediondo realizado e que, para muitos, deve incidir a presunção absoluta da vulnerabilidade da vítima para jamais absolver o agente. Embora a lei abstratamente proíba qualquer ato sexual com pessoa menor de 14 anos, diante da realidade social, o magistrado enfrenta desafios de aplicação da lei e reconhecimento de causa de exclusão do crime, por considerar a presunção da vulnerabilidade como *jure et de jure*, ao se adotar a política de proteção integral à criança e ao adolescente.

Por óbvio, a pessoa menor de 14 anos não oferece consentimento jurídico válido, especialmente para retirar a tipicidade formal e material do delito de estupro

[508] **"vitupério"**, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2025. Disponível em: https://dicionario.priberam.org/vitup%C3%A9rio. Acesso em 08.04.2025.

de vulnerável, ainda que queira manter o relacionamento amoroso. Portanto, o seu consentimento não é juridicamente válido. Além disso, a sua eventual experiência sexual anterior ou o seu relacionamento amoroso também não excluem o crime. Nesses termos, o Superior Tribunal de Justiça já sedimentou a questão por meio da sumula 593:

> *O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.*

Para definirem a hipótese de incidência da norma penal, confrontam a questão real de o agente, maior de 18 anos, ter relação sexual ou libidinosa com pessoa menor de 14 anos. Realizando-se uma valoração sistemática do tipo penal, os fatos são típicos, ilícitos e culpáveis, não havendo qualquer dificuldade argumentativa para a fundamentação da subsunção típica-normativa. Ao considerar a presunção absoluta do crime, o fato se amolda perfeitamente ao artigo 217-A, do CP, a justificar a imposição penal. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. **RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 593 DO STJ.** AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. Para a caracterização do delito de estupro de vulnerável, é irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o réu, haja vista a presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. Súmula n. 593 do STJ.
> 2. Na espécie, a ofendida, à época com 13 anos de idade, foi submetida à prática de conjunção carnal. O réu, naquele tempo, contava 20 anos de idade.
> 3. A gravidez da vítima, em decorrência do conúbio sexual, e o nascimento de uma criança dessa relação não diminui a responsabilidade penal; ao contrário, por força de lei, incrementa a reprovabilidade da ação, atraindo mesmo uma causa de aumento de pena (art. 234-A, III, do CP);
> 4. A constituição de família não exclui, per se, a punibilidade da conduta e tal alegação não se coaduna com o caso dos autos, pois, além de o réu não haver registrado a criança, o seu relacionamento com a vítima não subsiste.
> 5. Agravo regimental não provido.[509]

Entretanto, a questão enfrentada em alguns casos possui especificidades que eventualmente o mesmo Tribunal Superior absolve o agente, notadamente

[509] (AgRg no HC n. 849.912/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 6/3/2024.)

quando o agente, tendo pleno conhecimento da idade da vítima, dolosamente mantém a relação sexual com pessoa menor de 14 anos.

Os Tribunais Superiores brasileiro, ao acolher a exceção Romeu e Julieta (*Romeo e Juliet Law*), têm abrigado a tese defensiva e absolvido o réu da acusação de estupro de vulnerável, considerando a pequena diferença de idade entre o agente e a vítima, bem como o contexto social em que o fato ocorre, notadamente com a constituição da família, sob fundamento de falta de ofensividade e intervenção mínima do Direito Penal, bem como irrelevância social, a excluir a tipicidade material, consoante se depreende do julgado do STJ colacionado abaixo:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
> 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. **AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR COM FILHO. HIPÓTESE DE DISTINGUISING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO.** 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. **PRECEDENTES DO STF.** 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. **PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA.** 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. **9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL COM FILHO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA.** 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ.
> 2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.
> 3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico

tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevindo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao *distinguishing* ou distinção.
4. A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 14 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).
5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados hard cases, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017).
6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.
7. Destaco, ainda, conforme recentemente firmado pela Quinta Turma, que não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar "seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana". A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida.
(REsp 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).
8. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3°). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente.
9. Há outros aspectos, na situação em foco, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do CP. Refiro-me não só à continuidade da união estável mas também ao nascimento do filho do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: a absoluta proteção da criança e do adolescente (no caso um bebê). Submeter a conduta do recorrente à censura penal levará ao esfacelamento da união estável, ocasionando na vítima e em seu filho traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material.
- Essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição

> Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art.3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009). (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021).
> 10. Agravo regimental a que se nega provimento. [510]

No caso de exceção Romeu e Julieta, tem-se a utilização da Política Criminal para valoração da norma penal e o fato concreto em si, cujo resultado absolutório do processo é contrário ao que determina a súmula 593, do STJ, em nome de valores sociais.

Cumpre destacar que esse trabalho não está a analisar o mérito de casos como esse. Se é certo ou não a absolvição, pode ser tema para outra pesquisa. Aqui, o que se verifica é a fundamentação para condenar ou absolver, de acordo com o conceito analítico de crime existente e a nova proposta que aqui se coloca.

Para efeito de absolvição do agente, o STJ adotou as teses da inexistência de relevância social, da subversão do Direito Penal, da colisão direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, da prevalência do justo, da derrotabilidade da norma, da ausência de adequação e necessidade, da ausência da proporcionalidade e razoabilidade, da pretensão acusatória contrária aos anseios da vítima, da desestruturação de entidade familiar, da absoluta proteção da família e do menor, a justificar o reconhecimento da atipicidade material.

Nesse particular, todas as teses ventiladas para fundamentar a absolvição, com a devida vênia, não se mostram corretas para retirar a tipicidade material do delito. Os argumentos são válidos e bem delineados, mas não retira a tipicidade material. O fato possui relevância social, é contrário ao direito, não é insignificante, não é socialmente adequado, tanto que se incrimina e repudia-o. Verifica-se que todas as teses foram válidas para afirmar que o caso concreto não merece a censura do Direito Penal. Por isso, o fato é típico e ilícito, tendo o agente conhecimento da lei penal e a possibilidade de agir de forma diferente.

[510] AgRg no REsp n. 1.919.722/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021.

Na visão finalista do conceito de delito, o fato é considerado como crime, já que não incide qualquer causa de exclusão da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. Na ótica funcionalista, tem-se o delito, mas a desnecessidade de pena.

Assim, com a devida vênia, ousa-se discordar, porquanto os argumentos adotados pelo STJ para absolver o agente apresentou a linha de raciocínio lógico de se compreender que a conduta não pode ser censurada pelo Direito Penal. Para se absolver uma hipótese dessa, deve-se entender que não há crime. Para isso, dentro de uma verificação tripartite do delito, passa-se pela confirmação do fato típico, já que a conduta lesou o bem jurídico tutelado (a liberdade sexual da vulnerável). Não há como se pensar que o fato não seja considerado materialmente típico. O valor protegido pela norma foi violado com a conduta do agente imputável, quando manteve a relação sexual com pessoa menor de 14 anos. Por isso, insiste-se na impossível exclusão da tipicidade. Igualmente, o fato é ilícito, já que não agiu em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal, em estado de necessidade, muito menos, dentro do exercício regular do direito. O consentimento da vítima, outrossim, não tem o condão de excluir a tipicidade ou a ilicitude do fato, já que a sua idade retira a validade jurídica dessa anuência. Logo, conclui-se pela existência do fato típico e ilícito.

Contudo, os fundamentos da decisão absolutória do STJ fazem pensar em uma fundamentação legítima para compreender que o fato típico e ilícito não merece a reprovação do Direito Penal. Importa destacar que a reprovação da conduta do agente deve ser analisada em sede de culpabilidade, mas que exige a construção de um fundamento ou requisito de verificação válido, que ainda não fora proposto. Nessa pesquisa, de forma técnica e responsável, propõe-se a criação de um novo elemento da culpabilidade, diferente da exigibilidade de conduta diversa e do potencial conhecimento da ilicitude, consistente na “vituperabilidade da conduta”.

Por certo, não se trata de desconhecimento da lei, já que o agente tem pleno conhecimento do delito de estupro de vulnerável. Da mesma sorte, poderia agir de forma diferente, para se comportar conforme o direito. Por isso, os demais elementos da culpabilidade não excluem a condenação do agente, por falta de pertinência.

Com isso, o julgado terminou por verificar a vituperabilidade da conduta, como uma cláusula final de análise de reprovação do comportamento do agente, valendo-se de vários argumentos adequados, inclusive, com base na política criminal. Como visto acima, a vituperabilidade é a censura que justifica a incidência das regras penais. Se o ato for realmente censurável, deve incidir a norma penal incriminadora, para, em seguida, impor a respectiva pena.

Se o caso concreto apresentar um fato típico e ilícito, bem como após a verificação do conhecimento da lei e da possibilidade de agir conforme o direito, deve, o operador do direito, investigar se o fato é realmente reprovável, como nos exemplos acima. Se não for, o juiz não deve reprovar, como ocorre nos casos excepcionais de concessão de perdão judicial em homicídio culposo, nos termos do art. 121, §5º, CP, ou de estupro de vulnerável com um contexto familiar, como o julgado pelos Tribunais Superiores brasileiros.

Por óbvio, a maioria dos delitos possuem sua reprovação abstrata e concreta que justificam a imposição de pena. Repita-se: a presunção é que a conduta do agente seja vituperável. Não se está a ser leviano. Logicamente, como regra, o fato típico e ilícito possui a reprovação necessária para se fundamentar a imposição da sanção penal. O que se apresenta é a necessidade de verificação da reprovabilidade do delito. Se não for, fundamenta-se a absolvição.

Entretanto, essa reprovação se difere da culpabilidade do artigo 59, do CP, que se analisa como medida de pena, em razão da gravidade concreta do fato. Não se confunde com essa circunstância judicial. É, por isso, que inclusive apresenta-se a expressão “vituperabilidade da conduta”, para não se confundir com a análise da reprovação que se faz na dosimetria penal, nos termos do artigo 59 do CP. Igualmente, em que pese ter o mesmo significado de culpabilidade (análise de reprovação da conduta), como elemento do conceito analítico de crime, a vituperabilidade da conduta seria a espécie de culpabilidade, a ser valorado dentro desse terceiro elemento.

Outro caso que concluiu pela não-censura do agente ocorreu quando um juiz absolveu uma pessoa da imputação de tráfico de drogas, diante da análise subjetiva da culpabilidade do agente, verificada pela simples condição existencial do réu e a necessidade de prover a subsistência de sua família, que o favoreceu à prática de um fato típico, ilícito e culpável.

> No Processo nº 1009383-72.2018.4.01.3400. TRF 1, ao julgar o caso, o juiz Marcus Vinícius Reis Bastos reconheceu o estado de vulnerabilidade do homem e, com base nas circunstâncias pessoais, decidiu pela absolvição. “Não há como se atribuir culpa ao réu, e consequentemente afirmar sua responsabilidade penal, pois, diante de suas circunstâncias pessoais e familiares, não poderia ter agido de outro modo. Atuou com vistas a prover o sustento de sua família”. [511]

Na hipótese, não se há como admitir a inexigibilidade de conduta diversa como o argumento legitimador da absolvição, embora talvez seja possível. O que se verifica é que, diante das condições pessoais do agente, preferiu-se não o condenar, embora fosse exigível outra conduta do agente que se servia de “mula de drogas”. A ele, é exigível a conduta conforme o Direito, analisado sob a perspectiva da teoria puramente normativa. Dessarte, em que pese justificar a imputação ilícita com exculpante (inexigibilidade de conduta diversa), o juiz deixou de observar a teoria normativa pura do finalismo welziano (incidente no ordenamento jurídico brasileiro), ao levar em consideração aspectos subjetivos para a exculpação. Portanto, exigia-se conduta diversa, já que possível atuar conforme o direito.

Contudo, o caso concreto apresentou fatores de vulnerabilidade social a fazer com que o magistrado entendesse que a conduta não fosse censurada. Logo, está no campo da proposta de análise da “vituperabilidade da conduta do agente”. As condições de vulnerabilidade social do agente foram os argumentos adequados para simplesmente não reprovar a conduta realizada. Por isso, entendeu-se que não houve crime, em razão da invituperabilidade da conduta.

Por outro lado, pode ser que a conduta do agente não seja punida em razão de uma questão advinda no processo penal. Por exemplo: Quando um delator realiza um acordo com o Ministério Público, de modo a vir a ser perdoado pelo juiz, a sua conduta não será reprovada, mas não por falta de censurabilidade, mas por conta de sua colaboração. O coautor ou partícipe de um delito, que vier a colaborar efetivamente com as investigações pode ser perdoado pelo magistrado, caso

[511] Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.conjur.com.br/dl/equatoriano-preso-cocaina-aeroporto.pdf. Acesso em 04.04.2023.

estabeleça um acordo e cumpra-o fielmente (art. 13, lei 9.807/99[512], art. 4º, da lei 12.850/13[513] e outras). Essas hipóteses fazem com que sequer investigue se o agente agiu com dolo ou culpa; se agiu amparado por uma excludente de ilicitude etc. Logo, as questões processuais retiram do operador a análise de verificação do injusto. Se o agente aceitar o ANPP, a transação penal, o *sursis* processual, por exemplo, e cumprir integralmente as condições, a extinção da punibilidade ocorrerá por uma causa externa ao conceito analítico de crime. Do mesmo modo ocorre quando da prescrição, da decadência, da perempção, da retratação do agente, da retratação da representação e outros fatos. Por isso, deve-se tomar cuidado com a fundamentação acerca da reprovação da conduta, para não se confundir com as questões advindas do processo penal, já que existem diferentes causas de extinção da punibilidade. Por isso, a punibilidade não é um elemento do conceito operacional de crime.

Lecionando acerca disso, Binding afirma que a punibilidade não estaria no conceito de crime, pois, além de se realizar a investigação substancial, também deve ser verificada por meio do requisito processual, alcançado por meio do desenvolvimento válido da ação penal, uma vez que para punir, exige-se a observância das regras válidas do processo penal. Se faltar a ação penal, o agente não poderá ser punido, por exemplo. Por isso, a punibilidade tem seu aspecto

---

[512] DA PROTEÇÃO AOS RÉUS COLABORADORES
Art. 13. **Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial** e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:
I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.
Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

[513] Art. 4º **O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial,** reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

material (existência de crime) e processual (existência de processo penal), que não pode ser confundido conglobadamente no conceito de crime[514].

Assim, por meio dessa proposta, a culpabilidade restaria para valorar "**o potencial conhecimento da lei penal, a exigibilidade de conduta diversa e a vituperabilidade da conduta**", uma vez que a imputabilidade seria um pressuposto prejudicial do conceito analítico, a ser verificado antes de se adentrar para análise do fato típico.

Com isso, propõe-se a reflexão, com base nas pesquisas e verificação de se adequar as fundamentações jurídicas, na tentativa de construir uma justificação mais sólida quando da subsunção do fato à lei penal. Por isso, ciente do desafio, lança-se a proposta da vituperabilidade da conduta, na esperança de ver as críticas construtivas e lapidadoras da tese.

[514] BINDING, Karl. As normas e suas infrações. Tradução de Antônio José Miguel Feu Rosa. Vol 1. Vitória. 2002. Pág. 165.

6. O RESULTADO DA OPERAÇÃO APÓS AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DOS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME.

6.1. DA IMPUTAÇÃO JURIDICO-PENAL AO INIMPUTÁVEL MENOR DE 18 ANOS. CRITÉRIO OBJETIVO-BIOLÓGICO. PRESSUPOSTO DE ANÁLISE DO CONCEITO.

O critério de imputação do delito à pessoa maior de 18 anos é fruto de uma escolha legislativa, no exercício de sua política criminal, após os resultados científicos apresentados pela Criminologia. Após amplo debate, o critério biológico é aferido objetivamente pelo Direito Penal, fazendo com que somente pessoas com 18 anos ou mais tenham a possibilidade de serem responsabilizados pela prática de crimes. Logo, para o Direito Penal, como ciência normativa, até a véspera dos 18 anos de idade, o agente não pratica delito, por mera escolha legislativa. Trata-se de um fator objetivo de não-imputação jurídico-penal, que não se confunde com a discussão acerca da capacidade de entendimento do agente.

Portanto, para efeito de responsabilização jurídico-penal por crime, o agente deve ter 18 anos ou mais, pois, caso contrário, considera-se como não-praticado, embora responda por ato análogo, nos termos da legislação própria. Dessa forma, o Código Penal brasileiro e a Constituição Federal prescreveram que a responsabilidade penal se inicia aos 18 anos completos, momento em que, por escolha da política criminal, entendeu-se melhor distinguir o tratamento dado aos menores em relação aos maiores de idade que se envolvem com o fato criminal.

O artigo 228 da Constituição Federal prevê que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, sujeitando-se às normas específicas da legislação especial. Complementando essa norma constitucional, o artigo 27 do Código Penal estabelece que os menores de 18 anos são considerados inimputáveis, firmando, assim, a presunção absoluta de responsabilidade penal. Prescrevem os citados artigos:

> Art. 228, da CF: São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

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

Trata-se de um requisito objetivo meramente biológico para isentar a criança e o adolescente da responsabilização penal, caso se envolva em um fato previsto como crime. Nessa hipótese, caso pratique um ato infracional análogo a crime, incidente será a normativa estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), com medidas protetivas e socioeducativas, como consequência, visando à reeducação do jovem em conflito com a lei por meio de abordagem pedagógica distinta das medidas penais, embora havendo efeito punitivista, como no caso da internação e da semiliberdade previstas no referido Estatuto.

Com isso, no âmbito do Direito Penal, supondo que um Promotor de Justiça promova uma denúncia contra uma pessoa, pela prática de um determinado crime, mas, posteriormente, quando da apresentação da resposta à acusação, sobrevenha a informação e comprovação de que o réu possuía 17 anos de idade no dia do crime imputado. Qual será a fundamentação do juiz para arquivar o processo-crime? O juiz vai dizer que houve conduta típica e ilícita, mas, diante da excludente de culpabilidade, não haverá crime? Obviamente que não, pois, caso contrário, adentrará no mérito do injusto, com o reconhecimento da subsunção do fato típico e ilícito.

Se o juiz criminal reconhecer que o réu é menor de 18 anos, em um processo-criminal, imediatamente irá determinar o arquivamento por conta exclusivamente do fator etário, sem qualquer outra necessidade de fundamentação maior. Sequer irá mencionar as noções de formação da conduta e os elementos seguintes de verificação.

Sendo o réu menor e indevidamente denunciado em uma Vara Criminal, o juiz determinará o arquivamento, através de uma decisão concisa e breve, sem qualquer incursão nos elementos que compõem o conceito analítico do delito, de modo que determinará o arquivamento do feito, em vista da menoridade penal e da determinação legal dos art. 228 da CF e 27 do CP.

Por isso, constatando tratar-se de um menor de 18 anos, um Policial levará o adolescente em conflito com a lei para a Delegacia de Polícia especializada,

caso existente; um Promotor de Justiça jamais o denunciará em uma Vara Criminal; um Magistrado jamais receberá uma denúncia ou o condenará, tendo em vista somente um argumento: “ser menor de 18 anos”. Nesses autos, não irá se debater sobre a capacidade de discernir, se tem doença mental, se sua capacidade cognitiva está plenamente formada, como se faz em relação ao inimputável do art. 26, CP. No âmbito da Vara da Infância e Juventude, a imputação é analisada sob os elementos subjetivos e objetivos, mas proeminentemente sob as questões axiológicas que recaem sobre o fato posto, inclusive para se fixar a melhor medida judicial.

Novamente, é importante informar que não se pode perder de vista a finalidade da criação e da existência do conceito analítico de crime. É lecionado que o escopo da construção do conceito estratificado de delito é promover a melhor argumentação para subsumir o fato na lei penal, através de uma série de perguntas e respostas. Ou seja, visa exigir a utilização de justificativas sobre cada circunstância de imputação analisada, através de uma ordem. Em regra, inicia-se pelos elementos da conduta até se chegar ao último elemento da culpabilidade. Para o conceito estratificado de crime, Zafaroni[515] definindo como conduta típica, antijurídica e culpável, faz com que cada etapa sirva como filtro para se definir o delito e, com isso, o operador do Direito Penal apresentar satisfatoriamente as razões da imputação penal. Essa análise ocorre quando, diante de um caso concreto, o operador do Direito elabora uma série de indagações para serem respondidas concatenadamente até se chegar, racionalmente, à perfeita adequação e culpabilização do injusto penal, através da devida fundamentação. Como o Estado apresenta os tipos penais em abstrato, surge a necessidade de valoração concreta dos elementos conceituais do delito, a ser realizado dogmaticamente em ordem, quando diante de um caso concreto.

Como se percebe, a idade penal é o primeiro estágio das indagações contidas para se definir a existência de crime, de modo que, constatada a menoridade penal do agente, sequer envereda-se às demais perguntas. Aliás, importante destacar que a maioridade penal é, de fato, a primeira constatação que se busca em qualquer investigação criminal. Sendo adolescente, toda a dinâmica é alterada, não só sobre os procedimentos investigativos e persecutórios, como

[515] ZAFARONI, Eugênio Raul e outro. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 9ª edição. Editora RT. São Paulo. 2011. Pág. 478 e segs.

também na forma de estabelecer a medida de educação e reprovação contida no Estatuto Infanto-Juvenil. Sendo menor de 18 anos, não há sequer a investigação da capacidade de entendimento do delito, que seria o segundo passo para análise da imputabilidade. Ou seja, o fator biológico se antecipa ao psicológico, pois, sendo menor de 18 anos, não pode haver imputação de crime.

Portanto, essa análise objetiva de inimputabilidade, em razão da menoridade, é anterior e estranha à análise do delito. É, na verdade, uma questão anterior à análise da subsunção fática, a comprovar que a imputabilidade é uma questão pressuposta e estranha ao conceito analítico de crime.

Por isso, para corrigir as fundamentações dos operadores do Direito Penal, considerando as balizas da dogmática, propõe-se que a maioridade penal seja o primeiro elemento de investigação, que se encontra dentro do campo da imputabilidade penal, mas antes de se adentrar no conceito analítico de crime, proporcionando a correção das justificativas havidas nos casos concretos.

A partir desse ponto, passa-se à análise das demais circunstâncias de imputação penal, pese embora ainda dentro da própria condição subjetiva do agente. Ou seja, após constatar ser maior de 18 anos, envereda-se na análise da capacidade de entendimento, para verificar a imputabilidade do agente e, somente após isso, entrar na análise dos elementos subjetivos, objetivos e normativos de imputação do injusto penal existentes no conceito do delito.

Como observado, a proposta que se realiza é firmada na prática judicial, onde ocorre a utilização dos elementos contidos no conceito operacional de delito, cuja missão é promover o adequado enquadramento fático-jurídico do caso concreto. Nessa perspectiva, a proposta se apresenta justa e de acordo com os parâmetros sensíveis do operador do Direito Penal, de modo que nos faz curvar no sentido de corrigir os fundamentos da imputação, ao tempo em que, ousadamente, propõe-se a alteração da estrutura do sistema conceitual adotado. Com isso, espera-se o alcance e a aceitação da perspectiva apresentada.

6.2. DA IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL AO INIMPUTÁVEL, SEMI-IMPUTÁVEL E INIMPUTÁVEL. ANÁLISE PRECEDENTE AO CONCEITO OPERACIONAL DO DELITO.

Em razão dos fundamentos científicos para a realização da subsunção fático-jurídica como crime, conclui-se pela necessidade de revisitação e revisão dos elementos que compõem o conceito analítico de crime e que se adota no contexto brasileiro. Como visto, adota-se o sistema finalista brasileiro, com resquício do sistema causalista, mas com grande influência das teorias funcionalistas, notadamente da teoria funcionalista teleológica. Portanto, atualmente, o conceito operacional tripartite de crime, com todos os seus elementos, pode ser visualizado da seguinte forma:

Conceito tripartido de delito

FATO TÍPICO	ANTIJURÍDICO	CULPÁVEL (teoria puramente normativa)
1. Conduta a) comissiva/omissiva b) dolosa/culposa **2. Nexo causal** **3. Resultado** **4. Tipicidade** a) Formal b) Material.	**1. Estado de necessidade** **2. Legítima defesa** **3. Estrito cumprimento de dever legal** **4. Exercício regular de direito.**	**1. Imputabilidade** **2. Potencial consciência sobre a ilicitude do fato** 3. **Exigibilidade de conduta diversa**

Desse conceito finalista, extrai-se que se houver uma conduta dolosa ou culposa capaz de gerar um resultado jurídico previsto em lei como crime e materialmente típico; contrária ao direito (ilícito), porquanto não incidente qualquer causa de exclusão da antijuridicidade, e; sendo o agente culpável, pois imputável, conhecedor do direito e com possibilidade de agir conforme o direito, tem-se o reconhecimento do delito, passando-se a análise e aplicação da reprimenda. Assim,

atualmente, a análise operacional do delito inicia-se com a conduta humana. O ponto de partida é a verificação da conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva. A partir disso, verifica-se o nexo causal, o resultado e a tipicidade, para se ter um fato típico, presumindo-se a ilicitude, que somente será excluída se houver a incidência de uma das causas justificantes. Por fim, verifica-se se o agente é imputável, se detinha a possibilidade de conhecer a lei penal e se podia agir conforme o direito, para ser responsabilizado penalmente.

Entretanto, em razão da incongruência da fundamentação, verifica-se que uma pessoa sem capacidade de entender, por alguma doença mental, não é capaz de produzir a plena consciência para deflagrar um comportamento livre. Assim, observando a ordem cronológica das perguntas, dentro de um caso concreto, tem-se que, primeiro, indaga-se se o agente tem capacidade de entender, para, depois, investigar o elemento cognitivo e volitivo. Logo, indaga-se se o agente tem capacidade de entender. Se a resposta for positiva, passa-se à análise da sua consciência e de sua vontade, quando da realização da conduta, já que a primeira indagação atinge a segunda. Portanto, a ordem cronológica das indagações ocorre dessa maneira, já que não é possível que, após afirmar ter consciência e vontade (na conduta), afirmar que não tinha capacidade de entender (na culpabilidade). Isso é incongruente, já que o finalismo causou essa inversão irracional da questão.

No âmbito procedimental de investigação da inimputabilidade, chegando-se ao conhecimento de eventual existência de uma doença mental, para a investigação da capacidade cognitiva é realizada uma perícia através do procedimento incidental de investigação de insanidade mental, nos termos do artigo 149, do Código de Processo Penal. Tem-se, dessarte, uma questão prejudicial, anterior e externo ao próprio conceito analítico de crime, percebido, inclusive, pelos distintos instrumentos de averiguação. Isso faz com que, em nosso modo de ver, a (in)imputabilidade não integre o conceito analítico de crime e seja um pressuposto de análise do próprio conceito.

A capacidade de entender é investigada dentro do incidente de insanidade mental, cujo processo ocorre apartado. O delito, por sua vez, é investigado dentro do processo penal principal, onde, ao fim, tem-se a absolvição ou condenação, como regra. Portanto, a inimputabilidade, sendo a incapacidade de entender, vem como uma investigação anterior à conduta. Se o agente não tem

capacidade de entender, não tem como formar a consciência plena do fato, viciando o elemento cognitivo e volitivo da ação. Por isso, a investigação da imputabilidade ocorre fora da subsunção típica, de modo a ser um pressuposto de análise do próprio crime.

Ao se confirmar a imputabilidade do agente, o processo criminal principal volta a sua marcha com a investigação de todos os elementos objetivos, subjetivos e normativos. Por outro lado, ao se reconhecer a inimputabilidade, o processo principal retoma a marcha processual para se realizar uma investigação objetiva e valorativa do delito, já que os elementos subjetivos restam afetados com a falta de capacidade de entender, para a aferição da sua perigosidade.

Logo, ao fim do processo em que se imputa fato-crime a inimputável, constatando objetivamente o perigo do agente, através da conduta axiologicamente valorada, impor-se-á uma das medidas de segurança. Como se percebe, uma pessoa sem capacidade de entender não tem consciência da realidade, de modo que, ao se utilizar o conceito finalístico moldado acima, adotar-se-á uma fundamentação incoerente, pois não há como afirmar a existência de um fato doloso pelo agente inimputável. A própria perícia psiquiátrica afirma, em laudos, que um inimputável tem a sua consciência e vontade maculadas, de modo a trazer uma perplexidade de fundamentação jurídica, já que, como se percebe, ao faltar os elementos cognitivos e volitivos, não há conduta. Portanto, é incorreto afirmar que um inimputável tem consciência, pois, para se chegar à culpabilidade finalista, inferiu-se pela existência do dolo – o que é incoerente.

Assim, para resolver esse problema, deve-se observar o plano fático-jurídico de fundamentação, interpretando-o como realmente ocorre no mundo jurídico. Para tanto, reconhecendo que, antes de se julgar a existência ou não do crime, tem-se a necessidade de verificação da capacidade de entender do agente apresentado como inimputável, por ser uma questão prejudicial e externa ao processo principal, deve-se retirar a imputabilidade do próprio conceito de delito, pois sua investigação ocorre de modo apartado. Dessa feita, o elemento “imputabilidade” não pode integrar o conceito de crime, na medida em que, na prática, esse elemento não está sendo utilizado para saber se o agente praticou ou não do crime, mas sim de saber se detinha capacidade de entender e de agir conforme o direito.

Com isso, propõe-se que a imputabilidade seja um elemento pressuposto ao conceito, para, após o fim da investigação da capacidade de entender no processo incidental, fazer a distinção da investigação do delito. Tal premissa é percebida quando, em caso de denúncia por um “crime” praticado por um agente, que, posteriormente, concluiu-se que não detinha capacidade de entender, tem-se a sentença absolutória (art. 386, CPP), em que pese poder-se aplicar medida de segurança.

Sendo o agente imputável ou reconhecido pela perícia-médica como semi-imputável, passa-se à análise da subsunção do injusto penal. Importante destacar que a perícia só irá existir se houver alguma notícia de perturbação ou de doença mental, pois, em regra, as imputações criminais recaem sobre o agente presumidamente imputável, de modo que não se tem a instauração do processo incidental para se investigar a capacidade cognitiva do agente, quando não houver minimamente o indício de doença mental. Por isso, como regra, passa-se à investigação do conceito analítico do delito, com todos os elementos objetivos, subjetivos e normativos existentes, sem a necessidade de investigação da inimputabilidade, pois presumida é a imputabilidade.

Não obstante, sobrevindo a notícia de eventual perturbação à saúde mental do agente, nos termos previstos nos art. 149 e seguintes do CPP[516],

[516] CAPÍTULO VIII - DA INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO
Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.
§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.
§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.
Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.
§ 1º O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.
§ 2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.
Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.
Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.
§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.
§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.

suspende-se a marcha processual dos autos principais (onde se apura o crime), e instaura o incidente de insanidade mental, para investigar a capacidade cognitiva do agente. O incidente é questão prejudicial aos autos principais, de modo a comprovar que a imputabilidade é uma questão pressuposta.

Se, ao final do incidente, a perícia constatar que o periciando tinha plena ou parcial capacidade de entender, os autos principais retomam para a subsunção do fato como crime, com a investigação das elementares subjetivas, objetivas e normativas do tipo incidente, com imposição de pena se devidamente subsumido o fato à lei, já que, inclusive ao semi-imputável, pode-se aplicar pena minorada (art. 26, parágrafo único, CP). Assim, sendo o réu imputável ou semi-imputável, volta-se à pesquisa dos elementos subjetivos, objetivos e normativos do tipo penal cotejados com os fatos imputados, para justificar a reprimenda.

Confirmando a imputabilidade ou a semi-imputabilidade do agente, o operador do direito passa a analisar se o fato é típico, ilícito e culpável, sob os pilares do sistema tripartite do finalismo e funcionalismo, acrescido do elemento "vituperabilidade da conduta", no campo da culpabilidade, para investigar se o fato típico e ilícito merece a reprovação do Direito Penal. Dessa feita, ilustrando-se a proposição, tem-se:

Conceito analítico proposto

SE IMPUTÁVEL ou SEMI-IMPUTÁVEL

(Análise subjetiva, objetiva e normativa do conceito)

FATO TÍPICO	**ANTIJURÍDICO**	**CULPÁVEL** (teoria puramente normativa)

Art. 153. **O incidente da insanidade mental processar-se-á em auto apartado,** que só depois da apresentação do laudo, será apenso ao processo principal. (grifo nosso)

Art. 154. Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no art. 682.

1. CONDUTA a) comissiva/omissiva b) **dolosa/culposa** **2. NEXO CAUSAL** **3. RESULTADO** **4. TIPICIDADE** a) Formal b) Material.	**1. Estado de necessidade** **2. Legítima defesa** **3. Estrito cumprimento de dever legal** **4. Exercício regular de direito**	**1. Potencial consciência sobre a ilicitude do fato** **2. Exigibilidade de conduta diversa** **3. Vituperabilidade da conduta**

Nota-se que, com a exclusão da imputabilidade do campo da culpabilidade, a teoria da culpabilidade passa a ser puramente normativa, já que deixa de examinar o aspecto psicológico do agente, para se ter a valoração dos elementos remanescentes e inseridos, corrigindo-se, dessarte, a teoria da culpabilidade proposta pelo finalismo, para passar a ser efetiva e puramente normativa.

Por outro lado, se durante a perseguição criminal chegar-se no conhecimento da existência de doença mental do agente, deve-se suspender os autos da ação principal, para se instaurar o incidente de insanidade mental, nos termos do art. 149 e segs., do CPP. Se ao fim da perícia, no processo incidental, chegar-se à conclusão de que se trata de pessoa inimputável e, assim, sem capacidade de entender o fato e o seu caráter ilícito, nos termos do art. 26, *caput*, do CP, mister voltar à análise do fato imputado para investigar a necessidade de se impor uma medida de segurança (espécie de sanção penal), considerando a periculosidade do agente.

Confirmando ser pessoa inimputável, nos termos do art. 26, do CP[517], deixa-se de exigir a análise dos elementos subjetivos do tipo, uma vez que a pessoa sem capacidade de entender não produz a consciência necessária para promover um comportamento finalístico. Sempre haverá ruídos entre o dolo (consciência e

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

vontade) e incapacidade de entender. Portanto, não há como perquirir os elementos subjetivos do delito, sobejando apenas os elementos objetivos e normativos a serem valorados.

Sendo o agente inimputável, é possível fazer a subsunção do fato à lei penal, investigando somente os elementos objetivos e normativos do tipo, para, com isso, aferir o grau de periculosidade do agente. Quando, por exemplo, um inimputável reage a um ataque injusto e grave, tem-se a legitima defesa, que pode ser analisada de forma objetiva e normativa. Nesse exemplo, o agente não se mostra perigoso, de modo que não necessita ser submetido à medida de segurança. Por outro lado, se valorar os elementos objetivos e normativos do tipo penal e chegar à conclusão de que o agente inimputável realizou uma conduta típica, ilícita e culpável, tem-se a necessidade de submissão a uma medida de segurança, a ser escolhida, de acordo com a gravidade da periculosidade exposta pelo caso concreto, podendo valer-se da teoria da imputação objetiva de Roxin para analisar o risco do comportamento do agente e para compreender o perigo que ele representa para se buscar a medida mais adequada.

Portanto, o que se tem, com muita convicção, é a impossibilidade de se analisar a intenção do agente, quando reconhecida a incapacidade de entender, afinal, só é possível investigar o dolo, se antes verificar se o agente tinha a capacidade de entender. Por isso, a imputabilidade deve ser um pressuposto para se encontrar o conceito de crime mais adequado.

Portanto, se a perícia constatar a inimputabilidade do agente, o operador do Direito Penal pode observar o seguinte esquema, para, ao final, ter a justificativa plausível para se impor uma medida de segurança:

Conceito analítico de crime

SE INIMPUTÁVEL

(Análise objetiva e normativa do conceito)

Teoria da imputação objetiva de Roxin

FATO TÍPICO	**ANTIJURÍDICO**	**CULPÁVEL**

		(teoria puramente normativa)
1. **CONDUTA** **a) comissiva/omissiva** 2. NEXO CAUSAL (teoria do risco) 3. RESULTADO 4. TIPICIDADE a) Formal b) Material.	1. Estado de necessidade 2. Legítima defesa 3. Estrito cumprimento de dever legal 4. Exercício regular de direito	1. Potencial consciência sobre a ilicitude do fato 2. Exigibilidade de conduta diversa 3. Vituperabilidade da conduta.

Sendo inimputável, o operador do Direito Penal não analisa os elementos subjetivos da conduta, notadamente por ser impossível a conclusão. A pessoa com deficiência mental, incapaz de entender o seu comportamento e o caráter ilícito do fato, pode, eventualmente, apresentar uma finalidade da conduta, mas com ruídos e inconsistências. Por isso, não há como se concluir se tinha ou não consciência e vontade, já que a doença mental priva as plenas faculdades mentais para a realização de uma conduta livre. Ademais, para o Direito Penal, a falta dos elementos subjetivos do tipo não fará grande diferença, já que, ao final, o inimputável será absolvido. Em que pese a imposição de medida de segurança, essa investigação recai sobre a potencialidade do perigo representado pela pessoa do inimputável, cuja verificação incide sobre o fato analisado de forma objetiva e valorativa. Por isso, em se tratando de agente inimputável, a subsunção fática é despida da perquirição do fim de agir.

Por óbvio, nesse caso, a investigação criminal para a subsunção ganha maior ênfase sob os pelares da responsabilidade objetiva, devido à impossibilidade de se apurar a consciência e vontade do inimputável, mas, como o Código de Processo Penal prescreve a sentença absolutória imprópria ao agente como resultado da ação penal, retira substancial apoio à análise subjetiva da conduta.

No caso concreto, ao se analisar o evento do inimputável, sob a ótica objetiva e valorativa, tem-se uma aproximação aos ensinamentos da teoria funcionalista para justificar a imposição da medida de segurança. Por isso, há que se reconhecer a incidência da responsabilidade objetiva mitigada, em sede de Direito Penal, já que, para a inserção de medida de segurança, exige-se a observância da teoria do risco (imputação objetiva) para certificar-se se o atuar do agente violou o risco permitido.

Portanto, considerando a imputação objetiva e os riscos não permitidos apresentados pela conduta do inimputável, justifica-se a imposição da medida de segurança, se o fato for típico, ilícito e culpável, cujas respostas, a cada momento da valoração, devem ser apresentadas seguindo o esquema acima. Em contrapartida, se o fato típico do inimputável for lícito ou se incidir uma causa de exclusão da culpabilidade, não se mostra adequada a sentença de absolvição imprópria, mas sim a sentença absolutória própria, sem qualquer medida de segurança como consequência.

Com isso, tem-se a proposta de exclusão da imputabilidade do conceito analítico, sendo um elemento pressuposto ao próprio delito, para se investigar em apartado, nos termos do Código de Processo Penal, para, em seguida, adentrar-se à verificação do delito. Por consequência dessa exclusão da imputabilidade do conceito, todos aqueles, que de algum modo sejam enquadrados como inimputáveis, devem ser revistos, consoante se passa a seguir, já que existem outras causas de análise da imputabilidade.

6.3. DA IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL AO AGENTE COMPLETAMENTE EMBRIAGADO. TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*. REAFIRMAÇAO DA RESPONSABILIDADE PENAL.

Além da hipótese do inimputável, o conceito de crime, despido dos elementos subjetivos, incide quando o agente alega não possuir consciência da realidade no momento do fato, por se encontrar sob a influência de álcool ou de substância análoga. Estando o agente embriagado ou entorpecido, como visto alhures, é possível que, em razão do grau elevado dos efeitos, não tenha

capacidade de entender e de agir conforme o direito. Logo, essa questão está inserida no campo dos estudos da imputabilidade.

Nesse caso, por escolha legislativa (Política Criminal), o agente é normativamente considerado imputável e, por consequência, não há exclusão da responsabilidade penal, nos termos do art. 28, do Código Penal[518], salvo na hipótese de embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior[519]. É óbvio que o agente, com alto grau de intoxicação, não tem discernimento e consciência de seu ato e, por isso, resta incongruente a análise do dolo no momento da ação.

Assim, por falta de dolo, deve ser considerado o conceito objetivo e normativo proposto, sem desconsiderar a teoria da imputação objetiva de Roxin, para se justificar a imposição de pena, já que não se exclui a responsabilidade penal. Se se pensar na existência dos elementos subjetivos da conduta no momento do delito, quando o agente se encontrava complemente embriagado, não há como se ter a conduta dolosa, com a finalidade de se cometer o delito, já que os efeitos da embriaguez repercutem diretamente na livre formação da consciência e da vontade, salvo na hipótese da embriaguez preordenada. Portanto, por escolha legislativa, não se exclui a imputabilidade do agente, por mais que alegue não se lembrar o delito praticado, quando se encontrava completamente embriagado no momento do fato.

A adoção da teoria da *actio libera in causa* faz com que a verificação da consciência e da vontade retroaja ao momento da ingestão da substância, de modo que, no momento da subsunção do fato ao tipo penal, não se tem a verificação dos elementos subjetivos. Portanto, constatando que o agente consumiu a substância alcoólica ou entorpecente quando estava livre para optar pela não-ingestão, a análise do fato-crime recai sobre os elementos objetivos e normativos do tipo, pois, no momento do delito, pode ser que não detenha consciência. Assim, importante cotejar a subsunção do fato à lei penal sob os pilares da imputação objetiva de Roxin, para verificar se o agente embriagado realizou um risco proibido ou incrementou o risco permitido, sem deixar de observar os demais elementos objetivos e normativos incidentes.

---

518 Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:
Embriaguez
II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

519 § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Logo, em caso de alegada embriaguez completa, seja voluntária ou culposa, propõe-se o seguinte esquema:

Conceito analítico de crime em caso de

EMBRIAGUEZ DOLOSA ou CULPOSA e COMPLETA

(Análise objetiva e normativa do conceito)

Teoria da imputação objetiva de Roxin

FATO TÍPICO	**ANTIJURÍDICO**	**CULPÁVEL** (teoria puramente normativa)
2. CONDUTA **a) comissiva/omissiva** 2. NEXO CAUSAL (teoria do risco) 3. RESULTADO 4. TIPICIDADE b) Formal b) Material.	5. Estado de necessidade 6. Legítima defesa 7. Estrito cumprimento de dever legal 8. Exercício regular de direito	1. Potencial consciência sobre a ilicitude do fato 2. Exigibilidade de conduta diversa 3. Vituperabilidade da conduta.

Portanto, em caso de alegada embriaguez completa, dolosa ou culposa, os demais elementos do conceito analítico devem ser analisados e inseridos na fundamentação do pedido ou da decisão, pois, ao operador do direito, exige-se a perfeita e plena adequação típico-normativa do fato, sob a perspectiva funcionalista, embora sem os elementos subjetivos.

No caso concreto, é possível que o agente completamente embriagado consiga se ver absolvido da imputação, quando, embora não se lembrando dos fatos, comprovar que agiu objetivamente dentro do risco permitido, ou sob uma das causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Relembre-se, portanto, que o elemento subjetivo é sopesado no momento da ingestão da substância, e,

confirmando-se que estava livre para a ingestão, passa-se à verificação do delito na ótica dessa proposta.

Importante destacar que, verificando-se que o agente não estava livre para ingerir a substância alcoólica ou entorpecente, o magistrado sequer ingressa na análise dos elementos posteriores ao fato típico, a confirmar, mais uma vez, que a inimputabilidade é elemento estranho ao conceito de delito. A conduta do agente que é coagido irresistivelmente a embriagar-se completamente sequer é analisada, pois a embriaguez completa é causa que exclui a capacidade de entender. Se uma pessoa for coagida a beber um litro de cachaça e, posteriormente, já completamente embriagado, lesar alguém, a absolvição do agente será justificada pela simples coação no ato da ingestão, que o torna inimputável. Não se analisa a conduta do agente. Ou seja, é um pressuposto para análise do conceito de crime.

Dessa feita, se o agente alegar a inexistência de consciência durante o cometimento do ato considerado como crime, é perfeitamente possível o acolhimento da sua justificativa, já que, no plano fático, a embriaguez completa tem a possibilidade de retirar a capacidade de entender, em razão dos efeitos da substância. Contudo, a escolha da política criminal foi no sentido de não excluir a imputação penal, de modo que o agente responderá pelo fato, considerando a responsabilidade subjetiva temperada, por dever-se valer dos parâmetros da teoria funcionalista para a subsunção do fato à lei, salvo na hipótese de embriaguez completa decorrente de força maior ou caso fortuito.

Portanto, como se verifica, a embriaguez é analisada antes do próprio conceito de delito, pois, de acordo com a teoria da ação livre na causa, se o agente estava livre para ingerir a substância, assume todos os riscos posteriores, de modo que não se excluirá a imputação, ainda que complemente sem discernimento no momento do fato, em razão da escolha da política criminal. Ou seja, após constatar que a embriaguez foi voluntária, é que se passa para a análise objetiva e normativa do delito. Em outros termos, após a comprovação de embriaguez voluntária, passa-se à análise de conduta, nexo, resultado e tipicidade do delito, bem como das causas de exclusão da antijuridicidade e da culpabilidade, com base na teoria da imputação objetiva de Roxin. Essa verificação recai sobre o momento do delito, e não do momento da ingestão do álcool. Assim, o fato típico investigado é o do momento do crime, onde se despreza os efeitos da alcoolemia.

Portanto, como se verifica mais uma vez, a imputabilidade é elemento estranho ao conceito de delito, embora seja um pressuposto para se compreender a fundamentação mais adequada de subsunção do fato-típico, já que impacta na análise da conduta do agente. Assim, embora haja as críticas sobre a teoria da ação livre na causa, essa é a proposta que se tem, em razão da sua admissão pelo ordenamento jurídico brasileiro.

6.4. DA IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL AOS AGENTES QUE NÃO POSSUEM ORGÃOS SENSORIAIS. RESSIGNIFICAÇÃO DO ELEMENTO.

Como visto, a função dos órgãos sensoriais é de extrema importância para se obter o pleno conhecimento das circunstâncias fáticas, sendo o ponto crucial para a formação da consciência humana, quando capaz de entender as percepções. Através dos sentidos humanos, conhece-se os objetos externos ao agente, impulsionando a vontade do comportamento.

Para que o agente promova uma conduta direcionada a uma finalidade específica, exige-se o pleno funcionamento dos órgãos de percepção necessários para a construção da consciência dos fatos que se passam ao redor. Para que o agente, por exemplo, consiga furtar um celular pertencente a terceiros, exige-se, a princípio, o bom funcionamento das percepções visuais. Tendo acuidade visual necessária para ter a consciência de que um celular pertença a terceiro e tendo a finalidade de subtrair para si, os elementos subjetivos norteiam a conduta para a prática do crime de furto.

Entretanto, apesar da existência de cinco sentidos, para a formação da consciência não necessita do pleno funcionamento de todos simultaneamente, porquanto se exige somente daqueles em um dado contexto. Como visto, para furtar uma pessoa, como regra, necessita-se da visão, para que, a partir dela, possa se estabelecer a consciência para esta finalidade, além de proporcionar a possibilidade de se alcançar o resultado pretendido (subtração da coisa alheia). Se faltar a visão, deve-se investigar outros fatores para saber como o agente eventualmente conseguiria obter ao resultado criminoso.

Se o agente, embora cego, consegue pegar um celular valendo-se de sua audição, tato e olfato, não deixa de ter a consciência atual e futura do comportamento delituoso. Entretanto, se lhe faltar o funcionamento dos sentidos, exigíveis dentro de um contexto fático, de modo a não poder ter a mínima consciência, o resultado furto eventualmente produzido deve ser afastado em razão do erro fático produzido ou de imprevisibilidade. Portanto, se o agente cego não consegue, por meio do tato, ter o conhecimento de que pegou celular de outrem, o fato deve ser atribuído ao erro de tipo escusável. Logo, o fato é juridicamente tratado pela teoria do erro de tipo, de modo que, se escusável, exclui o dolo e a culpa; se inescusável, exclui apenas o dolo. Com razão, uma vez que o agente não tem a capacidade de atingir a consciência do fato. Logo, se ao agente faltar a visão e, por descuido, subtrair coisa alheia móvel, importante verificar o caso sob os preceitos do erro de tipo essencial. Se completamente escusável, exclui o dolo e a culpa, e, por consequência, a conduta do agente. Se inescusável, exclui o dolo, mas permite a punição do fato, a título de culpa, se previsto em lei.

Por outro lado, se uma pessoa cega esbarrar com seu bastão-guia nas partes íntimas de uma pessoa, quando andava pelas ruas, sem que soubesse que havia encostado em outra pessoa, logo não se trata de erro fático, mas sim de caso fortuito, cuja inevitabilidade faz retirar a conduta dolosa ou culposa, em razão da exclusão dos elementos subjetivos do comportamento humano.

Em relação à pessoa surda-muda, mostra-se uma correção do conceito analítico de delito, uma vez que, atualmente, quando lhe faltar consciência do fato, em razão da ausência da fala e da audição, o Código Penal aponta para a inimputabilidade do agente, em razão do desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Sem razão a persistência dessa fundamentação, já que a surdez e a mudez não suprime a capacidade de entender.

Se faltar a audição e a fala, igualmente deve ser valorado no campo da conduta. Se por acaso atribuir-se um crime de fala (ex. injúria) a uma pessoa muda, o fundamento da absolvição será a ausência de conduta, diante da absoluta ineficácia do meio, já que o crime de fala por pessoa muda é impossível. O caso concreto irá apresentar se a mudez gera a absoluta ou relativa ineficácia do meio, para a incidência dos requisitos para o crime impossível. Igualmente, a pessoa com deficiência auditiva, pois, enquanto depender da audição para se ter a consciência

do crime, não haverá possibilidade de praticá-lo. Assim, por exemplo, se o convidarem a integrar uma associação criminosa, enquanto não tomar conhecimento do convite por outros sentidos, não há possibilidade de praticar o delito de associação criminosa. Não há como atribuir crime de omissão de socorro, quando o surdo não escuta os gritos de ajuda. Nesses casos, não se trata de inimputável ou semi-imputável, como prevê o artigo 26, parágrafo único do Código Penal, muito menos, pode-se considerá-los como pessoa com desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Aliás, isso representa uma grave ofensa.

Para resolver e ressignificar o elemento, além de poder incidir o erro de tipo, ainda pode ocorrer a imprevisibilidade como excludente do dolo e da culpa, quando faltar o funcionamento do órgão sensorial, diante das circunstâncias fáticas em que determinado órgão for exigido. Se uma pessoa completamente cega estiver andando pelas ruas sozinha, utilizando de seu bastão-guia nas calçadas para a sua orientação, encostar nas partes íntimas de outra pessoa, não poderá ser-lhe atribuída a conduta criminosa de importunação sexual, porquanto presente a imprevisibilidade. Não se trata de culpa ou erro de tipo do agente, mas de um evento imprevisível, de modo a suprimir a responsabilidade penal, diante da ausência de consciência.

Como visto acima, nos crimes omissivos, por exemplo, não há possibilidade de um surdo-mudo, que não escuta os gritos de socorro de sua vizinha, ante as agressões que sofre de seu violento marido, ser responsabilizado penalmente. Não há como imputar o crime de omissão de socorro, nessa hipótese, uma vez que a falta da audição retirou o completo conhecimento do fato, não havendo consciência e finalidade dirigida à prática do delito omissivo. Trata-se de crime impossível para a pessoa com deficiência auditiva.

Portanto, a falta de um órgão sensorial, quando dele se exige, gera a inconsciência do fato, não havendo conduta direcionada a um determinado fim criminoso, recaindo-o juridicamente a solução em erro de tipo ou sobre a imprevisibilidade do evento e, por conseguinte, tem-se a atipicidade absoluta ou relativa do fato, ante a ausência de conduta dolosa ou culposa.

Portanto, o mais correto é tratar as pessoas com deficiências sensoriais no campo dos estudos sobre a conduta, onde haverá a possibilidade de excluir em razão da falta de dolo ou culpa, por incidir os preceitos legais do erro de tipo ou da

imprevisibilidade, a justificar a retirada dessas pessoas do campo da imputabilidade (dentro da culpabilidade) do sistema finalista, para serem avaliados no campo da ação.

Necessário, pois, a modificação da fundamentação jurídica para se tratar as condutas de pessoas sem órgãos sensoriais no campo da conduta, notadamente no âmbito da possibilidade de formação da consciência, deixando-se, por conseguinte, o termo inadequado e preconceituoso adotado pelo vigente Código Penal brasileiro.

Não se afirma que uma pessoa com deficiência física não seja capaz de praticar crimes. O caso concreto deve ser analisado para a devida imputação e, quando encontrada uma situação similar ao que fora exemplificado, a questão deve ser tratada no âmbito da conduta, para análise de tipicidade.

Noutro sentido, embora não tendo o órgão sensorial, mas se diante do contexto não lhe era exigível, o resultado criminoso deverá ser-lhe imputado, quando verificar que houve a formação da plena consciência do resultado delitivo, notadamente quando, ainda que inexistente um órgão sensorial, os demais supriram aquela necessidade. Um surdo-mudo, por exemplo, vendo um celular alheio, dirige seu comportamento com a finalidade de subtraí-lo para si, cometerá furto, se assim proceder, de modo que, por mais que nada escute, tem plena consciência da conduta dolosa, quando, a partir da visão, formou o conhecimento da dinâmica criminosa.

> **O surdo-mudo não é automaticamente inimputável.** Pelo contrário, pois, completados 18 anos de idade, todos se presumem imputáveis. Compete à perícia indicar o grau de prejuízo a ele causado por essa falha biológica. Podem ocorrer três situações distintas:
>
> a) se ao tempo da ação ou da omissão era capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado **imputável**;
> b) se ao tempo da ação ou da omissão não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado **semi-imputável** (CP, art. 26, parágrafo único); e
> c) se ao tempo da ação ou da omissão era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado **inimputável** (CP, art. 26, parágrafo único)[520].

[520] MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) 13. ed. – Rio de Janeiro. 2019. Pág. 664.

Entretanto, como mencionado anteriormente, o Código Penal, nessas hipóteses de ausência de órgão sensorial, trabalha o caso dentro da culpabilidade, como causa de inimputabilidade, por correlacionar a falta dos órgãos sensoriais como causa de desenvolvimento mental retardado[521]. É uma abordagem esdrúxula, que equipara a deficiência física à deficiência mental, em razão da consequência jurídica, por entender que a pessoa com deficiência visual, por exemplo, tem o desenvolvimento mental retardado, por não conseguir alcançar o conhecimento do fato através de outros órgãos. Ao abordar as deficiências, de modo geral, na culpabilidade, toda e qualquer situação é resolvida na análise da imputabilidade.

> Ao referir-se à "doença mental", "desenvolvimento mental incompleto ou retardado", "perturbação da saúde mental", o Código Penal identifica os requisitos de ordem biológica e psicológica. Quando se refere a "entender o caráter ilícito do fato", pressupõe o aspecto cognitivo (saber ajuizar o que é certo ou errado), e quando menciona "determinar-se de acordo com este entendimento", pressupõe o exercício do livre arbítrio (vontade). O termo "doença mental" se refere a casos de esquizofrenia, outras psicoses, transtorno bipolar com sintomas psicóticos, demência e *delirium*. "Perturbação da saúde mental" se refere a casos de transtornos da personalidade, transtornos do controle de impulsos, parafilias, neuroses graves e depressão moderada, entre outros. O "desenvolvimento mental incompleto" se refere a casos de surdos-mudos sem desenvolvimento adequado e silvícolas não aculturados. Assim, por exemplo, um indivíduo com transtorno psicótico, que, durante um surto, agredisse uma pessoa, motivado por delírios e alucinações, e não apresentasse entendimento e determinação para o ato, poderia ser considerado inimputável. Já um indivíduo com transtorno da personalidade que perpetrasse o mesmo delito motivado por um impulso agressivo, poderia ser considerado imputável ou semi-imputável, se houvesse alteração da determinação e nexo de causalidade entre o delito e a referida perturbação da saúde mental.[522]

Para corroborar, ao apresentar o conceito de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, Nucci assevera que

> Trata-se de uma limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de condições de se autodeterminar, conforme o precário entendimento, tendo em vista ainda não ter o agente atingido a sua maturidade intelectual e física, seja por conta da idade, seja porque apresenta alguma característica particular, como o silvícola não civilizado ou o surdo sem capacidade de comunicação[523].

---

[522] TELLES, Lisieux E. de Borba e outros. Psiquiatria Forense. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022. Pág. 1840.

[523] NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 734.

Na mesma linha de fundamentação, Masson aduz que a falta de órgão sensorial, que atinge a possibilidade de conhecer as circunstâncias fática é causa que exclui a imputabilidade penal, em razão do desenvolvimento mental retardado, como estatui o artigo 26, do Código Penal.

> A expressão "desenvolvimento mental *retardado*" compreende as oligofrenias em suas mais variadas manifestações (idiotice, imbecilidade e debilidade mental propriamente dita), bem como as pessoas que, por ausência ou deficiência dos sentidos, possuem deficiência psíquica, como se dá com o surdo-mudo.[524] (Nosso negrito).

Contudo, em que pese as preciosas lições dos renomados autores, importante destacar que a falta da percepção sensorial não pode ser tratada como causa de retardo mental. São circunstâncias completamente distintas. Enquanto a deficiência do órgão sensorial atinge a consciência por conta da sua inexistência ou baixa acuidade, o retardo mental é a relativa funcionalidade das faculdades mentais causada no processo de conhecimento por alguma anomalia do cérebro. A falta do órgão perceptivo não se confunde com as causas de deficiência mental, embora atinja o elemento cognitivo da conduta, pois a dificuldade de conhecer está na parte física do corpo humano, e não cognitiva. É de se reconhecer que um cego, por exemplo, tem suas faculdades mentais preservadas, se não tiver nenhuma doença mental. A falta da visão não o leva a uma condição de debilidade mental. Sua consciência é formada por meio dos demais órgãos sensoperceptivos usados para conhecer algo.

Reitera-se que, embora a falta de um órgão possa afetar o pleno conhecimento de um objeto, não retira a capacidade de racionar, quando a atividade cerebral é preservada. Por isso, é possível que pessoas com deficiências auditivas, visual, de fala podem praticar um delito, desde que, dentro das circunstâncias fáticas, seja possível alcançar a consciência e a vontade da conduta delitiva. Caso contrário, o fato deve recair sobre o erro ou sobre a imprevisibilidade, a eximir da imputação jurídico-penal e, por consequência, a atipicidade do fato, em razão da inexistência de dolo e culpa na conduta. Portanto, a inexistência do órgão sensorial deve ser estudada no campo da conduta humana.

---

[524] MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) 13. ed. – Rio de Janeiro. 2019. Pág. 664.

Verificando-se o equívoco do Código Penal Brasileiro, a falta do órgão sensorial não deve ser abordada na culpabilidade, mas sim no fato típico, por influenciar a finalidade das condutas, pois: ou não haverá conduta, por recair a imprevisibilidade (caso fortuito ou força maior) ou por recair em erro fático, que exclui o dolo e a culpa, se inevitável; ou somente o dolo, e não a culpa, se evitável, ou; Lado outro, se verificar que ausência do órgão sensorial em nada influencia para suprimir o alcance da perfeita consciência e vontade, o agente deverá receber a imputação jurídico-penal se vier a praticar um fato típico e ilícito.

Logo, por exemplo, a falta do órgão sensorial, por si só, não é um fator excludente da imputação penal, mas deve ser considerada em casos em que o crime exige a sua funcionalidade. Caso a falta da função sensorial impeça a identificação dos fatos, a imputação deve ser excluída por ausência de dolo e de culpa, em virtude do erro fático ou da inevitabilidade.

A vontade e a consciência, como elementos formadores da conduta, não podem ser tratadas na culpabilidade. Não é minimamente crível aceitar a fundamentação de que uma pessoa surda tivesse vontade e consciência de se omitir no socorro, quando a vizinha estava sendo agredida por seu marido. Se conseguisse ouvir os gritos de socorro, sem dúvida nenhuma, agiria, caso possa. Por óbvio, a ausência de algum órgão sensorial, que retira a capacidade de conhecer as circunstâncias fáticas, recai sobre a estrutura da conduta típica, e não da culpabilidade. Logo, não há conduta típica dolosa, se o agente não detinha consciência e vontade para a prática do fato que depende da sua normal função orgânica. Igualmente, não haverá conduta típica culposa, se o agente agir com todo o cuidado exigido, mas que, ainda assim, o evento é causado, por conta da imprevisibilidade do próprio fato, como no caso do deficiente visual que esbarra o bastão na região íntima de terceiro. Verifica-se, pois, que o fato será atípico e que não há como aceitar que o fato seja típico, ilícito, mas não culpável, a exigir a reorganização dos elementos do conceito analítico do delito, para melhor aceitação da fundamentação.

Portanto, propõe-se que, em caso de falta de acuidade sensorial, o fato seja investigado no âmbito da conduta, deixando-se de ser um elemento da culpabilidade, com o fim de corrigir a argumentação jurídica da imputação.

6.5. DA IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL CONSIDERANDO OS FATORES SOCIAIS E CULTURAIS. A FUNDAMENTAÇÃO DOS ELEMENTOS COM BASE NOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS PARA A TIPICIDADE E CULPABILIDADE.

Dentre as diversas formas e técnicas de justificação da subsunção do fato típico, ilícito e culpável, não se pode deixar de considerar os costumes sociais e as tradições de um povo para compreender a realização de diversas práticas, ainda que contrárias ao Direito e à cultura majoritária. Cada indivíduo carrega uma carga cultural e social apta a modelar a sua visão de mundo, já que a consciência coletiva tem a capacidade de moldar os comportamentos humanos.

Em razão disso, o operador do direito não pode se esquivar do reconhecimento da importância desse fator, quando da realização da subsunção do injusto. A consciência coletiva atua na formação de uma norma, capaz de direcionar as condutas sociais, através valores universais distribuídos a todos e que regulam o comportamento dos indivíduos para, entre outros fatores, servir de meio de prevenção de conflito, além de constituir um senso de pertencimento de cada pessoa da comunidade.

Muitos são os fatos que determinam a consciência coletiva, como a religião, os movimentos sociais, a política, a herança cultural e outros fenômenos. Por isso, que, como visto acima, a consciência individualizada (consciência subjetiva) é fruto da consciência coletiva, pois essa molda a forma de interpretar os fatos da vida cotidiana.

A consciência geral é multicultural e formada pela compreensão de fatos que se perpassam em um local e um tempo e que são adquiridas com as experiencias. Por isso, em cada região do mundo ou de cada país, existe a sua herança cultural modeladora da compreensão das circunstâncias fáticas, capaz de se estabelecer, inclusive mediante leis escritas, as condutas consideradas reprovadas. Pode-se dizer que a lei penal incriminadora é fruto da consciência coletiva que molda o comportamento social em uma direção, e que está prevista em lei no ordenamento jurídico.

Assim, quando se proíbe o homicídio, todos seguem essa determinação pela vontade social, reafirmada pela lei penal. Ao se ter essa compreensão dos fatos e determiná-los como reprochados, o legislador reafirma a norma cultural através da lei escrita, proibindo o homicídio por meio de um tipo penal incriminador, cuja consequência é a imposição de uma pena (um mal justo).

A herança cultural absorvida por cada pessoa, através de sua relação intersubjetiva, estabelece a forma de ver, interpretar e compreender os fatos da vida coletiva e pessoal. Portanto, todas as pessoas, com capacidade de produzir uma consciência livre, direcionam seu comportamento conforme se extrai da percepção dos fatos com que interage. Tanto o violador da lei penal, quanto o operador da lei penal, usufruem dessas experiências para definir e julgar os fatos que estão a sua prova.

Para a prática de um delito, entre inúmeros fatores impulsionadores, a consciência coletiva também o leva à resolutividade de um comportamento reprovado. Basta ter um pensamento para esse sentido, ainda que desconheça a lei penal. Essa situação é vista quando, por exemplo, uma pessoa, imediatamente após ser roubada e após cessada a injusta agressão do roubador, corre atrás desse e o mata com tiros pelas costas, supondo agir amparado pela legítima defesa. Esse caso reflete o pensamento comum de que o agente tem essa possibilidade jurídica de reação capaz de isentá-lo de responsabilidade jurídica, embora, tecnicamente, o agente tenha se excedido na legitima defesa, vez que, quando assim agiu, já não mais havia a injusta agressão, pois cessada. Logo, quando eventualmente julgado pelo Tribunal do Júri, a tendência de absolvição, pelo quesito genérico, é muito alta, já que a sociedade entende que a vítima do roubo poderia assim agir. É a interpretação do fato por meio do uso da consciência coletiva. Nesse caso, tanto o violador da lei, quanto os juízes leigos, valem-se dessa percepção para promover uma interpretação acerca da reação jurídica do fato.

Também não ocorre de forma diferente entre os operadores do Direito Penal. O jurista, embora conhecedor do conteúdo normativo, também é carregado de informações que absorveu em seu tempo e local de convivência, das quais se vale para interpretar as regras jurídicas. Suas regras morais pesam no momento de definir ou delinear a incidência das regras jurídicas, já que essas também recebem o influxo das percepções humanas. Quando da intepretação da imputação de um fato-

crime a um indivíduo, o magistrado, além de observar as elementares objetivas, subjetivas e normativas do delito, vale-se da sua percepção humana para justificar o acolhimento da denúncia ou para refutá-la. Portanto, além das teorias da ação, da relação causal, do resultado, da tipicidade, de cada causa justificante e exculpante, o operador do direito valora as circunstâncias da vida para julgar as situações vivenciadas por outrem que, agora, ocupa o banco dos réus.

Nessa intepretação, os operadores colocam suas experiências como paradigmas de observância pelo outro. Isso quer dizer que, não é incomum perceber que o magistrado afirma que o correto é o que ele pensa, e não o que o réu pensa. Este deveria seguir o que o juiz acha correto para não ser imputado ou condenado pela prática de crime. É óbvio que, muitas vezes, o fato é facilmente subsumido à lei penal. Portanto, não merece essas ponderações. Entretanto, em casos em que a cultura é a mola para o desenvolvimento de um comportamento em que o juiz tem certa maleabilidade para se estabelecer como desviada, surge essa dinâmica de necessidade de compreensão de um mundo que extravasa os limites da própria experiência.

Essa informação é facilmente identificada, por exemplo, nos crimes de racismo, em que, para um juiz, determinada expressão pode ser considerada ofensiva, enquanto, para outro, não, devido à carga de compreensão dos fatos que possui. O crime de injúria demonstra claramente a dificuldade de se subsumir, pois o magistrado utiliza a sua experiência de vida para definir se o fato se amolda à figura típica. Xingar outra pessoa com elementos homofóbicos pode representar uma tortura para a vítima no processo judicial, já que pode ter sua demanda julgada improcedente, caso o juiz considere que a expressão utilizada não tem a capacidade de ofender a honra de outrem.

Verifica-se, com esses exemplos, que os elementos objetivos e normativos do tipo penal recebem alta carga de valoração com base na experiência de vida do julgador. Não se consegue estabelecer um limite definível para se separar os fatores objetivos e subjetivos que levaram o julgador a subsumir o fato à lei penal.

Com isso, os valores de cada operador recaem diretamente quando se depara com a necessidade de valoração da tipicidade material do delito. Quando se exige a valoração da conduta e do resultado, igualmente se afere se a ação humana lesou ou teve a possibilidade de lesar algum bem jurídico relevante protegido. Para

tanto, os princípios do Direito são evocados para cotejar a lesividade ou a adequação do fato. Quer dizer, se o magistrado entender que o fato é socialmente adequado, segundo as suas percepções de vida - sua moral -, embora fundamentado em fatos eventualmente notórios, faz com que o fato seja considerado como materialmente atípico.

Esse fato pode ser bem analisado quando um juiz, por exemplo, absolve um réu, cuja imputação se derivou de um fato praticado no ambiente doméstico. Supondo que um homem grite com sua esposa, pois essa não havia feito o seu jantar, constrangendo-a a fazer o seu alimento, e que, em decorrência disso, sobrevenha a imputação penal de delito de constrangimento ilegal e que, posteriormente, tenha sido julgado improcedente pelo magistrado. Nesse caso, notoriamente o valor que o juiz carrega foi considerado para produzir a sentença absolutória. Ele (o juiz) imagina que o réu agiu de acordo com as experiências comuns e que fatores patriarcais, machistas, misóginos podem ter influenciado o juiz. Não se está dizendo que o fato deveria ou não ser penalmente punido, já que necessita de mais detalhes. O exemplo dado serve apenas para demonstrar a linha tênue que em um episódio similar pode receber quando se analisa com base nas experiências de vida.

É óbvio que um juiz do sexo masculino pensa diferente de uma juíza, pois foi forjado dentro de um sistema machista e patriarcal, que lhe deu privilégios. Um juiz negro tem uma formação diferente de vida dos juízes brancos. Portanto, a consciência coletiva tem suas peculiaridades que são utilizadas pelo operador do direito, para definir a tipicidade penal.

A consciência coletiva está impregnada em todo os elementos do conceito analítico de crime. Desde a conduta até o último elemento da culpabilidade, não como se distinguir, já que o operador sempre valora cada um baseado em suas próprias experiências, cotejando com as experiências do imputado.

Quando da valoração do dolo do agente, o magistrado busca as informações acerca da finalidade da conduta. Nesse momento, muitas vezes, o agente apresenta a motivação do delito baseado em questões socioculturais enraizados e capazes, inclusive, de serem valorados na dosimetria penal. A colonização é um fator que impulsiona, até hoje, muitas condutas que só hoje são consideradas desviadas. O racismo, a homofobia, a violência doméstica, a

vulnerabilidade social têm esses traços genéticos, a revelar a intenção do agente forjado nessas culturas opressoras.

A valoração da relação causal, do resultado e da tipicidade também recebe a influência dessa valoração humana. Em que pese as teorias apresentadas, delimitadoras de cada elemento, não há como se desincumbir daquilo que o operador pensa sobre a relação de causalidade para a produção de um resultado típico. No momento de se aferir isso, a depender do modo de pensar, o magistrado pode conduzir sua fundamentação para um ou outro lado, especialmente sobre os crimes omissivos, por exemplo. Se uma mãe deixa seu filho de 13 anos em casa, enquanto sai para comprar um pão na padaria, caso o infante ponha fogo na casa, causando um incêndio de grandes proporções, a mãe poderá ser penalmente responsabilizada pelo delito contra a incolumidade pública, a depender do modo de interpretar o fato, de acordo com as experiências obtidas em vida pelo julgador. Se ele também deixa seu filho de 13 anos em casa, terá um olhar mais favorável à mãe, por compreender as dificuldades desse episódio.

Contudo, os delitos praticados com fundamento em questão cultural possuem o momento correto de aferição dentro do conceito operacional de crime. A tipicidade material é o campo de grande incidência para se verificar a uso da consciência coletiva para se adequar materialmente ou não um fato à lei. Princípios (valores) são sopesados nesse momento, a fim de se adequar à lei penal, como o da lesividade, da insignificância, da adequação social, da *ultima ratio* etc que deixam o magistrado com amplo espectro de fundamentação. Por conseguinte, é possível compreender que determinados fatos podem ser considerados típicos a depender da consciência do magistrado, que fora forjada de uma maneira. Se um agente furtar uma bicicleta pode ser considerado como crime[525] ou não[526], ficando ao crivo do

---

525 PENAL. FURTO. BICICLETA INFANTIL. VALOR NÃO IRRISÓRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DE REQUISITOS. COISA FURTADA. VALOR. DEZ POR CENTO DO SALÁRIO MÍNIMO. DIMINUIÇÃO DA PENA. FURTO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO EM SENTENÇA.
1. Uma vez não preenchidos os requisitos delineados pelo Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da insignificância, quais sejam, mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, repele-se sua aplicação.
2. O valor de bicicleta infantil estimado em R$100,00 (cem reais) não consubstancia valor elevado, mas também não se revela irrisório, sobretudo, se considerada a realidade da maioria da população do País. Os apontados R$100,00 (cem reais) superavam 10% (dez por cento) do salário mínimo (R$937,00 novecentos e trinta e sete reais) à época do fato (30.08.2017). E, conquanto o réu do caso concreto seja primário, sem antecedentes, consta dos autos que foi indiciado em inquérito

magistrado. Claramente, a consciência do magistrado (consciência individual) foi o que o levou a considerar o furto como crime ou não. Essa consciência pessoal foi forjada no seu mundo, o qual acaba norteando o jurisdicionado a uma mesma forma de agir, criando um senso comum (consciência coletiva), da qual também acaba se valendo.

As causas de exclusão da ilicitude, igualmente, recebem carga valorativa para sua análise. Se uma pessoa age em legítima defesa, em estado de necessidade, em estrito cumprimento do dever legal ou dentro do exercício regular de direito, mas, por acaso, acaba sendo denunciado pelo fato, sua alegação é valorada pelo juiz de acordo com as perspectivas desse. De acordo com o modo de vida do juiz, esse pode entender que o agente agiu ou não amparado por uma das justificantes.

O mesmo ocorre quando se analisa o conhecimento da lei e a exigibilidade de conduta diversa no campo da culpabilidade. O juiz conhece a lei e sempre consegue imaginar a possibilidade de as pessoas agirem conforme o direito. Entretanto, somente quem está no momento do fato é que sabe o que se efetivamente exige. Nesse momento, surge a necessidade de investigar os fatores sociais que desencadearam o fato considerado como crime, para, a partir disso, valorar a possibilidade de o agente alcançar a lei penal e de agir de forma diferente, considerando onde o agente está e onde foi forjado. Ou seja, não pode exigir que o agente alcance o conhecimento do juiz, mas sim verificar se lhe era possível alcançar o conhecimento da lei e de agir conforme o direito.

---

para apurar a alegada prática de furto, informação essa que, agregada ao valor do bem, apresenta relevância no presente contexto para rechaçar a aplicação do princípio da significância.
3. Recurso conhecido e não provido.
(Acórdão 1206100, 20170810050570APR, Relator(a): MARIA IVATÔNIA, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 03/10/2019, publicado no DJe: 11/10/2019.)

[526] APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. AUSÊNCIA DE LAUDO DE AVALIAÇÃO OU QUALQUER OUTRA PROVA ACERCA DO VALOR DA RES FURTIVA. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.
I - O furto de uma bicicleta, por agente primário, não havendo nos autos qualquer indício de prova acerca do valor do bem, que inclusive foi restituído para a vítima, autoriza o reconhecimento da atipicidade da conduta pela incidência do princípio da insignificância.
II - É ônus estatal a comprovação da prática delitiva com todas as suas circunstâncias e diante de dúvida sobre a tipicidade da conduta, no que concerne ao valor do bem subtraído, esta se resolve em favor do agente, considerando o princípio in dubio pro reo.
III - Recurso conhecido e desprovido.
(TJDFT - Acórdão 1623294, 0000005-20.2018.8.07.0002, Relator(a): NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 29/09/2022, publicado no DJe: 10/10/2022.)

Portanto, verifica-se que a consciência coletiva, que forma a consciência individual é utilizada em toda a estrutura do conceito analítico de crime. Não há como ser leviano em achar que o juiz ou qualquer outro operador do Direito Penal irá deixar de se valer de seus conhecimentos fáticos, além dos jurídicos, para fundamentar sua decisão. As experiências de cada indivíduo são revertidas nas tomadas de decisão, em cada momento e muito mais quando se tem a tomada de decisão fundamentada como profissão. De certo modo, o Direito está se confundindo com a moral, notadamente o Direito Penal como ciência dogmática.

Importante é reconhecer que, na técnica de subsunção, o operador do Direito Penal se vale de argumentos que exigem oferecer a possibilidade de discussão, ainda que refutando as teses contrárias. Contudo, nesse aspecto, o objeto desse trabalho foge à teoria da argumentação jurídica, mas visa apenas demonstrar a sua utilização em todo o contexto analítico de crime, a exigir os estudos aprofundados das teorias da argumentação jurídica para encontrar os fundamentos válidos em cada premissa.

Além disso, a sociologia e a psicologia se apresentam como campos importantes de intervenção no âmbito jurídico para a compreensão do “ser” e do “dever-ser”, considerando o contexto ambiental do indivíduo, para evitar a imposição de um modelo único de pessoa proba, em virtude da disparidade dos comportamentos modeladores existentes em cada lugar. No Brasil, por exemplo, há diferentes culturas, crenças, costumes, que ditam as regras do comportamento social observado por cada indivíduo em cada cidade, sendo necessária a compreensão de cada fator externo para compreender o desenvolvimento da consciência humana. Por isso, esse fator sociológico é importante para a compreensão da atitude humana, inclusive quando ilícita, para promover a melhor resposta ao conflito.

O operador do Direito, então, deve ter a cautela de buscar os fundamentos jurídicos dentro de um campo aceitável de argumentos, de modo a construir a autoridade da premissa, e não a premissa de autoridade. É com a forma de se compreender um mundo moralmente aceitável - embora essa afirmação seja extremamente abstrata -, que melhor justifica a resolução do conflito, valendo-se da autoridade do argumento. Valores extremamente abertos, como proporcionalidade e

razoabilidade, dignidade da pessoa humana, exigem que sua aceitação se construa com base em sólida fundamentação e que possam ser reanalisadas.

Nessa perspectiva, o operador do direito não pode simplesmente decidir com base em seu achismo, devendo adotar técnicas de subsunção válidas, para que a premissa utilizada como fundamentação possa ser vergastada e contraposta. Por isso, que valores pessoais não podem ser utilizados como razão de decidir, quando desconexa com os valores socialmente aceitos. No momento da subsunção, é natural que essa valoração seja exigida do magistrado, a fim de promover a devida adequação do fato à lei. Por isso, muito embora o Direito Penal seja uma disciplina dogmática, também possui a incidência de princípios do direito no ato da subsunção, a autorizar o operador a realizar a política criminal.

É certo que os princípios possuem um grande poder para decidir em uma ou outra direção, a depender da interpretação que dele se extrai. O hermeneuta deve ser fiel aos ditames normativos, para não fazer imperar o subjetivismo na resolução do caso posto. Por isso, explica Guilherme Roman Borges que,

> Por certo que todo o debate do subjetivismo e objetivismo retorna no plano da axiologia jurídica, assim como consequentemente do relativismo e absolutismo, posto que as ordens normativas (legais e constitucionais, nacionais e supranacionais) formalizam valores por meio de direitos e deveres (já que o direito, enquanto experiência, é um veículo de manifestação valorativa pelo dever-ser: fato-valor-norma). O culturalismo realeano muito bem explica esta positividade dos valores pelas normas no plano ontológico da juridicidade.[527]

Contudo, não é objeto desse trabalho o aprofundamento da teoria do direito e a aplicabilidade dos princípios como normas jurídicas. É, apenas, afirmar que o hermeneuta se vale deles no momento da adequação do fato à lei penal, confirmando-se a existência de uma amplitude da dogmática penal, abrindo-se espaço para a realização da política pública pelo magistrado, no ato de dispor sobre seu convencimento sobre a existência do delito. Por óbvio, a consciência coletiva também lhe atinge para considerar um fato como crime – ou não – de modo que, cada vez mais, exige-se a adoção de uma normatividade axiológica sincera, para a justa resolução do conflito.

[527] BORGES. Guilherme Roman. Filosofia e Teoria do Direito. Breves apontamentos. IFDDH – Curitiba. Pág. 160.

Importante, ainda, ressaltar que a política criminal desenvolvida pelo magistrado, no ato da subsunção típica, serve apenas para amoldar do fato à lei, de modo que não lhe é possível estabelecer novos tipos penais, em razão da obrigatoriedade de observância do princípio da legalidade estrita. Assim, por mais que a consciência coletiva possa, por exemplo, reprovar a prática do incesto, não é permitida a imputação desse fato como crime, caso existente, por falta de previsão legal.

Sendo assim, verifica-se a incidência da cultura e dos costumes sociais para moldar o comportamento do agente do delito, bem como do agente que julga o delito. Todos recebem o influxo dos valores postos, constituindo uma consciência coletiva, a ponto de nortear a conduta e a decisão das pessoas. Por isso, a necessidade de revisitação dos valores sociais, no ponto progressista, na medida em que, com o passar dos anos, tem-se a constante modificação dos valores sociais. Bases coloniais vem sendo posto em confronto, devido a afirmação de cultura hegemônica, ao passo que resiste por questões conservadoras. Daí, emerge a necessidade de se ter um valor sólido e capaz de unir, em certo grau, o pensamento conservador e progressista, a ponto de estabelecer um norte para os eventos, cuja consciência se mostra flutuante, ante ao debate que jamais se encerra sobre determinados assuntos, por serem naturalmente contrapostos, como ocorre com fatos que podem ou não serem aceitos a depender da ideologia admitida, como em casos de bigamia, racismo, homofobia, injúria, difamação etc., com o fim de promover um resultado justo e isonômico.

Por isso, todos devem tentar, ao máximo, ressignificar os valores que progressivamente vão modificando, sem perder de vista o passado que se solidificou em determinado tempo. Disso, deve o intérprete conjugar esforços para poder encontrar os valores socialmente admitidos para serem utilizados no momento da operacionalização do direito penal. Aqui, portanto, impõe-se essas considerações, para que se admita, de vez, a existência da consciência coletiva como forma de guiar as condutas e os pensamentos humanos, de modo que não se tenha um simples e injustificado ativismo judicial de um lado e, de outro, o descontentamento do agente que produziu uma conduta que compreendia ser normal.

Assim, mais que um simples exercício de subsunção do fato à lei, o intérprete deve esquecer a figura do homem-médio para que, verificando o caso

concreto possa compreender todas as circunstâncias que motivaram o comportamento humano para, além da adequação típica, poder valor a reprimenda penal. Isso quer dizer que a cultura e os valores sociais devem ser sopesados de maneira decolonial, para compreender a existência do delito. Em se confirmando, igualmente verificar os motivos da realização da conduta, para impingir a justa sanção penal.

Por fim, visando promover uma ressignificação no campo do conceito analítico, os delitos culturalmente motivados apresentam uma questão para se corrigir a fundamentação, no que tange à questão dos atos praticados pelos indígenas isolados. Nesse aspecto, como visto acima, não se pode aceitar tratá-lo de pessoas com desenvolvimento mental retardado ou incompleto, como ainda se verifica na doutrina penal. Isso é um grave erro, de cunho colonial. Como provado acima, um indígena isolado não conhece a lei penal. Logo, se vier a ser imputado um fato a ele, considerado como crime pela lei penal, o estudo deve recair sobre o erro de proibição, deixando de considerá-lo como inimputável. Os motivos que o levam a praticar determinados atos considerados pelo Direito Penal como crime, pode ser, em sua visão, algo normal, retirando-lhe a possibilidade de alcançar o conhecimento da lei penal. Por isso, deve-se tratar a questão na seara do erro de proibição, retirando a condição de inimputável.

Com essas considerações, espera-se que com essa roupagem possa se extrair a melhor exegese e alcance da lei penal, como forma de promover a devida fundamentação das disposições incidentes e promover a adequação da argumentação jurídica aos casos postos.

6.6. A RESPONSABILIDADE PENAL DO COAGENTE APÓS A EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME, FRENTE ÀS TEORIAS DO CONCURSO DE AGENTES.

Ao se propor a retirada do elemento imputabilidade do campo da culpabilidade, afirmando ser um pressuposto do delito, surge uma questão a ser resolvida. Como fica a responsabilidade do agente que se vale de uma pessoa inimputável para a prática do delito? Como estabelecer a reprovação do partícipe

que, em conjunto com um inimputável, promove um fato considerado como crime, em vista da teoria da acessoriedade limitada adotada pelo atual sistema?

Para efeito de concurso de agentes e adotando-se a teoria objetivo-formal para se estabelecer a diferenciação dos agentes participantes do delito, tem-se como autor a pessoa que executa o verbo (núcleo) do tipo penal, enquanto o partícipe é aquele que ajuda material ou moralmente o autor. Portanto, autor é quem mata; quem subtrai; quem constrange; quem ameaça etc. Por outro lado, quem auxilia, determina, induz ou instiga, é o partícipe do delito. O Código Penal brasileiro adotou essa teoria objetivo-formal para se definir o autor do delito, embora a teoria do domínio final do fato venha ganhando espaço na doutrina e na jurisprudência.

> A doutrina, em sua maioria, é no sentido de que o Código Penal acolheu a teoria objetivo-formal (CP, art. 29, *caput*). Nota-se, porém, que a jurisprudência pátria, cada vez mais, tem adotado a teoria do domínio final do fato, cujo teorema, frise-se, fora amplamente mencionado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Penal nº 470 (caso de corrupção que ficou popularmente batizado como "mensalão").[528]

Portanto, havendo duas pessoas praticando uma conduta descrita no verbo do tipo penal incriminador, essas serão coatoras do delito. Assim, se duas pessoas subtraírem uma coisa móvel alheia, mediante grave ameaça, ambos são autores do roubo. Se um executa o verbo (subtrai) e, o outro, apenas auxilia (vigiando a casa do lado de fora), aquele será o autor e, esse, o partícipe. Contudo, para a existência do concurso de agentes, são imperiosos os requisitos cumulativos, consistentes na existência de duas ou mais pessoas, liame subjetivo, relevância causal da participação e identidade de infrações.

Com a retirada da imputabilidade da culpabilidade, consoante proposição dessa tese, surge uma questão, acerca da conduta do partícipe que se vale do inimputável para a realização do delito, em razão da teoria da acessoriedade adotada pelo Código Penal. Se um imputável praticar um delito na companhia de um inimputável, não haverá dificuldade de se verificar o fato e cotejá-lo à luz do conceito operacional do delito. Na qualidade de imputável e autor do crime, o operador do direito irá verificar se esse praticou um fato típico, ilícito e culpável, com todas as elementares subjetiva, objetiva e normativa do tipo penal. Nessas circunstâncias, não haverá qualquer problema a ser resolvido, quando do lançamento da proposta.

[528] PIPINO, Luiz Fernando Rossi. Direito penal: parte geral, vol. 1. Renee do Ó Souza [coordenação]. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2022. Pág 291.

O inimputável, por sua vez, será analisado de acordo com a sua condição pessoal, pois, se menor de 18 anos, será encaminhado à Vara da Infância e Juventude, onde será apurada a sua autoria do ato infracional análogo ao crime. Em se tratando de pessoa maior, mas com deficiência mental, a sua imputação será objetiva e normativa para fins de verificação de necessidade de medida de segurança.

Por outro lado, como verificar a situação do imputável, quando o inimputável sozinho pratica a conduta descrita no tipo penal, embora auxiliado, moral ou materialmente, pelo imputável?

No que tange à participação do imputável, a doutrina leciona a existência de uma conduta acessória. Sendo acessória, está ligada à existência de uma conduta principal praticada pelo agente para também haver a figura do partícipe. Nesse sentido, o Direito Penal determina que, para existir a participação, tem que haver o delito praticado por um agente considerado como autor, destacando-se que, se o autor não der início aos atos de execução, não haverá punição do partícipe, justamente pela essência da conduta acessória. Se o autor do delito não for punido enquanto não der início aos atos de execução, como regra, a participação igualmente não será, considerando a aderência das condutas. Nesse sentido, prevê o Código Penal:

> Casos de impunibilidade
> Art. 31 - 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.

Contudo, a partir do momento da realização dos atos de execução de um delito, nasce a possibilidade de punição do autor pelo crime, emergindo simultaneamente a possibilidade de punição do partícipe. Para a punição do participante, a doutrina apresenta teorias da acessoriedade da participação, para efeito de subsunção do partícipe ao fato. Segundo Pipino,

> Existem quatro graus de acessoriedade, a saber:
> a) **acessoriedade mínima**: a participação é reconhecida se o autor praticar um fato típico. A conduta acessória do partícipe será penalmente relevante (sujeita, portanto, à punição) se tiver colaborado com o autor para a prática de um fato típico. Essa proposição deve ser de logo rejeitada, pois não se pode admitir a ideia de punir o partícipe sem que o autor tenha praticado um fato ilícito. Com efeito, se o autor praticar um fato típico, porém lícito, sequer haverá infração penal, de modo que seria naturalmente ilógico (e injusto) punir a conduta acessória. Essa teoria

permitiria punir aquele agente que induz, instiga ou auxilia outrem a atuar em legítima defesa, cuja consequência, frise-se, seria bastante absurda.

b) **acessoriedade limitada (ou média)**: a participação é reconhecida se o autor praticar um fato típico e ilícito. A conduta acessória do partícipe será penalmente relevante (sujeita, portanto, à punição) se tiver colaborado com o autor para a prática de um fato típico e antijurídico. **Essa é a proposição aceita e admitida pela doutrina majoritária**. A sua deficiência, no entanto, é não conseguir compatibilizar-se com o instituto da "autoria mediata".

c) **acessoriedade máxima (ou extrema)**: a participação é reconhecida se o autor praticar um fato típico, ilícito e culpável. A conduta acessória do partícipe será penalmente relevante (sujeita, portanto, à punição) se tiver colaborado com o autor para a prática de um fato típico, antijurídico e culpável. Há doutrinadores, a exemplo de *Flávio Augusto Monteiro de Barros*, que se filiam a essa classe de acessoriedade.

d) **hiperacessoriedade**: a participação é reconhecida se o autor praticar um fato típico, ilícito, culpável e punível. A conduta acessória do partícipe será penalmente relevante (sujeita, portanto, à punição) se tiver colaborado com o autor para a prática de um fato típico, antijurídico, culpável e punível. Essa proposição também deve ser descartada, porque é exageradamente permissiva ao possibilitar a impunidade do partícipe, mesmo naquelas hipóteses em que tenha sido praticada efetivamente uma infração penal pelo autor. Exemplo: "A" arquiteta a trama delitiva e contrata "B", de 18 (dezoito) anos de idade, para executar o plano elaborado e, assim, furtar objetos de valor de uma relojoaria, cuja tarefa criminosa é bem realizada. Pela lentidão da marcha processual, opera-se a prescrição da pretensão punitiva em relação ao autor "B" (redução do prazo prescricional pela metade, porque menor de 21 anos à época do crime, a teor do que dispõe o art. 115 do Código Penal), mas não em relação ao partícipe "A". Por via de consequência, "B" não será punido, já que a prescrição é uma das causas extintivas da punibilidade (CP, art. 107, inciso IV). De acordo com essa teoria, o partícipe "A" não poderia ser mais punido, já que o fato, em relação ao autor, tornou-se impunível, cuja solução, frise-se, seria por demais desarrazoada.[529]

Para a punição da participação, a doutrina leciona que o Direito Penal brasileiro adotou a teoria da acessoriedade limitada, justamente para poder se punir a pessoa que ajudar material ou moralmente um inimputável a praticar um fato previsto como crime. Para o conceito finalista, sendo a imputabilidade excluída, não exime a responsabilidade do partícipe que se vale do inimputável. Nesse aspecto, a teoria tem uma resolução satisfatória para a punição do partícipe.

Considerando, entretanto, a proposição de exclusão da imputabilidade do conceito analítico de crime, passando a ser um pressuposto de verificação do conceito, as quatro teorias da acessoriedade aparentemente caem na inaplicabilidade, já que pode se pensar que não há que considerar sequer a análise do fato típico.

[529] PIPINO, Luiz Fernando Rossi. Direito penal: parte geral, vol. 1. Renee do Ó Souza [coordenação]. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2022. Pág. 294.

Contudo, como apresentado, sendo o autor do fato uma pessoa considerada inimputável, haverá a necessidade de se enveredar no conceito analítico de crime para investigar objetiva e normativamente se deu início aos atos de execução do fato e o vínculo com o partícipe imputável. O fato de ser inimputável, por si só, não exclui a necessidade de verificação do fato típico, ilícito e culpável.

Como proposto, se o agente for considerado inimputável, o hermeneuta deve investigar se o fato é típico, ilícito e culpável, sob os aspectos objetivos e valorativos, pois impossível a conclusão das pesquisas dos elementos subjetivos do injusto, já que o inimputável impõe uma investigação diversa, como mencionado acima. Sendo inimputável, o operador do Direito Penal não analisa os elementos subjetivos da conduta, notadamente por ser impossível a conclusão.

A pessoa com deficiência mental, incapaz de entender o seu comportamento e o caráter ilícito do fato, pode, eventualmente, apresentar uma finalidade da conduta, mas com ruídos e inconsistências acerca da finalidade almejada. Por isso, não há como se concluir se o inimputável tinha ou não consciência e vontade, já que a doença mental priva as plenas faculdades mentais para a realização de uma conduta livre. Do mesmo modo, a deficiência mental recai sobre o vínculo psicológico exigido para o concurso de pessoas. Devido a isso, em se tratando de agente inimputável, a subsunção fática é despida da perquirição do fim de agir, mas se, objetivamente, deu início aos atos de execução e a sua relação com o partícipe imputável. Ou seja, valora objetiva e normativamente o ato perpetrado pelo agente inimputável, enquanto, acerca do imputável, verifica-se todas elementares do conceito analítico de crime, mas, especialmente, o seu liame subjetivo com o inimputável.

Da mesma forma é a investigação quando o agente se vale do menor de 18 anos. Se um imputável auxiliar um menor (inimputável) à prática de um fato previsto como crime, não se analisa somente a conduta do partícipe, pois se exige a análise do fato típico e ilícito do inimputável para amoldar a conduta do participante em um determinado tipo penal. Se um imputável, por exemplo, instigar um menor a roubar uma padaria, caso o roubo aconteça com a subtração executada pelo inimputável, a imputação do fato típico e ilícito necessariamente será valorada por extensão. Quer dizer, ao imputável será atribuído o fato quando o inimputável der início aos atos de execução e a sua relação psicológica com o inimputável.

Ou seja, a retirada da imputabilidade do conceito analítico de crime em nada afeta para se investigar a conduta do partícipe (imputável), podendo-se adotar a teoria da acessoriedade limitada, já que é possível o enquadramento do fato típico e ilícito ao agente inimputável, para a subsunção do fato ao partícipe por extensão. Logo, para se apurar a conduta do partícipe, basta que o inimputável pratique um fato típico e ilícito, já que a culpabilidade deve ser valorada individualmente.

Em razão disso, se um inimputável praticar um fato típico e ilícito, como proposto nesse trabalho, ao partícipe será imputado o injusto penal, na qualidade de autor mediato, cujo resultado do fato praticado pelo inimputável será subsumido ao grau de sua participação, nos termos do artigo 29 do Código Penal, valendo-se, o exegeta, dessa norma de extensão. Portanto, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas mesmas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Ao se adotar a teoria objetivo-formal, mas considerada a exclusão do inimputável da prática do delito, o partícipe será autor mediato do fato, cuja responsabilização penal será investigada sob os elementos subjetivos, objetivo e normativos de sua participação, a partir do instante em que o inimputável começar a realização da conduta prevista no núcleo do tipo penal. Lado outro, a valoração penal ao inimputável será apenas para análise de necessidade de uma medida de segurança ou medida socioeducativa, em fórum próprio.

Por outro lado, em se adotando a teoria do domínio final do fato, mais fácil será o enquadramento como autor, já que o agente que executar, induzir, determinar, instigar ou ajudar um inimputável a praticar um fato previsto como crime, responde na medida em que possui clara possibilidade de interagir com a realização ou não do delito.

De qualquer forma, o partícipe (autor mediato) será considerado autor, se um inimputável vier a praticar um fato típico e ilícito, já que, segundo a proposição aqui realizada, a culpabilidade é de cada agente, não sendo possível confundir a culpabilidade do inimputável com a do imputável. É possível que um conheça a lei penal e, o outro, não. Que um possa agir conforme o direito, e, o outro, não. Que um possa ser censurado e, o outro, não. Portanto, para a proposta aqui realizada, continua-se a valer-se da teoria da acessoriedade limitada.

Se, por exemplo, um pai entrega a direção de um veículo a seu filho, de 17 anos de idade, que passa a dirigir pelas vias públicas da cidade, quando, em determinado momento, o condutor (inimputável) perde a direção e colide contra um muro, ocasionando a morte de sua mãe, que viajava no banco traseiro, tem-se, nessa hipótese, o homicídio culposo na direção de veículo automotor. O menor não será responsabilizado penalmente, em razão da sua idade (questão pressuposta). Em relação ao pai, esse será o autor mediato do homicídio culposo, cujo fato típico e ilícito ocorreu. Entretanto, o pai poderá deixar de ser responsabilizado penalmente, se comprovar todos os requisitos do perdão judicial (nos termos do art. 121, §5º, CP, aplicado analogamente, pois, no seu caso, a sua conduta não é vituperável.

Se um agente, querendo matar seu filho, possuidor de deficiência, leva-o a uma comunidade indígena, sabendo que lá o fato é considerado culturalmente normal, caso consiga obter o seu intento e regressando a sua cidade, será considerado autor de homicídio doloso, já que se valeu de pessoa sem culpabilidade, já que o indígena não conhecia a lei penal.

Noutro exemplo, se um agente se valer de outro imputável, mas coagido moralmente, aquele será autor mediato, enquanto esse não será responsabilizado penalmente, ante a sua falta de culpabilidade, em razão da coação moral irresistível. Por isso, a teoria da acessoriedade limitada ainda deve continuar a incidir, inclusive sobre a proposta aqui realizada.

Verifica-se, pois, que a culpabilidade é elemento que deve ser analisado individualmente sobre cada agente, de modo que não deve ser utilizado para definição do fato praticado pelo partícipe ou autor mediato, de modo a se adotar a teoria da acessoriedade limitada, inclusive na proposta aqui feita.

CONCLUSÃO

Após alguns anos de busca de informações para se compreender a existência e a necessidade da utilização do conceito analítico de crime, iniciou-se uma grande paixão para a compreensão de cada elemento criado, refutado e aceito pela doutrina penalista. Sem dúvida, reconhece-se a importância da utilização do conceito operacional dentro da técnica de subsunção do fato à lei penal incriminadora apresentadas a partir das Escolas Alemãs, notadamente com a necessidade de motivação bastante quando do juízo de adequação típica.

Ao longo da história, cada sistema apresenta sua importância para que o operador do Direito Penal possa subsumir o injusto, fundamentando a decisão, ao responder o conjunto de perguntas emanado do sistema vigente em cada período, especialmente o sistema apresentado pelas teorias causalista, neokantista, finalista e funcionalista. Seus grandes teóricos lançam as proposições que sofrem com as antíteses contrapostas, a partir da percepção fenomenológica dos casos concretos, principalmente considerando a realidade de cada povo e de cada Tribunal.

Não se há tarefa fácil estabelecer o diálogo e a contraposição, diante dos nomes que criaram e fundamentaram cada sistema. Liszt, Beling, Mezger, Radbruch, Welzel, Roxin, Zafaroni, Tavares, Regis Prado, entre outros, são expoentes e estudiosos de uma envergadura inalcançável. Por isso, o desafio dessa proposta é audacioso, cuja pretensão é apenas para estabelecer uma conversa sobre os elementos, apontando críticas e correções, visando lapidar o indispensável conceito operacional de delito.

Identificadas as inconsistências teóricas de cada sistema proposto no século XX, e com base filosófica, sociológica, médica e jurídica, propõe-se a ressignificação do conceito analítico de crime, com alteração substancial dos elementos, em vista de fatores concretos e científicos experimentados, em razão dos fins – já que servem de meio e de fundamentação da imputação jurídico-penal -, bem como da própria técnica de argumentação valorativa realizada pelo operador.

Por isso, o estudo sobre a formação da consciência se aprofundou para demonstrar todos os fatores necessários para a sua reconstrução. A partir da análise do conjunto sensorial e orgânico de formação da capacidade cognitiva, é que se

verifica a finalidade da conduta do agente. Quer dizer, embora ocorra simultaneamente, é a partir da consciência que se tem a vontade. Esses dois elementos subjetivos da conduta dependem do pleno funcionamento da capacidade de entender, para não haver ruídos cognitivos e volitivos. Logo, é através da capacidade de entender os fatos, que a pessoa consegue formar o conhecimento e o momento de volição do comportamento.

Havendo a plena capacidade de entender, passa-se inexoravelmente à análise dos elementos subjetivos da conduta, uma vez que o agente tem a possibilidade de formar a sua consciência e vontade dirigidas a uma finalidade específica. Essa conduta finalística, apresentada por Welzel, se mostra importante para se encontrar a perfeita adequação típica, principalmente diante de crimes que exigem a busca do elemento subjetivo para a subsunção, como nos casos de lesão corporal e tentativa de homicídio.

Por isso, em razão da teratologia do sistema finalista, para essa proposta, a imputabilidade passa a ser um objeto pressuposto e estranho ao conceito analítico de crime, já que, se a pessoa não tiver a capacidade de entender, por consequência, a sua consciência também estará comprometida e inconclusiva.

Na seara da conduta humana, para se chegar à plena construção do elemento cognitivo, antes, deve se investigar se a pessoa tem capacidade de entender. Caso não a tenha, consequentemente não terá condições para desenvolver a capacidade cognitiva livre, como cientificamente comprovado. Pessoas com deficiências mentais não desenvolvem capacidade plena de entender, comprometendo a formação e o desenvolvimento de sua consciência. Por isso, sequer tem como investigar os elementos subjetivos da conduta, já que restam comprometidos por um fato pressuposto e incidental.

Por outro lado, é possível que a pessoa tenha capacidade de entender, mas, em razão de erro fático, sua consciência sobrevenha deturpada. Uma pessoa enganada pelas circunstâncias fáticas tem suas faculdades mentais preservadas, mas a sua consciência é que emerge maculada. Por isso, corretamente, o erro de tipo é valorado na conduta.

O mesmo deve ocorrer quando se investiga a conduta realizada por pessoas com deficiências físicas, já que detém capacidade de entender, mas,

faltando-lhe o órgão sensorial para adquirir a plena consciência, pode agir de forma enganada. Ao conversar com uma pessoa com deficiência visual, ela tem capacidade de entender o que escuta. Entretanto, diante do erro fático advindo pela falta do órgão sensorial, sua consciência sobre o mundo ao seu redor pode provocar um comportamento não desejado pelo próprio agente. Por isso, a investigação da imputação jurídico-penal deve recair sobre a análise do erro de tipo, e não de imputabilidade – como ainda propõem o Código Penal brasileiro e a doutrina. A falta de órgão sensorial deve ser valorada no âmbito da conduta, deixando de ser um elemento da culpabilidade, abandonando o tratamento preconceituoso de que pessoa com deficiência auditiva é uma pessoa com desenvolvimento mental retardado e considerado no âmbito da imputabilidade. Cientificamente, essa premissa está incorreta e que exige do jurista a modificação do argumento para se adequar à linguagem escorreita para a fundamentação válida da imputação, e despida de preconceitos.

Igualmente, é incorreto dizer que uma pessoa completamente embriagada possui consciência natural do que faz. Obviamente, não tem e a medicina apresenta dados técnicos de comprometimento das funções cognitivas. Portanto, não possuem capacidade de entender nem de formar livremente a consciência dos fatos que permeiam o momento do delito. Necessita-se aceitar a tese de que, com adoção da teoria da *actio libera in causa*, há uma mitigação dos elementos do conceito analítico de crime, já que os subjetivos restam afetados pela embriaguez. Dessa feita, o operador deve valorar o caso, sob a lupa da teoria da imputação objetiva, para estabelecer uma adequada subsunção legal. Com isso, há uma responsabilização subjetiva mitigada (temperada) do fato ao autor, já que no momento do fato, não havendo capacidade de entender, a consciência e a vontade restam prejudicados.

Quanto à menoridade, importante reconhecer que esse critério objetivo faz com que não haja a investigação do crime pelo Direito Penal, deixando-se para a legislação própria. O menor de 18 anos não pratica crime, em razão da sua idade (critério biológico) e por mera escolha política. Esse é o fundamento que torna desnecessária a investigação dos elementos do fato típico, ilícito e culpável, salvo na hipótese de concurso de agentes. Com uma linha de argumentação, um juiz arquiva um processo criminal contra menor de 18 anos, dispensando maiores digressões.

Por isso, a menoridade penal é o primeiro elemento e pressuposto à análise do conceito de delito.

Com isso, propõe-se a retirada da imputabilidade do conceito analítico de crime, pois, na prática judicial, esse elemento não é verificado no contexto de subsunção do fato à lei, pois considerada uma questão prejudicial. Assim, os inimputáveis (menor de 18 anos, pessoa com deficiência mental e embriaguez completa decorrente de caso fortuito e força maior) são valorados antes de se adentrar no conceito analítico, sendo uma questão prejudicial de apuração do fato típico, ilícito e culpável, servindo para se apenas compreender se a sua conduta será valorada por meio dos elementos subjetivos, objetivos e normativos, ou se somente os elementos objetivos e valorativos, já que dos inimputáveis não há como se ter a plena convicção da finalidade das condutas, em razão do grave comprometimento da capacidade cognitiva no momento do delito. Os menores de 18 anos e as pessoas com deficiências mentais serão absolvidas pelo Direito Penal, embora suas condutas possam ser valoradas apenas para estabelecer a perigosidade do agente e fundamentar a melhor medida. Em relação à embriaguez, não se tratando de embriaguez completa decorrente de caso fortuito e força maior, a imputação é objetiva e normativa, baseada na teoria da ação livre na causa, reconhecendo-se a imputação objetiva e normativa como medida a ser adotada para diminuir a incidência da responsabilidade meramente objetiva ao agente.

Quanto aos indígenas isolados, pugna-se que deixem de ser considerados como inimputáveis, pois não são pessoas com desenvolvimento mental incompleto (termo colonial e preconceituoso), para serem valorados conforme sua posição no ambiente sociocultural, adotando-se, pois, uma postura progressista e decolonialista. Se isolado e desconhecedor das leis penais, o indígena não receberá o influxo da lei penal, em razão da inalcançabilidade e incognoscibilidade da lei penal. Logo, a investigação normativa recai nos estudos do erro de proibição, dentro da culpabilidade. Por isso, se conhecedor da lei penal e tendo a possibilidade de conhecê-la, o tratamento será de pessoa culpável, pois não se acolherá o erro profano. Por outro lado, não conhecendo a lei penal, nem tendo a possibilidade de conhecê-la, incidirá o erro de proibição – evitável ou inevitável.

Além da proposta de alteração da imputabilidade, apresenta-se a “vituperabilidade da conduta” como o terceiro elemento da culpabilidade. Existem

situações, em que a conduta do agente não é censurada pelo Direito Penal, embora o fato seja materialmente típico e ilícito. O agente conhece a lei penal e poderia agir de forma diferente, mas, diante do contexto em que se envolve, o fato e/ou o agente não merece a reprovação pelo Direito Penal, já que a situação está resolvida de outra forma. Não se trata de exclusão da incidência do Direito Penal pela intervenção mínima, já que fatos similares podem receber tratamento diversos, como no caso do perdão judicial ou outra circunstância. Ou seja, não se trata de exclusão da responsabilidade penal pela intervenção mínima, mas pela falta de necessidade de reprovação do autor, em razão de alguma dinâmica advinda dos fatos. Quando um pai mata culposamente seu filho, o fato é materialmente típico e ilícito; o agente conhece a lei penal e podia agir de forma diversa. Contudo, sua conduta já fora resolvida pela própria dor que o agente carrega, de modo a tornar sua conduta fora do alcance do Direito Penal, já que a censura não é jurídica, mas fática. Quando um juiz absolve um agente que prática estupro de vulnerável para assegurar a manutenção da família, o que se justifica é a falta de reprovação pelo Direito Penal, embora o fato seja materialmente típico e ilícito. O agente conhece a lei; conhece a ilicitude do fato e poderia agir de forma diferente. Contudo, o fato não merece a reprovação jurídica, em nome da família constituída entre o agente e a vítima.

Com essas propostas, transforma-se a culpabilidade em puramente normativa, já que com a retirada da imputabilidade (que é elemento objetivo-subjetivo dentro da teoria finalista), bem como a manutenção dos elementos “potencial consciência da ilicitude do fato” e “exigibilidade de conduta diversa”, acrescido da “vituperabilidade da conduta”, os fatores são investigados axiologicamente. Esses três elementos propostos para a culpabilidade, valorados normativamente, resolvem a imputação e a reprovação, já que recaem sobre as circunstâncias pessoais do agente, obtendo-se uma fundamentação coesa sobre a necessidade real de responsabilização penal, que não se confunde com a (des)necessidade de pena, ressignificando a teoria puramente normativa da culpabilidade.

Ademais, além das teorias de subsunção do fato típico, ilícito e culpável, e para uma perfeita adequação do injusto culpável, é imperioso um olhar regionalizado e com efetiva emancipação do Direito Penal brasileiro. As técnicas utilizadas no Brasil para a subsunção do fato à lei penal, embora tenha muita similitude com a

dogmática colhida da Europa Ocidental, merecem um olhar específico, considerando a sua realidade local, com multifacetada cultura existente em um território continental, com fortes influências coloniais e de culturas hegemônicas, aliadas aos costumes próprios, formadores de uma consciência coletiva diversificada, com progressiva mudança social. O Brasil possui povos originários, Quilombolas, Ribeirinhos, vulneráveis e outros, cujas tradições conflitam com o pensamento europeu hegemônico e que exige a percepção do hermeneuta para encontrar a definição do "homem médio", em cuja valoração se espelha. Embora tradições europeias estejam enraizadas no Brasil, é importante que, em cada fato, tenha-se um olhar decolonial, mormente nos crimes culturalmente motivados, já que, não raras as vezes, a cultura hegemônica fundamenta irrazoavelmente determinadas decisões que se exigiriam a viragem cultural do operador, como em casos de racismo e homofobia.

Por isso, não há como deixar de lado a Política Criminal exercida pelos detentores dos Poderes. Embora seja proemialmente de legítima competência do legislador, os magistrados também devem se valer motivadamente da Política Criminal para o exercício da subsunção fático-jurídico-penal. Os operadores do Direito Penal não podem ficar alheios aos fenômenos sociais para aplicar uma lei fria. Deve se socorrer às tradições, aos valores, à cultura, aos costumes, com olhar conservador ou progressista, para adequar um fato à lei. Por óbvio, não podem criar figuras típicas penais, pois é de exclusividade do Legislativo, ante ao princípio da legalidade. Por isso, a interpretação extensiva de um tipo penal pelo magistrado, com fundamento na Política Criminal, ainda que em defesa de grupos vulnerabilizados e minoritários, viola a legalidade. A Política Criminal desenvolvida pelos operadores do Direito encontra óbice no princípio da legalidade, já que não há crime sem lei, ficando ao crivo do legislador a eleição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal.

Entretanto, a Política Criminal operada pelo magistrado e pelo jurista tem espaço dentro do conceito analítico, especialmente quando da verificação do dolo natural, da tipicidade material, sob o enfoque do princípio da adequação social, e dos elementos normativos da culpabilidade. O hermeneuta deve olhar os costumes e as tradições de seu povo para compreender a finalidade da conduta humana. O dolo sofre grande influência da consciência coletiva, como se verifica nos crimes de

racismo, homofobia e contra a honra em geral, por exemplo. Igualmente, a tipicidade material pode excluir o delito, em vista da anomia causada pelo comportamento social, embora havendo lei em sentido contrário. Outrossim, para se realizar uma fiel análise dos elementos que compõem a culpabilidade, o jurista não pode se afastar do contexto social para valoração da potencialidade de conhecer a lei penal e a ilicitude do fato, da exigência de agir conforme o direito e da vontade da lei penal, quando da necessidade de efetivamente se verificar a censurabilidade da conduta (vituperabilidade da conduta).

Verifica-se, portanto, que ao longo do conceito analítico de delito, a Política Criminal é realizada sob fundamentos diversos para promover o devido alcance da lei penal e realizar a sua efetividade com justiça, sendo, essa, a premissa maior da existência do próprio conceito operacional. Por isso, não há como fechar os olhos para uma dinâmica que já ocorre no âmbito judicial, a exigir muita técnica do operador jurídico, para que separe o ativismo judicial (termo reprochado) do iluminismo judicial (terminologia adotada por Barroso), para a proteção das minorias, que aqui se apresenta para que efetivamente se promova a justiça, com base na vontade social da lei.

Assim, espera-se que a presente proposta sirva para que o debate continue aceso sobre esse importante tema da dogmática penal, com intuito de contribuir com perfectibilização do sistema, sem que haja uma sobreposição dos já apresentados, mas, a partir de uma conversa com os principais referenciais teóricos das teorias finalista e funcionalista, possa-se corrigir a fundamentação jurídica do operador para a validade das premissas lançadas como legitimadoras do exercício do poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGUIAR. Júlio Cesar de. Análise comportamental do direito: uma abordagem do direito como ciência do comportamento humano aplicada. Revista do programa de Pós-graduação em Direito da UCF, v34.2, jul/dez 2014.

ALLEN, J.. *The Lives of the Brain: Human Evolution and the Organ of the Mind. London: Harvard University Press. 2009. doi: 10.4159/9780674053496.*

ALVES, Gilberto Sousa, e outros. Transtornos cognitivos e demenciais associados ao envelhecimento. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico penais da revolução neurocientífica. Tese de doutoramento. UFBA. 2014.

ARMSTRONG. David. A materialist theory of mind. London: Routledge & Kegan Paul, 1968.

ASÚA, Luis Jiménez de. Tratado de derecho penal, 5ª ed. Imprenta: Buenos Aires, Losada, 1992.

AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law. By the late John Austin of the inner temple, barrister-at-law. Fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, Vol. I.. London: John Murray*, 1885.

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined. London: John Murray, Albemarle Street.* 1832.

BALTES, Paul B., & Staudinger, U. M. Wisdom*: A metaheuristic (pragmatic) to orchestrate mind and virtue toward excellence. American Psychologist*, 55(1), 122-136. (2000). Disponível em: https://www.semanticscholar.org/paper/Wisdom.-A-metaheuristic-(pragmatic)-to-orchestratealtesStaudinger/495bf566452556f728c2845fa07d0c7609b4e93a. Acesso em 18.03.2024.

BALTES, Paul B. e outro. *The Fascination of Wisdom: Its Nature, Ontogeny, and Function. Perspect Psychol Sci* (Association for Psychological Science). Volume 3—Number 1. 2008. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ncsc.org/__data/assets/pdf_file/0019/51715/Fascination-of-Wisdom-Baltes-Smith.pdf. Acesso em 18;03.2024.

BARBOSA. Alexandre Guedes. O conceito de nous e sua relação com o conceito de dianóia na filosofia de Aristóteles. Inquietude. Goiânia, vol. 06, nº 02, p. 52-74, jul/dez 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, 2017, DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806| ISSN: 2179-8966

BAUDRILLARD, Jean. Simulacros e Simulação. Trad. Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Tradução Plínio Dentzien. Ed. Jorge Zahar. Rio de Janeiro. 2003.

BELING, Ernst Ludwig von. *Die Lehre vom Verbrechen*. Editora Mohr. 1906. Tradução pela Universidade de Michigan em 5 Dez. 2008, Fb&c Limited, 2018.

BINDING, Karl. As normas e suas infrações. Tradução de Antônio José Miguel Feu Rosa. Vol 1. Vitória. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BORGES. Guilherme Roman. Filosofia e Teoria do Direito. Breves apontamentos. IFDDH – Curitiba. 2016.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BREMNER, Douglas. *Effects of traumatic stress on brain structure and function: Relevance to early responses to trauma. In: Cardena E, Croyle K, eds. Acute Reactions to Trauma and Psychotherapy: Multidisciplinary and International Perspective. Binghamton, NY: Haworth Medical Press*; 2005.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. O Direito Penal sob a perspectiva funcional redutora. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. Nº. 101. p. 97-136, jul./dez. 2010.

BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – Reflexões iniciais. Revista brasileira de Ciências Criminais. Vol 127. Ano 25. Pág. 39-78. São Paulo: Ed RT. 2017.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral, volume 1. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

BUSATO, Wagner M. Moraes e outros. Interconsulta psiquiátrica. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022.

CAMPBELL, Tom. *and other. Law and Democracy. Editora: Routledge*; 1ª Edição, 2003.

CAMPOS, Alexandre de, e outros. A Consciência como fruto da evolução e do funcionamento do sistema nervoso. Departamento de Fisiologia. Instituto de Biociências. Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo - USP. Artigo publicado em 25 Nov 1998. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-65641997000200010. Acesso em: 03 de out.2023.

CARNELUTTI, Francesco. *La teoría generale del reato*. Padova, 1933.

CARVALHO, Maria Aparecida Alves Sobreira e outras. A formação do conceito de consciência em Vygotsky e suas contribuições à Psicologia. Arq. bras. psicol. vol.62. nº.3. Rio de Janeiro. 2010.

CHALMERS, David. O enigma da experiência consciente. 2004. Disponível em: <http://criticanarede.com/docs/chalmers.pdf>. Acesso em 23 out. 2023.

CHENIAUX JUNIOR, Elie, Manual de psicopatologia. 5. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

CHURCHLAND, Patricia S.. *Neurophilosophy: Toward a Unified Science of the Mind-Brain*. Editora Cognet. 1986.

CHURCHLAND, Patricia S . *Brain-Wise: Studies in Neurophilosophy The MIT Press. Massachusetts. 2002..*

CONDE, Francisco Munõz. *Introducción AL Derecho Penal. 2º Edición. Editorial B de F, Uruguay,* 2001.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría General del Delito. 3ª Ed. Editorial* Temis. *Uruguay*. 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1° ao 120). 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020.

DAMÁSIO, Antônio. R. E o cérebro criou o homem: construindo a mente consciente. São Paulo, SP: Companhia das Letras. 2010.

_____. Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2004.

_____. O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 1996.

_____. O mistério da consciência. Do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das letras. São Paulo. 2015.

DESCARTES, René. Meditações Metafísicas. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. Martins Fontes, São Paulo, 2010.

_____. As regras do método sociológico. NEVES, Paulo (Trad.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

FABRETTI, Humberto e; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Direito Penal. Parte Geral. Ed Atlas. São Paulo. 2019.

FANON, Frantz. Os Condenados da Terra. Juiz de Fora. UFJF. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

FEUERBACH, Anselm *Ritter von. Lehrbuchdesgemeinen in DeutschlandpeinlichesRechts, Gießen: Heer,* 1828, p. 27. Citado por Juares Tavares. TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 2ª edição. Prefácio Eugênio Raul Zafaroni. TiranttoBlanch. São Paulo. 2020.

FRANK, Reinhard. *Grundlagen des Strafrechts. Tübingen:* J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1907.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. São Paulo. Paz e Terra. 1974.

FREUD, Sigmund. O ego e o ID e outros trabalhos. Volume XIX (1923-1925). Hoagrth Press e Instituto de Psicanálise (trad de Joan Riviere). Londres. 1923.

GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. v. 1. Max Limonad. São Paulo, 1982,

GARDNER, Howard. *The mind's new science: A history of the cognitive revolution. Basic Books. New York. 1985.* Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://edci670. pbworks.com/w/file/fetch/58050194/Gardner_1987.pdf. acesso em 22.03.2024.

GAZZANIGA, Michael S.. *The Law and Neuroscience. SAGE – Center for the Study of Mind, University of California, Santa Barbara, CA,USA. Neuron 60, November 6, 2008 ª2008 Elsevier Inc, pag. 414.*

GIMÉNEZ-AMAYA, José M. e MURILLO, José Ignacio. Mente y cerebro en la neurociencia contemporánea. Una aproximación a su estudio interdisciplinar, Scripta Theologica, Vol. 39 (2), 2007, pp. 607-635.

GREENE, Joshua., and COHEN, Jonathan. *For the law, neuroscience changes nothing and everything. Phil. Trans. R. Soc. Oxford Handbook of Neuroethics. Londres. Pag. 1775–1785. 2004.*

GREGÓRIO, Sérgio Biagi. Consciência e Conhecimento. Disponível em: http://www.sergiobiagigregorio.com.br/palestra/consciencia-e-conhecimento.htm. Acesso em 23.04.2024.

HART, Herbert. O Conceito de Direito. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Logic – The question of truth. Translated by Thomas Sheehan. Indiana: Indiana University Press,* 2010.

_____. Os problemas fundamentais da fenomenologia. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2012a.

_____. Ser e Tempo (edição em alemão e português). Tradução de Fausto Castilho. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Rio de Janeiro, 2012b.

HUSSERL, E. *Ideas relativas a uma fenomenología pura y uma filosofía fenomenológica.* Tradução de J. Gaos. México: Fondo de Cultura Econômica, 1962.

_____. A idéia da fenomenologia. Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Ed. 70, 1986.

HONIG, Richard M. *Die Einwillingung des Verletzten. Teril I. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage. Mannhheim. Berlin. 1919.*

HULSMAN, Louk et.al. Abolicionismo Penal. Tradução de Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

INABA, B.S; COHEN, W. E. Drogas: Estimulantes, Depressores, Alucinógenos. Efeitos físicos e mentais das drogas psicoativas. RJ, Ed: Jorge Zahar, 1991.

JAKOBS, Günther. "*Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem", in Festschrift für Welzel, Berlin: De Gruyter,* 1974.

_____. *Derecho penal del enemigo. Trad. Manuel Canelo Melia. Madrid: Civitas,* 2003.

_____. *Derecho penal. Parte general Fundamentos y teoria de la imputacion. Trad, espanhola Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2, ed. Madrid: Marcial Rons*, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *"Methoden der Strafrechtswissenschaft", in Studium Generale, Heidelberg: Springer*, 1958.

JESCHECK, Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts, 5ª edição, Berlin: Duncker & Humblot,* 1996.

JUNG. Carl G. O homem e seus símbolos. Editora Harper Collins. Rio de Janeiro. 2016.

JUNQUEIRA, Gustavo, e VANZOLINI, Patrícia. Manual de direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión. Trad.: Joaquim Cuello Conteras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Ed. Marcial Pons*. 2006.

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. São Paulo: Martin Claret, 2001.

KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Trad. e rev. de José Florentino Duarte. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1986.

_____. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KEYSERS Christian, PERRETT, David. *Visual masking and RSVP reveal neural competition. Trends in Cognitive Sciences. Vol. 6, Issue 3, , March 01, 2002. Pag. 120-125.* Disponível em https://www.cell.com/trends/cognitive-sciences/fulltext/S1364-6613(00)01852-0. Acesso em 31 out 2023.

KIERNAN, Jonh Alan. Neuroanatomia humana de Barr. Tradução da 7a. ed. original e revisão científica por Fábio César Prosdocimi e Paulo Laino. Cândido.Barueri, SP: Editora Manole, 2003.

LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin: Guttentag,* 1914.

_____. Tratado de Direito Penal Allemão. Traduzido da última edição e commentado pelo Dr. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro. F. BRIGUIET & C. 1899.

LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Volume I, 5ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução: Ana Luisa Amaral. Edição da Dover Publications, Inc., New York, 1959.

LONGMAN, José; TENUTO, Rolando A.. Arquivos de Neuro-Psiquiatria, Volume 14, Nº 3, 1956, pp. 213-225(13). Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.scielo.br/j/anp/a/X8m55GX7qvqfb5Ntk76r6mF/?format=pdf. Acesso em: 16.09.2023.

LOPES, Camila Cristina de Oliveira. A Consciência na Perspectiva de Antônio Damásio: Self e Subjetividade. / Camila Cristina de Oliveira Lopes. Uberlândia, Minas Gerais: UFU, 02 de dezembro de 2019.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie, Wiesbaden: Springer,* 2013.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. A estrutura jurídica da culpabilidade. Ed. Lumen Iuris. Rio de Janeiro. 1999.

MAGISTRETTI, P. J., and Allaman, I.. *Brain energy metabolism. in Neuroscience in the 21st Century, ed. D. W. Pfaff. New York, NY. 2013. Pag. 1591–1620.* doi: 10.1007/978-1-4614-1997-6_56

MALDONADO-TORRES, Nelson. *Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón (orgs.). El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores,* 2007.

MARCELLOS, Cíntia Fernandes e outro. A Questão da Consciência na Psicologia de Wilhelm Wundt. Estud. pesqui. psicol. vol.11. nº.1. Rio de Janeiro. 2011.

MARQUES, Ana Cecilia Petta Roselli. e outro. Transtorno por uso de Álcool. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022.

MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. BARBOSA, Regis; KOTHE, Flávio R. (Trad.). São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura.* Tradução e prólogo de José Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires. Ed Hamurabi. 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Os tribunais podem legislar? Acesso ao site http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/triblegis.pdf, em 12-08-2022.

MELLO, Sebastian Borges De Albuquerque. Crítica ao chamado "homem médio" como barema de uma culpabilidade moralizante. Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA, e-ISSN: 2358-4777, Volume 31, n. 1, p. 140-166, Jan-Jun 2021.

MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart. Ed. Thienemann*. 1889.

MIGNOLO, Walter. *Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges, and Border Thinking. Princeton: Princeton University Press*, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Universidad de Barcelona. 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19.*

MORA, Maribel Narváez. *El impacto de la neurociencia sobre el derecho: El caso de la responsabilidad subjetiva. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n.º 15, 2012, pp. 195-230.*

MORSE, Stephen. *New neuroscience, old problems. Legal. implications of brain science, Cerebrum, pag 81–90. 2004.* Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15986539/. Acesso 31 out 2023.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo, 2ª edição, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001*, p. 43 e ss

NARDI, Antônio Egídio e outros. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022.

NEUMANN, Erich. História das origens da consciência: uma jornada arquetípica, mítica e psicológica sobre o desenvolvimento da personalidade humana. Tradução Margit Martincic; prefácio de Carl G. Jung; com a colaboração de Daniel Camarinha da Silva e Adail Ubirajara Sobral. – 2. ed. –São Paulo: Editora Cultrix, 2022.

NIETZSCHE, Friedrich. Além do Bem e do Mal. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUNES, Marcel Vella e outros. Histórico do diagnóstico e classificações atuais. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores:

Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; CALLEGARI, André Luís. Manual de Direito Penal - Parte Geral – editora Atlas. São Paulo. 2019.

OLIVEIRA, Jose Barros de. Sabedoria: Definição, dimensionalidade e educabilidade. Revista Portuguesa de Pedagogia. Porto. 2005. 151-173. Disponível em: https://hdl.handle.net/10216/101094. Acesso em 17 jul. 2024.

ORTEGA, F.J.; Vidal, F. Mapeamento do sujeito cerebral na cultura contemporânea. RECIIS: Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 257-261, jul.-dez. 2007.

PARAVENTI, Felipe. Manual de Psiquiatria Clínica. 1. ed. - Rio de Janeiro: Roca, 2016.

PARDO, Michael S. e outro. *Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia (trad. de Ivó Coca Vila / Marta García). InDret Penal, n.º 2,* 2011.

PEPPERELL, Robert. *Consciousness as a Physical Process Caused by the Organization of Energy in the Brain. FOVOLAB, Cardiff Metropolitan University, Cardiff, United Kingdom. HYPOTHESIS AND THEORY article Front. Psychol. Volume 9 – 2018.* https://doi.org/10.3389/fpsyg.2018.02091

PEREGRINO, Antônio, e outros. Entrevista psiquiátrica, exame clínico e exame do estado mental. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022.

PIPINO, Luiz Fernando Rossi. Direito penal: parte geral, vol. 1. Renee do Ó Souza [coordenação]. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2022.

PLATÃO. A República. Trad. Paulo F. Moreira. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

POMBO, Olga. Epistemologia da interdisciplinaridade: Interdisciplinaridade, humanismo, universidade. Porto: Campo das Letras, 2004, pp. 93-124.

PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1 . 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUIJANO, Anibal: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas (Buenos Aires: CLACSO) Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder / Aníbal Quijano; selección a cargo de Danilo Assis Clímaco; con prólogo de Danilo Assis Clímaco. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires:* CLACSO, 2014.

RADBRUCH, Gustav. *Der Handlungsbegriff in seinerBedeutungfür das Strafrechtssystem, Darmstadt: WissenschaftlicheBuchgesellschaft, 1967,* p. 43 e ss.

_____. Filosofia do Direito. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 2004.

RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico: Uma introdução a teoria dos sistemas jurídicos. Martins Fontes; 1ª Edição. 2012.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19ª edição. São Paulo. Saraiva. 1999.

ROSENTHAL, David. *Two concepts of consciousness. Philosophical Studies, v. 49, p. 329-359,* 1986.

ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevención em derecho penal. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Instituto Editorial Reus, S. A. Preciados, 23 - Madrid,* 1981.

_____. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzon Peña. Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javir de Vicente Remesal. 2ª edción. Ed. Civitas. Madrid.* 1997.

_____. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro. Renovar.2002.

_____. *La evolución de La política Criminal, El derecho penal Y el proceso penal. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María Del Carmen García Cantizano. Tirant Lo Blanch. Valencia*, 2000.

_____.; GRECO, Luís. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. Ed. Marcial Pons-Brasil. 1ª edição. São Paulo. 2024.

ROY, C., and Sherrington, C.. *On the regulation of the blood supply in the brain. J. Physiol. Cambridge. 189011, 85–108.* Disponível em: https://physoc.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1113/jphysiol.1890.sp000321. Acesso em 14 nov 2023.

SAMPAIO, André Luiz, e outro. SOC. Sociologia. Editora Poliedro, 2021.

SANTOS, Diogo Filipe da Fonseca. As neurociências e o direito penal: a propósito do problema da culpa. 2.º Ciclo de Estudos em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 5.ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCOLNICOV, Samuel. Platão contra o atomismo lógico. Veritas. Porto Alegre. Vol 49. Nº 4. Dez. 2004. Pag. 641-652.

SEARLE, John. A Redescoberta da Mente. Trad: Eduardo Pereira de Ferreira. São Paulo. Ed: Martins Fontes.

_____. Consciência e linguagem. Trad: Plínio Junqueira Smith. São Paulo. Ed: Martins Fontes, 2010.

_____. *Freedom and Neurobiology: Reflections on Free Will, Language, and Political Power, New York: Columbia University Press,* 2007.

SILVA, Cláudio Jerônimo da, e outro. Transtorno por uso de substâncias. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022.

SILVA, José Luciano Tavares da; Luzia, Josiane Cecília. Temas em Neurociências. Editora Scienza, 2020 – São Carlos, SP, Brasil. 362 p

SIMONETTI, Alfredo. Manual de Psicologia Hospitalar. O mapa da doença. Editora Casa do Psicólogo.2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito penal: volume único. Japiassú. São Paulo: Atlas, 2018.

STAMMLER, Rudolf. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. Berlin, J. Guttentag. 1902.

TAVARES, Almir. e outro. Transtornos do sono-vigília. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022.

TAVARES, Juarez. Direito Penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposo. Ed. RT. São Paulo. 1985.

_____. Fundamentos de teoria do delito. 2ª edição. Prefácio Eugênio Raul Zafaroni. Tirantto Blanch. São Paulo. 2020. Pag 169.

TELLES, Lisieux E. de Borba e outros. Psiquiatria Forense. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022.

TONONI, Giulio. *Consciousness as Integrated Information: a Provisional Manifesto. Biol. Bull. December 2008.* vol. 215 no. 3 216-242. Disponível em: https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.2307/25470707. Acesso em: 14 nov 2023.

VIEIRA, Mauro Luís, e OLIVA, Ângela Donato. Evolução, cultura e comportamento humano. Vol. 1. Florianópolis. Edições do Bosque/CFH/UFSC, 2017.

VILETE, Liliane, e outros. Transtornos relacionados a trauma e a estressores. Tratado de psiquiatria da Associação Brasileira de Psiquiatria. Organizadores: Antônio Egídio Nardi, Antônio Geraldo da Silva, João Quevedo. Ed. Artmed. Porto Alegre. 2022.

WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. Ed Martins Fontes. 2003.

WARD, Ivan. Conceitos da Psicanálise. Fobia. Rio de Janeiro. Tradução: Tuca Magalhães. Ed Ouro. Segmento – Duetto. 2005.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general. Tradução do alemão por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª edição alemã / 2ª edição em espanhol. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile,* 1976.

_____. O Novo Sistema Jurídico Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3ª edição. Revista e ampliada da tradução. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

WESSELS, Beulke/Satzger. *Strafrecht, AT, 46ª edição, Heidelberg: CF Müller,* 2016.

WITTGENSTEIN, L. *The Blue and Brown Books. Oxford: Blackwell Publishers, 1998a.*

_____. *Notebooks – 1914-1916*. *Oxford: Blackwell Publishers,* 1998b.

_____. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução: Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

_____. Investigações Filosóficas. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores: Wittgenstein).

WUNDT, Wilhelm. *Outlines of psychology. Englewood Cliff., NJ: Prentice Hall*. 1897, p. 1-6.

_____. As leis da vida psíquica. Tradução: Mary Elizabeth Borup. Revisão Lívia Mathias Simão Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. Título original: *Gesetze des Seelenlebens*. São Paulo. 2015.

ZAFARONI. Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal. Tomo III, Ediar*. Buenos Aires. 1981.

_____. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo IV, Ediar. Buenos Aires. 1999.

_____. e outro. Manual de direito penal brasileiro. Vol 1., Parte geral. 9ª Edição. I, Ed RT, São Paulo. 2011.

_____.. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General, 2ª Edição. Ediar. Buenos Aires*. 2002.

_____. *Em torno de la cuestión penal.* Nº 18. Ed. IBdeF. Buenos Aires. 2005. Pág. 229.