

CULPABILIDADE REFERIDA À PERSONALIDADE E O NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Alberto Rufino Rodrigues de Souza

Promotor Público em Pelotas — RS
Prof. da Fac. de Dir. da Univ. Fed. de Pelotas

A

CULPABILIDADE E AUTONOMIA DA VONTADE HUMANA

I

O princípio da responsabilidade ético-jurídica, condicionada pela culpabilidade, constitui o alicerce sobre que se construiu e se mantém o Direito Penal dos povos cultos. Responsável perante o ordenamento jurídico punitivo — vale dizer, obrigado a sofrer os ônus sancionatórios nele prescritos — não o é o mero executor material do fato ilícito-típico, mas necessariamente, aquele que o haja perpetrado de modo culpável.

A pena é retribuição; a justa paga do crime cometido pelo agente, quando devia e *podia* ele agir de outra maneira, mantendo-se numa linha de conduta compatível com as exigências da ordem jurídica.

Precisamente nesse juízo reprobatório pessoal — pressuposto da pena — pelo qual se increpa ao autor o se ter decidido pelo ilícito, deixando de agir na conformidade do que dele esperava e exigia o Direito, tendo condições de fazê-lo — consiste a culpabilidade jurídico-penal, ou, simplesmente, culpabilidade, conceito nuclear da estrutura do crime.

“Culpabilidade é reprovabilidade” — sublinhou Frank. (1) — E a partir desse seu fundamental asserto, que, demolindo a velha concepção puramente psicológica (2) da culpabilidade, descortina novo ângulo de visão para esse essencial momento pessoal do crime, não mais divergem, jurisprudência e ciência, quanto a tal dimensão estimativa do conceito (3).

Apesar de fundamentais discrepâncias no que diz com os elementos em que ela se constrói, há harmonia de entendimento, na doutrina, sobre ser, a culpabilidade, um coeficiente de censura pessoal, incidente sobre o autor do fato antijurídico e típico. Por todo o atual pensamento teórico,

Tese aprovada, por aclamação, no 11^o Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Guaraperi (ES).

disse Mezger (4) que “culpabilidade é o conjunto daqueles pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovabilidade pessoal pela conduta antijurídica”. Mediante tais pressupostos precisamente aparece, a conduta, como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do autor, evidenciadora, neste — como lembra o austríaco F. Nowakowski (5) — de “falta de apego a um valor juridicamente protegido, e, em conseqüência, à ordem valorativa própria do Direito.

Vista, assim, a culpabilidade, como censura ético-jurídica dirigida ao autor, porque praticou a conduta, quando a deveria ter omitido, ou porque dela se absteve, quando estaria obrigado a atuar (omissão), dela transparece a idéia matriz em que se estriba esse juízo exprobatório pessoal: a da liberdade do agente, a de sua capacidade de auto determinação: a de seu *poter de agir de outra maneira*. (6). É o momento ético de que não se deve afastar qualquer concepção da culpabilidade. “Se qualquer complexo normativo se dirige ao homem como pessoa — adverte o penalista português Figueiredo Dias — a autonomia ética deste implica que o fundamento daquilo que à sua culpa se imputa resida em alguma coisa que eticamente se lhe possa censurar; e isto é só o que, do ponto de vista da vontade, fez culposamente, pois tudo o resto — aquilo contra que o agente “nada podia”, segundo a sua vontade — pode ser lamentado ou mesmo desaprovado, mas não lhe pode ser censurado como culpa”. (7).

Tal postulado da vontade livre e autônoma do homem deve, com efeito, ser permanentemente afirmado no âmbito de um direito penal da culpabilidade e da retribuição. Não merecem acolhida as idéias — sustentadas por alguns — de que constitui, esta, questão filosófica, alheia às preocupações do Direito Penal, para quem basta a constatação de que o total desenvolvimento cultural evidencia a *necessidade* da ameaça penal e da conseqüente execução sancionatória, quando malogre o mero efeito psicológico daquela resultante.

Ao contrário, pressupostos, essência, limites e função das sanções criminais — toda a fisionomia, enfim, de um sistema penal — vão depender da posição que se adote em torno dessa debatida questão. E a estrutura inteira de um sistema penal inspirado numa concepção ético-jurídica da responsabilidade, necessita, como sua base de sustentação e insubstituível princípio assegurador de sua própria coerência interna, da insistente afirmação dessa idéia da capacidade humana de auto-determinação.

Não que se negue que também nos quadros de um conceito determinista do comportamento humano tenha a pena uma função a cumprir-se. Se, segundo tal noção — é o comportamento resultado do entrelaçamento de múltiplos e heterogêneos fatores, atuando e intervindo, a cada mo-

mento, no sujeito agente; se desse tecido de forças causais resulta um sistema de influências psíquicas, segundo cuja constituição e o modo como momentaneamente se articulam os elementos da realidade externa, decorrerá ou a conduta ilícita ou o comportamento respeitoso da lei — nada impede que à ameaça penal também se recorra, como a mais um elemento a compor esse todo complexo. E precisamente a ela se recorrerá na expectativa de que possa atuar imprimindo ao sistema tal conformação que dele advenha, como resultante final, influxo determinante de formas lícitas de comportamento e impeditivo de ações contrárias ao Direito.

Mas quando tal expectativa seja fraudada; quando a ameaça penal não tenha operado sobre o delinqüente o esperado efeito dissuasório da prática do ilícito típico, e, pois, a despeito daquela, tenha o crime ocorrido, nem por isso onerará o autor qualquer juízo reprobatório pessoal. Aplicar-se-á, sempre, a pena; de uma parte para que — como já preconizara Feuerbach, nas linhas de sua concepção preponderantemente intimidatória da sanção criminal — não se desacredite esta como ameaça vã; e, de outra parte, para que, mediante ela, possa sobre o delinqüente ser desenvolvido qualquer esforço de ressocialização. Mas nunca envolverá, a sanção criminal, qualquer “*pathos*” ético. Em nenhum momento envolverá o enunciado de qualquer juízo reprobatório pessoal ao autor, assim como o reconhecimento deste como centro moral de imputação. E com o assim descartar-se, da sanção criminal, qualquer idéia inspiradora de *culpabilidade*, dela também se subtrairá o cunho retributivo, e, pois, qualquer claro princípio de limitação, fundado em inequívoco critério de Justiça. A pena do determinismo desqualifica-se, sempre, em mecânica reação final, em efeito sancionatório exclusivamente utilitário, de limites tão dilatados e amplos quanto o exijam as necessidades concretas de eficaz tutela social. Como já Liszt definira, *pena justa é a pena adequada*.

A invocação e a sustentação do postulado da liberdade do querer humano, não constitui, pois, matéria despicienda ou ociosa, nos limites do Direito Penal. Deve ser tal princípio, ao contrário, permanentemente invocado e reafirmado, eis que, negada a capacidade humana de autodeterminação segundo motivos e valores, transfigurar-se-ia toda a fisionomia do ordenamento punitivo. Pois, como a propósito recorda o prof. Beza dos Santos, “a supressão daquele conceito como pressuposto das penas conduziria à substituição de todo o *sistema penal* por um conjunto de *medidas de segurança*, não condicionado pela *culpabilidade* do agente do crime, mas pelo seu *estado perigoso*, o que daria àquelas medidas características muito diferentes das penas. A respectiva sanção do crime, desde que seja uma daquelas medidas, não poderia, por exemplo, ter a finalidade de reprovação do crime e dos infratores, mas, unicamente, a de defesa social, por se aplicar mesmo a delinqüentes inimputáveis, insuscetíveis de culpabilidade” (8).

A controvérsia sobre a "liberdade do querer", sobre a capacidade do homem de avaliação e de direção sobre o comportamento, começa a constituir-se tema de mais interessado exame à época da ilustração. Em fins do séc. XIX, notadamente por influência da tese evolucionista de Darwin e de toda uma absorvente concepção científico-naturalista, pretendendo a apressada translação das leis causais para a esfera do humano, alcançou seu momento culminante a posição teórica negadora da capacidade da pessoa de auto-determinar-se segundo valores.

No setor particular do Direito Penal, manifesta-se como fenômeno doutrinário paralelo ao dogma causal no conceito de ação. Encontra sua manifestação mais expressiva nos princípios conclusivos da Escola Positiva Italiana, de Garófalo, Lombroso e Ferri. Mas também se expressa em outras direções teóricas, cumprindo ser aqui recordado que Von Liszt precisamente estribou seu *Programa de Marburgo*, da pena finalística, nessa concepção determinística da conduta humana (9).

A despeito de que ainda se apeguem alguns, arraigadamente, a tal posição, (10) tanto do âmbito da moderna antropologia filosófica (11) como de outros campos do pensamento, erguem-se definitivos argumentos e comprovações, afastando as últimas sombras desse cientificismo positivista ingênuo, já sem lugar nos quadros do pensamento atual.

Mesmo do âmbito da Criminologia, inegavelmente nascida e por largo tempo desdobrada nos limites cerrados desse naturalismo *a outrance*, registram-se inequívocas manifestações de decidido abandono das velhas tentativas de explicação do crime segundo processos etiológicos cegos, efeito fatal de incontrolláveis combinações de causas naturais e fatores sociais. Também nesse setor — conforme lembra Wurtemberger (12) — ganha terreno o critério pluralista, para o qual a gênese do delito obedece a estrutura muito mais rica e complexa do que aquela perfilada segundo "hipóteses" apressadas ou "teorias" ditas confirmadas pela experiência.

Valem, a respeito, estas significativas palavras do criminólogo alemão Friedrich Stumpf: "Após todo o aparato que nos proporcionam as ciências naturais, com a Psicologia Profunda, a Psiquiatria, pesquisas da hereditariedade, da constituição e do meio ambiente, os resultados são, verdadeiramente, desanimadores. Nós supúnhamos, através de nossas pesquisas sobre o homem, em suas limitações, seu constrangimento através dos instintos, condição psicológica, disposições hereditárias, constituição e meio ambiente, poder conhecê-lo como um produto de sua constituição e do mundo circundante — e, em contraposição, o que nos veio, depois de tantos anos de fadigas, do

entulho e das cinzas da segunda guerra mundial, foi a imagem de sua liberdade" (13).

Aponte-se, em direção plenamente coincidente, esta outra manifestação, de tão mais alto significado quando é ela oriunda de um nome do pensamento criminológico nórdico, onde ainda presentemente vigora uma concepção protecionista do Direito Penal, de fundamentos predominantemente naturalísticos; pertence ela ao criminólogo e penalista dinamarquês Stephan Hurwitz, para quem "não há suficientes conhecimentos práticos para afirmar que algum grupo de fatores endógenos e exógenos seja de definitiva importância causal na delinquência em geral ou em determinados pontos essenciais". (14)

A tal propósito e desde já registre-se que referido conceito de culpabilidade, fundado no reconhecimento da capacidade humana de avaliação e de decisão sobre o agir — que tem assim, hoje, a seu favor, os ensinamentos das mais autorizadas direções científicas — está na linha da tradição penalística brasileira, de que agora não se afasta — antes a ela se mantendo exemplarmente fiel — nosso novo estatuto criminal: Código Penal de 1969 (Dec. lei 1004, de 21 de outubro de 1969). Com efeito, segundo se infere a *sensu contrario*, de seu art. 31 — no essencial coincidente com o enunciado do art. 22, do Código de 1940, ainda vigente — imputável é quem, graças a sua saúde e adequado desenvolvimento mentais, detém a *capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento*. Faz o dispositivo, como se constata, clara invocação à vontade livre do homem, à sua possibilidade de apreciação e de senhorio sobre o próprio comportamento. E — em inteira consonância com esse reafirmado princípio — corrobora a Exposição de Motivos do novo diploma, tanto em seu nº 16 (onde precisamente, é versado o tema da *imputabilidade*) como em seu nº 19 (tratando *das Penas*), o caráter *retributivo* da sanção jurídico-criminal, não obstante os efeitos de ressocialização que no curso de sua execução possam e devam ser buscados.

III

Curialmente, a aceitação da perspectiva da liberdade do agir humano não significa, entretanto, acolhimento da tese indeterminista tradicional, que nega qualquer grau de condicionamento ou limitação ao comportamento, construindo o arquétipo de um homem etéreo, pairando, soberano, no vazio, apto a todo o agir, absoluto dono de suas decisões, não sendo nem podendo ser influído por fatores causais — da natureza ou do ambiente social — pendentes ou impeditivos do crime.

Tal paradigmática figura humana não existe. É mera abstração, a que falta qualquer apoio no real. A partir de diferentes origens e por diversos caminhos, tem realmente convergido, o moderno pensamento, no destacar, no homem, “a liberdade existencial e a desvinculação do orgânico” (Scheler) a elas correspondendo — como lembra Welzel — um peculiar compromisso espiritual com critérios da verdade, do sentido e do valor, de que resultam diretivas para o comportamento, propiciadoras de critérios para discriminar entre agir conveniente e inconveniente, sentido como valioso ou desvalioso pelo mundo social circundante (15). Mas com isso não pretendo sustentar a idéia de um “*liberum arbitrium indifferentiae*” ou desconhecer a perdurável ocorrência de todo um complexo de fatores circunscrevendo, limitadoramente, as possibilidades do agir. Impressões pessoais, impulsos emocionais, paixões, são indiscutivelmente fatores que compelem, por formas às vezes irresistíveis, para determinadas direções de conduta.

Chega mesmo Welzel a estabelecer uma espécie de dualização interna na personalidade do homem normal, com clara estratificação nestes diferentes planos: “*Um estrato profundo* — dirá — compreende os impulsos vitais da conservação da espécie e da auto-conservação provenientes do círculo dos instintos, as paixões, os desejos, além das aspirações anímicas “mais elevadas”, inclinações, interesses, etc., que afetam o eu, coagem-no, envolvem-no, arrastam-no e buscam compeli-lo a uma ação, de modo que aparece como vítima passiva dos impulsos. Sobre tais impulsos do *estrato profundo*, ergue-se a *mesmidade* como centro regulador dos impulsos, que os dirige conforme a sentido e valor: os atos do pensamento, que se apoia sobre fundamentos lógico-objetivos, e os da vontade, que se orienta conforme a sentido e valor” (16).

Também neste campo, pois, cumpre serem acolhidas as indicações da Criminologia, que nos traça o quadro de um homem carregado de inclinações ou disposições, de hábitos, que palpitam ou irrompem nas zonas vitais ou inconscientes de sua personalidade e são estimulados por determinadas situações ambientes.

Assim, repelindo, embora, o insustentável das posições extremamente determinísticas e aceitando, pelo contrário, que o criminoso, quando comete o ilícito, poderia ter optado pelo comportamento ajustado ao Direito, não se nega que todo um conjunto de circunstâncias exógenas ou endógenas — estas congênitas ou adquiridas — hajam facilitado ou dificultado sua decisão de o cometer.

Registre-se, a propósito, que do mesmo modo como, segundo já foi referido, um sistema penal fundado na responsabilidade ético-jurídica, pressuposto da pena retributiva, não se coaduna com a concepção rigidamen-

te determinística, será de todo incompatível à face de um conceito da absoluta indeterminação do agir humano.

Com efeito, fosse o homem absolutamente livre no comportamento, desapareceriam, de imediato, os critérios para a afirmação do mérito da ação lícita e do cunho censurável da conduta criminosa. Ambas essas formas de comportamento passariam a ser vistas meramente como produto do acaso ou do arbítrio de uma personalidade soberana, não influída nem por disposições nem pelo mundo circundante e infensas à causalidade psíquica das cominações penais. Desapareceria, da conduta ilícita, o mérito de ser ação ou abstenção de quem pode vencer propensões individuais e influências do ambiente para determinadas modalidades de conduta, deixando que nele preponderassem considerações valorativas encaminhadoras a outras direções do comportamento. Concomitantemente, do fato criminoso desapareceria o momento censurável de ser conduta de quem ou deliberadamente optou por formas reprovadas do agir ou sucumbiu a motivos e estímulos criminógenos, quando dele se desejava que se deixasse dirigir pelo reconhecimento do objetivo desvalor jurídico do ilícito perpetrado.

Ainda, a aceitação de um indeterminismo absoluto suprimiria todos os fundamentos em que se sustenta a moderna pedagogia penitenciária. Esta, mesmo nas lindes de um conceito retributivo da pena — e sempre sem sacrifício deste — não pode estar desligada de fins de correção, readaptação ou reeducação do delinqüente. Ora, tal idéia, que está na base dos atuais sistemas penitenciários — veja-se a inovadora posição da Escola Correcionalista — somente adquire sentido com o conceber-se, no criminoso, uma personalidade onde ocorre a luta contra certas exigências instintivas, inclinações e tendências radicadas nos segmentos mais profundos do Eu, que limitam seu poder para a conformação da conduta em modo ajustado às expectativas do Direito.

A pena — como instrumento a serviço da tentativa de readaptação ou reeducação — precisamente pretende ser um auxílio oferecido ao homem, para que se *emende*, fortalecendo sua resistência às influências criminógenas. Fosse ele absolutamente livre e infenso a tais influências —; detivesse o incondicionado poder de a qualquer tempo optar pelo bem ou pelo mal, todo esse pensamento penitenciário tornar-se-ia absurdo e infundado.

IV

Assim, a aceitação da capacidade humana de agir orientado segundo prévia e discernida avaliação do caráter valioso ou desvalioso da conduta — postulado central de nosso sistema punitivo, erguido sobre o prin-

cípio da responsabilidade ético-jurídica — de nenhum modo significa o desconhecimento de todo um complexo de fatores externos e internos que limitam e condicionam a decisão humana ante o horizonte plural de concretas possibilidades de atuação. Pelo contrário — e segundo no curso mesmo desta exposição, repetidamente se verá, — todo o sistema de normação jurídico-punitiva parte precisamente do pressuposto da circunstancialidade e limitação do agir humano.

B

UMA NOÇÃO DE CULPABILIDADE REFERIDA À PERSONALIDADE ORIGEM E FUNDAMENTOS DESSA NOÇÃO NECESSIDADES QUE A SUSCITARAM

I

Pois precisamente a constatação — referida nas páginas anteriores — do condicionamento e limitação que a cada caso circunscreve o âmbito das concretas possibilidades humanas de escolha e decisão no plano da conduta, suscita todo um conjunto de dificuldades teóricas e práticas a um sistema jurídico-punitivo construído sobre as noções de responsabilidade ética e de culpabilidade.

É que o pensamento que o inspira, que faz da vontade livre humana o centro ético de toda a imputação, concebe a culpabilidade como juízo exprobatório pessoal formulado a partir do fato ilícito típico concretamente perpetrado e à luz das particulares circunstâncias endógenas e ambientais em que ele ocorreu. Desconhece, o Direito Penal, uma culpabilidade separada do fato. É ela, ao contrário, repetidamente qualificada como *juízo derivado*.

Ocasião para que se formule tal juízo de censura pessoal, oferece-a, sempre e exclusivamente, a prática do injusto. Exames e referências em torno daqueles aspectos ou momentos que — seja qual for a concepção que se adote quanto ao conteúdo da culpabilidade (17) — de qualquer modo condicionam esse enunciado desaprobatório — são sempre feitos a partir da constatação da real ocorrência de um injusto típico e necessariamente tendo em conta o particular contexto situacional e pessoal em que ele se consumou. Assim, questões sobre dolo e culpa invariavelmente se põem a partir do fato realizado. Indaga-se, por exemplo, quanto ao primeiro, se o agente, *ao praticar* a conduta típica, fê-lo com consciência e vontade relativamente à presen-

ça, nela, de todos os elementos integrativos de um paradigma da lei penal. Já relativamente à culpa, a ação cujo caráter *descuidado* se procura apurar e com referência à qual se formulam juízos de probabilidade, no que concerne aos efeitos lesivos por ela produzidos, é sempre a *ação típica concretamente realizada*, com a acurada consideração de todas as suas circunstâncias individuais. Por outra parte, a imputabilidade, que condiciona o juízo de culpabilidade, é igualmente imputabilidade ao *tempo do fato*. Indaga-se se o autor, no momento em que concretizou a conduta antijurídica e típica, dolosa ou culposamente, dispunha da geral capacidade de conhecer o caráter ilícito desta e de agir em conformidade com esse conhecimento. Por último, indagações sobre se o autor, dotado de tal poder intelectual e volitivo, teve a concreta possibilidade de avaliar a qualidade ilícita de seu concreto agir, assim como se, nas circunstâncias efetivamente presentes, lhe era exigível outra conduta, são igualmente a serem postas exclusivamente à vista do *fato* singular em exame e ao tempo em que ele ocorreu.

Pois precisamente aqui poderão ocorrer freqüentes e claras antinomias entre um sistema jurídico fundado nessa idéia de *culpabilidade derivada do fato* e as necessidades práticas de efetiva tutela do convívio humano que o dever social impõe a esse mesmo Direito.

É que naquelas situações em que o circunstanciado exame do episódio delituoso, com todos os seus componentes, evidenciar ter ele predominantemente resultado do poderoso domínio de fatores causais, internos ou externos ou ambos, que ao agente impossibilitaram ou a nítida apreciação quanto à natureza e significado valorativo do fato ou uma plena autonomia de decisão, menor, por certo, será o *quantum* de rebeldia e inconformidade frente às preceituações da ordem jurídica que dele se poderá deduzir. Pois que comprometida esteve a capacidade do autor de conhecimento e justa avaliação do fato e diminuído o senhorio de sua vontade sobre o fato praticado — menor, correspondentemente, o grau da censura em que se venha a constituir o autor. E a essa menor culpabilidade obrigatoriamente deverá corresponder menor pena.

Mas, por outra parte, sendo o Direito obra humana intencionada à aplacar ou dirimir efetivas necessidades da vida coletiva, mesmo a um ordenamento jurídico penal erguido sobre o postulado da responsabilidade ética, não pode ser estranho o propósito de constituir-se, cada vez mais, instrumento útil para a repressão dos crimes.

Ora, precisamente sob este prisma, as exigências de adequada tutela social estão a exigir penas de severidade superior ou pelo menos equivalente às cominadas a quem comete crimes em condições normais de auto-determinação. Porque, face a determinados fatores biológicos ou de ambiente, *menor* mostrou-se o poder do agente, de avaliação e direção sobre o seu

agir, *mais* do que do criminoso comum dele podem ser esperados novos episódios de conduta antijurídica, sempre devidas ao fraquejar de sua constituição biopsíquica ao influxo de determinadas influências, oportunidades ou sugestões delituosas.

Esboça-se, assim, o grave antagonismo, fruto de dois postulados ou exigências antinômicas: frente a menor culpabilidade pena menor, porque assim o exige o axioma ético da justa retribuição; ante perigosidade maior, sanção mais severa, que assim o requer a expectativa de eficiente defesa social.

Tal grave questão é suscitada — como *aporia* erguida à construção teórica e como dilema posto ao legislador e ao aplicador da lei — toda vez que se focam alguns dos temas efetivamente centrais do Direito Penal. Assim, entre outras hipóteses, quando se buscam diretivas dogmáticas e critérios normativos para medida da pena ou sua eventual isenção, em reduzidas hipóteses (cfr. Cód. 69-art. 94), aos agentes com imputabilidade diminuída: aos que praticam delitos em embriaguez completa, quando voluntária ou culposamente hajam assumido esse estado; aos que realizam o fato antijurídico típico sem conhecimento atual de seu caráter contrário ao Direito; aos que agem com culpa inconsciente; àqueles relativamente aos quais se indaga se ao tempo do crime lhes era exigível — e em que medida — um outro comportamento. Também quando se examinam questões referentes a certos tipos de peculiar caracterização, como os relativos ao *rufianismo* (Cód. Penal 1969-art. 254) e à *vadiagem e mendicância* (Lei Contr. Penais, arts. 59 e 60).

Mas onde por certo mais instante e significativa a questão se apresenta é por certo no tratamento penal dos *delinqüentes habituais* (assim como, nas legislações que contemplam essa peculiar espécie, dos *delinqüentes profissionais*) e dos *criminosos por tendência*, frente aos quais se percebe - a despeito de algumas críticas que a essa orientação se levantam - clara posição das legislações, inclusive a nossa, de reagirem com sanções incrementadas, quase sempre marcadas por ampla margem de relativa indeterminação quanto ao máximo.

Em todas as situações aqui brevemente enunciadas, ao exame particularizado de algumas das quais estão dedicadas muitas das páginas seguintes - a despeito das peculiaridades e estruturas próprias de cada uma, um traço comum pode ser apontado: precisamente o serem, todas elas, realidades frente às quais se instalam aquelas questões configuradoras de aparentemente insuperável conflito teórico e prático, que ameaça comprometer a perdurabilidade de um Direito Penal da culpabilidade e da retribuição. São, todas elas, situações em que se registra o aflorar de fatores de diferente natureza - ora exógenos, circunstanciais ou sociais; ora endógenos, congênitos ou adquiri-

dos — compelindo para a prática do crime. Também frente a todas elas, renova-se, pois, a situação dilemática: porque menor a culpabilidade, menor a pena; porque maior a perigosidade, mais grave deve ser a pena.

II

Como ultrapassar a grave aporia? Estará fadado, o Direito Penal erguido a partir do princípio da justa retribuição, a ser instrumento inapto para a adequada regulação dessas manifestações de ilicitude, em que a uma menor culpabilidade corresponde definida perigosidade? Estarão os preceitos com que se pretenda utilmente dispor sobre elas fadados a permanecerem como corpos estranhos, insuscetíveis de assimilação harmônica a um sistema penal da censura pessoal e da retribuição? Ante tais situações, estará o ordenamento jurídico forçado a reagir com a utilização dos meios defensivos das medidas de segurança, distendendo-os a realidades diversas daquelas de plena inimputabilidade, únicas para as quais são verdadeiramente adequados? Ou, por outra via, deverá, aqui, resignar-se o Direito ao abandono de seu proclamado fundamento monista ético, aceitando claramente a pena finalística, dissociada do pressuposto da justa retribuição, agora substituído por considerações pragmáticas de defesa social?

III

A harmonização do aparentemente incontornável antagonismo interno do sistema penal da responsabilidade ético-jurídica; a conciliação ante situações como as anteriormente mencionadas, em que supostamente se chocam as exigências de um Direito Penal de bases espirituais, onde a censura pessoal é posta como indeclinável condição e medida da pena e os fins concretos de prevenção dos delitos e de tutela social, haveria de vir pelas linhas de alargado conceito de culpabilidade. Ao autor além do juízo reprobatório pessoal em que incide, a partir do fato ilícito-típico perpetrado e sob a condição e na medida de sua rebeldia contra o Direito, expressada por aquele — uma outra forma de reproche pode ser enunciada; a que se refere à conformação desvaliosa de sua personalidade ou de seu caráter, enquanto aí resida o fundamento e a explicação do crime perpetrado e na dimensão em que — tende podido evitá-la — seja o autor por aquela responsável. O que agora se increpa ao criminoso é a direção viciosa que imprimiu à vida e ao próprio *modo de ser* interno, deixando de fazê-los permanentemente aptos para o respeito aos valores afirmados pelo Direito, apesar de que detinha poder para isso. Não é mais o fato e a atitude pessoal de desobediência ao Direito, que do primeiro possa ser de-

duzida — ou apenas eles — o que agora se reprova ao autor. É possível que a esse fato tenha sido o delinqüente impelido pelo domínio de fatores por completo subtraídos a seu controle e que dele, pois, nenhuma conclusão se possa lididamente extrair, quanto a uma insubordinação censurável aos ditames da ordem jurídica. O que no autor fundamentalmente se reprovará é que haja permitido — quando podia evitá-lo — que em sua personalidade se instalassem ou emergissem tão poderosas propensões, que frente a ela fraquejassem seu entendimento e sua vontade, toda vez que se articulasse situação de provocação ou de oportunidade para o crime.

Configura-se, assim — ao lado da noção de culpabilidade imediatamente referida ao fato ilícito típico e à motivação censurável que ele possa expressar — uma mais larga e penetrante forma de conceber o momento reprobatório pessoal do ilícito.

Mantendo, sempre, a vontade livre como centro ético de imputação e partindo, ainda, da perpetração do injusto, sempre reconhecida como inarredável condição para que venha a ser formulado, distingue-se, entretanto, do anterior, este novo pensamento de culpabilidade, pela circunstância de, a seguir, voltar-se para um mais amplo substrato material: o caráter ou a personalidade do agente, enquanto daí tenha decorrido o crime e por tal perfil interior deva o mesmo agente responder, na medida em que o poderia ter evitado.

IV

Ocasão para que, por primeira vez, fosse enunciado esse mais penetrante conceito de culpabilidade, agora plenamente voltado para a estimativa do autor, de seu peculiar modo de ser, sem demasiadamente se fixar no fato com sua por vezes limitada e inessencial expressão do mundo interior do agente, deu-a o largo debate doutrinário em torno do dolo, e, em especial, em torno das alternativas de ser este elemento da culpabilidade ou momento constitutivo da ação e do tipo subjetivo; assim como a disputa dogmática acerca da consciência da antijuridicidade do fato, ora vista como componente do próprio dolo ora como dimensão da culpabilidade; às vezes exigida como presença subjetiva indispensável, no autor da conduta antijurídica e típica, para a acabada configuração do crime, ora requerida como mera possibilidade de conhecimento. (18).

Surgiu ela nos limites do que se convencionou chamar *limitada teoria do dolo*, aqui cumprindo ser salientado o pensamento precursor do prof. Beleza dos Santos. Sustentou ele, neste ponto em harmonia com o cri-

tério da *estrita teoria do dolo*, que ao dolo, como parte da culpabilidade, também pertence, como seu indeclinável momento, a consciência da ilicitude do fato.

Mas — e neste aspecto sua discrepância com a teoria estrita — com o faltar tal consciência, nem por isso estará necessariamente afastada a ocorrência de um fato doloso. Perdurará o dolo — aduzia — toda vez que se tenha apurado que tal desconhecimento da ilegalidade ou imoralidade da conduta ocorreu ao agente “porque se não preocupou (ele) com isso, porque lhe é indiferente ou pouco sensível à sua ilegitimidade, podendo nós dizer que ele procederia da mesma forma, ainda, que ao seu espírito aparecesse nítida aquela ilegitimidade”. Para Beleza Santos, enfim, exige-se, no dolo, a consciência da antijuridicidade do fato *ou* uma atitude subjetiva que se lhe deva comparar (19).

Precisamente uma década depois dessa tomada de posição do penalista português, viria Mezger propor, na Alemanha, uma construção absolutamente paralela. Segundo ele, o verdadeiro dolo resultaria da conexão entre o conhecimento e a vontade com que o autor realiza as características do tipo objetivo e a consciência não meramente potencial, mas atual, concretamente identificável, quanto ao caráter contrário ao Direito do fato. Dolo — pois — não é simples vontade, mas vontade precisamente dirigida contra os ditames da ordem jurídica. *Dolo é vontade má*. Quando, porém, a falta dessa consciência da ilicitude do fato advenha de um especial modo de ser censurável da personalidade do agente; de uma especial configuração de sua personalidade — sua “cegueira” ou sua “inimizade ao direito”, expressa nas suas concepções originariamente falsas sobre o que é lícito e ilícito — não lhe pode relevar juridicamente nem portanto impedir que ao agente se aplique a forma punitiva prevista para a realização dolosa. Não se trata aqui — advertirá Mezger — de uma *ficção* de dolo, mas apenas de punir o agente *como* um agente doloso. Enfim — e ainda aqui em inteira coincidência com Beleza dos Santos — exigirá, para que receba o autor a pena correspondente ao crime doloso, que haja ele praticado o fato com conhecimento de sua antijuridicidade *ou* numa atitude subjetiva equivalentemente “incompatível com uma sã consciência do que é o direito e o injusto.” (19)

Fundamenta Mezger essa posição com a invocação do princípio de que uma posição censurável do agente perante as exigências da ordem jurídica nunca poderá vir em proveito dele. Mas, principalmente, argumenta que em tais situações, ao dolo, referido ao fato, acresce uma particular “culpa na condução da vida”, que exatamente está na base daquela posição censurável. Às críticas de que tal noção ultrapassa, em muito, os limites do conceito tradicional da culpabilidade e de que, por outra parte, infringe o princípio “*nulla poena sine lege*” dirá Mezger que a culpabilidade jurídica está consti-

tuída não apenas pela correspondente ao fato isolado, mas também pela que se refere ao *modo de condução na vida*, ao haver descumprido, o autor, o permanente dever de ordenar seu agir conforme ao imperativo da norma. Registrem-se, aqui, como pormenor claramente significativo de que, com sua nova forma de conceber o momento exprobatório pessoal do ilícito, não visava Mezger a nenhuma violação do princípio da culpabilidade da vontade, assim como de seu pensamento quanto a responsabilidade pessoal do agente no modo como venha a se conformar sua personalidade, as razões que levaram o autorizado penalista a propor a substituição da expressão *cegueira jurídica* pela de *inimizade ao Direito*. É que, com esta última fórmula, mencionava-se a “uma inimizade que já não pode ser, como a cegueira, conseqüência de um puro *fatum* que pesa sobre o agente, mas é produto de uma sua *culpa* em um sentido muito particular: no sentido de uma posição pessoal que o agente adquiriu no decurso de uma vida conduzida em censurável oposição ao direito e ao conjunto de suas exigências (20).

V

Que o Direito Penal seja preponderantemente um Direito do fato; que todo o seu conteúdo preceptivo se erga a partir e em torno dos concretos bens ou interesses jurídicos que afirma e protege e que se vêem ameaçados ou efetivamente lesados com a ação típica, é princípio definido e consolidado no curso dos séculos e das vicissitudes. Com esse axioma — e com o critério objetivo que oferece, para a nítida demarcação entre as regiões do lícito e do ilícito — está atendido um inequívoco propósito político de tutela individual contra a incerteza das cominações e o arbítrio do Estado que ela sempre favorece.

A plena realização e a mais enfática assertiva dessa idéia verificou-se no séc. XIX. Mas, como é freqüente, nas fases em que um novo postulado alcança consagração, após penoso empenho por se ver reconhecido, caracterizou-se, esse tempo, pela exacerbada e exclusivista consideração da conduta — quase destacada de seu autor — como objeto único do interesse normativo do Direito, para a realização de seus escopos.

Quem talvez mais clara e incisivamente expressou essa noção, precisamente como princípio programático de sua época, foi Binding, ao advertir, contra as primeiras vozes que já se erguiam, em prol de uma mais intensa subjetivação e eticização do Direito Penal, que “um particular acontecimento da vida, uma ação instantânea — acaso de todo excepcional no estilo de vida até então mantido pelo agente — fê-lo culpável e só por isso o fez penalmente responsável, não pelo seu caráter, não por seu constante temperamento, não por sua conduta anterior ou subsequente à ação”. (21).

Tal Direito Penal que a si mesmo se qualificava de *objetivo*, para fazer frente a correntes de pensamento que preconizavam uma mais detida consideração da realidade subjetiva do delinqüente, como critério de punição — encontrava seu clima político ideal nas concepções da ideologia liberal e no âmbito da triunfante concepção kantiana, afirmando a total autonomia entre direito e moral (legalidade quanto àquele; moralidade referentemente a esta) e segundo a qual ao Direito apenas pode interessar a ação externa, quase desvinculada de seu autor, enquanto cuida a ética exclusivamente da dimensão espiritual do comportamento, do motivo pelo qual eclodiu a ação ilícito-típica.

Mas essa direção de pensamento, que aspirava a assim circunscrever e pontualizar na conduta, quanto possível dissociada das características pessoais do agente, o foco de todo o interesse normativo do Direito, fazendo-a objeto exclusivo da reprovação jurídica, anunciava-se sobretudo amparada no incombível postulado do *Nullum crimen*.

Dizia, a propósito, que apenas um critério de fixação das situações constitutivas de injusto típico adstrito a fatos objetivos, afastada a inserção, nos paradigmas legais, de elementos relativos ao agente e a seu mundo subjetivo — permitiria a composição de um catálogo claro e preciso de crimes e penas, prefigurando, com nitidez, todas as hipóteses de ilicitude. Asseverava, enfim, que uma tipologia de fatos é tecnicamente mais simples e oferece muito mais garantias de clareza e evidência do que uma tipologia de delinqüentes. Pretendia, em suma, esse pensamento político, dissociar a ação do agente, porque só assim estaria o ilícito claramente determinado e circunscrito em seus precisos contornos, afastado o perigo da ocorrência daquela *zona gris* entre ação e agente, em tudo lesiva às exigências de segurança e liberdade. Por todas essas diferentes razões deveria, assim, o processo de conhecimento e avaliação do fato criminoso, preferentemente incidir sobre as dimensões objetivas deste, afastando de si, o julgador, as perplexidades que um exagerado empenho de sondar a realidade interior do agente fatalmente suscitaria.

Tal critério teórico — que, manifestando-se já reticente e restritivo no admitir o exame do coeficiente pessoal desvalioso imediatamente referido ao fato e por este circunscrito, haveria de ser declaradamente adverso a um conceito mais aprofundado e mais amplo de *culpabilidade referida à personalidade ou ao caráter* — na verdade só se explica pelas peculiaridades políticas e culturais da época em que se constituiu.

Só a esta luz, realmente, chega-se a compreender que não houvesse sido logo percebido o insensato e o irrealizável de um programa legislativo e judicial informado por rígida e limitadora noção de culpabilidade, permanentemente contida pelo fato, mecânica imputação de um acontecimento material a seu autor, vedada qualquer penetração mais significativa na fonte

moral de todo o acontecer humano, a personalidade ou o caráter de seu agente. Parecia que a esses entusiastas partidários da culpabilidade exclusivamente referida ao fato isolado faltava a consciência de que, afinal, *culpável* não é o ato mas aquele que o realiza e que este não pode ser entendido como uma estilizada e paradigmática instância de imputação, mas como um homem concreto, com singulares e irrepetíveis traços caracteriológicos e de personalidade.

Pondere-se, ainda, que para a edificação do mais amplo e aprofundado conceito de culpabilidade ora em exame, não precisaram seus autores sustentar-se em enunciados normativos diversos daqueles já definitiva e longamente incorporados às legislações. Ao contrário; exatamente desses preceitos codificados — com o só terem sido eles postos sob consideração interpretativa mais percuciente — ressaltou a necessidade de ser concebido o momento exprobatório pessoal como referido a realidades mais vastas do que apenas o fato ilícito praticado e a motivação censurável do autor nele eventualmente patenteada.

Portanto — e o ensinamento é de Baumann — não envolve, a adoção do conceito de culpabilidade referido à personalidade, infração ostensiva ou sequer implícita ao princípio *nullum crimen*. Pois precisamente a partir de certos paradigmas de peculiar significação, presentes em todas as codificações — e frente à necessidade de, mediante um esforço hermenêutico com escopo e orientação substanciais, incorporá-los, coerentemente, ao espírito dos respectivos sistemas, todos informados pelo axioma da responsabilidade ético-jurídica — foi que se desdobrou todo o empenhado esforço teórico que aqui nos ocupa.

Além disso, a mais penetrante concepção de culpabilidade, assim nascida, era apenas nova para os juristas. Sobre ela existia e se mantém rica e profusa literatura, oriunda de diferentes campos do pensamento, onde essa culpabilidade, que ultrapassa os limites de cada concreta ação humana prática, para ser culpabilidade pelo modo como o agente a si próprio se fez, pela conformação censurável que imprimiu ou que deixou constituir-se em sua realidade individual, é objeto de esmiuçador exame e total aceitação.

Assim, reconheceu Aristóteles que, se por um lado o caráter do homem se deve conceber como inevitavelmente condicionado por fatores internos e exógenos, estranhos à vontade, contra os quais esta pouco ou nada pode, é ele, por outra parte, ainda que limitadamente, produto da vontade livre, a resultante dos esforços do homem sobre si próprio, sobre as predisposições com que nasceu e sobre as circunstâncias ambientais em que viveu. “As virtudes — dizia — adquirimo-las através de uma atividade precedente”. E acrescentava: “Que nos tenhamos tornado naquilo que somos, é coisa de que nós mesmos somos culpados, na medida em que nos deixamos chegar a tal; que sejamos injustos ou temperantes é coisa de que nós mesmos somos

culpados, porque repetidamente cometemos injustiças ou porque passamos o tempo a nos embriagarmos ou em atividades análogas. Pois as ações que exercemos numa certa direção fizeram de nós aquilo que somos”(22).

Totalmente coincidente, apesar dos séculos que separam os dois pensamentos, é este enunciado de Karl Jaspers — “Quando tomamos apenas em conta o momento atual, a vontade pode muito pouco. Mas através da regularidade de pequenas ações, ela consegue o extraordinário. Não só se adquirem destrezas e aptidões, como ainda a personalidade toda inteira, que no momento é uma grandeza dada do modo-de-ser, se transforma. Por isso são tão importantes todas as ações da vida quotidiana, uma vez que, queridas ou não, elas tem este efeito conformador. Conseqüência da vontade e a ela empiricamente imputável é, por conseguinte, não só a ação do momento, mas, ainda, a disposição *adquirida* no agir. Aquilo que tantas vezes o homem considera despiciendo e indiferente, torna-o responsável pelo que daí resultar. *Quando mais tarde, querendo escapar à culpa, afirma na situação do momento: “eu não posso” este não poder é muitas vezes o resultado de um ter querido ou não querido precedente.*” (23).

E por último, oriundas do ângulo de visão da psicologia, recordemos estas palavras de Gemelli, não discrepantes das anteriores: “O caráter não é algo fixo, inalterável, hereditário, ligado indissolavelmente à constituição, mas apresenta-se-nos como plástico e transformável; o caráter, pois, aparece-nos como uma unificação interior e totalizadora de todas as atividades psíquicas, às quais nos devemos referir se queremos entender o modo de agir de uma pessoa.” (24).

C

CONCRETIZAÇÕES DOGMÁTICAS DA NOÇÃO DE CULPABILIDADE REFERIDA À PERSONALIDADE

No curso de sua já dilatada evolução, por muitas formas se tem concretizado, na Dogmática Jurídico-Penal, essa noção de uma culpabilidade referida ao caráter ou à personalidade do autor do fato ilícito típico.

Embora ainda presas a critérios exacerbadamente naturalistas, podemos encontrar manifestações precursoras dela na conhecida *concepção sintomática da conduta*, dos penalistas Tesar e Kolmann, assim como na teoria de Grunhut, sobre a *perigosidade* do autor como momento de sua culpabilidade. (25).

Quando, entretanto, a idéia adquire mais definido perfil é a partir de Mezger, com sua noção de *culpabilidade na condução da vida* (26). Concebe este autor que por influência de certos repetidos atos humanos — embora destinados à conformação do mundo exterior — termina, muitas vezes, por produzir-se uma soma de efeitos sobre a própria individualidade do agente, imprimindo-lhe determinada forma. O modo de condução na vida, do agente, na medida em que nele próprio cria ou robustece determinadas tendências ou engendra certos hábitos perigosos, culmina por produzir-lhe um tipo peculiar de personalidade ou de caráter.

Contra tal disposição assumida pela personalidade, pode e deve o direito reagir, na medida em que se comprove que o homem podia tê-la evitado e enquanto se evidencie que nela se sustenta e tem sua explicação o fato ilícito típico perpetrado. Reprova-se, aqui, ao homem, todo um determinado padrão de vida adotado, toda uma repetição de ações que nele deixaram, como seqüela moral, particular *modo de ser* censurável, peculiar inclinação ou tendência para a prática de crimes. A tais autores, sem precisar invocar argumentos de necessidade social de defesa, o Direito impõe pena pela prática de crimes, ainda quando ausentes, na ocasião, alguns ou todos aqueles requisitos em que se edifica o juízo de culpabilidade referida ao fato. E também estas penas se relacionam com o mesmo centro ético de imputação: a vontade livre do agente.

Já para P. Bockelmann (27) a atividade de que se deve atribuir ter decorrido o característico *modo de ser* do delinqüente, não é tanto constituída pelas diversas condutas voltadas à modelação do mundo exterior e que, por acréscimo, modelem seu caráter. Trata-se, antes, de uma *culpabilidade pela decisão vital*. Desta é que se deve falar — em lugar de uma culpabilidade na condução da vida — porque em verdade se relaciona a uma vontade diretamente dirigida à conformação da personalidade. Como particularidade de seu pensamento, admite, por outro lado, Bockelmann, que em muitas das ações que hajam influído na formação defeituosa da personalidade, terá faltado o efetivo poder de direção do autor, podendo-se admitir que hajam elas sido perpetradas porque não puderam ser evitadas. Mas também nessa hipótese — assevera — será o autor responsável pela personalidade que, decorrência daquelas ações, nele se constituiu, aqui se devendo assentir a esta “*staatsnotwendige Fiktion*” (Ficção necessária ao Estado): impõe a ordem jurídica, a todo o sujeito, o dever de conformar uma personalidade firme, onde não peçam as forças morais. Tal dever, assim irrefragavelmente imposto, cria uma presunção de *poder*, pelo que se hão de imputar, sempre, à culpabilidade do agente, assim a não formação de uma personalidade apta à observância dos valores jurídicos como o ilícito cometido que naquela encontre sua origem e explicação.

Esse mesmo discutível princípio do — Du kannst, denn du sollst (podes porque deves) — figura no pensamento que sobre a noção aqui considerada expressou Engisch, quem, aderindo à teoria moral da culpabilidade, quer identificar, também na conformação não culpável do modo de ser pessoal, a existência de uma culpabilidade referida à personalidade. (28)

Igualmente Welzel adere à mais penetrante noção de culpabilidade aqui examinada, admitindo, ao lado da culpabilidade do ato isolado, uma *culpabilidade do autor*. Ele a invoca para fundamentar eticamente a punição, pelos fatos ilícitos típicos que pratiquem, tanto do *delinqüente por tendência*, “que incorporou em si de modo insuficiente as normas de conduta social ou as perdeu novamente, por sua condução defeituosa na vida”, como de *autor passional*, “que deixou em si crescer, desmesuradamente, a paixão ou não desenvolveu as forças inibidoras contrárias” e como a do *negligente ou imprudente temerário*, “que cultivou de modo insuficiente o estar tenso ante os perigos de caráter inconsciente”. — “Em todos esses casos — aduz — a culpabilidade do fato individual tem sua raiz num momento permanente, isto é, na estrutura defeituosa do estrato da personalidade, num defeito reprovável do caráter (chamado culpabilidade de autor)”. (29).

Em Portugal, desde um estudo sobre “A nova organização prisional portuguesa”, falou o prof. Beleza dos Santos numa *culpa na direção da vida ou culpa na auto-modelação da personalidade*, onde tal noção é posta como meio útil de fundamentar teoricamente uma mais eficaz atuação penitenciária. (30).

Mas, na literatura deste país, onde a idéia se expande e consolida é com a fundamental contribuição teórica do prof. Eduardo Correia. Para este autor, a realidade do comportamento humano, em que se expressa essa posição censurável do delinqüente, corresponde a uma *omissão*. É que — elucida — “na medida em que o Direito afirma certos valores, ou bens jurídicos, cria, para seus destinatários, o dever de formar, ou, ao menos, de preparar a sua personalidade, de modo a que, na sua atuação na vida, não se ponham em conflito com aqueles valores ou interesses. Violando esse dever, constitui-se o delinqüente em culpa, pela não formação ou não preparação conveniente da sua personalidade”. Tal forma de culpabilidade corresponde a uma *omissão*: “e a uma *omissão permanente na vida do delinqüente: do cumprimento do dever de orientar a formação ou a preparação de sua personalidade, de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais*”. (31).

Da sumária exposição feita, nas linhas acima — e descartada a particular concepção *ficcionista* de Bockelmann e Engisch — o que ressalta, como conteúdo comum e constante da noção de uma culpabilidade referida à personalidade — qualquer que seja a forma dogmática em que se prefira ex-

pressá-la — é esta: neste ampliado conceito de culpabilidade, o centro ético de imputação continua sendo o agente, sua vontade livre. Mas diverso é o substrato material a que esta se refere: não mais o individual ato ilícito típico, referentemente ao qual poderá ter até faltado o *poder de agir diferentemente* do autor, mas a especial conformação de sua personalidade ou de seu caráter, na medida em que fundamenta o fato e em que por ela seja o autor responsável.

D

CULPABILIDADE REFERIDA À PERSONALIDADE E TIPO NORMATIVO DE AUTOR

I

Por superficial e equivocada associação de noções na verdade autônomas, quando não opostas e inconciliáveis, constata-se repetidamente a tendência de estabelecer relacionamento lógico-dogmático entre o conceito de culpabilidade referida à personalidade e o pensamento de um *tipo normativo de autor*, notadamente devido à elocubração teórica de certa fase da doutrina penalística alemã.

De todo diversas, contudo, em suas origens, inspiração e efeitos concretos no plano da aplicação do Direito, são as duas categorias.

A doutrina do tipo normativo de autor — hoje praticamente abandonada, dela restando apenas valor histórico (32), — apenas pode ser entendida à vista do momento político-jurídico em que floresceu.

Enunciada originariamente por Wolff (33), alcança sua mais larga repercussão na década 1934-1944, como tentativa teórica quase adstrita aos limites do pensamento penalístico alemão, dela se fazendo principais divulgadores e propugnadores Georg Dahm e os demais juristas da Escola de Kiel.

Há de ser considerado, esse conceito, tendo-se sempre presente sua fonte de inspiração e geração —: os tipos incomumente amplos e de contornos imprecisos dos diplomas punitivos concernentes à certas infrações políticas (ordenança sobre os delitos políticos contra o regime nacional socialista, de 4 de setembro de 1939) e a determinados crimes de especiais características (ordenança relativa aos delinquentes violentos, de 5 de dezem-

bro de 1939), editados pelo legislador nazista, assim como às novas redações traçadas para os arts. 211 (assassino) e 212 (homicida), do Código Penal de 1871, introduzidas pela lei de 4 de setembro de 1941. (34).

Nesses paradigmas legais, em que o enunciado pré-concebidamente descarta a exata e delimitadora descrição do fato configurador do injusto, atendo-se, em alguns casos, preferentemente à caracterização do autor, estaria patente o propósito do legislador de fazer recair, muito mais do que sobre a ação, sobre o concreto agente, sobre seu particular *modo de ser* ou *tipo*, o primário juízo desaprovatório em que se consubstancia a ilicitude.

Tal inovador pensamento estender-se-ia, depois, também sobre os preceitos dos dispositivos *arcaicos*, das antigas normas penais, a ponto tal, que, na fase *eufórica* dessa descoberta teórica, pretendeu-se extrair, de todos os tipos definidores de ações ilícitas — para isso bastando que fossem eles postos à transfiguradora luz da percuciente *consciência jurídica popular* — um tipo de autor, naqueles incoativamente presentes, como *eidós* ou essencial idéia encoberta. Assim, dos preceitos legais que descrevem o furto, surgiria o tipo de autor *ladrão*; do que caracteriza a receptação, a figura do *receptor*; do que delimita o modelo legal do incêndio, o paradigma do *incendiário*; de que delinea o fato caracterizador do estelionato, o arquétipo do *estelionatário* e assim sucessivamente. (35).

Para Dahm, portanto, o tipo de autor é abstraído — ou, melhor dizendo, para que se permaneça fiel à sua peculiar linguagem, de claras conotações fenomenológico-hesserlianas — *intuído*, através da *Wesenschau*, da *wesenhafte Betrachtungsweise*, a partir do tipo delimitador da ação criminosa, aqui desqualificado à subalterna condição de mero suporte ou momento ideográfico suscitador da mobilização da consciência cognoscitiva — estimativa para a captação da singular e irrepetível realidade humana e vital em que cada delito consiste (36). Em todos os paradigmas definidores do ilícito — embora em alguns mais expressivamente, estaria implícita uma certa figura de autor, concebida pelo legislador ao enunciar a lei penal. Tal figura de autor precisa ser captada pelo intérprete e aplicador, se quiser bem apreender os limites do dispositivo e realizar fielmente o intento normativo nele presente.

Para Dahm — como, igualmente, para diversas outras correntes, inclusive o positivismo italiano — o que verdadeiramente existe é o réu, não o crime. Mas, ao contrário daquelas direções de inspiração naturalista, o que para o jurista de Kiel verdadeiramente releva é a captação da figura do autor em sua dimensão essencial, a partir da norma que a contém.

O tipo que caracteriza o autor é, pois, um tipo normativo. Ele exsurge da norma, quando sobre ela incida o raio clarificador de nossa cons-

ciência intencional, posta em harmonia com tudo quanto no ambiente social se pensa em torno de certas figuras de determinados delinqüentes. Tal tipo de autor será como a sombra da norma incriminadora e servirá para limitar ou estender a aplicação da lei penal: para limitá-la quando o fato não possa considerar-se uma característica da criminalidade exigida no ambiente social; para estendê-la quando o fato não corresponda exatamente à hipótese legislativa, mas subsista, no agente, uma típica expressão de criminalidade.

II

Já para Mezger o tipo de autor não é a sombra que acompanha a norma incriminadora, constituindo-lhe, antes, a própria alma ou essência. Está ela implícita no dispositivo legal, não sendo deduzida à condição daquela irracional compenetração *empática* com a consciência popular, mas, exclusivamente, do próprio enunciado, desde que convenientemente interpretado.

Neste autor, além disso, não ostenta o conceito a mesma amplitude e permanente importância que lhe é atribuída na teoria de Dahm. O cabimento da idéia e sua influência, em maior ou menor grau, dependerá, fundamentalmente, para Mezger, de suas condições: do modo *menos* ou *mais* preciso como, no enunciado legal esteja caracterizada a ação ilícita e, correspondentemente, da posição *central* ou *periférica* que relativamente aquele assuma a função interpretativa.

Quanto mais exato e particularizador seja o paradigma da lei, na definição da conduta ilícita, tanto menor será a importância e a influência que o conceito de tipo de autor poderá desempenhar no respectivo momento interpretativo. Ao contrário, quanto mais elástica e imprecisa — e, pois, quanto mais exigente de uma complementar contribuição estimativa do intérprete ou aplicador — seja a previsão legal, mais crescerá de importância a idéia reitora de um *tipo normativo de autor*.

III

Por largo tempo foi considerada a noção aqui exposta como de origem e inspiração nitidamente totalitárias. Mas oportunamente mostrou Baumann como é ela anterior ao advento, na Alemanha, do regime nacional socialista e como, na prática, muitas vezes exerceu funções de tutela contra o arbítrio do poder punitivo. Com efeito, em reiteradas ocasiões teria sido o conceito invocado para *restringir* a moldura, e, pois, a interpretação e o âm-

bito de incidência de certos paradigmas legais demasiadamente amplos; nessas oportunidades, fazendo-se apelos a momentos típicos próprios da personalidade do autor, reputados *ausentes*, na situação concreta, configuraram-se — em favor da liberdade — verdadeiros caos de aplicação, *in bonam partem*, da idéia de tipo normativo de autor.

Recorde-se, a esse propósito, que aponta Maurach surpreendentes coincidências entre correntes amparadas em diversos e até antagônicos postulados político-criminais, no aceitarem e utilizarem a noção de tipo normativo de autor. Uma primeira corrente — lembra — fiel aos postulados da direção *moderna* alemã e remocando a conhecida frase de Liszt “Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen” (deve-se castigar não o ato, mas o autor) — aceitou, pressurosa, essa orientação doutrinária, que, em detrimento do fato, preconiza uma consideração preferencialmente voltada para o *autor*, em seu peculiar *modo de ser*.

Também a acolheu o pensamento penal do nazismo, que via, na nova categoria, um oportuno fomento doutrinário para a ética social do regime. “Segundo os princípios dessa ética social — lembra Maurach — (“decisivo não é o que alguém faz, mas o que é”, o que importa é a atitude caracteriológica”) e em conformidade com as aspirações nacional-socialistas (formação de “naturezas reitoras”, eliminação dos “infra-valorados”, etc.), uma certa “personalização” do Direito Penal mostrava-se muito apropriada”.

Mas também entre os opositores políticos do Terceiro Reich e ao influxo de sentida necessidade político-criminal, a nova categoria teórica encontrou abrigo. É que, pela introdução do elemento restritivo do *autor atípico*, emprestava ela suporte eficaz às tentativas, assinaladas inclusive na própria magistratura da época, de limitar os antes referidos tipos de intolerável amplitude e imprecisão enunciados pelo legislador da época. (38).

IV

Sobre o conceito de *tipo normativo de autor* recaíram, mesmo à época de sua inicial entusiasmada formulação, muitas e severas críticas.

Nele se apontou, antes de tudo, o cunho impreciso e nebuloso, e, pois, a ausência das qualidades indispensáveis para fazê-lo noção útil às necessidades concretas do Direito. Lembrou, a propósito, Nuvoione, que se já de um ponto de vista naturalístico é problemática a existência e adequada caracterização de um tipo criminológico, indiscutivelmente a noção de um padrão de delinqüente, em sentido normativo, além de representar entidade de difícil captação racional, constitui uma *contradictio in adiecto*, não sendo possível tipificar, com base em uma norma, senão o comportamento, dado

como (sempre de um ponto de vista normativo, entenda-se), apenas se torna alguém delinqüente no momento em que infringe uma norma." O inverso — pondera — isto é, que se infrinja uma norma apenas enquanto se é delinqüente, apenas pode ser concebido de um ponto de vista naturalístico, embora, mesmo deste ponto de vista, possam as objeções serem muito graves". (39).

Referiu-se, de outro lado, que deduzir tal tipo de autor unicamente da norma incriminadora, outro efeito não gera senão o de personalizar a própria norma: v.g., em lugar do furto, fala-se em ladrão. Com isso não se dá nenhum passo à frente; não se delinea nenhum fato novo; tudo se resume a uma mudança de expressão. Que utilidade para os fins de interpretação da lei possa resultar desse procedimento, não se chega a perceber, tanto mais quando é ele afetado de grave defeito lógico de extrair o conceito, destinado a clarificar, da própria norma que deve ser esclarecida.

Quando, de outra parte, — tal como ocorreu na mais extrema da posição de Dahm — para a determinação do tipo de autor faça-se invocação à consciência social ou popular, vence-se, é certo, a cadeia solipsista da norma, mas abandona-se o terreno sólido da lei, para ingressar num campo demasiadamente flutuante, no qual a certeza do direito aparece gravemente comprometida. A par disso, foi posto em relevo que o chamado *são sentimento do povo*, a que os fautores da teoria fazem insistente apelo, na maioria das vezes não pode fornecer a mínima luz, pois que se trata de fixar conceitos técnicos que são atormentadamente difíceis mesmo para os próprios juristas. Nestes casos, o juízo do homem comum não poderia senão ficar perplexo e desorientado. (40)

V

Refoge aos limites e propósitos do presente trabalho ampliar o exame crítico dessa noção de tipo normativo de autor.

Aqui unicamente cumpre pôr em relevo — e a isso se destinaram as considerações anteriores — como se distingue tal idéia por sua origem, conteúdo e fins, de uma noção de culpabilidade referida à personalidade do autor do fato ilícito típico.

Obedece, a noção de tipo normativo de autor, a um escopo heurístico, interpretativo ou clarificador do conteúdo dos paradigmas legais, buscando permitir, ao aplicador, a desembaraçada fixação dos limites de incidência do preceito, ao ver dessa idéia muito mais flexível do que faria pensar uma apreciação adstrita à moldura literal do dispositivo.

Esse conceito, tal como já identificamos no pensamento de Dahm, conduz, por vezes, à extensão do campo de aplicação do preceito —

que então abrangerá não só as condutas nele descritas, mas todas as semelhantemente censuráveis, segundo o "são sentimento do povo" —; outras vezes, ao contrário, leva a excluir daquele campo todas as hipóteses em que, existindo, embora, uma conduta subsumível no respectivo tipo legal do fato, não tem ela, atrás de si, como seria indispensável para a punibilidade, um tipo de agente que se adequa àquele que a intuição da essência das coisas fornece e a consciência popular reflete. (41)

Tal amplo critério hermenêutico prático, estribado na valorização dos atributos pessoais do agente, foi amplamente invocado também no campo das justificativas penais e por ele se deu a estas, um elastério de influência que legitimamente não poderia ser deduzido dos enunciados legais que as contemplam. Recorda, a propósito, Bettiol, que o conceito de tipo normativo de autor foi muitas vezes a noção em que se estribaram as postulações por absolvições em casos de morte eutanásica e de aborto realizado por médico, situações em que, — argumentava a doutrina, — a figura de seus respectivos agentes não coincidia com o tipo de autor implícito — segundo o sentir do legislador e a *sã consciência popular*, — nos preceitos incriminadores relativos ao homicídio e à segunda modalidade de ilícito referida.

Também a propósito dos *crimes comissivos por omissão* foi a noção utilizada. Naquela tarefa de complementação do tipo legal que diante dessa modalidade de delito deve cumprir o juiz — pela qual fixará que não qualquer sujeito com possibilidade de agir, que deixa de praticar a ação, permitindo que se produza o evento lesivo, deverá por este responder, mas apenas aquele que em relação ao bem ameaçado se encontrar em estrita e peculiar situação, de que lhe advém a obrigação de asseguramento e garantia (42) estará presente, como referiu Schaffstein, uma particular figura de autor. Agente, assim, dos crimes comissivos por omissão será aquele cuja especial situação e condição pessoal patentiza um especial paradigma ou arquétipo de autor, implícito no enunciado correspondente ao tipo de fato. (43)

Por aí se tem a confirmação de como são diversas, por seus fundamentos e objetivos, as noções de tipo normativo de autor e culpabilidade referida à personalidade.

Pela primeira dá-se ao aplicador da lei um amplo e potencialmente ilimitado poder pessoal de interpretação, que a ele autoriza, segundo as circunstâncias, ampliar ou restringir o âmbito de incidência da norma jurídica penal descritiva da ação, quando não o deixar de aplicar a lei, mesmo a despeito de que esta, em sua abstrata previsão, colha com justeza o fato cometido.

Já o juízo de culpabilidade incidente sobre o autor do fato antijurídico e típico, sobre seu caráter ou personalidade — consoante já foi

circunstanciadamente mostrado — tem como inarredável pressuposto de sua formulação, a efetiva ocorrência de uma ação injusta típica. É só a partir do fato subsumível no tipo que se enuncia o aprofundado juízo reprobatório pessoal. Neste aspecto conserva-se, a culpabilidade, como um *juízo derivado*, porque sempre dependente da prévia constatação da ocorrência de um fato claramente enquadrável num dos paradigmas legais descritivos de condutas penalmente sancionadas.

“A *culpabilidade de autor* — enfatiza Bettiol — não prescinde da consideração da ação, enquanto apenas através da ação pode-se lançar um olhar na alma do sujeito, para identificar, nele, uma inclinação ao delito, que o juiz toma como base para seu juízo de culpabilidade.” (44)

Neste aspecto, encontra-se esta noção em plena harmonia com sistemas punitivos de orientação similar ao brasileiro, que, por permanente preocupação de asseguramento individual contra o arbítrio e o subjetivismo do julgador, estatui a prática do fato injusto típico como o inabalável ponto de partida para todas as demais considerações estimativas que possam conduzir à final declaração da ocorrência, em dada situação concreta, de um crime com a aperfeiçoada configuração de todos os seus elementos essenciais.

Já um pensamento — como o do tipo normativo de autor — que preponderantemente, quando não exclusivamente, se volta para o autor, relegando a plano de perigosa irrelevância o fato objetivo por aquele perpetrado, discrepa profundamente das linhas fundamentais de nossa legislação, pon-do-se em irremediável dissonância até mesmo com essenciais postulados erigidos à condição de inabalável garantia constitucional.

E

REPAROS CRÍTICOS AO CONCEITO DE CULPABILIDADE REFERIDA À PERSONALIDADE

I

Aos anteriormente referidos, convém que se acrescentem, agora, novos dados relativamente às muitas e severas críticas que, ao longo de sua evolução, se têm derramado sobre o renovador modo de conceber o juízo reprobatório pessoal em que a culpabilidade consiste.

Ao pensamento de uma *culpabilidade referida à personalidade* se tem por exemplo exprobado o suposto abandono do critério inequívoco

co e seguro da consideração do fato, para indevidamente penetrar na intimidade do homem, sobre ele proferindo não mais juízos jurídicos, mas de cunho eminentemente moral.

A par disso — e o argumento é de Arthur Kaufmann (46) — a interioridade da pessoa é impenetrável aos propósitos cognoscitivos e avaliativos do homem; “na medida em que a livre convicção do juiz não signifique o dom da onisciência — advertia — nunca poderá fazer-se a prova de um modo de ser interior do homem”.

Respondendo a tal reparo, refere, inicialmente, Eduardo Correia, que tais dificuldades — se fossem procedentes — perdurariam quando o Direito em lugar de considerar a personalidade num plano ético, a visse numa dimensão naturalística, através das medidas de segurança. Não seria aqui atribuir a mesma onisciência ao juiz, quando a ele se confere a incumbência de conhecer e decidir sobre o modo de ser do delinqüente, sobre a natureza e grau de sua eventual perigosidade?

“Desapareceriam, então — indaga — os perigos de arbítrio e de violação da legalidade e da segurança das pessoas? Já seria ilícito, nesse plano naturalístico, modificar o modo de ser do homem, com vista a adaptá-lo a um modelo fixado pela lei? Seguramente que ninguém, sem má consciência, responderá afirmativamente” (47). Com a circunstância, acrescente-se, de que, neste plano, estarão sendo buscado pressupostos para a aplicação das medidas de segurança, que são efeitos jurídicos em cuja imposição e execução é conferido muito maior poder ao juiz, dado o serem, via de regra, indeterminadas quanto ao máximo de duração. Poder-se-ia mesmo dizer que, sob o aspecto aqui focado, longe de dever-se identificar um ponto negativo da concepção, dever-se-ia ressaltar uma de suas decorrências mais saudáveis, já que exatamente a idéia ampliada de culpabilidade oferece o alicerce insubstituível para um sistema monista ético revestido da elevada virtude de poder reagir eficazmente a todas as formas de delinqüência sem necessidade de resvalar para o terreno perigoso da *pena defesa* ou das medidas de segurança, estas então deslocadas para além do âmbito de situações em que legitimamente devem ser aplicadas.

II

Mas em verdade, com a adoção do conceito de culpabilidade referida à personalidade, não ocorre tal abandono ao postulado central do Direito Penal do fato.

Condição e ocasião para que se formule a censura ao agente, por haver permitido, em oposição ao dever, que nele se definisse uma certa

conformação indesejável da personalidade é a *perpetração do fato ilícito típico* e na medida em que se encontre este fundamentado e explicado em tal desvalioso perfil interno do sujeito.

Aqui não se cuida, pois, de uma culpabilidade paralela a do fato e desta totalmente independente. Trata-se de um juízo exprobatório pessoal formulado a partir do fato, embora daí se alargue à consideração daqueles componentes da personalidade do agente em que o mesmo fato possa encontrar sua natural explicação. Deverá, enfim, o agente responder pelo crime quando se possa vincular este a determinadas qualidades de caráter ou a certa constituição de sua personalidade pela qual possa ser censurado, na medida em que permitiu que se formassem quando as poderia ter evitado. Elucida, a propósito Bettiol, que, "quando se fala de personalidade do réu, refletindo-se na culpabilidade da ação, não se entende — como pretenderiam alguns — que se tenha a mover um duplo reproche ao autor de um delito: um por ter cometido o fato e outro por ter demonstrado, através das características da própria personalidade, a aptidão para cometê-lo. Quer-se apenas dizer que o juízo de culpabilidade, enquanto *reprovabilidade* pela ação cometida, não pode prescindir de ter presente a personalidade do réu..." (48). E adiante corrobora: "A culpabilidade do autor não prescinde da consideração da ação, enquanto só através da ação pode-se lançar um olhar à intimidade do sujeito, para identificar-lhe uma inclinação ao delito que o juiz toma como base para um seu juízo de culpabilidade". (49)

Em igual entendimento lembra o prof. Eduardo Correia que o inabalável ponto de partida para o juízo estimativo continua sendo o fato. Só que, a partir dele, vem-se a atingir a verdadeira substância ético-jurídica do crime, isto é, a personalidade do autor, sempre na imprescindível medida em que ela se relacione com o fato e em que o autor seja por ela responsável.

Se por exemplo se apurar que na situação concretamente considerada contou o autor com menor poder de direção sobre o fato ilícito praticado, seja porque se deveu este a uma sua particular inclinação ou tendência para o crime, seja porque resultou de uma deficitária capacidade de avaliação e de comando — pelo mesmo fato, entretanto, sempre responderá o autor, eventualmente até com pena incrementada, sempre que respectivamente se estabelecer que poderia e deveria ter dominado tal tendência ou inclinação ou que lhe teria sido possível compensar sua menor potência intelectual-volitiva com uma elevação geral do nível da personalidade.

Deve ser também referido que esse tomar em consideração a personalidade do autor, há de estar obrigatoriamente condicionado a determinados pressupostos de tipicidade, não apenas aqueles do fato de que se parte, conforme já antes referido, mas diversos outros, relacionados, conforme

as diferentes situações, a número de crimes, natureza destes, particularidades de caráter, formas de vida etc...

Com isto refutam-se as críticas referentes às situações de arbítrio, insegurança e violação do postulado da lei prévia que seria o consecutivo inevitável do acolhimento da noção de culpabilidade referida à personalidade.

IV

Improcede, igualmente, a alegação de que, nos quadros de uma culpabilidade pela personalidade ou pelo caráter, deixa a vontade livre ou capacidade humana de autodeterminação de figurar como o insubstituível centro ético de imputação, passando, o agente, pelo contrário, a ser censurado simplesmente pelo que é, por seu peculiar modo de ser interno, na medida em que nele se tenha constituído, mesmo fora de qualquer poder seu de automodelação interior, uma determinada personalidade naturalística, impulsionadora da conduta ilícita.

Cumpra-se neste passo uma vez mais trazida a lição de Betiol. "Não se trata, realmente — diz — de reprovar a um sujeito um seu modo de ser, frente ao qual ele absolutamente nada possa. Nesta hipótese, estaremos no campo da perigosidade, não naquele da culpabilidade, que supõe liberdade de escolha, ou melhor, a possibilidade de dar livremente uma determinada direção à própria personalidade". (50)

Perdura aqui, realmente, o mesmo princípio que vigorou quanto à noção de culpabilidade pelo fato: tudo aquilo contra que o autor nada pode, poderá ser lamentado e até desaprovado pelo direito, mas nunca censurado ao autor como culpabilidade. Enfim, só responderá o agente por aqueles componentes de sua personalidade que — evidenciados como fundamentadores do fato ilícito típico — tenham se constituído como decorrência da má utilização do poder de que concretamente dispunha o agente para impedir sua manifestação. Só, enfim, responderá pela formação defeituosa da personalidade, quando tinha o poder de responder às exigências do direito relativamente àquela formação.

Pois precisamente essa assertiva, também no plano da culpabilidade referida à personalidade, de uma capacidade de auto-modelação, de um concreto poder de decisão e realização quanto à melhor conformação a ser imprimida ao ser interior, engendra tema altamente controvertido entre os autores.

Aqui se repisam as mesmas dificuldades inerentes à questão *prática* de quando se possa afirmar, *in concreto*, que estamos diante de uma ação livre; em que circunstâncias se pode dizer que o cometimento de um fato ocorreu contra o dever, porque o autor dispunha de poder para impedi-lo. Como clara expressão dessa perplexidade, podem ser recordadas estas palavras de Antolisei: "Porque tal culpa pressupõe no agente a possibilidade de constituir-se uma fisionomia psíquica diferente, o estabelecimento dela tornaria a distinguir os casos em que o homem está em condições de superar os aspectos inatos de seu caráter, suas taras hereditárias, suas anomalias bio-psíquicas, dos casos em que não tem tal poder. Ora, não se chega propriamente a compreender como o juiz possa realizar tal dilucidação, isto é, estabelecer se e em que limites o agente tinha a possibilidade de ser diferente daquilo que é; a tarefa que lhe vem cometida é quase sobre-humana". (51)

Pondere-se, ainda, que tais dificuldades ficam potenciadas no plano da culpabilidade referida à personalidade ou ao caráter, onde a demonstração da real presença desse poder terá de ser multiplicada por tantos fatos quantos sejam os que se mostrarem comprovadamente relevantes para a conformação daqueles traços de personalidade que fundamentam o ilícito típico praticado.

Precisamente resignado com o que se lhe afigurava definitivo impedimento de demonstrar, em todos os casos, a presença ou não desse real *poder de agir de outra maneira*, que daria sentido jurídico-desvalioso a todo transcurso daquela excogitada decisão voltada à modelação da personalidade num sentido incompatível com as expectativas do Direito é que Bockelmann recorreu à sua já referida *ficção* de poder, aliás coincidente com a concebida por Kohlrausch no plano da culpabilidade referida ao fato. (52)

VI

Outra dificuldade que igualmente se aponta, sempre a propósito de um conceito de culpabilidade referente à personalidade e ainda relativamente ao invocado *poder de agir diverso*, está em que por este se renovam aquelas aporias que Eduardo Correia já apontara no plano da culpabilidade pelo fato e consideradas as exigências que o dever social suscita ao Direito.

Com efeito, se também a censura pela personalidade for fundamentada e graduada pelo *poder*, aquele que possa menos, relativamente a sua personalidade, será passível de reprovação menor e por conseguinte deverá ser onerado com pena menor, ainda quando tal inferior capacidade, porque denunciadora de perigosidade, estivesse a requerer, por razões de defesa social, mais severa reação do Direito. A propósito, lembra Figueiredo Dias, que

quem é afetado por tendência particular para o crime, pode menos, não só em relação a individual ação ilícita perpetrada, como relativamente à formação ou preparação da personalidade. (53)

Sem desconhecer que no plano teórico a questão de fato ainda apresenta não poucas dificuldades, contribuição sem dúvida significativa para a superação de muitas delas decorre da fundamental elaboração dada ao tema por Eduardo Correia.

De imediato, o reparo de Figueiredo Dias, apontado nas linhas acima, pode ser elidido. Da circunstância de que um menor poder de controle do agente sobre sua concreta conduta ilícita-típica se tenha devido a um peculiar traço de caráter ou a uma especial constituição da personalidade (v.g., tendência ou habitualidade criminosas) não se pode legitimamente concluir que esse mesmo deficit existisse no momento em que o mesmo autor adquiriu ou em que nele se manifestou tal particular disposição e relativamente àquelas ações que terão contribuído para que ela se constituísse ou aflorasse. O debilitamento da capacidade de autodeterminação do agente, manifestado como resistência inferiorizada ante determinados estímulos ou oportunidades para a prática de atos criminosos, nasceu quando nele se definiram certos componentes da personalidade, sendo de todo infundado pensar-se nesse mesmo menor poder como estabelecido antes da condição que o originou.

Enfim, se se cuida, aqui, de uma disposição adquirida ou só em determinada etapa emergida no nível geral da personalidade, não podemos concebê-la como existente *antes* de sua própria manifestação.

A questão posta por Figueiredo Dias, na verdade conduz é à consideração de peculiaridades congênitas e inalteráveis de caráter ou da personalidade. Contra a configuração destas, entretanto, o autor definitivamente nada pode, faltando, pois, aqui, qualquer fundamento para que sejam elas imputadas à sua culpabilidade.

Já pelo que se refere à questão das insuperáveis dificuldades opostas à efetiva demonstração de um concreto poder de agir do autor relativamente a um número plural indefinido de ações, lembra Eduardo Correia que ela só se instala à face daquelas concepções — como a de Mezger — que identificam o substrato material a que a culpabilidade pela personalidade se refere naquelas ações (condução na vida) que tenham influído numa determinada modelação ou estruturação pessoal censurada pelo Direito.

Acrescenta, porém, que esse não é o ponto a ser considerado. O Direito não pretende nem pode proibir *um certo modo de ser do indivíduo como tal*. Nem, por consequência, as ações que supostamente o conformem e relativamente às quais se tornasse indispensável demonstrar o concreto poder do agente.

O que mais pode o Direito fazer — pondera — “é exigir-lhe que, qualquer que seja a sua estrutura pessoal e individual, não deixe nunca de educá-la de modo a respeitar a realização dos valores jurídicos que protege.”

“Na medida em que o Direito Criminal afirma certos valores ou bens jurídicos — prossegue — cria para seus destinatários o dever de formar, ou, ao menos, de preparar sua personalidade, de modo a que, na sua atuação na vida, se não ponham em conflito com aqueles valores ou interesses. Violando esse dever, constitui-se o delinqüente em culpa pela não formação ou não preparação conveniente da sua personalidade” — Uma culpa que corresponde a uma omissão — “e a uma omissão permanente na vida do delinqüente — do cumprimento do dever de orientar a formação ou a preparação de sua personalidade, de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais.”

Portanto — e aqui o essencial de importante contribuição do penalista português — o fundamento e o critério da culpabilidade não se situam na má utilização de qualquer poder de agir, mas, claramente, na violação de um dever de educar a personalidade para atender às exigências do Direito.

Precisamente com esse argumento enfrenta, também, o reparo que à noção de culpabilidade referida à personalidade se faz a partir da consideração de que quase todas as disposições individuais fundamentadoras do ilícito são adquiridas muito cedo, via de regra na infância, em idade situada naquela faixa em que as legislações, fundadas em presunção absoluta, declaram a inimputabilidade do agente. Ensina, a propósito, repisando seu pensamento, que “esta crítica só seria válida para uma concepção que considerasse a culpa na formação da culpabilidade como *resultado* de uma certa atividade do delinqüente. À luz das idéias expostas, pelo contrário, trata-se, de dominar tendências para o crime, qualquer que seja a sua origem. Ora, naturalmente que a culpa pela omissão desse dever só pode iniciar-se no momento em que se atinja aquela maturidade que conduz à imputabilidade (...) Mas a partir dessa idade, ela abrangerá o não domínio de tendências perigosas do agente, qualquer que seja a sua origem”. (54)

A Eduardo Correia não passa, entretanto, desapercibida, a circunstância de que essa concepção que aponta como substrato da culpabilidade a omissão do cumprimento do dever de formar ou preparar a personalidade, de qualquer modo volta a suscitar a questão do poder *individual*, da capacidade intelectual-volitiva, embora agora vista não como conteúdo, mas como *pressuposto* do juízo reprobatório pessoal. É que em nenhum caso haverá sentido em falar-se em violação de um dever para cujo cumprimento não disponha o agente de efetivo e concreto poder — *ultra posse nemo obligatur*.

Pondera, entretanto, o mestre português, que tais situações em que se deverá reconhecer no agente a presença de uma propensão opressiva, realmente comprometedora de sua capacidade de avaliação e de decisão perante o fato ilícito típico, a ponto de totalmente subtrair-se, este, de seu controle, sendo o autor quase arrastado à perpetração, serão muito pouco frequentes, podendo-se dizer, mesmo, que representam episódios de todo excepcionais.

É que — lembra — a personalidade é um todo onde ocorre a co-presença de complexos, impulsos, sentimentos, disposições, tendências, atuando como forças que mutuamente se influenciam, compensam, equilibram e neutralizam.

Nesse quadro geral da estrutura interior humana, mal se compreenderá o domínio tirânico e irresistível de quaisquer forças endógenas. Onde não sejam tais fatores propulsivos de todo neutralizáveis, será, entretanto, sempre possível alargar o âmbito geral da personalidade, a um nível em que possam adequadamente conviver aqueles e um desempenho de comportamento compatível com as exigências do dever social.

É bem verdade — adverte — que a *capacidade de variação* dos indivíduos, isto é, seu poder de preparação ou de ajustamento às necessidades do convívio, não é ilimitado, antes devendo reconhecer-se, em dada personalidade, um como espaço vital, além de cujos limites não pode expandir-se, porque impedido, tal alargamento, pelas leis fundamentais de sua própria estrutura.

Em compensação, porém — refere — “o Direito Penal não quer fazer dos homens sábios, artistas, heróis ou santos”. Bem ao contrário, aqueles comandos jurídico-penais relativamente a cujo cumprimento, no juízo de culpabilidade, censura-se ao autor o não ter preparado adequadamente sua personalidade, referem-se, apenas, a condições mínimas e fundamentais da vida coletiva. E correlativamente a essa meta tão modesta — e para alcançá-la — dispõe o homem do conjunto de sua personalidade. Assim, para os efeitos que importam ao Direito Penal, só raramente poder-se-á falar em tendências contra as quais o homem nada pode.

Mas quando excepcionalmente isso ocorra, isto é, quando chegasse o delinqüente a demonstrar que a despeito de todos os esforços que podia fazer e que efetivamente fez para sobrepujar a certas qualidades de caráter nele manifestadas e fundamentadoras do ilícito típico cometido, não logrou dominá-las, tendo sido, em consequência, inevitavelmente lançado ao delito, não mais haverá como falar-se numa culpabilidade referida à personalidade, na acepção aqui largamente referida.

Tal como no pensamento da culpabilidade pelo fato, também neste conceito, pois, continua a vigorar aquela limitação — que é de todo inseparável de qualquer idéia reprobatória pessoal, eticamente fundada: o juízo de censura só se afirma quando o autor *podia agir de outra maneira*. (55)

F

CULPABILIDADE REFERIDA À PERSONALIDADE E O NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

I

Já o vigente Código Penal do país traça para algumas peculiares situações nele reguladas diretrizes normativas que só se harmonizam com o postulado ético jurídico da pena retributiva, estribada na culpa moral — pelo próprio legislador repetidamente proclamado como princípio inspirador de todo o sistema (cfr. Exposição de Motivos, n.ºs 4 e 18; et passim. — Em sentido coincidente, Exp. de Motivos do Código de 1969, n.ºs 16 e 19) — sob a condição de que relativamente a elas se faça apelo a um conceito mais amplo de culpabilidade, que, edificado, embora, a partir do fato injusto-típico, a ele não fique inflexivelmente adstrito, antes aprofundando-se à acurada consideração da personalidade ou caráter de seu autor.

Tais situações reapresentam-se no recente diploma legal de 1969. Aqui, entretanto, como peculiaridade do novo Código, aparecem unidas a outras categorias normativas em que ainda mais inequivocamente se evidencia a necessidade de que o juízo reprobatório pessoal, em que consiste a culpabilidade, não tenha (eu não tenha exclusivamente) como conteúdo ou substrato de sustentação aquele momento pessoal de antagonismo com as exigências da ordem jurídica que o episódio criminoso possa revelar, antes devendo, a partir do fato, adentrar na consideração valorativa da personalidade ou do caráter do agente, na medida em que componentes desta ou daquela possam ser indicados como fundamentadores do injusto praticado e enquanto uns e outros se devam reputar ligados ao poder ou senhorio da vontade do agente.

A esta altura de seu desenvolvimento, propõe-se, a exposição, a examinar tais situações codificadas no novo diploma legal que suscitam a consideração desse distendido conceito de culpabilidade. Na impossibilidade de examiná-las todas, resignar-se-á ao estudo daquelas onde mais incisivamente tal inovador pensamento esteja presente.

REGULAÇÃO LEGAL DOS CASOS DE IMPUTABILIDADE DIMINUIDA E CULPABILIDADE REFERIDA À PERSONALIDADE

I

Ficou já evidenciado (56) como nas diferentes concepções a que, sobre a culpabilidade, tem chegado a doutrina, aparece, sempre, a imputabilidade, como componente essencial do conteúdo daquela, ou, quando menos — tal como preconizava a antiga teoria psicológica — como seu indeclinável pressuposto.

Não é aqui o momento para a análise esmiuçadora dos elementos em que, por sua vez, se edifica essa noção de imputabilidade. Basta a indicação de que — quer entendida ela como requisito natural endógeno, quer antes considerada, como parece obrigatório que o seja, nas linhas de uma visão escorreitamente valorativa da culpabilidade, como juízo acerca de tal requisito (57) — sua noção pode ser satisfatoriamente indeferida a *contrario sensu* dos claros enunciados respectivamente contidos no art. 22, § único, do Código Penal de 1940 e 31, § único, do Código Penal de 1969 —: imputável é o autor que, dotado de saúde mental e apresentando adequado desenvolvimento intelectual e volitivo, é capaz de entender o caráter ilícito de seu ato e de agir de conformidade com esse entendimento.

Discernimento e vontade — característica intelectual e coeficiente volitivo — sendo os dois fatores da liberdade humana de determinação, constituem, pois, condicionantes indeclináveis para o juízo de censura em que consiste a culpabilidade. Onde, por moléstia mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, estejam eles ausentes, faltarão a base insubstituível para o reproche da ordem jurídica dirigido contra o autor.

Mas se a tais momentos internos se confere tão alto significado num eventual reconhecimento da ausência da liberdade de determinação, e, pois, do descabimento do juízo reprobatório pessoal, necessariamente esses mesmos momentos, ainda quando não autorizadores de tais conclusões extremas, sempre podem e devem servir para graduar o conteúdo e a gravidade da culpabilidade.

É que — lembra Mezger — “deve considerar-se como axioma de uma determinação coerente de conceito de culpabilidade, que aqueles pontos que fixam seus valores limites, também tenham significação decisiva para determinar o seu conteúdo”.

É aqui que se põe a tormentosa questão das situações não muito afortunadamente chamadas de *imputabilidade diminuída*.

A expressão pode produzir equívocos. É que, nos casos a que ela se refere, não estamos ante situações limites entre os estados de saúde e doença; nem frente a casos de dúvida sobre se o autor é imputável ou inimputável —: tais hipóteses, conforme critérios tradicionais em matéria de prova, devem excluir a culpabilidade; nem ante um grau intermediário entre a plena imputabilidade e a inimputabilidade, no sentido de que o sujeito pudesse conhecer o carácter ilícito do fato *apenas em parte ou de que somente até certo nível*, dispusesse de senhorio sobre sua vontade. —: também estes seriam casos de plena inimputabilidade.

Como excelentemente agora diz o texto legal, nos casos de diminuição da capacidade intelectual volitiva previstos no § único do art. 31, não fica excluída a imputabilidade. O autor com esta condição é imputável. Apenas — e aqui o traço característico dessas situações — para alcançar o grau de conhecimento e de direcção sobre o agir, necessários para observar um comportamento respeitoso às exigências do Direito, precisa arregimentar, por forma muito mais instante e alerta, sua vontade e seu poder intelectual de discernimento.

II

A um primeiro exame parece imperativo que a uma imputabilidade diminuída, assim considerada, deva corresponder um juízo atenuado de culpabilidade, e, pois, — objetivamente — menor pena.

Se para conhecer o carácter criminoso do fato e agir segundo tal conhecimento, está o autor necessitado de maior esforço sobre suas potências intelectuais-morais, tal necessidade haverá de vir-lhe em proveito, quando se houver de fixar o grau de censura pessoal. Se sucumbiu o autor à pressão do estímulo delitivo e praticou o ilícito típico, seja porque tais incontroláveis forças internas impediram-lhe entender o carácter contrário ao Direito do ato, seja porque, alcançada, embora, essa correcta estimativa, dela não lhe possibilitaram extrair motivos conformadores de uma ação adequada ao Direito, tal deficit intelectual e volitivo deve ser levado em conta.

Esse menor poder, acarretando, concomitantemente, diminuição da reprovabilidade pelo ato, há de determinar menor grau de culpabilidade, e, pois, menor pena.

Isto que poderia parecer, no plano concreto do tratamento punitivo, a inevitável resultante da consideração dos casos de imputabilidade diminuída, nas linhas de um Direito Penal da culpabilidade e da retribuição, não encontra, entretanto, expressão legislativa inabalável no Código Penal de 1969, assim como não a obtivera no ainda vigente Código de 1940.

Coincidindo, nesse ponto, com o expresso no parágrafo único, do art. 22, do diploma legal que ainda nos rege, estatui, com efeito, o novo Código, no parágrafo único do art. 31, que "se a doença ou deficiência mental não suprime mas diminui, consideravelmente, a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena *pode ser atenuada...*"

Como se vê — e ao contrário do que seria de esperar — o estatuído pelo legislador, na espécie, não é a *redução obrigatória* da pena, mas, tão só, o abrandamento *facultativo*, confiado ao prudente arbítrio do julgador.

Como fundamentar dogmaticamente um tal procedimento fixado na lei? Se a pena é retribuição e se necessariamente terá seus limites estabelecidos segundo a exata dimensão da culpabilidade apurada, como admitir-se que em alguns casos — e à exclusiva discricção do juiz — possa ela ser mantida inalterada, quando de um constatado deficit de imputabilidade do agente adveio atenuação do estado de censura sob que ele se constituiu?

Num direito penal da culpabilidade e da retribuição será em alguma hipótese lícito ao aplicador da pena subtrair-se ao postulado de que a imputabilidade diminuída há de constituir *causa obrigatória* de redução penal?

Ter-se-á assim introduzido, no Código Penal, um corpo estranho, antissistemático, dando-se guarida a uma modalidade de efeito penal que, em lugar do princípio retributivo, que está nas coordenadas da lei, volta-se, precipuamente, para concretos fins de prevenção especial ou de segurança (pena intimidatória ou reeducadora), a despeito da repulsa que à sanção penal entendida com esse carácter (cfr. Exp. de Motivos do Código de 1969, n.º 26), assim como a quaisquer sobreviventes formas de responsabilidade penal sem culpa (cfr. n.º 11), o legislador reiterada e solenemente proclama votar?

Comentando similar dispositivo do Código Penal alemão de 1871 — (art. 51), nele introduzido pela lei de 24 de nov. de 1933, a predominante doutrina penalística daquele país manifestou-se afirmativa quanto à questão focada nas linhas acima. A propósito pondera Maurach que a proble-

mática dos casos de imputabilidade diminuída coincide, em quase todos os pontos, com a do tratamento penal estabelecido no art. 20, *a*, do Código Penal alemão, com a nova redação que lhe imprimiu a mesma lei de 1933 (58), para o delinqüente habitual, ocorrendo, em ambos os casos, o perturbador ingresso, no sistema, de uma espúria penal final, desprendida dos postulados da culpabilidade e da retribuição.

IV

A polêmica sobre se está ou não justificada uma atenuação puramente facultativa da pena, em casos de imputabilidade diminuída, surgiu e conserva sua importância prática apenas em relação às chamadas *personalidades psicopáticas* (59). Referentemente aos demais grupos de sujeitos com imputabilidade diminuída, existiu e existe fundamental acordo em que a atenuação da pena deve ser a regra absoluta.

Muito se discute sobre a natureza e a posição dos psicopatas no quadro geral das perturbações mentais (60). Negam alguns — é o caso de Williams: “Die sogenante verminderte Zurechnungsfähigkeit”, 1927) — que se possa cientificamente estabelecer qualquer identidade entre as psicopatias e as psicoses ou doenças mentais; coincidente é o pensamento de Kurt Schneider. Para Bumke e Kretschmer, são doenças de transição.

A melhor distinção entre as duas categorias anormais psíquicas parece ser ainda a colocada por Mezger em sua hoje clássica Criminologia. Amparado em Harnack — Siefert e em Wetzell, elucida que “enfermidades mentais (psicoses) são aqueles processos que, à maneira de corpos estranhos, desenvolvem-se no cérebro, que substituem as leis e fenômenos psíquicos normais, por outros estranhos, psicóticos, e que os transformam em quantidade e qualidade, em virtude de uma modificação da atividade e do conteúdo da consciência. Nesses casos, desenvolve-se em um homem, em algum momento de sua vida, iniciando-se ora de maneira subreptícia, ora repetidamente, uma doença e, do espírito que se nos apresenta como algo alheio, enxertado na antiga personalidade, levado a ela desde o exterior.”(61).

Já as personalidades psicopáticas ou personalidades mórbidas — aduz — são aquelas “que em sua estrutura anímica mostram importantes desvios da vida intelectual, afetiva e volitiva normais. Trata-se, aqui, por conseguinte, em contraste às próprias enfermidades do espírito (psicoses) de estados anímicos cuja característica de mais importância é o ligâmem do processo patológico com uma estrutura primária mórbida da substância nervosa, portanto e de ordinário — embora de nenhum modo sempre — não de pessoas

que se tornaram enfermas, mas daquelas *cujas constituições* psíquicas estão dispostas de antemão de maneira diversa da que corresponde ao termo médio (Wetzel)". (62).

Refere Maurach que "nas psicopatias há uma anormal desproporção entre os planos profundos e os superiores, em detrimento destes últimos, devido já a que os impulsos emocionais se tenham desenvolvido com particular força (delinqüente instintivo), já, inversamente, a que seja particularmente débil a capacidade de objetivação (distinção entre a vontade do eu e da coletividade; excessivo afã de imposição; desenfreado egocentrismo) ou, por último, a que o defeito resida na capacidade de direção (excitabilidade frente às paixões que um sujeito normal supera facilmente; delitos eruptivos)". (63)

Pois precisamente tais perturbações no domínio da vida emotiva afetiva ou da vontade, seja pela particular opressão do estímulo delitivo, seja pelo debilitamento da capacidade de avaliação e ordenação do comportamento, ajustando-o aos mandatos da coletividade que o Direito expressa, tornam essa categoria de agentes particularmente perigosos e perturbadores do convívio, em face deles impondo o dever social, à ciência e à atividade quotidiana jurídico-penal, graves questões e exigências teóricas e práticas. Tais reclamos são ainda mais instantes quando se considere — como alerta Mezger — que na maior parte dos casos, senão em todos, é precipuamente a psicopatia do agente o motivo de sua criminalidade, e, por isso, também, o fundamento de sua perigosidade para a sociedade.

Como há de enfrentar tais realidades um Direito Penal da culpabilidade e da retribuição? Mais uma vez aqui se esboça a situação antinômica e dilemática repetidamente colocada no curso desta exposição. Porque, na psicopatia, uma peculiar constituição da personalidade mais facilmente o arrasta para o crime, diminuída deve ser considerada a culpabilidade do agente, e, pois, a pena a ser a ele aplicada. Mas, de outra parte, precisamente essa psicopatia o faz mais perigoso, impondo-se, diante dele, reação penal igual senão mais severa relativamente àquela prevista para o delinqüente comum, pelo menos num ordenamento jurídico que não se queira subtrair aos escopos de proteção e tutela, que, em harmonia com os postulados da justiça, os superiores interesses requerem que sejam constantemente perseguidos.

V

Conforme já foi antes referido, um único caminho parece subsistir para enquadrar coerentemente essas hipóteses nas linhas de uma concepção ético-jurídica da culpabilidade: fazer menção a uma culpabilidade referida à personalidade do delinqüente.

Segundo tal diretriz, incumbe, ao psicopata, compensar seu menor *poder* com uma mais acentuada mobilização de sua vontade. Não lhe sendo possível expurgar, da estrutura complexa da personalidade, determinadas inclinações ou tendências, é-lhe entretanto dado elevar o nível geral da personalidade conjunta, de modo a permitir uma *corrente normal da vida* (Kretschmer) onde tais impulsos emocionais ou uma particular sensibilidade frente às paixões possam conviver — graças à empenhada e permanente vigilância do sujeito sobre seu próprio eu interior — com um quadro de comportamento compatível com as exigências do convívio disciplinado.

Em inteira harmonia com essa posição e também a propósito de tal categoria de delinqüentes, faz Eduardo Correia invocação à sua noção de uma *culpabilidade referida à personalidade* do agente. Identifica, tal culpabilidade, também aqui, no permanente descumprimento, pelo criminoso, do dever de formar ou preparar sua personalidade, de modo a torná-la capaz de respeitar os valores declarados e tutelados pelo Direito. “Pois então — esclarece — nas hipóteses de que tratamos, é maior a tendência do agente para o crime (e portanto menor sua culpa referida ao fato) mas também mais clara consciência terá ele do seu dever de a corrigir, e portanto mais censurável a sua omissão e maior a sua culpa na preparação da personalidade”. (63)

Lembra, a propósito, que quanto mais veemente se evidencia, no autor, a tendência para o crime, mais pertinaz e irrecusável será o dever a ele imposto de preparar a personalidade para respeitar os comandos legais e que, concomitantemente, mais severo há de ser o juízo exprobatório pessoal que sobre aquele recairá — com a correspondente aplicação da pena maior — toda vez que o cumprimento desse dever seja por ele descurado ou omitido.

Acrescenta, ainda, que ao contrário do que acontece numa personalidade que apenas ostente pequenas anormalidades — em que dificilmente se poderão lograr sinais indicativos de delinqüência futura — num agente dotado de forte inclinação, todas as regras da experiência estão a indicar a possibilidade de que venha a tornar-se criminoso.

Enquanto, pois, no primeiro caso, a obrigação de imprimir especial conformação à personalidade é, quando menos, duvidosa, no segundo será aquela premente e indeclinável. E conclui: “Onde por um lado a dificuldade de preparação é maior, parecendo, portanto, dever ser menor a culpa do agente e menos severa a reação criminal que lhe há de corresponder, aí mesmo a intensidade do dever, e por isso a culpa pela sua violação, será mais grave, exigindo-se uma censura maior e uma maior pena”. (64)

Reitere-se, entretanto — e a advertência é ainda de Eduardo Correia — que também o pensamento de uma culpabilidade referida à perso-

nalidade voltado para um delinqüente com deficit de imputabilidade exige uma limitação, na medida em que ele só se afirmará quando aquele *podia agir de outra maneira*.

Tal poder não é sempre presente e irrecusável. É de um lado certo que a tensão dos impulsos emocionais, pressionando perturbadoramente já a percepção e a atividade de pensamento, já o sentimento e a vontade, pode muitas vezes ser dominado e vencido com um esforço e decisão mais vigorosos e de direção contrária. Mas a partir daí, chegar a conclusão de que toda a anomalia ou deficiência psíquica possa ser sempre superada com um ato de vontade, é asseverar algo que a experiência quotidiana nega. (65)

Toda a vez, portanto, que possa o agente demonstrar que apesar de todo o esforço que lhe era exigível e que efetivamente desenvolveu para sopitar uma tendência e conservar sua capacidade de justa estimacão e de decisão, não pôde dominá-la e se viu irresistivelmente compelido ao crime, estar-se-á frente à alguém em quem falecem aqueles requisitos intelectuais e morais que condicionam a imputabilidade. Tratar-se-á de alguém que não alcançou aquela *normalidade* biológica e psíquica que conformam a capacidade de “entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Pelo que até aqui foi visto, legitima-se, então, o disposto no § único do art. 31, do Código Penal — que possibilita a *não atenuação* da pena aplicável ao delinqüente com imputabilidade diminuída, nele referido — pela invocação de claras e inequívocas exigências de adequada tutela social, a que o ordenamento não se pode furtar.

Porque em algumas das classes de delinqüentes a que o dispositivo se refere, acentuatadamente maior é a tendência para o crime, mais delas se pode esperar e temer a prática, no futuro, de novos atos infringentes das normas do Direito. Face à sua maior perigosidade, urge que contra esses agentes reaja a ordem jurídica com penas maiores do que aquelas que se aplicará a outros imputáveis deficitários em cujas características pessoais tal maior perigosidade não se haja identificado.

Assim fundamentado o dispositivo legal, poderá pôr-se a questão sobre se não será ele despiciendo e ocioso — assim como, nestes limites, a idéia de uma culpabilidade referida à personalidade, que o fundamenta teoricamente — à face do que preceitua o art. 94, do mesmo Código Penal.

Neste último dispositivo, com efeito — dando-se aplicação ao sistema *vicariante* ou *substitutivo*, que toma lugar ao sem dúvida inconveniente critério do *duplo binário*, do Código ainda vigente — preve-se a eventual

substituição da pena imposta ao condenado enquadrado na previsão do § único do art. 31, pela internação em estabelecimento psiquiátrico, sempre que *necessitado de especial tratamento curativo*.

Ora, necessitado de especial tratamento curativo, não o será precisamente o delinqüente imputável diminuído que revela particular perigosidade? Mas diante de tal particular tendência para o crime não estará adequadamente protegida a sociedade exatamente com esse possível tratamento especial, tanto mais quando, a teor do que estabelece o § 2º, do mesmo art. 94, poderá ser ele indefinidamente prorrogado, com a exata aplicação, na espécie, de todos os critérios que a lei estatui, em seu art. 93 e parágrafos, para a Medida de Segurança de internação em Manicômio Judiciário?

Para que, então — volta-se a perguntar — estabelece o ordenamento a possibilidade, conferida ao juiz, de não atenuação da pena? Tal pena que ultrapassa os limites de uma culpabilidade referida ao fato e neste revelada, não será, pois, uma demasia inútil? E desnecessária, do mesmo passo, não se mostrará a invocação — aqui feita para harmonizar a sanção com as diretrizes de um direito da culpabilidade e da retribuição — a uma *culpabilidade referida à personalidade*?

Deve-se assentir em que a resposta, para todos esses interrogantes, seja sempre negativa.

Considere-se, em primeiro lugar, que o tratamento curativo previsto no art. 94 — internamento em estabelecimento psiquiátrico — pela particular gravidade de que se reveste, dada, inclusive, sua possível prorrogação por tempo indeterminado, a teor do parágrafo 2º, — só estará justificada naqueles casos de anomalias particularmente graves, exigentes de especial cuidado e atenção. Eduardo Correia, escudado em Mezger, não vê por exemplo sentido num similar tratamento (a *prisão-asilo*, das legislações portuguesa e alemã), para um psicopata colérico, abúlico ou explosivo (segundo a classificação de Schneider) que haja praticado um delito. Mas não seria também razoável nesses casos — é ainda da lição do penalista português — atenuar-lhes a pena, referida ao fato, considerada a diminuição de sua liberdade resultante de tais psicopatias.

Pois precisamente tal *não atenuação só se poderá justificar se em sustentação dela intervier uma idéia de culpabilidade referida à personalidade*.

Mas essa mesma noção deverá igualmente ser invocada naquelas situações em que a anomalia mental é de tal monta que, nos termos do art. 94, exija a internação do condenado em estabelecimento psiquiátrico.

Também aqui urge ser feito apelo à noção de culpabilidade referida à personalidade. Em primeiro lugar — como menciona Eduardo Correia

— por um *paralelismo* a ser conservado nas idéias anteriormente expostas — Se incomumente grande era a tendência do agente para o crime, também instante era seu dever de preparar sua personalidade para dominar essa propensão e fazer-se apto ao cumprimento das exigências do Direito. Correspondentemente, muito grave é pois, a culpabilidade que se infere da permanente omissão do cumprimento desse dever. A pena, pois, que lhe há de ser aplicada, segundo os limites traçados no dispositivo legal referente ao fato praticado, não deverá sofrer a especial diminuição prevista no parágrafo único do art. 31.

Mas não apenas por essa questão de paralelismo. Também por densa consideração de oportunidade, intimamente ligada às necessidades práticas de justiça. Prevê, com efeito, o § 2º, do art. 94, do Código Penal, que, decorrido o prazo da pena imposta, se ainda persistir, no agente, o *mórbido estado psíquico* que determinou sua remoção para estabelecimento psiquiátrico, passa a internação a ser por tempo indeterminado. Convém, então, ao próprio condenado, que não seja atenuada a pena a ele imposta. É que, retardado, por essa forma, o momento em que se porá a questão da persistente perigosidade do delinqüente, poderá, quando seja ela, afinal formulada, alcançar resposta negativa, com o que se terá evitado o prolongamento previsto na lei, sendo posto o apenado imediatamente em liberdade.

Finalmente, porque ausentes os pressupostos para que legitimamente se possa invocar uma culpabilidade referida à personalidade, obrigatoriamente deve ser a pena atenuada, nos termos do § único do art. 31, relativamente àqueles agentes imputáveis diminuídos nos quais uma pequena anormalidade não faça antever, no futuro, quaisquer novas práticas delituosas.

Também sobre tais categorias de agentes já falamos antes (o prof. Eduardo Correia as vê concretizadas restritivamente nos psicopatas *depressivos* e nos *astênicos*). São neles acentuadamente menos intensos, quando não inexistentes, as características denunciadoras de uma personalidade com óbices de ajustamento ao cumprimento dos deveres sociais. Menos claro, por isso, o dever de atuação sobre elas, com escopos de especial conformação e ajustamento. Menor, assim, nesses agentes, a culpabilidade por um eventual não pleno cumprimento desse dever. Neles inexistente, por outra parte — e pelas mesmas razões — o quadro caracterizador de uma personalidade perigosa, frente à qual se pusessem considerações de prevenção especial.

Suprimidas, então, tanto considerações sobre uma culpabilidade na formação da personalidade como sobre necessidades de prevenção especial, a exigirem especial reação do Direito, fica-se, na espécie, com a simples consideração do fato e da culpabilidade dele exsurgente e a ele referida.

Nessa situação — assim concebida — imporá a psicopatia a atenuação da pena (66). E precisamente a imporá na medida em que acarretou

ela diminuição da liberdade, e, pois, o *quantum* da censura pessoal em que tenha incidido o autor do fato ilícito típico.

H

CULPABILIDADE REFERIDA À PERSONALIDADE E EMBRIAGUEZ

I

O novo estatuto penal brasileiro não reproduziu expressamente o preceito consignado no art. 24, II, do Código ainda vigente, onde se declara que a responsabilidade (imputabilidade) penal *não fica excluída* com a "embriaguez voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos." Mas implicitamente reafirma esse enunciado normativo. É que, ao contemplar as hipóteses em que tal situação resultante da ingestão demasiada do álcool ou de outro produto similar determina a inimputabilidade — art. 32 — fica adstrito àquelas duas únicas já contempladas no estatuto ainda vigente: embriaguez completa, proveniente de *caso fortuito* ou *força maior*. Por outra parte, o enquadramento da hipótese de embriaguez voluntária ou culposa completa, no âmbito regulador do preceito geral do art. 31 fica impedido em face dos termos em que este vem enunciado, falando-se, ali, limitadamente, em doença mental ou em desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Elucidado esse ponto, vê-se, pois, que o tratamento normativo dado à embriaguez, pelo Código Penal de 1969, é em geral coincidente com o contido no estatuto de 1940. Algumas diferenças de critério, nesse particular, que as duas leis apresentam, não oferecem relevância para os objetivos da exposição que segue.

II

Basicamente contemplam, os dois códigos, as seguintes situações de embriaguez:

1) *Embriaguez pré-ordenada*, no novo diploma chamada *embriaguez proposital* — É aquela em que o agente deliberadamente se embriaga para mais facilmente praticar o crime, adquirindo a coragem que de outro modo lhe faltaria ou sufocando eventuais resistências íntimas à perpetração do

delito ou ainda pensando criar-se uma situação em que poderá postular isenção ou atenuação de pena. Nas duas leis não apenas essa modalidade de embriaguez não exclui a responsabilidade pelo fato como constitui circunstância agravadora da pena. (Cód. Penal de 1940: art. 44, I, c — Código Penal de 1969: art. 56, II, c);

2) *Embriaguez proveniente de caso fortuito* — Aquela em que o agente se embriaga por ter ingerido bebida que ignorava que contivesse álcool ou substância capaz de produzir efeitos equivalentes ou desconhecendo a verdadeira dosagem em que esses ingredientes estivessem presentes. Se, nesta hipótese, a embriaguez conseqüente for completa, é o agente declarado inimputável; se, ao contrário, apenas tiver determinado redução da capacidade de entendimento ou de determinação, em lugar da isenção, terá somente a pena diminuída de 1/3 a 2/3. (Cód. Penal de 1940 — art. 24, II, §§ 1º e 2º — Cód. Penal de 1969 — art. 32 e parágrafo único);

3) *Embriaguez proveniente de força maior* — Aquela que resulta de ter o agente ingerido bebida alcoólica ou similar por se ter dobrado à coação de outrem, que o obrigou a beber — Nos dois códigos os efeitos que daí resultam, quanto a isenção ou medida da pena são os mesmos fixados para a situação anterior (Cód. Penal 1940 — art. 24, II, §§ 1º e 2º — Cód. Penal de 1969, art. 32 e § único).

4) *Embriaguez voluntária* — Aquela em que o agente ingere a bebida para embriagar-se, para experimentar a sensação da embriaguez, seja por simples curiosidade quanto as características desse estado, seja para alegrar-se seja para sufocar tristezas ou preocupações. Sobre esta categoria assim como sobre a referida no nº seguinte é que se registra a ausência de regulação expressa no novo Código, ao contrário do anterior, que textualmente a declara de nenhum efeito na exclusão da imputabilidade (art. 24, II);

5) *Embriaguez culposa* — Aquela que ocorre no sujeito que, embora não pretendendo embriagar-se deixa-se conduzir, imprudentemente, ao uso excessivo de bebida e termina caindo no estado alcóolico;

6) *Embriaguez habitual* — Pelo disposto no art. 78, III, do Código de 1940, constitui ela circunstância geradora de presunção de perigosidade. Segundo o art. 92, IV, de nosso diploma vigente o condenado à pena privativa de liberdade, cometido em estado de embriaguez, sendo esta habitual, ficará sujeito à medida de segurança de internamento em caso de custódia e tratamento, pelo prazo mínimo de seis meses, ainda que a pena aplicada seja por prazo inferior. Pelo novo Código, onde foram suprimidos todos os casos de presunção de perigosidade (cfr. Exp. de Motivos, nº 34), a ebriedade habitual, juntamente com a toxicomania, sujeitará os condenados onde seja

constatada ao internamento em estabelecimento psiquiátrico especial (art. 94, § 3º).

III

O reconhecimento unânime da progressiva freqüência e do perigo crescente oferecido pelas infrações cometidas em estado de embriaguez é que motivou a orientação dominante nas legislações — com expressa adesão da nossa — de não isentar de pena o embriagado, voluntário ou culposo que pratica crime, mesmo quando essa embriaguez seja de tão alto grau que nele suprima as condições de imputabilidade. Aqui chega Pietro Mirto a falar num “postulado básico na luta contra o crime”. (67)

Para harmonizar a punição de todos os crimes cometidos em estado de embriaguez não fortuita e não coagida com os postulados de um Direito Penal da culpabilidade e da retribuição, fazem, muitos autores, invocação a um conceito amplíssimo de *actio libera in causa*. Assim também ocorreu na Exposição de Motivos do Código Penal Italiano de 1930 e igualmente se verifica na Exposição de Motivos de nosso diploma punitivo ainda vigente.

Para muitas situações concretas, entretanto, a invocação desse fundamento doutrinário será de todo arbitrária e descabida.

Onde mais caracteristicamente se manifesta a noção de *actio libera in causa* é na chamada embriaguez pré-ordenada. Nesta, o ato de embriagar-se pode ser já considerado momento executivo do crime, cuja realização o autor representou-se, mentalmente, em suas linhas gerais e à qual deu seu assentimento de vontade. Por outra forma pode dizer-se que, nesta hipótese, o autor, num momento de plena imputabilidade, agiu sobre si próprio (embriagando-se) para transformar-se em instrumento inimputável de realização do fato ilícito típico concebido e desejado.

Mas fora dessa modalidade mais significativa, também outras situações de embriaguez voluntária e mesmo de embriaguez culposa podem ajustar-se ao conceito de *actio libera in causa*.

Se, por exemplo, o agente deliberou embriagar-se (embriaguez voluntária) ou, pelo menos, decidiu beber, prevendo ou podendo prever que assim chegaria ao estado de ebriedade (embriaguez culposa) — representando-se ou podendo representar-se a possibilidade de que nessa condição, e por influência dela, viesse a delinquir, estar-se-á frente à realidade em que a noção aqui tratada pode ser corretamente invocada.

Em tais casos, se o autor efetivamente previu que pudesse vir a cometer o crime e aceitou esse risco, ter-se-á uma ocorrência de *actio libera*

in causa dolosa. Se se representou mentalmente a possível verificação desse fato ilícito, decorrente da embriaguez, mas convictamente supôs que poderia evitá-lo; ou se não teve tal previsão, mas poderia tê-la tido, caso considerasse mais atenta e prudentemente as possíveis resultantes de seu estado, estará configurada situação de *actio libera in causa culposa* (culpa consciente na primeira hipótese; inconsciente, na segunda).

Além desses limites não vai, entretanto, a área de situações em que a idéia da *actio libera in causa* pode ser lididamente invocada. Figuremos, a propósito, o exemplo do ébrio, que, saindo do bar e dirigindo-se para casa, defronta-se, casualmente, com um antigo desafeto que de longa data não via e a quem imediatamente passa a dirigir ofensas, culminando por investir fisicamente contra ele, produzindo-lhe lesão corporal. Não ocorreu aqui — curialmente — uma *actio libera in causa* punível, porque, mesmo quando só a embriaguez haja motivado a conduta agressiva, não há dolo nem culpa anteriores que sejam referidas a esse fato. Ao se embriagar o agente não previu nem podia prever — muito menos quis — o posterior encontro com o desafeto, assim como o incidente que daí resultaria. Na fase em que era ainda imputável faltou dolo e culpa em relação ao fato ilícito posterior.

Querer, pois, alcançar reguladoramente também esta e similares situações com a noção de *actio libera in causa*, fazendo-a assim concernente a todos os casos em que o autor se deixou arrastar ao estado de inconsciência — como é propósito confessado na Exp. de Motivos de nosso estatuto penal ainda vigente (nº 21) — significa dar ao conceito indevido elástico, com que termina por romper-se a constante conotação dele com efetivas realidades naturais-psicológicas, passando a ligar-se a mera ficção ou convenção legal, um *como se (als ob)* de duvidosa conveniência para a solução de eventuais exigências práticas de mais eficaz atuação punitiva. Cuida-se, enfim, de tratar o ébrio voluntário e culposo — em quem muitas vezes a bebida pode suprimir a capacidade de discernimento e de direção sobre o agir — como se fosse imputável. Está isso, ademais, expressamente admitido num dos trabalhos preparatórios do Código Penal Italiano de 1930, em que se inspirou o preceito do art. 24, II, do estatuto vigente, onde se diz que o ébrio voluntário ou culposo é punido “como se tivesse agido com plena lucidez mental, embora, na realidade, sua inteligência no momento estivesse completamente perturbada”. (68)

Contra essa idéia de fundamentar a solução legal voltada à punição de todos os fatos ilícitos típicos praticados em estado de embriaguez voluntária ou culposa no conceito da *actio libera in causa*, muitos ensinamentos de autoridade podem ser invocados. Manzini sobre ele referiu que “se a lei deixa subsistir a imputabilidade a título de dolo para os crimes cometidos em estado de embriaguez ou em estado análogo provocado pelo uso de estupeficientes, mesmo quando esse estado só culposamente tenha sido adquirido, is-

to faz por motivos de política penal, que nada tem a ver com as "*actiones liberae in causa*". (69) Similar é entre nós a opinião de Basileu Garcia, para quem "constituirá desmedido alargamento das razoáveis possibilidades daquele instituto a explicação por essa maneira (*actio libera in causa*) da punibilidade do alcoolizado... Não percebemos o nexó de causalidade psíquica entre a simples deliberação de ingerir bebida alcohólica e um crime superveniente." (70)

Na própria exposição de motivos que acompanha o Código de 1940 — e apesar da defesa entusiasta ali feita — ressaltam as dúvidas e perplexidades do legislador ante a aceitação desse conceito amplíssimo de *actio in causa*. A ponto que ali se pretende aplacar a questão que o tema suscita por simples e geral negação, invocando-se, com tal fim, uma doutrina psiquiátrico-psicológica que nega, em todos os casos, a inimputabilidade do ébrio. Para tanto, chega-se mesmo a lembrar o pensamento de Battaglini, para quem "... o ébrio com inteligência suprimida e vontade inexistente é uma criação da fantasia: ninguém jamais o viu no banco dos réus".

Fosse assim, seria então de indagar-se: porque o parágrafo 1º, do art. 24, onde está preceituada a isenção de pena para o embriagado fortuito ou por coação, quando esteja nele suprimida a capacidade de discernimento e de determinação?

Mas, por outra parte, essa referência contida na Exposição de Motivos parece realmente autorizar o entendimento de que a afirmada imputabilidade do delinqüente ébrio que se faz no art. 24, II, do Código Penal, há de ser mesmo tomada em seu enunciado literal, referindo-se não ao momento em que o agente se embriagou, mas ao em que praticou o fato ilícito típico. O ébrio voluntário ou por imprudência, enfim — e segundo a presunção da lei — qualquer que seja o grau de sua embriaguez, no momento em que realiza o ilícito típico está sempre na plena posse de sua capacidade de discernimento e de direção sobre o agir.

Ora, a ser assim, nem é de ser invocado o conceito de *actio libera*. É que este, como o próprio nome indica e por sua própria definição, tem sentido apenas concernentemente àquelas situações em que há um momento inicial de plena imputabilidade (exatamente aquele em relação ao qual se apurará, no agente, a presença das demais condições de dolo ou culpa) — ao qual sucede uma fase em que no mesmo autor desapareceram as condições subjetivas de avaliação e vontade.

Por aqui se vê que a presunção da lei — insustentável no plano teórico — também examinada sob critérios pragmáticos de política criminal apresenta não pequenos inconvenientes.

É que, se segundo a ficção admitida pelo Código, a embriaguez voluntária e a culposa não suprimem os requisitos de imputabilidade, mesmo quando sejam completas, a ocorrência de todas as demais características condicionantes do juízo reprobatório referente ao autor hão de ser cumpridamente apuradas, não tendo em vista a fase inicial do processo, aquela da imputabilidade real, quando o agente se embriaga — como deveria sê-lo, numa adequada utilização da idéia da *actio libera* — mas, sim, no momento em que é praticado o fato ilícito típico. O que o autor realiza em estado de embriaguez deve portanto mostrar todos os elementos de um fato punível, objetiva e subjetivamente perfeito, sem qualquer exceção para aqueles momentos estimativos ligados à culpabilidade. E portanto, onde aí interferiram situações impeditivas da final formulação da censura ao autor, mesmo que exclusivamente devidas à embriaguez, deverão elas serem levadas em conta para eventual isenção da pena.

Assim, por exemplo, se a lesão corporal praticada pelo embriagado deveu-se à circunstância de — na confusão de crise alcoólica de que estava tomado, — ter suposto a existência de uma agressão que pretendeu revidar, mas que na verdade não ocorreu, tal transfigurada visão da realidade terá de ser creditada em seu proveito, reconhecendo-se, na espécie, um erro justificado do agente quanto ao caráter ilícito de sua conduta. (71)

Já no que concerne ao crime culposos, as seguintes estimativas, em que se constrói o momento reprobatório da culpabilidade referente a essa modalidade de ilícito —: se ao agente teria sido possível o conhecimento das prováveis repercussões lesivas a bens jurídicos oriundas de sua ação e previsíveis segundo um juízo razoável; se lhe teria sido dado perceber que nessa mesma ação deixara de empregar a cautela a atenção ou a diligência que um autor prudente teria observado e necessárias para evitar tais efeitos; finalmente, se esse maior cuidado ter-lhe-ia sido pessoalmente possível adotar — hão de ser feitas tendo igualmente em acurada conta o estado de embriaguez do agente, sua capacidade intelectual e seu poder de direção sobre os próprios atos enquanto afetados ou influídos pela ingestão alcoólica, pois que tal era o quadro da situação pessoal efetivamente configurado no momento da realização do fato típico.

Portanto, mesmo quando a previsão do resultado oriundo da ação, assim como a execução conscientemente cautelosa desta, tendente a evitá-lo — que não teriam faltado no comportamento de um sujeito inteligente e prudente — hajam estado ausentes, ambos ou um ou outro, na concreta realização típica (expressando-se nisso sua antijuridicidade) (72) — não por um permanente deficit intelectual ou menor poder de direção do autor, mas tão só em função do episódico estado de embriaguez em que se encontrava, ainda aí deverá ser ele beneficiado pela desculpa legal.

Tais pontos que expressam ilações a serem inevitavelmente extraídas da inicial assertiva de que o estado de embriaguez (voluntária ou culposa) não suprime a imputabilidade, praticamente impedem, nas diferentes situações concretas, a efetiva imposição de pena ao agente, o que termina por fraudar os próprios objetivos do preceito legal consignado no art. 24, II, do Código Penal de 1940 e implicitamente reafirmado no novo estatuto penal.

IV

Recusada, por seu caráter manifestamente artificial, a noção de que perdure sempre, na embriaguez, voluntária ou culposa, a imputabilidade do agente, rica variedade de outras interpretações tem suscitado essa situação, muitas delas tentando incorporar a punição do embriagado às linhas de um Direito Penal fundado no postulado da culpabilidade.

Na Alemanha, onde o dispositivo do art. 330, a do Código de 1871, introduzido pela lei do delinqüente habitual, de 24 de novembro de 1933, expressamente autorizou que a punição do embriagado voluntário ou culposo que pratica uma ação ilícita típica muitas vezes se faça na ausência dos requisitos da imputabilidade, doutrina e jurisprudência muito debateram sobre as características do delito cometido em estado de embriaguez e sobre os fundamentos da respectiva punição.

Hellmuth Mayer e Von Weber, nos quadros de um inobscurecível "*versari in re illicita*", sustentaram, por exemplo, que toda a razão da punição estaria no inicial *ato de embriagar-se*. A ação ilícita típica praticada no estado daí conseqüente seria mera condição objetiva de punibilidade (73). Contra tal interpretação objetou-se — e o argumento vale também para o nosso direito, onde a embriaguez constitui mera contravenção (art. 62, da lei respectiva) — que a simples interposição de uma condição objetiva de punibilidade não converterá em crime uma ação não enquadrável num dos paradigmas da parte especial do Código e que toda a qualificação supõe a existência de um delito básico tipicamente antijurídico. Outras vezes a situação de quem pratica o crime em estado de embriaguez completa foi vista como configuradora de um crime de perigo, sendo o fato típico praticado indício concreto da perigosidade do ébrio. Já para Maurach, fundamento para a punição, nesses casos, não estará no ato de embriagar-se, que não é crime, nem na ação típica depois praticada, a que falta, com a ausência da imputabilidade, um dos requisitos essenciais para o juízo de censura pessoal. Residiria, isto sim, na conjugação dos dois fatores, compondo a figura total de um crime de perigo abstrato, consistente na ameaça à ordem pública. (73)

Na verdade, tanto a noção inicialmente examinada, que faz apelo ao pensamento da *actio libera in causa*, como todas as demais interpre-

tações referidas, não removem os graves embaraços teóricos e práticos gerados por essa peculiar situação em que, a um inicial ato doloso ou culposo de produção da embriaguez, segue-se a prática de um fato ilícito típico não previsto nem previsível — muito menos desejado — com anterioridade pelo agente.

O tratamento legal dado à espécie poderia até suscitar a idéia de que aqui consagra a lei uma hipótese de *responsabilidade objetiva*. A menos que aqui se admita — como parece imperioso — que também nesta situação cumpre ser invocado um mais penetrante juízo de culpabilidade, que, embora sempre partindo do fato típico perpetrado, como insubstituível condição para que seja formulado, depois se amplia, do exame do que aquele possa significar como expressão de um momento pessoal de insubordinação ao Direito, à consideração da personalidade do autor, na medida em que possa esta explicar o próprio estado de embriaguez e a infração cometida sob sua influência.

Impõe-se que aqui, uma vez mais se recorra à lição de Eduardo Correia. Para este, o único meio de serem aplacadas as perplexidades suscitadas pela punição dos delitos praticados em estado de embriaguez completa, voluntária ou culposa, está no afirmar que aquela (punição) “muito embora se determine no quadro da moldura do facto praticado, se refere não a este mas à personalidade do agente”. (74)

Cumpra recordar que — no ensinamento do professor de Coimbra — o Direito Penal, na medida em que afirma certos valores ou bens jurídicos, cria, para todos os destinatários, o dever de formar ou ao menos preparar sua personalidade de modo a que, nos atos da existência se não venham a por em conflito ou antagonismo com tais valores ou interesses. E precisamente o que torna o agente censurável pelo seu modo de ser ou caráter; por outros termos, o que configura uma culpabilidade referida à sua personalidade é o permanentemente descumprimento desse dever. Vê Eduardo Correia tal comportamento geralmente expresso numa omissão — a permanente omissão do agente de adestrar e adaptar a própria personalidade ao correto atendimento do que dele espera a ordem jurídica.

No caso da embriaguez, mais do que omissão, trata-se de verdadeira ação positiva. O agente, pela ingestão alcoólica, atua perturbadoramente sobre sua própria personalidade, nela momentaneamente suprimindo aquelas funções mentais indispensáveis a que possa bem interpretar e atender os ditames que lhe dirige a ordem normativa do Direito.

Ainda que haja conformado sua personalidade de modo a fazê-la em geral capaz para receber e dar resposta afirmativa ao que dele espera o Direito, tal aptidão pode ficar afetada, no instante em que o homem, pela embriaguez, permite que se alterem suas condições de discernimento e de di-

reção sobre o agir. E precisamente essa é a increpação que lhe é dirigida, no momento em que se conhecem seus atos ou omissões praticados em estado de embriaguez completa. Não é diretamente devido ao ilícito típico praticado que sobre o agente recai a censura da ordem jurídica. Sendo sempre aquele — insista-se nesse ponto — a inafastável condição para que se constitua tal momento estimativo, é ao estado de embriaguez que provocou o ato e — especialmente — às condições viciosas que permitiram ao homem colocar-se nesse estado de supressão da imputabilidade, que se referirá o juízo reprobatório pessoal.

O ato — que em sua fase inicial de imputabilidade o agente não quis nem previu, nem era previsível, nas circunstâncias (75) — a despeito da lesão efetiva a bem jurídicos que possa conter, por si mesmo nada expressa, no agente, quanto a um momento de rebeldia ou de negação aos preceitos traçados pelo Direito. O desprezo ou o desajustamento do autor às diretrizes da ordem jurídica, manifestou-se por outra via. Ficou evidenciado na circunstância de ter bebido ao ponto de eliminar-se as condições de um agir responsável, sabendo que assim poderia vir a praticar não este ou aquele ilícito típico determinado, mas quaisquer ações incompatíveis com seu dever de acatamento aos valores e às condições de convívio afirmados pela ordem jurídica.

No ser o autor um tipo de personalidade tão indiferente senão hostil ao Direito, ao ponto de a si próprio colocar-se fora das condições de imputabilidade, suprimindo-se o poder de captar as diretrizes normativas daquele, acerca de que é proibido ou permitido e de ajustar o próprio comportamento a essa preceituação, reside, pois, o substrato material a que se refere o juízo de culpabilidade que fundamenta a punição dos crimes cometidos em estado de embriaguez plena, voluntária ou culposa.

Assim entendida a base ético-jurídica em que se apóia a punição dos delitos aqui examinados, poderia supor-se que essa mesma punição chegaria a legitimar-se mesmo naqueles casos em que nenhuma ação antijurídica concreta viesse a ser perpetrada. Onde ficasse apurado que por uma conformação errônea ou deficiente da personalidade, o agente, — quer como fato freqüente em sua vida, quer como episódio de todo excepcional — através da ingestão incontrolável de álcool, a si mesmo se suprimisse as funções mentais de avaliação e de comando sobre o agir exterior, assim descurando o dever de conservar-se sempre apto ao atendimento dos deveres que a ordem jurídica impõe a todos os destinatários, estaria de todo autorizada a imposição da sanção jurídico penal, eis que também plenamente caracterizada estaria a situação a que se refere o juízo de culpabilidade que a justifica e legitima.

Assim, entretanto não é, conforme ficou insistentemente referido nas linhas acima. Sem que de certo modo o estado de embriaguez sobre que recai — assim como, e a partir dele, sobre a personalidade em que

ocorre — a reprovação da ordem jurídica, fique *materializado* num concreto injusto típico perpetrado pelo ébrio, não estará autorizado qualquer tipo de punição. Só mediante sua objetivação num fato antijurídico individual é que, segundo o direito positivo, o estado de embriaguez adquire seu caráter *penal*, convertendo-se na base material de um ilícito que requer a *repressão* do direito.

Isso assim acontece, em primeiro lugar, por uma razão de ordem prática. É que o cometimento de delito dela resultante, constitui o insubstituível critério objetivo para indicar quando uma situação de embriaguez foi de tal monta que suprimiu, no agente, as condições de avaliação e direção sobre o agir, subtraindo-lhe, assim, a capacidade de cumprimento do dever jurídico. Enfim, é mais difícil afirmar-se um juízo reprobatório pessoal a partir de uma embriaguez que *não* produziu conseqüências do que daquela outra que haja culminado no cometimento de um delito.

Em segundo lugar, essa exigência de que haja o agente ébrio praticado um crime, como requisito indispensável para que venha a ser punido, obedece ao propósito de realizar uma seleção limitadora, no círculo das situações de embriaguez passíveis de censura: certamente todos aqueles casos em que o agente, pela demasiada ingestão alcoólica, reduz-se a uma condição de inimputabilidade, merecem a reprovação do direito. Mas apenas quando culmina esse estado (76) na prática de um ilícito típico, é que adquirirá relevância jurídica.

Por tudo quanto foi acima referido, conclui-se, então, que para a punição das ações cometidas em estado de embriaguez voluntária ou culposa, impõe-se a circunstanciada verificação de haver o autor praticado um fato que constitua uma plena imagem delitativa, com a clara configuração de todos os requisitos relativos ao injusto e à tipicidade do fato.

DELINQUENTES HABITUAIS POR TENDÊNCIA E CULPABILIDADE REFERIDA À PERSONALIDADE

I

No 12º Congresso Penal e Penitenciário, reunido em Haia, em 1950, asseverou Bettiol ser a figura do delinqüente habitual “verdadeiro enigma do Direito Penal, que ainda não encontrou seu Édipo”, porquanto, longe de estar baseada em dados da natureza, na verdade apenas constitui uma criação artificial de caráter político.

A despeito desse autorizado e radical reparo crítico acentua-se, no conjunto da legislação de todos os países, a frequência com que aparecem dispositivos visando à caracterização dessa especial categoria de agentes — assim como a do delinqüente por tendência — bem como à regulação do tratamento punitivo cabível em face de uma e outra.

A partir do esforço legislativo pioneiro, representado pela lei francesa de 27 de maio de 1885, configura-se, na maioria dos países, aquele fenômeno que J. Bernard Herzog denominou de *contágio legislativo*, passando muitos códigos e outros diplomas penais a abrigarem preceitos estabelecendo critérios especiais de punição para tais agentes e situações criminosas peculiares. (75)

A essa nova diretriz legislativo-penal, em sua origem grandemente favorecida pelo incremento da pequena e média criminalidades na Europa, no decurso do séc. XIX, não tem entretanto faltado decididos e severos opositores.

A ela opõe, por exemplo, sérios reparos, Marc Ancel, acoimando-a de encontrar-se baseada numa tipologia de delinqüentes apriorística e convencional, que, incorporada ao âmbito da norma impositiva da lei, termina por condicionar e circunscrever a atuação do aplicador, que se vê impedido, na avaliação da verdadeira personalidade do réu, de socorrer-se de outros critérios, acaso de maior valor científico, que a Criminologia progressivamente vai pondo ao serviço da doutrina e prática jurídicas. Preferiria ele, nesse aspecto, que se mantivessem as leis penais mais plásticas e flexíveis, referindo, a propósito, o exemplo do código groenlandês, de 1954, segundo cujos preceitos todo o ato punível autoriza a imposição de qualquer uma das medidas editadas na segunda parte do diploma, tudo à exclusiva discricção do juiz, que decidirá sobre natureza e medida da sanção segundo o que conclua sobre a pessoa do autor e sobre o fato praticado, em suas concretas circunstâncias. Chega mesmo o conhecido penalista da chamada corrente da "Défense Sociale Nouvelle" a asseverar que o *Direito Penal Novo* "deve somente estabelecer um sistema de incriminações e de sanções suficientemente flexível para que o juiz, aplicando-o de maneira concreta, possa ter em conta a classificação que a ciência criminológica possa estabelecer entre os autores de infrações". E acrescenta: "A classificação neste sistema penal humanista, fica fora do quadro da lei penal". (76)

Nas linhas dessa diretriz preconizada pelo penalista francês, contrária às tipologias legais de delinqüentes, está o ainda vigorante Código Penal de 1942. Como vem relatado em sua Exposição de Motivos (nº 24), não apresenta, o citado diploma, uma *classificação especial* de criminosos. Em sua sistemática apenas são diferenciados, para diverso tratamento punitivo, o criminoso primário e o reincidente (genérico ou específico) Elucida, a propó-

sito, esse mesmo relatório inicial, que no Projeto Alcântara Machado figurava uma divisão de delinqüentes em quatro categorias —: ocasionais, por tendência, reincidentes e habituais. Mas acrescenta que tal proposição deixou de ser acolhida, de uma parte por inexistirem características constantes ou indícios infalíveis para distinguir entre criminosos que o seja *per accidens* e os que o seja *por tendência*, sendo mesmo dubitável a existência destes últimos. Ainda que existissem, não seria lógico que um Código Penal fundamentalmente informado na liberdade volitiva, incluísse entre os *imputáveis* o delinqüente que o é por irresistível tendência. De outra parte, porque nenhuma razão existe que autorize separar os chamados *criminosos habituais* da ampla família dos reincidentes, uma vez que a estes seja aplicado um tratamento especialmente rigoroso.

Mas o novo Código de 1969 enfileira-se à corrente dominante na legislação, recolhendo, para específico tratamento, as duas categorias de autor do *delinqüente habitual* e do *delinqüente por tendência*, que define, circunstanciadamente, no parágrafo 2º, letras *a* e *b* e no parágrafo 3º, respectivamente, do art. 64.

Por delinqüente habitual entende, o novo diploma, aquele que "reincide, por segunda vez, na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa da liberdade, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere ao cumprimento da pena" (letra *a*) ou que "embora sem condenação anterior, comete, sucessivamente, em período não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes" (letra *b*) — Já criminoso por tendência é considerado "aquele que comete homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, e, pelos motivos determinantes e meios ou modos de execução, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez" (§ 3º).

II

Nas primeiras concepções da doutrina e nos primeiros dispositivos de lei que a elas se referiram, essas duas formas de criminalidade inventada aqui em estudo apareciam como intimamente presas aos conceitos de reincidência e de multi-reincidência. Em especial no delinqüente habitual via-se, caracteristicamente, uma vontade criminosa decidida, infensa ao efeito de anteriores condenações; nisso residia sua peculiar perigosidade, por aí se legitimando a particular reação penal a ele dirigida.

Bem cedo, entretanto, tendeu a doutrina a autonomizar os

conceitos de reincidência, por um lado, e de habitualidade e tendência criminosas por outro. No relatório sobre o estado do pensamento penalístico em torno da questão, apresentado no mesmo 12º Congresso Internacional Penal e Penitenciário, de 1950, já referido, o prof. Beleza dos Santos apontou, entre outros, os seguintes pontos de acordo alcançados, como critérios diferenciadores entre as duas noções: há reincidentes que embora havendo cometido várias infrações à lei penal, nem por isso contraíram uma habitualidade criminal e se tornaram perigosos; são estes delinquentes *multi-ocasionais*, que notadamente se caracterizam pela reiteração em infrações de menor gravidade. Inversamente, há delinquentes que expressam uma tendência criminal, independentemente do fato de que já hajam ou não sido condenados. A reincidência, pois, não constitui ponto de partida necessário das normas destinadas a combater a delinquência habitual, embora na medida em que façam presumir o estado perigoso, possam constituir um critério importante para aquele fim.

Outros aspectos conclusivos focados pelo jurista português, agora mais se atendo à situação das legislações, na época considerada, foram estes:

São raras as legislações que fazem da tendência para o crime ou do estado perigoso um elemento bastante para a imposição de penas incrementadas. É de direito comum legislativo que a declaração de habitualidade seja subordinada — (segundo o expressa, aliás, recomendação votada no decurso do Congresso de Haia) — à comissão de certas infrações ou ao pronunciamento de certas condenações. Nesse sentido pode ser dito que o reincidente torna-se delinquentes habitual quando certos outros elementos se combinam com a perpetração reiterada de atos reprimidos pela lei penal. (77)

III

A consideração desses pontos assentados por Beleza dos Santos, levaram J. Bernard Herzog a concluir que, pelo menos do ponto de vista da definição legalmente assentada, caracteriza-se a delinquência habitual pela concorrência de dois elementos: a comissão de um certo número de delitos, variável de legislação a legislação e um estado de perigo resultante da incorribilidade ou da persistente decisão criminosa do sujeito.

Pois o exame dos diferentes modos como nas várias legislações se combinam esses dois elementos — assim como a consideração dos critérios em geral adotados por aquelas, de caracterização e punição dos chamados *criminosos por tendência*, onde via de regra se rompem os últimos vínculos entre reincidência e mesmo simples comissão repetida de fatos puníveis e perigosidade, autorizadora de especial tratamento penal, — permite distribuir os

diferentes direitos positivos sobre um dos sistemas abaixo enumerados, o segundo deles apresentando-se ora sob forma pura ora sob forma mista. Dentre esses sistemas identificaremos aquele em que se enquadra a nova legislação penal brasileira.

O primeiro sistema é o que estabelece uma presunção de habitualidade, com a perigosidade daí decorrente, do só fato de haver o agente cometido um certo número de delitos, sobre os quais, em geral se exige que haja recaído sentença condenatória definitiva. A implicação entre multi-reincidência e delinquência habitual mostra-se aqui em modo absoluto. O tratamento penal previsto para o agente será aplicado face à simples constatação de ter ocorrido a multi-reincidência. É o sistema que vigorava na França até a lei de 3 de julho de 1954.

Já o segundo sistema — hoje, por certo, o de mais largo emprego — é o daqueles direitos que condicionam o reconhecimento da delinquência habitual à positiva verificação de dois requisitos: a) comissão de um certo número de crimes (sobre os quais se exigirá ou não que haja recaído sentença condenatória definitiva, segundo as características do caso e as diferentes legislações e b) positiva constatação da permanente propensão para o crime ou habitualidade.

Conforme foi antes referido, este segundo sistema apresenta-se, via de regra, ora sob uma forma pura, ora sob uma forma mista. Exemplo da primeira constitui o art. 20, *a*, I e II, do Código Penal Alemão, com a redação que lhe foi dada pela lei de 24 de nov. de 1933 (Lei sobre delinquentes habituais perigosos). Segundo o preceito aí contido, para a aplicação da pena especialmente incrementada, será indispensável, a par da constatação de haver o agente cometido outros fatos puníveis sobre os quais se exigirá (se tiverem sido apenas dois — reincidência em sentido técnico) ou não (se houverem sido pelo menos três) que haja incorrido sentença condenatória definitiva, que o juiz, por avaliação estritamente pessoal, estribada na consideração conjunta dos fatos, conclua tratar-se, o agente, de delinquente habitual perigoso. Aqui, pois, ao contrário do sistema anterior, a constatação do número plural de delitos anteriormente cometidos, não cria a presunção de habitualidade. Precisa esta ser circunstanciadamente apurada pelo julgador.

No sistema misto, como indica o nome, reconhece-se uma duplicidade de situações. Ora a constatação de terem ocorrido delitos anteriores (aqui em geral se exigindo, para eles, sentença condenatória definitiva) engendra uma presunção *ope lege* de habitualidade, que o juiz limitar-se-á a declarar; ora a apuração dessas anteriores infrações à lei penal (aqui, em geral, não se exigindo condenação definitiva) deverá ser completada com a estimativa pessoal e circunstanciada do julgador de que o agente recidivo compõe um ti-

po de personalidade própria de delinqüente habitual (habitualidade reconhecível *ope judicis*).

Finalmente, no terceiro sistema, cortam-se todos os vínculos de dependência entre uma eventual carreira criminosa anterior e o reconhecimento da perigosidade ou peculiar estrutura da personalidade do agente, autorizadas de um especial tratamento punitivo. Independará, esse juízo sobre o autor, de qualquer constatação objetiva sobre fatos criminosos pretéritos. Tal característica se vem encontrando, na maioria das legislações, naqueles dispositivos que definem e sancionam os chamados *delinquentes por tendência*.

Referentemente aos delinqüentes habituais, ficou visto que uma menos peremptória ou inequívoca inclinação delituosa sempre exige, segundo a lei, como um dos sinais indicadores daquela, indispensável para que seja reconhecida e declarada, o cometimento anterior, de fatos puníveis. Já no caso do delinqüente por tendência, tanto seus traços de caráter como as circunstâncias altamente denunciadoras do próprio fato praticado, sempre de incomum gravidade — via de regra crime contra a vida ou a integridade física — uns e outros expressos nos motivos, meios ou modos de execução do fato perpetrado — de tal modo refletem uma personalidade torpe, má e perversa, com decidida e inequívoca propensão para o crime, que se dispensam os indícios que pudessem ser extraídos de uma criminalidade anterior, traduzida em ações concretas. O hábito ou a propensão criminosa existe, independentemente de que se haja ou não manifestado em anteriores episódios de infração do Direito. Está ele palpitante sob o fato criminoso em julgamento e no que ele expressa quanto a um *modo de ser moral do agente* altamente censurável.

IV

Assim esquematizados os três sistemas penais no que concerne à caracterização e tratamento punitivo dos delinqüentes habituais e por tendência, e à vista do disposto no antes referido art. 64, § 2º, letras *a* e *b* e § 3º, vemos que o Código Penal de 1969, se por um lado adere ao segundo deles — e precisamente em sua forma mista — de outra parte já acolhe preceitos em que se manifesta a nítida orientação de aceitação do 3º critério, que situa num plano de total irrelevância, tanto a reincidência em sentido técnico como a própria ocorrência de outros episódios criminosos na vida passada do delinqüente.

Com efeito, pela regulação do novo diploma penal, se por um lado constitui a reincidência (desde que dúplice), condição para que se caracterize a habitualidade presumida (art. 64, § 2º, *a*), já é, entretanto, de todo

dispensável, para a configuração da habitualidade *ope judicis*: — o autor de quatro crimes anteriores, mesmo que por qualquer deles não haja sofrido qualquer condenação (não sendo, pois, tecnicamente, um reincidente), pode ter reconhecida, pelo juiz, sua qualidade de *delinqüente habitual*. E para a configuração da criminalidade por tendência, nem mesmo essa presença, na vida anterior do agente, de outras ações infringentes dos preceitos jurídico-penais é exigida, bastando a ocorrência, sob as condições objetivas e subjetivas traçadas no § 3º, do art. 64, de algumas das formas de delito nesse mesmo dispositivo também previstas. (78)

Tem-se, assim, a adesão de nosso novo diploma punitivo à orientação moderna, que reduz a um plano crescentemente de menor importância o conceito tradicional de reincidência formal, em proveito da maior ênfase dada às noções substanciais de habitualidade e tendência.

O decisivo, segundo essa direção doutrinária, não há de ser tanto a comprovação dos antecedentes penais nos respectivos assentamentos de culpa, mas o estudo do comportamento efetivo do réu e a existência, nele, de uma persistente inclinação à criminalidade.

Progressivamente dominante na ciência, essa nova concepção substancial e subjetivadora da delinqüência habitual e por tendência, que substitui, aos poucos, a clássica, da reincidência, vem alcançando importantes êxitos no terreno legislativo. Sua incorporação, agora, ao moderno diploma punitivo brasileiro, marca mais uma etapa nessa vitoriosa carreira. (79)

V

Igualmente em dia com seu tempo foi o Código de 1969 no tratamento punitivo que estabelece para as duas modalidades de criminalidade endurecida aqui comentadas. Fiel ao critério já seguido em relação aos delinqüentes com imputabilidade diminuída, referentemente aos quais substitui o sistema chamado de *duplo binário* (aplicação sucessiva de pena e medida de segurança detentivas) da legislação ainda vigente, pelo *vicariante* ou *substitutivo*, absteve-se, igualmente, o novo diploma legal, de estatuir para os delinqüentes habituais e por tendência a aplicação sucessiva de pena e medida de segurança detentivas, que é a orientação predominante, por exemplo, nas legislações de tipo alemão e francês.

Seguindo, também aqui, a solução há muito preconizada pela melhor doutrina, optou, o Código, pela adoção da pena indeterminada, como recurso punitivo melhor afeiçoado às características de personalidade do delinqüente habitual e por tendência. Também neste passo, não faltou, entre-

tanto, a cautela do legislador, estabelecendo o corretivo prudente de um limite máximo para essa indeterminação.

É o que se vê do art. 64 e seu parágrafo 1º onde fica estabelecido que, “em se tratando de delinqüente habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente à nova infração penal, que constituirá a duração mínima da pena privativa da liberdade, não podendo ser, em caso algum, inferior a três anos” e que “a duração da pena indeterminada não poderá exceder de dez anos, após o cumprimento da pena imposta.”

Pelo art. 76 e parágrafos, cumprido o prazo mínimo da pena indeterminada (vale dizer, cumprida a pena correspondente à nova infração, ou, se for esta inferior, cumprido o período mínimo de três anos de privação de liberdade), poderá o condenado pleitear livramento condicional, desde que presentes as condições do art. 75 e sujeitando-se, o beneficiado, a um período de prova a ser fixado entre três e cinco anos. Negado o primeiro pedido poderá ele ser repetido a cada dois anos.

VI

Pois precisamente tal tratamento punitivo mais severo estatuído para as categorias de delinqüentes ora consideradas, suscita, mais uma vez — e aqui, por certo, de forma muito mais instante — a necessidade da consideração de um mais aprofundado conceito de culpabilidade.

Como, com efeito, hão de fundar-se dogmaticamente essas formas mais severas de punição? O que autorizará que ao delinqüente em que se tenha identificado a característica da habitualidade ou da tendência para o crime, quando haja praticado um fato ilícito típico para o qual, no quadro da lei, esteja prevista pena inferior, no máximo, a três anos de privação de liberdade, seja na sentença imposta pena *em mínimo* já superior àquele *quantum*, com possível prorrogação por prazo que, nos casos mais graves, poderá alcançar dez anos? O que, para todas as demais hipóteses, permitirá que a pena prevista para o crime perpetrado seja prorrogada, eventualmente até o limite máximo acima referido? O que igualmente justificará que se onerem os delinqüentes habituais ou por tendência com o impedimento de requererem livramento condicional, quando, conforme o caso, hajam cumprido metade (tal como se faculta ao delinqüente comum primário) ou três quartos (como é permitido ao reincidente) da pena privativa da liberdade que lhes haja sido imposta, exigindo-se lhes o total cumprimento daquele mínimo fixado (art. 76)?

Nega peremptória e repetidamente, o legislador penal que, no tratamento punitivo do delinqüente habitual ou por tendência haja a nova lei

aderido a uma pena final utilitária. — “*Não se trata de pena de segurança*” — está expressamente dito no nº 26, da Exposição de Motivos que acompanha o diploma legal. Por outra parte nesse mesmo relatório ministerial, expressão fiel das idéias e princípios que nortearam a feitura do Código (80) está sucessivamente reafirmado o caráter *retributivo* da pena (nºs 16 e 19), sem prejuízo dos efeitos de recuperação individual e defesa social, que, naqueles limites, possa exercer e o *não acolhimento*, na lei, de quaisquer hipóteses de *responsabilidade sem culpa*. (nº 11). Na verdade, portanto, também relativamente às penas previstas para os delinquentes habituais ou por tendência, a culpabilidade continua sendo o inabalável fundamento ético de imposição.

Mas, se nos mantivermos adstritos a uma concepção que formule e gradue o juízo reprobatório pessoal em que a culpabilidade consiste, a partir do montante de insubordinação e rebeldia pessoal do agente contra a ordem jurídica, expressa no fato ilícito típico praticado e a ele rigorosamente limitado, teremos que concluir que o delinquente habitual ou por tendência, em lugar de dever ser onerado com uma mais intensa censura, ao contrário deve ser considerado como merecedor de menor reprovação da ordem jurídica.

Com efeito, partindo-se como é imperioso que se parta, no estado atual do conhecimento, antes referido — de um indeterminismo relativo, tem-se de admitir, tanto no delinquente habitual, como no delinquente por tendência, um menor poder de direção sobre seu agir, uma menor liberdade para ajustar seu comportamento às diretrizes impostas pelo Direito.

Não é aqui de serem examinadas as muitas considerações definidoras que, para a primeira categoria, têm sido propostas pela Criminologia. Apenas importa referir que, seja qual for a origem — endógena, ou exógena — da inclinação em que ela se expressa, ostenta, o delinquente habitual, uma bem definida *segunda natureza* antissocial, que o leva a cometer crimes sempre que para isso se apresentem circunstâncias propícias. Seja que tal propensão tenha sido herdada; seja que haja sido adquirido ao termo de um certo prolongado modo de vida, pontilhado pela prática reiterada de determinadas atividades ou crimes; seja que se manifeste sob forma em geral militante e constante, edificando compulsivamente, o agente, as oportunidades para delinquir (delinquente profissional); seja que antes se apresente sob forma passiva, sucumbindo o autor a toda ocasião ou tentação criminal; seja que evidencie uma origem psicopática; seja que deite suas raízes em fatores ambientais ou do meio —, o que aqui cumpre referir é que ela determina inocultável condicionamento sobre o processo de motivação da vontade do agente, reduzindo-lhe, assim, a liberdade, em grau maior ou menor.

Já o delinquente por tendência, em cuja caracterização se tem particularmente empenhado a doutrina italiana, é em geral visto como alguém

que, sem apresentar distúrbios d'ígnos de nota na esfera intelectual e volitiva, é entretanto privado de senso moral. A índole particularmente má que lhe apresentam — quase sempre patenteada nas características cruéis dos crimes que realiza — não se expressa na simples amoralidade ou imoralidade, mas no “instinto perverso e brutal, que, por seu vigor, acompanhado da falta de todo sentimento de piedade e humanidade, *determina uma particular inclinação para o delito*”. (81)

Nas duas situações, pois, o que se constata é um deficit, senão da faculdade de correta estimação dos fatos, na capacidade de dirigir o comportamento segundo diretrizes aceitas pela ordem jurídica. Ora, a essa menor liberdade relativa a cada fato criminoso cometido por tal classe de agentes, deverá corresponder, nas linhas de um ordenamento jurídico em que a idéia de culpabilidade se construa exclusivamente referida ao fato, uma *pena necessariamente menor*. Aqui, mais uma vez, porque a culpabilidade é menor, exige o princípio retributivo que a pena seja atenuada.

A inserção, portanto, das penas incrementadas estabelecidas por nosso novo Código Penal para os delinqüentes habituais, ou por tendência, no sistema geral do diploma, só poderá ocorrer com a invocação da idéia de uma *culpabilidade referida à personalidade*. Descumprindo seu permanente dever de formar ou preparar a personalidade, para fazê-la apta ao constante acatamento aos valores afirmados e protegidos pelo Direito, permitiu o agente que nele se instalasse ou aflorasse o hábito de delinqüir ou deixou que nele avultasse, dominadoramente, uma exigente tendência para a prática de crimes.

Uma e outra, com o terem coartado, no autor, o domínio sobre os próprios atos, poderão, a um primeiro exame, fazer pensar em menor censurabilidade deste, relativamente ao delito praticado, dada a condição de menor liberdade em que ocorreu. Mas tal idéia logo se transforma no reconhecimento do maior reproche em que incide o autor, quando, a partir do fato, passa o juízo estimativo a incidir sobre a verdadeira substância ético-jurídica daquele, a personalidade do mesmo autor. É que aqui se apurará que a prática do fato só se deveu a uma particular propensão ou tendência para o crime arraigada na personalidade do autor e aí manifestada porque o agente não a dominou, quando podia e devia tê-lo feito. Com isso estará plenamente legitimada a pena mais grave.

Por essa mesma via, além disso, estará também explicado e legitimado o caráter relativamente indeterminado da pena. O verdadeiro teor da habitualidade ou tendência criminosa do autor não pode ser devidamente apurado com a consideração apenas do fato que determinou a aplicação da sanção e das condições de vida do agente, contemporâneas e anteriores ao mes-

mo fato. Como realidades que não desaparecem com a prática do fato ilícito típico, mas que antes permanecem, como persistente situação pessoal do agente, após o crime e a sentença, o preciso cômputo de sua intensidade e duração na personalidade apenas se poderá fazer com base em indicações que apenas o decurso da execução da pena irá fornecendo. Isso também explica a minuciosa avaliação pessoal do condenado que o art. 76, II, do diploma legal, estabelece, obrigatoriamente, como uma das condições para que lhe seja concedido o livramento condicional, ou ao término do cumprimento da pena mínima, ou, sucessivamente, a cada dois anos contados desse termo.

Por esse processo, alcançam-se fins concretos de recuperação social do delinqüente. Mas tal efeito pragmático não é obtido com sacrifício ou à custa do prevalecente critério retributivo.

É que, conforme repetidamente ficou assinalado, no curso da exposição, a censura que o Direito formula à modalidade de agente aqui considerada, está enfocada à circunstância de ter ele permitido que em sua personalidade ou caráter se manifestasse o hábito criminoso ou a tendência para o crime, quando dispunha de poder individual para evitar essa ocorrência; precisamente no ter contraído, ou, pelo menos, no ter deixado (quando uma ou outra fossem congênitas) que se expandissem essas qualidades negativas, está indicada e provada, na vida passada do agente, a permanente omissão (pela qual ele se constitui em culpabilidade), do cumprimento do dever de preparar sua personalidade para fazê-la permanentemente respeitosa dos valores jurídico-penais.

Sendo assim, a intensidade da censura que sobre o agente deverá recair, depende, correlativamente, da gravidade e extensão em que tal hábito ou tal tendência criminoso se hajam manifestado em sua personalidade.

Quanto mais intensa a manifestação, mais profundo e prolongado terá sido, no agente, o descumprimento ante o constante dever de autoconformar corretamente o *modo de ser* pessoal.

Ora, conforme ficou visto, nas linhas acima, tal avaliação sobre a profundidade e domínio do hábito ou da tendência criminoso só será possível ao cabo de um razoável período de execução da pena. Correspondentemente, só decorrido esse tempo poderá ser obtida a exata medida da culpabilidade do agente, assim como apurado o momento em que estarão atendidas as exigências de justa retribuição. Nestas condições, torna-se portanto impossível a individualização prévia — feita na própria sentença — da pena que deve corresponder à culpabilidade em que se constitui o autor. Tal individualização, — conforme vem ponderado na Exposição de Motivos (nº 26) — ficará então relegada para momento posterior, quando o juiz da execução já disponha de todos os elementos possibilitadores de uma justa avaliação do *quan-*

tum de censura em que incorre o agente, assim como do onus penal que lhe deve corresponder.

A pena, pois, deve ser mesmo indeterminada, embora apenas *relativamente*, dado como — adverte Eduardo Correia — rigorosamente mantido o carácter *retributivo* da sanção, há de ter esta, obrigatoriamente, um limite máximo de duração.

Por outro lado, como a culpa referida à personalidade em que todo o sistema se baseia, só pode ser tomada em conta pela via do fato, do crime praticado, *a pena que a este corresponda e que o juiz fixará, dentro dos limites legalmente estabelecidos, haverá de corresponder à duração mínima da punição do criminoso.*

CONCLUSÕES

Das várias conclusões que foram sendo assentadas no decurso da exposição, as seguintes, por sua maior significação, devem ser postas em relevo:

I

O princípio da responsabilidade ético-jurídica, condicionada pela culpabilidade, constitui o alicerce sobre que se construiu e se mantém o Direito Penal dos povos cultos. Responsável, perante o ordenamento jurídico punitivo — vale dizer, obrigado a sofrer os ônus sancionatórios nele prescritos — não o é o mero executor material do fato ilícito típico, mas, necessariamente, aquele que o haja perpetrado de modo culpável.

A pena é retribuição; a justa paga do crime cometido pelo agente, quando devia e *podia* este agir de outra maneira, mantendo-se numa linha de conduta compatível com as exigências da ordem jurídica.

Precisamente nesse juízo reprobatório pessoal — pressuposto da pena — pelo qual se increpa ao autor o se ter decidido pelo ilícito, deixando de agir na conformidade do que dele esperava e exigia o Direito, *tendo condições de fazê-lo* — consiste a culpabilidade jurídico penal, ou, simplesmente, culpabilidade, conceito nuclear da estrutura do crime.

II

Vista, assim, a culpabilidade, como censura ético-jurídica dirigida ao autor porque praticou a conduta, quando a deveria ter omitido ou

porque dela se absteve, quando estaria obrigado a agir (omissão), dela transpõe a idéia matriz em que esse juízo se estriba: a da liberdade do agente; a de sua capacidade de auto-determinação; a de seu *poder de agir de outra maneira*.

III

A aceitação de tal perspectiva da liberdade no agir, não significa, entretanto, acolhimento da tese indeterminista tradicional, que nega qualquer tipo de condicionamento ou limitação ao comportamento humano, podendo mesmo dizer-se que seria esta tão incompatível com um sistema fundado na responsabilidade ético-jurídica como o é a concepção rigidamente determinista.

Assim, repelindo, embora o insustentável da posição extremamente determinista e aceitando, pelo contrário, que o criminoso, quando comete o ilícito, poderia ter optado por modalidade de comportamento ajustado ao Direito, não se nega que todo um conjunto de circunstâncias exógenas ou endógenas — estas congênitas ou adquiridas — facilitem ou dificultem sua decisão de cometê-lo.

IV

Pois precisamente tal constatação de que lindes inflexíveis circunscrevem, a cada caso, o âmbito das concretas possibilidades humanas de escolha e decisão, no plano da conduta, suscita todo um conjunto de dificuldades teóricas e práticas a um sistema punitivo construído sobre as noções da responsabilidade e da culpa.

É que o pensamento que o inspira, que faz da vontade humana o centro de toda a imputação, concebe o juízo reprobatório pessoal como formulado a partir do fato ilícito típico concretamente perpetrado e à luz das particulares circunstâncias internas e do meio em que ele ocorreu. Desconhece, o Direito Penal, uma culpabilidade separada do fato. É esta, ao contrário, repetidamente qualificada como *juízo derivado*.

Ora, naquelas situações em que o pormenorizado exame do episódio delituoso, com todos os seus componentes, evidenciar ter ele predominantemente resultado do poderoso domínio de fatores causais, que ao agente impossibilitaram ou a nítida apreciação quanto à natureza e significado valorativo do fato ou uma plena autonomia de decisão, menor, por certo,

será o *quantum* de rebeldia e inconformismo frente às preceituações da ordem jurídica que dele se poderá deduzir. Pois que comprometida esteve a capacidade do autor de conhecimento e justa avaliação da conduta e diminuído o senhorio de sua vontade sobre ela, menor, correspondentemente, será o grau de censura em que se venha a constituir. E a essa menor culpabilidade, obrigatoriamente, deverá corresponder pena menor.

Mas, por outra parte, sendo o Direito obra humana intencionada à aplacar ou dirimir efetivas necessidades da vida coletiva, mesmo a um ordenamento jurídico penal erguido sobre o postulado da responsabilidade moral, não pode ser estranho o propósito de constituir-se, cada vez mais, instrumento útil para a repressão dos crimes.

Pois exatamente sob este prisma, as exigências de adequada tutela social estão a impor penas de severidade superior ou pelo menos equivalentes a das cominadas a quem comete o crime em condições normais de autodeterminação. Porque face a certos fatores biológicos ou do ambiente, *menor* mostrou-se o poder do agente, de avaliação e direção sobre seu agir, *mais* do que do criminoso comum dele podem ser esperadas novas manifestações de comportamento antijurídico, sempre devidas ao fraquejar de sua constituição bio-psíquica ao influxo de determinadas influências, oportunidades ou sugestões criminógenas.

Esboça-se, assim, o grave antagonismo, fruto de dois postulados ou exigências antinômicos: frente à menor culpabilidade, deduzida do fato, pena menor, porque assim o exige o axioma ético da justa retribuição; ante perigosidade maior, sanção mais severa, que assim o requer a expectativa de eficiente defesa social.

V

Tal grave questão é suscitada — como *aporia* erguida à construção teórica e como dilema posto ao legislador e ao aplicador da lei toda vez que se focam alguns dos temas efetivamente centrais do Direito Penal. Assim, entre outras hipóteses, quando se buscam diretivas dogmáticas e critérios normativos para medida da pena ou sua eventual isenção, aos agentes com imputabilidade diminuída; aos que praticam o delito em embriaguez completa, quando voluntária ou culposamente hajam assumido esse estado; aos que realizam o fato antijurídico típico sem conhecimento atual de seu caráter contrário ao Direito; aos que agem com culpa inconsciente; àqueles relativamente aos quais se indaga se ao tempo do crime lhes era exigível, e em que medida, outro comportamento. Também quando se examinam questões referentes a

certos tipos de peculiar caracterização, como os relativos ao rufianismo (Cód. Penal 1969, art. 254) e à vadiagem e mendicância (Lei Contr. Penais, arts. 59 e 60). Mas, em particular, quando se considera o tratamento penal dos delinqüentes habituais (assim como, nas legislações que contemplam essa peculiar espécie, dos delinqüentes profissionais) e dos criminosos por tendência.

Em todas as situações aqui apontadas — a despeito das peculiaridades e estruturas próprias de cada uma, este traço comum pode ser identificado precisamente o serem, todas elas, realidades frente às quais se instalam questões configuradoras de aparentemente insuperável conflito teórico e prático, que ameaça comprometer a perdurabilidade de um Direito Penal da culpabilidade e da retribuição. São todas elas, situações em que se registra o aflorar de fatores de diferente natureza — ora exógenos, circunstanciais ou sociais; ora internos, herdados ou adquiridos — compelindo para a prática do crime. Também frente a todas elas, renova-se, pois, a situação dilemática: porque menor culpabilidade, menor a pena; porque maior a perigosidade, mais grave deve ser a pena.

VI

A harmonização do aparentemente incontornável antagonismo interno do sistema penal da responsabilidade ético-jurídica; a conciliação ante situações como essas, em que supostamente se chocam as exigências de um direito penal de bases espirituais, onde a censura pessoal é posta como indeclinável condição e medida da pena e os fins concretos de prevenção dos delitos e de tutela social, está na invocação de um mais aprofundado conceito de culpabilidade. Ao autor, além do juízo reprobatório pessoal em que incide, a partir do fato ilícito típico perpetrado e sob a condição e na medida de sua rebeldia contra o Direito, expressada por aquele, — uma outra forma de reproche pode ser enunciada: a que se refere à conformação desvaliosa de sua personalidade ou de seu caráter, enquanto aí resida o fundamento e a explicação do crime perpetrado e na dimensão em que — tendo podido evitá-la — seja o autor por aquela responsável. O que agora se increpa ao criminoso é a direção viciosa que imprimiu à vida e ao próprio *modo de ser* interno, deixando de fazê-los permanentemente aptos para o respeito aos valores afirmados pelo Direito, apesar de que detinha poder para isso. Não é mais o fato e a atitude pessoal de desobediência ao Direito, que do primeiro possa ser deduzida — ou apenas eles — o que agora se reprova ao autor. É possível que a esse fato tenha sido o delinqüente impelido pelo domínio de fatores por completo subtraídos a seu controle e que dele, pois, nenhuma conclusão se possa lididamente extrair quanto a uma insubordinação censurável aos ditames da ordem jurídica. O que no autor fundamentalmente se reprovará é que haja permiti-

do — quando podia evitá-lo — que em sua personalidade se instalassem ou emergissem tão poderosas propensões, que frente a ela fraquejassem seu entendimento e sua vontade, toda vez que se articulasse situação de provocação ou de oportunidade para o crime.

Configura-se, assim — ao lado da noção de culpabilidade imediatamente referida ao fato ilícito típico e à motivação censurável que ele possa expressar — uma mais larga e penetrante forma de conceber o momento reprobatório pessoal do ilícito: culpabilidade referida à censurável conformação da personalidade.

VII

Por superficial e equivocada associação de noções na verdade autônomas, quando não opostas e inconciliáveis, constata-se repetidamente a tendência de estabelecer relacionamento lógico-dogmático entre o conceito de culpabilidade referida à personalidade e o pensamento de um *tipo normativo de autor*. De todo diversas, contudo, em suas origens, inspiração e efeitos concretos na aplicação do Direito, são as duas noções.

VIII

Com a adoção do conceito de culpabilidade referida à personalidade, não ocorre o abandono do postulado do Direito Penal do fato. Condição para que se formule a censura ao agente, por haver permitido, em oposição ao dever, que nele se definisse uma certa confirmação indesejável da personalidade é a *perpetração do fato ilícito típico* e na medida em que se encontre este fundamentado e explicado em tal desvalioso perfil interno do sujeito. Não se trata, pois, de uma culpabilidade paralela ao fato e desta totalmente independente. Trata-se de um juízo exprobatório pessoal formulado a partir do fato, embora daí se alargue à consideração daqueles componentes da personalidade do agente em que o mesmo fato possa encontrar sua natural explicação. Deverá, enfim, o agente responder pelo crime quando se possa vincular este a determinadas qualidades de caráter ou a certa constituição de sua personalidade pela qual possa ser censurado, na medida em que permitiu que se formassem quando as poderia ter evitado.

Improcede o reparo crítico às vezes levantado, de que nos quadros de uma culpabilidade pela personalidade ou pelo caráter, deixa a vontade livre ou capacidade humana de autodeterminação de figurar como insubs-

tituível centro ético de imputação, passando o agente, pelo contrário, a ser censurado simplesmente pelo que é, por seu peculiar modo de ser interno, na medida em que nele se tenha constituído, mesmo fora de qualquer poder seu de automodelação interior, uma determinada personalidade naturalística, impulsionadora da conduta antijurídica.

Diversamente, aqui perdura o inabalável princípio em que se sustenta a noção de culpabilidade pelo fato: tudo aquilo contra que o autor nada pode, ao direito será dado lamentar e até desaprovar, mas nunca censurar ao autor como culpabilidade. Enfim, só responderá o agente por aqueles componentes de sua personalidade que — evidenciados como fundamentadores do fato ilícito típico tenham se constituído como decorrência da má utilização do poder de que concretamente dispunha para impedir sua manifestação. Só responderá, portanto, pela formação defeituosa da personalidade, quando tinha o poder de responder às exigências do direito relativamente àquela formação.

IX

O conceito de culpabilidade referida à personalidade não infringe, antes reafirma, o princípio *nullum crimen*. É que esse tomar em conta o especial *modo de ser* do autor, há de estar obrigatoriamente condicionado a determinados pressupostos de tipicidade, não apenas aqueles referentes ao fato ilícito de que indeclinavelmente deverá partir, conforme assinalado no item anterior, mas diversos outros, relacionados, segundo as diferentes situações, a número de crimes, natureza destes, particularidades de caráter, formas de vida, etc.

X

O conceito de culpabilidade referida à personalidade oferece o fundamento insubstituível para um sistema monista ético revestido da apreciável virtude de poder reagir eficazmente a todas as formas de delinquência sem necessidade de resvalar para o terreno perigoso da *pena defesa* ou das medidas de segurança, estas então deslocadas para além do âmbito de situações em que legitimamente devem ser aplicadas. Nesse sentido constitui noção útil à limitação do arbítrio e à tutela da liberdade individual.

XI

Já o vigente Código Penal brasileiro traça para algumas peculiares situações nele reguladas, diretrizes normativas que só se harmonizam com o postulado ético jurídico da pena retributiva, estribado na culpa moral — pelo próprio legislador repetidamente proclamado como princípio inspirador de todo o sistema (cfr. Exposição de Motivos, nºs 4 e 18; et passim — Em sentido coincidente, Exp. de Motivos do Código de 1969, nºs 16 e 19) — sob a condição de que relativamente a elas se faça apelo a um conceito mais amplo de culpabilidade, que, edificado, embora, a partir do fato injusto-típico, a ele não fique inflexivelmente adstrito, antes aprofundando-se à acurada consideração da personalidade ou caráter de seu autor.

Tais situações reapresentam-se no recente diploma legal de 1969. Aqui, entretanto, como peculiaridade do novo Código aparecem unidas a outras categorias normativas em que ainda mais inequivocamente se evidencia a necessidade de que o juízo reprobatório pessoal em que consiste a culpabilidade, não tenha (ou não tenha exclusivamente) como conteúdo ou substrato de sustentação aquele momento pessoal de antagonismo com as exigências da ordem jurídica que o episódio criminoso possa revelar, antes devendo, a partir daquele, adentrar na consideração valorativa da personalidade ou do caráter do agente, na medida em que componentes deste ou daquele possam ser indicados como fundamentadores do injusto praticado e enquanto uns e outros se devam reputar ligados ao poder ou senhorio da vontade do agente.

XII

É assim com amparo nesse aprofundado conceito de culpabilidade que se justifica o poder conferido ao juiz, nos termos do parágrafo único, do art. 31, do Código Penal de 1969, de *não atenuar* a pena que venha a ser imposta ao delinqüente com imputabilidade diminuída. A mesma noção constituirá, também o fundamento para eventual substituição da pena imposta por internamento em estabelecimento psiquiátrico, na forma autorizada pelo art. 94, cumprindo aqui referir que embaterá com a harmonia do sistema a eventual imposição dessa medida curativa a réu a quem se haja atenuado a pena, segundo o parágrafo único do art. 31.

XIII

É igualmente pelo recurso à idéia de uma culpabilidade referida à personalidade, que se legitimará a imposição da pena correspondente à perpetração dolosa do ilícito, ao agente que o praticou em estado de embria-

quez completa, voluntária ou culposa, quando se comprove que na fase da imputabilidade real não quis nem eventualmente o fato.

XIV

Finalmente, é ainda pela invocação da noção de culpabilidade referida à personalidade que se conciliará com o fundamento monista ético do sistema a pena incrementada e de limite máximo relativamente indeterminado prevista para os delinquentes habituais e por tendência, na forma do art. 64 e parágrafo primeiro e 76 e parágrafo do novo diploma punitivo, assim como sua eventual substituição por internamento em estabelecimento psiquiátrico (cfr. § 4º, do art. 64).

Dada a especial condição dos agentes a que se aplica não desmente seu cunho retributivo a relativa indeterminação, quanto ao máximo, desta pena. Aqui meramente se trata de individualização postergada para momento posterior à sentença. Mas, precisamente porque retributiva, necessita ter ela prefixada sua duração máxima. (Fixada em dez anos, após o cumprimento do prazo mínimo — cfr. art. 64 e § 1º). Por outro lado — e finalmente — como a culpa referida a personalidade, em que todo o sistema se baseia, só pode ser tomada em conta a partir do ilícito típico praticado, *a pena que a este corresponda e que o juiz fixará, dentro dos limites legalmente estabelecidos, haverá de corresponder à duração mínima da punição do criminoso.*

NOTAS

- 1 — “Über den Aufbau des Schuldbegriffs”.
- 2 — A concepção puramente psicológica da culpabilidade, com exclusão de todo momento valorativo era ainda em 1904 defendida por Radbruch.
- 3 — Para a chamada *concepção normativa da culpabilidade*, fruto das iniciais colocações postas por Frank (ob. cit.), com os desenvolvimentos a elas imprimido por James Goldschmidt (Der Notstand — ein Schuld — problem — 1913; Normativer Schuldbegriff — Festgabe f. — Frank, I, 428, 1930) e Freudenthal — Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922), estes são os pressupostos em que se edifica o juízo reprobatório pessoal da culpabilidade: 1) Imputabilidade; 2) Dolo (compreensivo da consciência da antijuridicidade do fato) ou Culpa e 3) Exigibilidade de outra conduta ou ausência de circunstâncias especiais de exclusão da culpabilidade — já na linha da concepção finalística da conduta, com Welzel e Niese, são estes os elementos do juízo

de censura.: 1) Imputabilidade; 2) Possibilidade de conhecimento do caráter antijurídico do fato e 3) Exigibilidade de outra conduta. A sua vez R. Maurach propõe seu conceito de atributibilidade (Zurechenbarkeit) — aquela relação juridicamente desaprovada do autor com seu ato típico e antijurídico, que oferece a base para as diferentes possibilidades de reação do juiz penal” — que compreende dois graus, por seu turno estruturados sobre os seguintes elementos, no que concerne ao fato doloso: a) Responsabilidade pela fato (Tatverantwortung) — exigibilidade de outra conduta; b) Culpabilidade — 1) Imputabilidade; 2) Possibilidade de conhecimento do caráter antijurídico do fato.

- 4 — Kurzlehrbuch des Strafrechts (Parte Geral), 7ª ed., 1957, pág. 129.
- 5 — ZStW — 65,380
- 6 — A essa expressão — *poder de agir de outra maneira*, isto é, de acordo com as exigências do Direito, qualifica Figueiredo Dias de *não inteiramente* exata, apesar de que se tenha definitivamente imposto”. É que argumenta — referindo o poder ao *agir* de outra maneira, parece confundir o problema — que está aqui tão só em questão — da liberdade da *vontade*, com o da liberdade da *ação*”. Mas — admite — “talvez a fórmula possa defender-se com a idéia exata (cfr. Keller, *Psychologie*, 62 segs.) de que só o facticamente alcançável ou possível pode verdadeiramente ser querido, pelo que os limites fácticos da realização são, ao mesmo tempo, limites da própria vontade” (sobre isto já Scheler, *Formalismus*, 139 e *Metafísica*, 7 s.) — Figueiredo Dias, — “O Probl. da Consciência da Ilícitude em Direito Penal” Coimbra, 1969, pág. 173 (24).
- 7 — Ob. cit. pág. cit.
- 8 — “O conceito ético-jurídico de responsabilidade penal” in Estudos em Homenagem a Nelson Hungria, pág. 66, Forense, 1962.
- 9 — “Der Zweckgedanke im Strafrecht” — Dissertação com que Liszt toma posse na cátedra de Direito Penal de Marburgo — 1822 — Conhecida geralmente por “Programa de Marburgo”.
- 10 — Assim Fritz Bauer, para quem a possibilidade de uma responsabilidade penal com base na *culpabilidade ético-jurídica* encontra como obstáculo não só a falta de liberdade de querer do agente, mas a impossibilidade de alguém sondar o coração humano. — Faz assim seu o pensamento de Lange, para quem “Verbreche ist Schicksal” — Das Verbrechen u. die Gesellschaft — pág. 174 — 1957.
- 11 — Em que pontificam A. Gehlen — “Die neue Weltanschauung” — 1953; Sozial-psychologische Probleme in der industriellen Gesellschaft — 1949

- E. Rothacker — “Probleme der Kulturanthropologie”, 1948 e outros.
- 12 — “Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft” trad. italiana — Giuffré — 1965 — pág. 61 e segs.
- 13 — Apud. R. Maurach — “Os caminhos do Direito Penal alemão ao projeto de 1960”, in Estudos em Homenagem a Nelson Hungria, ed. 1962 pág. 97.
- 14 — CRIMINOLOGIA — trad. espanhola — Barcelona, 1956, pág. 456.
- 15 — “Deutsches Strafrecht — trad. chilena — 1970, pág. 203.
- 16 — Ob. cit. pág. 204
- 17 — Cfr. nota nº 3.
- 18 — Apontam-se, a propósito, cinco direções teórico-práticas bem definidas:

Irrelevância da consciência da antijuridicidade do fato — Não configura esta um elemento do crime. Não pertence nem ao dolo (que se exaure na consciência e vontade quanto à presença no fato, dos integrantes de um tipo penal) nem a outra qualquer característica do crime (Nota: esta corrente, adstrita a uma concepção psicológica da culpabilidade, negava distinção entre dolo e culpabilidade. O dolo era visto (assim como a culpa) como *espécie* de culpabilidade). — Distingua-se, aqui, entre *error facti* (que excluía o dolo) e *error juris* (sem qualquer significado excusante). Mas o *erro de fato* não se confundia com o hoje qualificado *erro de tipo*. — Abrangia toda equivocada cognição sobre situação de fato. Assim, tanto eliminava o dolo o ignorar o agente, no furto, o caráter alheio da coisa, como o supor, p. ex. na lesão corporal, que a pessoa contra quem investiu, ocasionando-lhe ofensa física, contra ele iniciava uma agressão, contra a qual se teria defendido (legítima defesa putativa). O erro de direito extra-penal era para todos os efeitos considerado erro de fato. — O erro de fato descaracterizava sempre o dolo. — Se esse erro fosse devido à imprudência ou desatenção do agente e relativamente ao ilícito perpetrado estivesse prevista punição para a forma culposa, receberia o agente a pena correspondente. De outro modo estaria isento de sanção.

Teoria estrita do Dolo — Ao dolo é absolutamente necessária a consciência *atual* da ilicitude do fato. — Quando falte, ficará o autor isento de pena, salvo se o desconhecimento se deveu a culpa e para o delito cometido preveja a lei punição a este título.

Teoria limitada do Dolo — Em regra acorde com a anterior, preconiza, entretanto, a punição do autor, *como se fosse autor doloso*, quando o desconhecimento, deste, do caráter antijurídico do fato praticado, só

se possa explicar por uma particular *inimizade ao Direito ou cegueira jurídica*. — Não se trataria de *ficção de dolo*. — Unicamente receberia o autor o mesmo tratamento penal do agente doloso.

Teoria estrita da culpabilidade — O dolo — dimensão subjetiva da ação e do tipo correspondente — não é componente da culpabilidade — Constitue característica desta (e não do dolo) a consciência da antijuridicidade do fato. — Para que se afirme, entretanto, o juízo reprobatório pessoal da culpabilidade, não é necessário demonstrar que o autor praticou o fato com *consciência atual* de seu caráter contrário ao direito. — Basta que tivesse podido aperceber-se desse caráter desvalioso. — Para a culpabilidade, enfim, é bastante a consciência *potencial* do caráter ilícito do fato. — Só o erro *inevitável* quanto à ilicitude afastará, pois, a culpabilidade. — Se ao autor era pessoalmente possível evitar esse erro; se foi este devido a desatenção ou imprudência, responderá o autor pela realização *dolosa* do fato, apenas possibilitando-se, ao aplicador, eventual atenuação da pena.

Teoria limitada da culpabilidade — Coincide, em linhas gerais, com a posição anterior. — Mas com uma importante ressalva:— quando o erro relativamente ao caráter antijurídico do fato radica na equivocada suposição de uma situação de *fato*, que se realmente existisse, legitimaria a conduta, tal ausente ou equivocada cognição deverá ser tratada como *erro de tipo* (aquele que se expressa no desconhecimento, por parte do autor, de que no seu fato concorrem todos os integrantes de um tipo penal). — Nesta hipótese, fica o dolo excluído.— Se o erro for devido à culpa e a punição para esta modalidade estiver prevista na lei, receberá o autor a pena correspondente.

- 19 — Revista de Legislação e Jurisprudência — Portugal — 67/3, 147 — Apud. J. Figueiredo Dias, “O Probl. da Consciência da Ilicidade em Direito Penal”, Coimbra, 1969, pág. 150.
- 19 — “Rechtsirrtum und Rechtsblindheit”— In Festschrift f. Kohlrausch — 1944, pág. 180 e segs.
- 20 — Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik — 1959 — Manifesta entretanto preferência pela primeira expressão Jimenez de Asua — “La ceguera jurídica y el remanente imputable”, in Estudos h. Nelson Hungria, cit. pág. 11.
- 21 — Die Normen und ihre Übertretung, vol. II, I parte, 3ª ed. pág. 283.
- 22 — Ética a Nicômaco — apud. Figueiredo Dias, ob. cit., pág. 179, nota 39.
- 23 — “Philosophie”, 1932, t. II, pág. 154 — apud. F. Dias, ob. cit. pág. 180, nota 42.

- 24 – Apud. Bettiol, “Diritto Penale”, 5ª ed. Palermo.
- 25 – TESAR – “Der symptomatische Verbrechensbegriff” in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, v. 29, pág. 85 (1909) – Kollmann – “Der symptomatische Verbrechensbegriff”, in ZStW – v. 28, pág. 463, (1908); *Grünhut* – Gefahrlichkeit als Schuld momente, Aschaffenburg – Testschrift, 1926, pág. 87.
- 26 – Kurzlehrbuch, cit., pág. 181, I.
- 27 – “Studien zun Taterstrafrecht – II – Lebensentscheidungsschuld” 1940.
- 28 – ZStW, 61, 170 – Sobre esta e ainda outras concepções em torno do conceito de culpabilidade referida à personalidade, cfr. Maurach – DEUTSCHES STRAFRECHT, ed. esp., 1962, II, pág. 82.
- 29 – Ob. cit. pág. 212 – Cfr., nesse mesmo loc., fecunda aplicação da noção de culpabilidade referida à personalidade à clarificação dogmática dos casos de *culpa inconsciente* e em oposição aos critérios da antiga *teoria da vontade* (Engelmann; Mezger) e da chamada *teoria da culpabilidade de sentimento* (Gefühlsschuld – de Exner e Engisch).
- 30 – Beleza Santos, “O conceito ético-jurídico...” cit., pág. 74.
- 31 – “Direlto Criminal”, vol. I, pág. 325 – ed. 1968, Coimbra – A esta obra, de que o presente trabalho é extremamente devedor, em todo o seu desdobramento, faremos remissões freqüentes e amplas.
- 32 – Cfr. Welzel, pág. 181 – ob. cit./Maurach, ob. cit. vol. I, pág. 292 .
- 33 – “Von Wesen des Täters”, Tübingen, 1922 – do mesmo: “Tattypus und Tätertypus”, in Zeit der Akademie für deutsches Recht, 1936 , pág. 360.
- 34 – Mesmo após o trabalho de *depuração* do velho código penal alemão, de 1871, realizado pela Comissão de Controle, expurgando dele os dispositivos de inspiração hitlerista, a partir da lei nº 1, de 20/set/1945, eis o peculiar enunciado que ficou mantido no parágrafo segundo, do art. 211, delimitador de um claro tipo de autor: assassino. “Parágrafo segundo: – É assassino todo indivíduo que mate um ser humano: – para satisfazer seus instintos homicidas ou sexuais, sua cupidez ou por quaisquer outros motivos vis; – dissimuladamente, cruelmente ou por meios que constituam perigo público; – ou para permitir a realização de uma outra infração ou para dissimulá-la.”
- 35 – No desdobramento lógico dessa posição – dirá Maurach – junto ao assassino, ao homicida, ao ladrão, ao estelionatário, começariam também a pulular figuras grotescas, como o *invasor de domicílio*, o *alte-*

rador de limites, o privador da liberdade, o que raiaria os limites do ridículo e configuraria uma pretensão impossível para as possibilidades de investigação criminológica — ob. cit., vol. cit., pág. 294.

- 36 — “Was Diebsthal ist — ensinará — sagt ja im Grunde, nicht das Gesetz, sondern das ergibt sich aus dem Wesen der Sache” — Que é o ladrão? É apenas aquele que “seinem Wesen nach, Dieb ist.
- 37 — “Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht” — in ZStW, B, 60 pág. 60.
- 38 — Ob. cit., vol. I, pág. 293.
- 39 — “I Limiti Taciti Della Norma Penale” — Palermo, pág. 70/71.
- 40 — Embora sob a forma restritiva preconizada por Gallas — “tipos de autores referidos a fatos” — Eduardo Correia atribui significação e atualidade para a noção aqui examinada. “De qualquer forma, porém — e isso queremos frisar —, o fato continuará, ainda, aqui, a ser como deve o necessário ponto de partida para a intervenção de sanções criminais” — Ob. cit., vol. I, pág. 198.
- 41 — Para Dahm “as unidades orgânicas em que se polariza a vida concreta do direito penal nos dão umas vezes a representação de certos *tipos de fatos*, outras vezes de certos *tipos de agentes*, aos quais haveria que referir o preceito legal na sua aplicação. O que, se por um lado conduz a uma extensão do campo de aplicação do preceito — que abrangerá não só as condutas nele descritas, como todas as semelhantes que sejam censuráveis segundo o “são sentimento do povo” — conduz, por outro lado a excluir daquele campo todas as hipóteses em que, existindo, embora, uma conduta subsumível ao respectivo tipo legal de fato, ela não tem, atrás de si, como seria indispensável à sua punibilidade, um tipo de agente que se adeque àquele que a intuição da essência das coisas fornece e a consciência popular reflete”. — “Der Tätertyp im Strafrecht” — 1940, pág. 27 e segs.
- 42 — Nos delitos de omissão impróprios — ensina Welzel — o próprio juiz, mediante uma complementação do tipo, tem que encontrar as características objetivas de autor. Do tipo legal dos delitos de comissão só pode depreender, de modo direto, a conduta típica (isto é, o evitar o resultado típico), em troca, as características do autor da omissão tem que elaborá-las por si mesmo. Os tipos dos delitos impróprios de omissão, por conseguinte, são apenas em parte tipos de formação legal e em parte, pelo contrário, de formação judicial (...) De qualquer maneira, o direito vigente dá ao juiz, pelo menos, pontos de referência típicos para a elaboração das características objetivas do autor de omissão. Tanto dos tipos em que se regulam legalmente delitos de omis-

são próprias (...) como dos tipos dos delitos especiais próprios, depende-se que só cabe em consideração como autor de omissão uma pessoa com poder de fato, que se encontre em estreita relação com o bem ameaçado, e que em razão dela deva cuidar do bem jurídico respectivo (...). Do direito escrito se depreende que só cabe em consideração como autor de omissão uma pessoa com poder sobre o fato, que esteja ligada com o bem jurídico ameaçado por uma relação de vida estreita e especial, da qual se constitui, essa pessoa, o *garantidor* da integridade do bem jurídico. Autor de omissão é só aquele que tem uma posição de garantidor efetiva a respeito do bem jurídico e nessa posição não evita o resultado típico, apesar de poder fazê-lo", (Ob. cit., pág. 288/9).

- 43 — Refere ainda Guarnieri invocações do conceito de tipo normativo de autor também a propósito da *tentativa* (em especial para clarificar a difícil questão do início do ato executivo), do concurso de agente no delito, etc. — "Il delinquente tipo".
- 44 — Ob. cit., pág. 320.
- 46 — "Das Schuld prinzip (1961), pág. 190.
- 47 — Ob. cit., vol. 1º, pág. 326 (2).
- 48 — Ob. cit., pág. 318.
- 49 — Ob. cit., pág. 320.
- 50 — Ob. cit., pág. 315.
- 51 — Manuale di Diritto Penale — P. Generale — 5ª ed., 1963, pág. 244.
- 52 — Pressuposto fático de toda imputação — disse Kohlrausch — é o *poder geral*, enquanto o poder individual se torna uma *ficção* necessária ao Estado.— À igual abstração objetivadora parece por vezes chegar Mezger, para quem, configura-se a culpabilidade quando ao agente pode ser formulada a censura de que "*mann hätte unter diesen Umständen anders handeln können*".
- 53 — Ob. cit., pág. 184, nota 51.
- 54 — Ob. cit., vol. I, pág. 330, nota 2.
- 55 — Relativamente a toda a síntese aqui apresentada, do pensamento de Eduardo Correia, cfr. diversos pontos de seu Direito Criminal cit., em especial vol. I, pgs. 63 e segs., 73, 322 e segs., 358 e segs., 417 e segs., etc.
- 56 — Cfr. nota nº 3.
- 57 — Seus componentes (da culpabilidade, numa concepção puramente valorativa) são pura valoração — dirá Maurach. Dentre estes "a imputa-

- bilidade contém o juízo sobre a *geral capacidade de motivação do autor*” — Deutsches Strafrecht, cit., vol. II, pág. 24 — E adiante: “A imputabilidade e o conhecimento do injusto não constituem atuais representações, mas *puras valorações*” (pág. 92).
- 58 — Nas hipóteses de imputabilidade diminuída — dirá — “a pena não varia, apesar de diminuir a culpabilidade; na hipótese do art. 20, *a*, apesar de não variar a culpabilidade, aumenta a pena” — Ob. cit., vol. II, pág. 122. — Sobre o tratamento penal que o Cód. de 1969 estatui para o delinqüente habitual, assim como para a categoria do delinqüente por tendência, cfr. pág. 66 e segs.
- 59 — Na verdade são diversas as soluções que nas várias legislações se dão às hipóteses de imputabilidade diminuída; ora possibilidade de não atenuação da pena — Cod. Penal alemão, art. 51, II; Cód. Penal Brasileiro de 1940, § único do art. 22; Cód. Penal Bras. de 1969, § único do art. 31 —; ora possibilidade de agravação — Cód. Penal português, art. 68 —; equiparação, em certos casos à verdadeira inimputabilidade — art. 18, do projeto Eduardo Correia para o Código Penal português; art. 94 § 2º, do Código Penal Brasileiro de 1969.
- 60 — Propõe Kurt Schneider — “Die psychopatischen Persönlichkeiten”, 9ª ed., 1950, (uma ampla categorização desses anormais psíquicos, arrolando os seguintes tipos: hipertímicos; depressivos; inseguros ou pouco confiantes em si; fanáticos; desejosos de consideração; lábeis; explosivos; abúlicos e astênicos).
- 61 — Trad. espanhola — 2ª ed. — Madrid — pág. 39.
- 62 — Pág. 53.
- 63 — Ob. cit., vol. I, pág. 360.
- 64 — Pág. 359.
- 65 — Cfr. Bettiol, ob. cit., pág. 351.
- 66 — “Estes psicopatas sofrem em regra de tal maneira a ação da pena — dirá Eduardo Correia — que toda a prevenção se realiza considerando a culpa referida ao fato” — Ob. cit., vol. cit., pág. 361.
- 67 — Oposta, porém, é a opinião de H. Mayer, para quem “parece injustificado que o Estado, descurando seu dever de prevenção da embriaguez, procure reprimir suas conseqüências adotando soluções que quebram o sistema do Código” — Strafrecht — Stuttgart, 1953, pág. 243.
- 68 — Numa *imputabilidade ficta* falam expressamente Frosali e F. Bricola — apud. R. Pannain, “Manuale di Diritto Penale”, P. Geral, 3ª ed., pág. 714.

- 69 — Trattato di diritto penale italiano, I, Turim, 1930, pág. 622.
- 70 — Instituições de Direito Penal, Max Limonad, ed. 1956, vol. 1^o, pág. 350.
- 71 — Em tese é concebível um erro justificado quanto ao caráter antijurídico do fato no agente embriagado, assim como em outro qualquer imputável — Mas, para isso, urge que tal erro não tenha derivado do estado anormal do agente, sendo antes um erro em que também teria incidido “O termo médio dos demais membros da coletividade” — (Cfr. Maurach, ob. cit., vol II, pág. 162). — Quando tal ocorra, ao agente evidentemente não será aplicada qualquer medida jurídico-penal.
- 72 — Recorde-se que as modernas investigações dogmáticas sobre a estrutura do fato culposo predominantemente identificaram a antijuridicidade deste na ausência daquele cuidado de que um autor prudente cercaria sua ação e necessário para evitar a produção de resultados lesivos típicos dela advindos e previsíveis segundo um juízo razoável — Cfr. Welzel, D. Penal, cit., pág. 188 e segs. e “Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigkeit Delikte”, Karlsruhe, 1961).
- 73 — Apud. Maurach, ob. cit., vol., cit., pág. 115.
- 73 — Ob. cit., vol. cit., loc. cit.
- 74 — Ob. cit., vol. cit., pág. 364.
- 75 — Por evidente, deixa-se de expressamente referir no texto que toda a fundamentação desenvolvida — feitas as convenientes adaptações — também se presta a legitimar a pena correspondente à perpetração dolosa do ilícito, aplicada ao autor ébrio a que se possa imputar uma *actio libera in causa culposa*.
- 75 — “Le Delinquant d’habitude en Droit Comparé”, no vol. “Delito e Personalität”, 5^o Curso Internacional de Criminologia, Giuffrè, Milão, 1955, pág. 375.
- 76 — “La Classification des Delinquants en Droit Comparé”, no vol. cit. na nota anterior, págs. 366 e 372.
- 77 — Cfr. trabalho de Herzog, cit., vol. cit., pág. 376.
- 78 — Cfr. Alberto R. de Souza — “Delinqüentes habituais e por tendência e o novo Código Penal Brasileiro”, in “Rev. de Jurisp. do T. J. do R. G. do Sul”, vol. 17, pags. 1/6.
- 79 — Ao novo diploma se poderá talvez formular a crítica de que havendo acolhido o critério que atribui importância menor à reincidência como requisito na configuração das aqui referidas formas incrementadas de criminalidade, mas, por outro lado, continuando a dar àquela a quali-

dade de circunstância *sempre* agravadora da pena (art. 56, I), consagrou idéias antinômicas e estatuiu diretrizes normativas que se atritam dentro do sistema.

- 80 — Sua redação na verdade se deve ao prof. Heleno Fragoso (no que respeita à Parte Geral) segundo este mesmo informa — Cfr. Rev. de Dir. Penal, vol. 4º — “Subsídios para a História do Novo Código Penal”, pág. 12.
- 81 — Antolisei, ob. cit., pág. 508/9.