

OBSERVAÇÕES SOBRE A CULPABILIDADE NA REFORMA PENAL PORTUGUESA

Prof. José Cirilo de Vargas

Professor Adjunto de Direito Penal da UFMG

O escrito que se segue não tem a intenção de se constituir em um estudo, ensaio ou apreciação crítica. É, apenas, uma apertada síntese do que pude ver e constatar, *in loco*, acerca da culpabilidade no Código Penal português de 1982, após seis anos de sua entrada em vigor, em 1º de janeiro de 1983.

A ressalva é necessária na medida em que qualquer tema sobre a culpabilidade poderia ocupar um investigador penal por vários anos, sem que, ao final se pudesse afirmar esgotado o assunto. Igualmente, está afastada a pretensão da originalidade, e tampouco me coloco a cavaleiro da crítica e da objeção.

Ainda que BETTIOL, ao estudar a teoria do fato punível, fale em “primado da antijuridicidade”, o certo é que nem mesmo a concepção normativa da culpabilidade pode ter-se por já concluída doutrinariamente.

A crise da culpabilidade ainda não se encerrou.

É sempre lembrado em Portugal um estudo feito pelo Conselho da Europa, cujas conclusões finais se contêm num relatório elaborado em 1980, pelo “Comité européen pour les problèmes criminels”. Pelo documento, verificou-se que o resultado do efeito da prevenção geral não tem sede apenas na existência das regras de direito penal e da ameaça das respectivas sanções. O mais importante, segundo a pesquisa, é a aplicação concreta da lei, através do efetivo funcionamento da justiça criminal. Além disso, pôs-se em dúvida que a severidade das penas e o “risco de ser descoberto” teriam um efeito prático de intimidação mais ou menos equivalente. O risco de ser descoberto, e **punido**, representa um papel muitíssimo mais eficaz na prevenção geral do que a severidade das sanções abstratamente estabelecidas.

O projetista EDUARDO CORREIA e o Ministério da Justiça não tinham apenas esse argumento contra a prioridade da prevenção geral, constantemente reclamada; consta que o Prof. CORREIA rebatia essas “investidas” mais duras com argumentos irrespondíveis: a adoção de penas mais severas envolvia a possibilidade de transformar o Direito Penal em direito de terror; nunca foi possível fixar com precisão o *quantum* intimidativo da pena; a abolição da culpa na fundamentação do direito penal tiraria dos aparelhos do Estado toda a legitimidade para punir; a culpa, partindo da dignidade humana, por imperativo constitucional (art. 1º), terá de ser sempre o fundamento e o limite da pena.

Felizmente, pude constatar naquele País um grande orgulho nacional pela sua Carta Política, e bem assim pelos reflexos que ela joga sobre o ordenamento jurídico como um todo, e sobre o Direito Penal em particular.

Notei, nos meios acadêmicos e forenses, uma forte tendência em considerar que a dogmática da Parte Geral do novo Código é muito mais uma dogmática “de consenso”, do que uma dogmática “de conflito”, e que os reformadores não receram confrontar-se com a modernidade ou mesmo a originalidade de qualquer outra reforma penal no Ocidente. Acreditam os Doutores, e a “inteligência” de modo geral, que a Reforma se orientou propositadamente num sentido aberto e, não, conflitante, não restando, por isso, espaço para correntes doutrinárias vencedoras e/ou vencidas, a tal ponto de não impedir, mas, antes, fomentar uma livre evolução da dogmática e da teoria geral do crime, sem que, por aquela circunstância, ter o Código de pagar o preço da imprecisão ou da insegurança de aplicação no dia-a-dia.

Orgulham-se os Doutsos em ver a culpabilidade ligada à Constituição democrática do Estado, encontrando-se nela o seu fundamento. Quando os Reformadores enjeitaram construir um “modelo” de culpa à luz de considerações estritamente preventivas, evitaram que, por essa via, desaparecesse a exigência de um momento ético na culpabilidade, através do qual esta se liga à liberdade do cidadão delinqüente.

Não se perdeu de vista a nova compreensão das mútuas relações entre a política criminal, a dogmática e o sistema; nova compreensão esta que confere à política criminal uma posição de autonomia e, muitas vezes, de transcendência em face da dogmática e do sistema, tornando-a competente para demarcar, em última análise, os limites da punibilidade. Sob esse enfoque, acharam não mais fazer sentido a manutenção de um conceito de culpa que não fosse traçado em termos tais que respondessem às exigências fundamentais da política criminal. Aliás, de par com esse pensamento foi a participação do eminente Prof. FIGUEIREDO DIAS, nas Jornadas Luso-Brasileiras de Direito Comparado, reunidas em Belo Horizonte, em setembro de 1987.

Sem faltar à verdade do que pude ver e sentir, evidentemente num plano político, ideológico, cultural e geográfico bem mais próximo de Estados Nacionais que já se encontram em estágios de civilidade notavelmente superiores à imensa maioria de Países que ainda lutam até mesmo contra a fome, posso concluir: no Direito Penal português de hoje, à luz do valor jurídico-constitucional da garantia da dignidade humana, não resta alternativa para se medir a pena senão pela culpa *provada*; por uma culpa que contenha um elemento ético que seja limitador das exigências até mesmo da política criminal preventiva; e que seja um elo inquebrantável, por meio do qual deite raízes no solo da Constituição democrática do Estado.

Seguem-se alguns pontos específicos, já regulados pela lei em vigor, nos quais, por mais de uma vez, consigno ponto de visto próprio que, calculo, não representa qualquer modalidade de reparo aos dois grandes inspiradores da Reforma: EDUARDO CORREIA e FIGUEIREDO DIAS.

1. Sem o menor intuito de pretender relegar a plano secundário a cultura jurídico-penal portuguesa (tarefa que, de resto, não seria fácil), ousou afirmar, contando com apoio até mesmo de certos setores doutrinários de lá, que, quer no sistema, quer na redação dos artigos, o CP de 82 constitui-se em grande parte numa versão do CP alemão de 75. Com efeito. Nota-se claramente que o Reformador não partiu do diploma português de 1886 para reformá-lo, mas diretamente do projeto alemão, para adotá-lo ou adaptá-lo. As grandes soluções são as mesmas, num sistema e noutra. Não é novidade para ninguém a enorme e, por que não dizer, benéfica influência do Direito germânico na península ibérica.

2. Seguindo a generalidade das codificações penais modernas, o CP português declara, em seu art. 13º, que “só é punível o fato praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos em lei, com negligência”. Desse modo, continua sendo consagrado o princípio de que a punição só terá lugar quando houver censura da ordem jurídica referida ao agente pelo fato que praticou. Na Lei, na doutrina e na Jurisprudência a culpabilidade é pressuposto e fundamento indeclinável da responsabilidade penal: em qualquer Órgão Judicial português o assunto não é passível de discussão. Parece ser assente também que o chamado livre arbítrio é o fundamento da culpabilidade. A liberdade da vontade ganhou definitivos foros de cidade. Com efeito. Do ponto de vista ético, só se pode censurar alguém quando, tendo a liberdade de atuar de acordo com o dever, age contrariamente a este. Aí, como última *ratio*, reside a culpabilidade.

3. O dolo e a negligência (arts. 13º, 14º e 15º) aparecem como as duas formas básicas de culpabilidade. Na esteira da Doutrina que se formou à luz

do Código de 1886, contemplam-se três formas de dolo: direito, necessário e eventual (art. 14º); dolo eventual, na hipótese de a realização de um fato típico for representada como conseqüência **possível** da conduta; dolo necessário, como conseqüência **necessária** da conduta.

Não houve qualquer dificuldade prática nos Tribunais, até porque as linhas mestras da Reforma já estavam cristalizadas na doutrina de EDUARDO CORREIA e de FIGUEIREDO DIAS, os quais, por sua vez, são de formação cultural essencialmente germânica.

Pelo próprio sistema do Código, sem necessidade de recurso aos Autores, pode-se afirmar que a ocorrência de certas circunstâncias determina a exclusão do dolo: a) inimputabilidade; b) inexigibilidade de conduta diversa; c) falta de consciência da ilicitude **não censurável**; d) erro sobre as circunstâncias do fato. Prosseguindo na linha de pensamento, outras situações há que, sem exclusão do dolo, **atenuam** a culpabilidade: a) erro censurável sobre a ilicitude; b) excesso de legítima defesa; c) estado de necessidade exculpante, quando a inexigibilidade for apenas parcial: o bem jurídico posto a salvo é de menor valia que o sacrificado e, portanto, era exigível comportamento diferente.

Como não poderia deixar de ser, a punição a título de negligência é excepcional. Nas alíneas **a** e **b**, do art. 15º, estão previstas a negligência consciente e a inconsciente, sem qualquer novidade doutrinária e sem oferecer dificuldades na prática dos Tribunais. O que, de fato, se coloca em causa é um critério subjetivo e concreto, que deve partir do que seria razoavelmente de se esperar de um homem com as qualidades e capacidades do agente.

4. Destinando-se a banir do Direito Criminal vestígios de responsabilidade objetiva, ou sem culpa, lo art. 18º exige que o resultado mais grave possa ser imputado ao agente pelo menos a título de negligência. É princípio de ordem geral, consagrado hoje mundialmente. Mas o que me pareceu mais importante para afastar, ou, quando nada, para dificultar a punição sem culpa é a expressa consagração, no art. 10ª, da doutrina da causalidade adequada (no CP brasileiro adota-se a teoria da “conditio”, com os seus naturais alargamentos em prejuízo da segurança jurídica e das franquias democráticas). Mais certo que assim se pense e se **decida**: uma condição, ou causa, que não seja adequada à produção do resultado, não pode ser levada em consideração, para os efeitos da *imputatio facti*; e, falhando essa, não há que se passar adiante e investigar a ocorrência da *imputatio iuris*, ou culpabilidade (desde v. LISZT que essa é uma verdade axiomática). Está claro que se trata de questão elementar na teoria do crime, que nem mesmo os menos avisados desconhecem. Contudo, é bom frisar, a aplicação do princípio de que o resultado, **qualquer resultado**, só pode ser juridicamente imputável a quem agiu

pelo menos com negligência, é questão diretamente ligada a um autêntico Direito Penal da culpa, o qual, por sua vez, se assenta em postulados de contemporaneidade. Nesse passo, o fim do obscurantismo político banido pela chamada “Revolução dos Cravos” colocou a ordem jurídica portuguesa de par com os mais avançados sistemas penais europeus; em boa hora.

5. A responsabilidade penal continua se iniciando aos 16 anos. Acredita-se que a fixação dessa idade constituiu-se em algo de arbitrário, porque bem poderia ser 15, ou 17 ou 18 anos. Realisticamente, porém, não há como discutir. Declarados absolutamente inimputáveis em razão da idade, mesmo que pratiquem um fato típico e ilícito, os menores de 16 anos encontram-se fora do Direito Penal, e apenas poderão ser-lhes aplicadas medidas pedagógicas, sujeitos sempre à jurisdição dos Tribunais de Menores. Assim sendo, os jovens delinquentes, com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos, têm o tratamento especial constante do Decreto-lei 401, de 23 de setembro de 82. A razão de ser dessa inimputabilidade deriva de um critério puramente biológico, sem considerações outras. Diferente se dá com a inimputabilidade em geral: “é inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, é incapaz, no momento da prática do fato, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação”, estabelece o art. 20º, I. Adotaram-se os dois critérios clássicos: o biológico (anomalia psíquica) e o psicológico (incapacidade de avaliação e de determinação). No campo médico-científico ainda não está pacificada a questão terminológica: alienação mental, loucura, distúrbios da consciência, doença mental, anomalia psíquica, etc; cada corrente psiquiátrica reivindicando a expressão reputada mais exata.

Se a anomalia psíquica não suprimir de todo a capacidade de avaliar (capacidade intelectual) e de querer (capacidade volitiva), ainda assim **pode** o agente ser declarado inimputável.

Quer como pressuposto, quer como elemento da culpabilidade, o fato é que o inimputável fica isento de pena, por ausência de censura de sua conduta. Declarado não culpado, o inimputável fica sujeito, no entanto, às medidas de segurança, numa solução também adotada pela Reforma brasileira. Louvável é ter sido abolida a imposição das medidas aos imputáveis.

Ao exame de dois acórdãos do Supremo, um da Relação do Porto, um da Relação de Coimbra e três da Relação de Évora, constata-se uma severidade excessiva na declaração de inimputabilidade: casos de epilepsia não levam à inimputabilidade (Relação de Coimbra, em 4-4-84; Supremo, em 4-7-84); oligofrênico com idade mental em torno de seis anos foi condenado por homicídio qualificado (Supremo, em 21-2-85); uma psicopatia determinou a aplicação de uma pena mais grave, “especialmente quando o ato ilícito do

psicopata se traduza em manifestação de brutalidade ou crueldade ou perversão moral” (Relação de Évora, em 26-6-84).

6. Sendo o erro um conhecimento falso da realidade, segue-se que ele é o reverso da consciência; e esta, mais a vontade, são os elementos da própria “vontade culpável”. Fala-se em erro censurável e não censurável; erro desculpável e não desculpável; erro vencível e invencível (de uso comum na tradição latina, e de que se serviu a Doutrina brasileira durante largo tempo, principalmente na obra de HUNGRIA). Em rigor de lógica, o erro invencível (ou não censurável) exclui toda a reprovabilidade: o dolo e a negligência, enquanto que o vencível, ou censurável, exclui apenas o dolo, remanescendo a negligência. Tal solução foi adotada apenas quanto ao erro sobre circunstâncias do fato (ou erro de tipo), art. 16º, 1, 2 e 3. Já em relação ao erro quanto à ilicitude, exclui-se **toda** a culpabilidade, se invencível o erro; mas, se censurável (e aí é que não se compreende a solução legal, que é idêntica no Brasil, em Portugal e na Alemanha Federal), o agente responderá por dolo, com atenuação apenas facultativa da pena (art. 17º, 1 e 2). A contradição, do ponto de vista lógico, é manifesta, porque, em última análise, diferença alguma existe nas duas modalidades de erro, de tipo e de proibição. Aliás, o erro é sempre um só. Errar é representar-se em desconformidade com a realidade, seja essa qual for. A solução portuguesa, alemã e brasileira inspirou-se na chamada teoria limitada da culpabilidade, em oposição à teoria extremada (ou estreita) do dolo, segundo a qual só haverá culpabilidade dolosa em face de efetiva consciência da ilicitude (entre outros, são seguidores desta teoria: CUNHA LUNA, BAUMANN, BINDING, NAGLER e MEZGER).

Ainda no setor do erro de tipo, contemplou-se a hipótese que na Doutrina brasileira é chamada “discriminante putativa”: o erro recai sobre “um estado de coisas” (a circunstância justificativa) que, se efetivamente existisse, se fosse real e não apenas erroneamente suposto, justificaria o fato (art. 16º, 2).

7. No correr desta deliberadamente brevíssima apreciação técnica, que não tem o aprofundamento científico que a questão da culpabilidade exige e requer, pois que se trata de um tema da dogmática acerca do qual ainda não se pacificaram as opiniões e tendências, foram tocados, ainda que por alto e numa perspectiva descompromissada, os três pontos de vista substanciais em função dos quais a culpa do agente pode ser excluída: a) o da inimputabilidade; b) o da inexigibilidade de conduta diversa; c) o da falta de consciência da ilicitude **não censurável**. Sobre a inimputabilidade e a falta da consciência da ilicitude não censurável, resta apenas enfatizar que não se pode falar em culpabilidade dolosa prescindindo da efetiva consciência do ilícito, como ele-

mento “emocional”, que vem acrescer ao conhecimento do fato e à vontade de praticá-lo.

Assim, o que por derradeiro se impõe é uma palavra sobre a inexigibilidade.

8. Deve-se ter por assente que a Reforma portuguesa não reconheceu na inexigibilidade um valor **geral** desculpante, que levaria o juiz a absolver sempre que se comprovasse que, na situação em que o agente atuou, dele não era exigível outro comportamento. Antes, isto sim, a Reforma adotou esta postura desculpante em concretos e específicos tipos, de tal sorte que apenas nesta medida pode o juiz reconhecer valor exculpante à inexigibilidade. Tais situações, fundadas na inexigibilidade, são: a) excesso de legítima defesa astênico, isto é, nos termos do art. 33º, 2, “se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto não censuráveis” (a lei não fala em exclusão da culpa; simplesmente declara não punível o agente. Mas o que se exclui, evidentemente, não é a ilicitude, mas a culpa).

A concretização mais importante, extensa e freqüente da cláusula em exame encontra-se no estado de necessidade desculpante (que o Código brasileiro desconhece), regulado no art. 35º: o agente atua sem culpa se praticar um fato ilícito adequado a afastar um perigo atual, não removível de outro modo, que ameaça a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do próprio agente ou de terceiro.

Outra situação, prevista no art. 37º, de exclusão da culpa, com fulcro no mesmo fundamento, é a da “obediência indevida desculpante”: “age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas”. Existe aí um inegável componente também de erro: o funcionário cumpre a ordem **supondo** que a mesma é lícita e, por consequência, se impõe à obediência.

Na consciência do funcionário a ordem é devida, mesmo porque, na esfera da Administração Pública, o dever de obediência se restringe, como é óbvio, à prática de atos lícitos.

Finalmente, nunca é demais pôr de relevo que o espírito do novo Código, refletindo a consciência popular pós-obscurantista da sombria época da ditadura salazarista, só admite que alguém seja considerado culpado quando dispõe de liberdade.

E aqui volto ao princípio: a crise da culpabilidade ainda não se encerrou.