

A Culpabilidade

EVERARDO DA CUNHA LUNA

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife — UFPE.

1 — Os elementos do crime classificam-se em elementos objetivos e elementos subjetivos. Binômio tradicional, enriquecido pelas conquistas da dogmática jurídico-penal italiana do século passado, corresponde às distinções simples e profundas de corpo e alma, matéria e forma, físico e psíquico, que, enraizadas na tradição cultural do Ocidente, remontam ao perene do pensamento helênico. Em que pese a ter sido substituído por classificações tricotômicas, criadas pela doutrina alemã e difundidas pela doutrina de línguas ibéricas e por autores italianos modernos, o tradicional binômio vem sendo mantido, na Itália, e também na Alemanha, sempre revitalizado e aberto às inovações sociais e científicas.

Os elementos objetivos, ou, numa palavra, o fato, a fatualidade, precedem, na ordem lógica e dogmática, aos elementos subjetivos, ou seja, a culpa, a culpabilidade. A precedência dos elementos subjetivos, preconizada, na Itália, pela voz isolada de Pagliaro, (1) resulta da confusão, a que não escapou o penalista italiano citado, entre a ordem lógica e a ordem genética. Geneticamente, não há dúvida, a precedência cabe aos elementos subjetivos. Para a investigação, porém, desses elementos subjetivos, tem-se de seguir os caminhos do pensamento, cuja direção natural é ir às raízes, às origens e às fontes, e não vir ou provir dessas raízes, fontes ou origens. É o mesmo que acontece entre o conceito e a

(1) Antonio Pagliaro — "Principi di Diritto Penale, Parte Generale", Milano, 1972, 269.

História; para fazer-se a história de alguma coisa, é necessário, logicamente, que se tenha feito, antes, o conceito dessa coisa.

Fato e culpa apresentam-se, na realidade jurídica do crime, dentro das palavras da lei. Na expressão legal do crime, ou tipicidade, expressa-se a sua contrariedade ao Direito, ou antijuricidade. O crime, considerado como um todo, é, a um tempo, fato e culpa típicos, fato e culpa antijurídicos. A fatualidade e a culpabilidade resultam de uma análise; a tipicidade e a antijuricidade, puras relações jurídicas, constituem uma síntese. Análise de uma realidade humana concretamente indivisível; síntese de uma realidade social e de uma figura legal.

De um lado, o fato e a culpa na realidade social ou histórica: **A**, por exemplo, mata **B**. De outro lado, o fato e a culpa na descrição da lei: **matar alguém**. A concepção de que a lei, através dos tipos legais ou penais, abrange todos os elementos do crime, objetivos e subjetivos, tem sido combatida por um grande número de autores. Uma das objeções aos tipos penais, assim concebidos, fundamenta-se em que, dentro deles, a realidade do crime fica empobrecida, torna-se pálida figura de uma realidade que contém todas as riquezas das realidades humanas. Para responder-se, com segurança, a essa objeção, não é preciso apelar para a extensão e o conteúdo das normas da Parte Geral do Código Penal, que são como que um desdobramento dos tipos penais da Parte Especial: basta dizer que cada crime praticado verificou-se num mundo complexíssimo de circunstâncias e que as circunstâncias não estão alcançadas pelas figuras penais incriminadoras. Outra das objeções funda-se em que, sendo a antijuricidade uma **qualidade** do fato típico, não pode estar contido no tipo penal. Responde-se que tal impossibilidade só existe quando se distinguem duas relações: a antijuricidade formal e a antijuricidade material. Considerando-se, porém, o **formal** e o **material** como aspectos de uma só relação — a antijuricidade —, a pretensa impossibilidade deixa de existir. Podem-se admitir as duas relações quando se considera uma ordem jurídica legislada frente a uma ordem jurídica ideal: dentro dessa perspectiva, que remonta a Platão, a frase de que **o ilícito não é ilícito por ser proibido, mas proibido por ser ilícito**. Dentro da ordem jurídica legislada, porém, não há **prius**, nem **posterius**, porque **o ilícito é o proibido e o proibido é o ilícito**, surgindo a **punibilidade** como a relação de adequação entre o fato e a sanção penal, complemento necessário, esta, da descrição típica. Assim, em vez da trilogia **tipicidade — antijuricidade formal — antijuricidade material**, a trilogia constituída por estas três relações: **tipicidade — antijuricidade — punibilidade**.

Analisado em sua fatualidade e em sua culpabilidade, e sintetizado em sua tipicidade e em sua antijuricidade, o crime, assim juridicamente concebido, está inteiramente penetrado de valores, na formação, desen-

volvimento e termo dos conceitos, (2) não se podendo, por isso mesmo, compreendê-lo em uma imaginária pureza, isenta de valorizações, seja qual for o momento, à maneira das ciências causais explicativas e principalmente das ciências formais. O Direito é a matemática das ciências sociais, pode-se dizer, como também se pode dizer que o Processo é a matemática das ciências jurídicas. Figuras literárias, porém, que podem encerrar uma verdade, mas verdade literariamente concebida.

2 — Núcleo do tipo penal objetivo é a ação, manifestação externa da vontade culposa. Investigações aprofundadas têm sido feitas, na Alemanha, sobre a natureza da ação. Concepções valiosas, sem dúvida, têm resultado dessas investigações. Valiosas principalmente porque cada uma delas, encarando a ação sob prisma especial, sob esse ou aquele aspecto menos conhecido, menos estudado, cada uma delas com os seus acertos e com a crítica provocada por suas insuficiências, seus erros e equívocos, vem enriquecendo a doutrina penal, e contribuindo, pelo menos indiretamente, para o aperfeiçoamento da prática penal e da aplicação da justiça punitiva.

Podemos distinguir, com Arthur Kaufmann, quatro teorias fundamentais sobre a ação, e, dentro de cada uma delas, uma seleção de autores que imprimem o traço pessoal à orientação genericamente considerada. São elas a teoria causal, a final, a sintomática e a social, que correspondem, respectivamente, segundo Arthur Kaufmann, ao homem considerado como matéria, vida, alma e espírito. Na teoria causal, citam-se V. Liszt, Belling, Radbruch, Schroenke, Mezger, Schroeder, Baumann e Blei; na teoria final, Welzel, Helmuth V. Weber, Maurach, Niese, Richard Busch, Schaffstein, Stratenwerth, Armin Kaufmann e Gallas; na teoria sintomática, Kollmann e Tesar, e, na teoria social, Eberhard Schmidt, Hellmuth Mayer, Engisch, Sauer, Richard Lange, Maihofer, Bockelmann, Jescheck, Wuertenberger, Oehler, Roxin e Ernst A. Wolff. Depois de estudar e de fazer a crítica de cada uma dessas teorias, Arthur Kaufmann, como síntese, propõe uma teoria que abarque o homem como matéria, vida, alma e espírito. Teoria que denomina de "ação pessoal". (3)

A nosso ver, a ação, dentro do Direito Penal, aproveitando as concepções filosóficas e os dados das ciências físicas e naturais, bem como da psicologia e da sociologia, deve ser concebida juridicamente, ou seja, do modo como é normativamente tratada por uma ordem jurídica estabelecida. A teoria causal não a esgota — veja-se o exemplo da omissão —, como não a esgota o finalismo — veja-se o exemplo da culpa no sentido estrito. Contra a teoria finalista, cujas influências já se fazem sentir

(2) Ch. Perelman e L. Olbrechts — *Tyteca* — "Traité de l'Argumentation — La nouvelle rhétorique", 2e édition, Bruxelles, 1970, 100.

(3) Arthur Kaufmann — "Schuld und Strafe-Studien zur Strafrechtsdogmatik", Carl Heymanns Verlag KG, 1968, 39-68.

na bibliografia nacional, (4) não queremos repetir as objeções já tantas vezes lançadas no campo da doutrina jurídica. Limitamo-nos a afirmar que as ações humanas nem sempre se dirigem a um fim determinado, e, em favor da afirmativa, lembramos os exemplos, oferecidos por Sorokin (baseado na obra do filósofo do direito russo Leo Petraijtsky, **Teoria, prova i morali**, San Petersburgo, 1910, vol. II, páginas 430 e seguintes), do alcoólatra, do glutão, do dissoluto e do combatente, que agem contrariamente a seus louváveis propósitos ou fins. (5) E, na trilha desse pensamento, acrescentamos que, se todas as ações se propusessem um fim determinado, os homens nunca diriam a verdade pelo amor da verdade e nunca dariam o amor pela verdade do amor.

Dentro do conceito de ação está a omissão. As dificuldades para considerar a omissão como ação surgiram com as limitações próprias da teoria causal, e, depois, permaneceram com as limitações próprias de outras teorias. A omissão, como a ação, ao contrário dos objetos, que se limitam a uma existência espacial, projeta-se no tempo (6) e não pode ser reduzida a um puro fato naturalista. Ação e omissão são realidades humanas, e toda a omissão converte-se, logicamente, em uma ação, porque negar uma **posição** é torná-la indefinida e aberta para uma **nota positiva a, b, c, d** etc. Uma das notas positivas **a, b, c, d** etc., pode ser contrária, diversa ou estranha à **posição**. (7) Assim, no exemplo clássico, "não alimentar o próprio filho", tem-se a negação da posição "alimentar o filho", posição esta que, uma vez negada, tende para uma das inúmeras notas positivas **a, b, c, d** etc., que é, justamente, no campo do Direito Penal, "matar alguém", ou seja, "matar o próprio filho". Como poderia ser, no campo da dieta terapêutica, "recuperar a saúde do próprio filho"? Mas a omissão, além de converter-se, logicamente, em uma ação, surge, na realidade humana, como uma ação. A nosso ver, a omissão é uma ausência e a ausência é uma realidade. Assim, no exemplo de Sartre, se espero encontrar a Pedro num café e não o encontro, a ausência de Pedro surge como um acontecimento real concernente ao café. (8)

A ação e a omissão podem ser causa de um resultado, o que acontece nos chamados crimes materiais. A causalidade, na omissão, é também uma realidade (logicamente, "não impedir um resultado" converte-se em "causar um resultado", e projeta-se também no mundo real da ausência), e, embora não seja uma categoria do "ser físico", não pode redu-

(4) Luiz Lúisi — "O tipo penal e a teoria finalista da ação", Porto Alegre, sem data.

(5) Pitirim A. Sorokin — "Sociedad, Cultura y Personalidad — Su estructura y su dinamica — Sistema de sociología general", traducción del inglés por Anibal del Campo, revisado por José Rovira Armengol y supervisado por Jose Maria Bolaño, Aguilar, Madrid, 1962, 66-70.

(6) Louis Lavelle — "Traité des Valeurs, tome premier Théorie générale de la valeur", Paris, 1961, 358.

(7) Juan Zaregüeta — "Curso de Filosofía", I, Madrid, 1968, 18 a 32.

(8) Jean-Paul Sartre — "El ser y la nada — Ensayo de ontología fenomenológica", traducción de Juan Valmar, tercera edición, Buenos Aires, 49.

zir-se a uma pura categoria do pensamento. Relação entre duas realidades, a realidade da ação ou da omissão e a realidade do resultado, a causalidade, como o resultado, figura entre os chamados elementos objetivos especiais do crime.

3 — Núcleo do tipo penal subjetivo é a vontade culposa, ou seja, a culpabilidade. Investigações, que remontam ao direito canônico e ao direito romano, confluíram pela fundamentação da culpabilidade no fenômeno psicológico da vontade. Com efeito, não se pode prescindir da vontade no conceito de culpabilidade, porque a culpabilidade é, ao mesmo tempo, qualificação da vontade e relação da qual a vontade é, precisamente, um dos termos relacionados. Qualificação da vontade, porque esta é o substantivo de que se adjetiva de culpa, e relação substantiva, porque a culpabilidade é o nexu que lega a vontade ao fato objetivamente praticado. Assim, a vontade externada na ação constitui a síntese que se denomina culpabilidade.

Por ser qualificação e relação subjetiva, tradicionalmente se diz que a natureza da culpabilidade é psicológica. Falou-se e continua-se falando, na doutrina, de uma concepção psicológica da culpabilidade, o que tem gerado equívocos e desencontros, desencontros e equívocos que se tornaram insuportáveis com o advento e desenvolvimento da chamada concepção normativa da culpabilidade.

Quando se afirma que a culpabilidade é psicológica, está-se a dizer, simplesmente, que ela não é concebível sem o concurso desse fato psicológico que se chama vontade. Eis o essencial. Não se nega, nem podia negar-se, o necessário e complexo tratamento jurídico ou normativo da vontade, porque, de outra forma, não teríamos, na culpabilidade, uma realidade do Direito, a não ser que, erroneamente, se concebesse o jurídico como uma simples etiqueta de fatos empíricos, criando-se, dessa forma, uma espécie de absurda ordem jurídica naturalista. A culpabilidade, pois, por ser psicológica, não se limita a psicologismo, e a sua essência jurídico-normativa tem o poder de distingui-la de outras ordens normativas, como a moral e a religiosa, não se devendo confundir, em que pese a existência de caracteres comuns, a culpa jurídica com a culpa moral ou a culpa religiosa. Da culpabilidade, assim como da ação, só se pode falar, com propriedade, e para evitar mal entendidos, de uma concepção jurídica, ou melhor, de uma concepção jurídico-penal. Assim, **conceito** jurídico-penal da ação, **conceito** jurídico-penal da culpabilidade.

Concebida jurídico-penalmente, a culpabilidade é conhecimento e vontade definidos e limitados na lei. Assim, por exemplo, a vontade de quem, por doença mental, não é capaz de entender o caráter criminoso do fato, não é uma vontade culposa. Sê-lo-ia, em alguns casos, pelo menos, na ordem costumeira, na ordem moral, na ordem religiosa? Por

outro lado, quem não padece de uma doença mental e pratica um crime, será sempre culpado em outras ordens normativas? Ou ainda: em outras ordens normativas, só isenta de culpa a incapacidade de entender o caráter criminoso do fato por doença mental?

Como os valores jurídicos conduzem à esfera espiritual das significações, também não se pode conceber a culpabilidade sem o pressuposto da liberdade. Agir culposamente é agir livremente. Liberdade, cujas raízes são filosóficas e cujos limites são jurídicos, normativos. Em face de uma culpabilidade assim concebida, como insistir-se em concepção psicológica, ou melhor, psicologista?

A chamada concepção normativa da culpabilidade é a concepção dominante na Alemanha, na península ibérica e nos países ibero-americanos. Transcendendo os limites impostos pela lei, a concepção normativa parte dos pressupostos legais e dá, às chamadas "circunstâncias concomitantes ao fato", uma desmedida extensão, a ponto da culpabilidade tornar-se um resultado da apreciação judicial. Não impunemente foi dito que a culpabilidade, como juízo de censura, está na cabeça do juiz e não do culpado. É uma concepção praticamente perigosa, porque ela mesma corre o perigo de oscilar entre a arbitrariedade, que seria a antijuricidade do magistrado, e a graça, que compete à indulgência soberana, e não ao juiz. Para a concepção normativa, parece, o Código Penal não é um critério, mas um ponto de partida.

Observa Enrique Gimbernat Ordeig que os pressupostos, que servem de base à doutrina normativa da culpabilidade, devem ser rechaçados, uma vez que o juízo pessoal de censura requer, para poder ser pronunciado, que o juiz chegue a constatar que o sujeito havia sido capaz de atuar de maneira diferente a como atuou, ou seja, a constatar o livre arbítrio concreto de uma pessoa determinada, tarefa essa que, cometida pela doutrina normativa ao magistrado, excede o limite das possibilidades humanas. (9)

Há, sem dúvida, um defeito essencial na concepção normativa quando pretende conhecer o caso concreto diretamente. Sabe-se que não existe ciência do particular. Os casos particulares são conhecidos através de princípios, de normas, de regras, de tipos, de generalizações enfim. Querer conhecer o livre arbítrio concreto de uma determinada pessoa é como querer conhecer a personalidade concreta dessa pessoa. É querer fundar uma ciência para dissecar "La Divina Commedia", ou o "Don Giovanni". Fora do "conhecimento poético", ou seja, o conhecimento expresso pelo poeta em sua poesia, não há ciência do particular. Por sua vez, o chamado "conhecimento existencial" é mais um complexo de sentimento e intuição do que propriamente um conhecimento.

(9) Enrique Gimbernat Ordeig — "El sistema del Derecho Penal en la actualidad", in *Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1973.

Desse modo, vê-se que tal doutrina, ineficaz na prática judicial, tem um valor principalmente teórico, valendo, também, **de lege ferenda**, como fonte de política criminal, para as reformas penais. A acolhida, por exemplo, no Código Penal Brasileiro de 1969, do estado de necessidade exculpante — que já penetrou na bibliografia nacional — ⁽¹⁰⁾ foi inspirada pelo normativismo. A concepção normativa, tem, também, o mérito de contribuir para o aprofundamento do estudo das circunstâncias e da personalidade humana, bem como das causas excludentes da antijuricidade e da culpabilidade.

4 — Independentemente das disputas doutrinárias, podemos considerar a imputabilidade, ao mesmo tempo, como pressuposto e elemento da culpabilidade. Pressuposto da culpabilidade porque, sem ela, não se pode fazer o juízo da culpabilidade, e elemento, porque constitutiva das duas formas ou espécies culposas, que são o dolo e a culpa no sentido estrito.

Deve-se acentuar que a imputabilidade não é um estado, uma situação, uma qualificação comum a todos os homens que não foram declarados inimputáveis. A imputabilidade é, precisamente, um dos momentos da ação praticada, do crime cometido, tendo, por consequência, uma natureza dinâmica. ⁽¹¹⁾ Ninguém se pode dizer imputável ou inimputável a não ser quando responde pela prática de uma ação relevante para o Direito Penal. E, como consequência, sendo a imputabilidade momento de uma dinâmica, uma pessoa que foi considerada imputável no momento preciso da prática de um crime poderia não o ter sido, se a prática do crime tivesse sido verificada um momento antes ou um momento depois daquele em que o crime foi realmente praticado. Em síntese: só é imputável aquele a quem se pode imputar, em concreto, a prática de um crime.

A tendência para considerar a imputabilidade como um estado tem origem, talvez, no fato de que ela não é, propriamente, uma qualidade do autor, mas uma qualidade do ato. Como, pelo uso da linguagem, a qualidade, que era do ato, passou a ser do autor, o dinâmico do ato foi substituído pelo estático do autor. Como se sabe, o ser, que é o autor, é percebido estaticamente, enquanto o ato, que é ação, é percebido dinamicamente. Desse modo, imputável não é o ser simplesmente, mas o ser como autor, ou seja, o autor no momento exato em que pratica o crime.

O sistema de causas excludentes da imputabilidade, ou causas de inimputabilidade, no Código Penal de 1969, oferece muitos flancos à crítica, e isto porque o nosso legislador, na matéria agora tratada, fez-se

(10) Miguel Reale Junior — "Dos Estados de Necessidade", São Paulo, 1971.

(11) Everardo da Cunha Luna — "Categorias Jurídico-Penais", In *Justitia*, vol. 44, São Paulo, 1964, 19.

muito distante dos progressos da doutrina jurídica e da ciência criminológica. Um Código Penal, que deve alicerçar-se no passado, é feito não só para o presente como também para o futuro — fidelitas. Seria ocioso repetirmos, aqui, as críticas, já tantas vezes lançadas e nunca escutadas, ao tratamento que o Código Penal de 1969 dá à embriaguez, à grave perturbação da consciência e às graves anomalias psíquicas. (12) Basta-nos dizer que, estando o novo Código Penal ainda em período de revisão, poderão os nossos legisladores diminuir-lhe a severidade com que trata o problema em questão, para o que dispõem, como excelente material e fonte de estudo, do "Código Penal Tipo para Latinoamérica", e do Código Penal Alemão, cujos textos estão transcritos a seguir:

"Código Penal Tipo" (13)

"Artículo x. No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión."

"Artículo xx. Cuando el agente haya provocado la grave perturbación de la conciencia a que se refiere el artículo anterior, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare, respecto de aquél, en el momento de colocarse en tal estado."

"Artículo xxx. Se aplicarán las disposiciones de los artículos x o xx al agente que, por efecto de las causas a que se refiere el artículo (anteprecedente), no poseía plenamente en el momento de la acción u omisión la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión."

"Código Penal Alemão" (14)

"Artigo 20 (Inimputabilidade por motivo de perturbação psíquica). Age sem culpa quem, por causa de doentia perturbação psíquica, por causa de radical perturbação da consciência ou por causa de imbecilidade ou de outra grave anomalia psíquica, ao cometer a infração é incapaz de compreender a ilicitude do ato ou de agir conforme essa compreensão."

"Artigo 21 (Inimputabilidade reduzida). Se, ao cometer a infração, a capacidade do agente está consideravelmente reduzida

(12) Everardo da Cunha Luna — "Responsabilidade penal e medidas de segurança", in *Anais do Ciclo de Conferências sobre o Novo Código Penal*, São Paulo, sem data, 95-118.

(13) *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, México, 1967, 494.

(14) *Código Penal Alemão*, tradução de Lauro de Almeida, São Paulo, 1974, 260.

para compreender a ilicitude do ato ou para agir conforme essa compreensão, devido a uma das causas mencionadas no artigo 20, então a pena pode ser atenuada, de acordo com o artigo 49, § 1º”

Deve-se salientar que o Código Penal Alemão, diante do crescente perigo, para a comunidade, causado pela direção de veículos por pessoas em estado de embriaguez, disciplina, nos artigos 315 e 316, com especial severidade, tal abuso. ⁽¹⁵⁾

5 — Qualificação subjetiva que é, ou seja, qualificação do criminoso, embora dinâmica, porque momento do crime, a imputabilidade deve distinguir-se da periculosidade, que é, também, uma qualificação subjetiva, qualificação da pessoa que praticou o crime. A distinção está em que a periculosidade é um estado, *état dangereux*, cujo juízo se fundamenta na probabilidade de que alguém volte a praticar crimes.

O perigo que oferece alguém à ordem jurídica — a periculosidade —, é inconfundível com o perigo produzido pela ação ou por acontecimentos naturais, perigo este, sempre no sentido material da palavra e nunca em função do conceito sintético e relacional de bem jurídico, ⁽¹⁶⁾ que só é ofendido por um dano concebido com violação do Direito. ⁽¹⁷⁾ Assim, exemplificando, no crime de perigo de contágio venéreo, o perigo, como elemento do crime, atua dinamicamente contra a vida ou a saúde de alguém. O bem jurídico violado, na hipótese, não é a vida ou a saúde desse alguém, mas a segurança da vida e da saúde simultaneamente considerada. ⁽¹⁸⁾ E a ofensa a esse bem jurídico está não no perigo material para a vida ou a saúde desse alguém, mas no dano concebido juridicamente como efetiva violação da segurança da vida e da saúde.

Tradicionalmente, enquanto a sanção da culpabilidade é a pena, a sanção da periculosidade é a medida de segurança. A pena, como retribuição, deve adequar-se à culpabilidade do ato, e, como prevenção, deve adequar-se à personalidade do autor. Nessa trilha, a essência retributiva não se compromete quando, por exemplo, um **mau antecedente** do réu funciona como circunstância agravante, ou quando, também, um **bom antecedente** surge com força atenuante. A teoria pura da retribuição é uma boa teoria, mas, na ordem prática, as coisas não se passam **puramente**. Sem dúvida que **nada mais prático do que uma boa teoria. Boa teoria**, porém, não significa perfeição, completude, impenetrabilidade aos corretivos, porque a teoria nasce da prática e à prática retorna, para vitalizá-la e revitalizar-se. Desse modo, julgamos como exagerado o re-

(15) Código Penal Alemão, cit., 227-229.

(16) Filippo Griapigni — “Diritto Penale Italiano”, volume secondo, seconda edizione, Milano, 1947, 78.

(17) Everardo da Cunha Luna — “O resultado no Direito Penal”, Recife, 1959, 53.

(18) Gonzalle Rodriguez Mourullo — “La omisión de socorro en el Código Penal”, Madrid, 1966, 148.

púdio sistemático, em alguns autores, ⁽¹⁹⁾ ao princípio de que a pena pode ser agravada sobre fundamento de **antecedentes** do réu. Repúdio sistemático que apresenta a justificativa de que a medida da pena baseia-se na culpabilidade. Como, porém, no mundo concreto das coisas, se pode isolar o momento subjetivo de uma ação, para torná-la impenetrável a qualquer qualificação subjetiva do agente? Somente por excessiva abstração, cujo caminho, dentro da coerência, deve deduzir, também à negativa dos próprios motivos do crime como fundamento para a medida da pena.

Nos chamados criminosos habituais e criminosos por tendência, a agravação da pena deve ser repudiada, porque é a própria sanção punitiva, e não somente a sua medida, que deixa de apresentar-se como o meio racional e adequado à personalidade do autor. ⁽²⁰⁾ Na reincidência simples, porém, em que a pena deve ser mantida, a agravação pode funcionar dentro de condições limitadas por lei.

Falar de periculosidade, porém, como fundamento de aplicação da pena é ferir o princípio da culpabilidade, mesmo que se imagine ou se conceba um **estado perigoso culpável**, tentação a que não resistiu um jurista de formação liberal como Alcides Munhoz Neto. ⁽²¹⁾ Não interessa, no que respeita à **culpa de personalidade**, o que disse Aristóteles, cuja doutrina é de filosofia moral e não de filosofia jurídica: ⁽²²⁾ aquela abarca o homem pelo que **faz** e pelo que **é**; esta, pelo que **faz**, penetrando o **ente** apenas no que possa interessar ao conhecimento do **agente**. No Direito, no Estado de Direito, não há campo para a censura da **personalidade**. Culpa de um **estado**? Não: culpa de uma **ação**. Direito é moral: moral jurídica, porém.

6 — Ao contrário da culpa, cujo conceito se fundamentou na lei civil, o conceito de dolo construiu-se na lei penal, dentro das XII Táboas romanas, tendo sido aplicado na esfera civil, durante a época clássica, sem uma distinção aprofundada para os dois campos do Direito. Logo passou a ter, no campo civil, a significação etimológica grega de "enganho", contrapondo-se, assim, à **bona fides**, e a figurar, no penal, como direção da vontade para o resultado, opondo-se, desse modo, ao **casus**. ⁽²³⁾

O dolo consiste no conhecimento e vontade do fato criminoso. Conhecimento do fato que constitui o tipo penal objetivo, ou seja, conhecimento de seus elementos integrantes, quer os elementos materiais, quer

(19) Enrique Bacigalupo — "A personalidade e a culpabilidade na medida da pena", in *Revista de Direito Penal*, n.º 15-16, São Paulo, 1974, 34-43, tradução de Yolanda Catão.

(20) Prof. Dr. Enrique Bacigalupo — "Evolución de los métodos y deducciones del Derecho Penal", in *Nuevo Pensamiento penal*, n.º 2.º, Buenos Aires, 1973, 163.

(21) Alcides Munhoz Neto — "Criminosos habituais e por tendência", in *Revista de Direito Penal*, n.º 15-16, São Paulo, 1974, 18-35.

(22) Eugenio Raúl Zaffaroni — "Teoría del delito", Buenos Aires, 1973, 534 e seguintes.

(23) Antonio Quintano Ripollés — "Compendio de Derecho Penal", I, Madrid, 1958, 197-198.

os elementos normativos. Elementos materiais como "alguém", em crimes contra a pessoa, e elementos normativos, como "documento", em crimes contra a fé pública. Problemas delicados existem, na fase intelectual do dolo, no que diz respeito à existência, à natureza e ao grau de conhecimento dos elementos constitutivos do fato criminoso. Para citar somente um deles, podemos fazer referência aos elementos típicos normativos, entre os quais se inclui a chamada "antijuricidade especial". (24) O problema mais complexo, porém, não só na fase intelectual, como em toda a doutrina do dolo, está em saber se o conhecimento do fato criminoso reduz-se ao conhecimento de seus elementos constitutivos, ou se abrange, também, o conhecimento da significação jurídica do fato como um todo. Em síntese: para a conceituação do dolo, exige-se o conhecimento da antijuricidade do fato?

A doutrina tradicional, de um modo geral, nega o conhecimento da antijuricidade como componente do dolo. E, com mais razão, também nega se possa exigir tal conhecimento, com abstração do dolo, para a caracterização perfeita da culpabilidade. O problema liga-se com a disputa do erro de direito, figurando, atualmente, como a matéria mais discutida no campo da doutrina da culpabilidade. Queremos, neste trabalho, dar uma atenção especial à questão do conhecimento da antijuricidade na conceituação do dolo e no juízo de culpabilidade. (25)

7 — Para a teoria estrita do dolo, é necessário que, dela, faça parte a consciência da antijuricidade. Se o agente tinha a possibilidade dessa consciência, responderá a título de culpa no sentido estrito, caso o crime esteja previsto em sua forma culposa. Para a teoria limitada do dolo, porém, basta, para caracterizá-lo, a possibilidade da consciência da antijuricidade, revelada através do erro evitável, ou "hostilidade ao Direito". Para a teoria estrita da culpabilidade, a possibilidade da consciência da antijuricidade, em vez de compor o dolo, faz parte da culpabilidade. Para a teoria limitada da culpabilidade, as coisas se passam como na teoria estrita, distinguindo-se esta daquela ao afirmar que as causas putativas de justificação são erros que afetam os elementos constitutivos do tipo e não a significação jurídica do fato. Pela teoria estrita do dolo, o fato pode ser doloso, ou culposo; pela teoria limitada do dolo, o fato é doloso, criando-se uma incriminação especial — culpa jurídica — para o erro evitável e a conduta hostil ao Direito. Pelas teorias da culpa, estrita e limitada, o fato é sempre doloso, possibilitando-se, porém, uma atenuação da pena. Atualmente, as teorias da culpabilidade são defendidas pelos autores partidários da teoria finalista, (26) para os quais o erro de

(24) Domenico Pulitano — "Illiceità espessa e illiceità speciale", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 1967, 85-124.

(25) Juan Córdoba Roda — "El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito", *Barcelona*, 1962, 111 e seguintes.

(26) Lucio Eduardo Herrera — "El error en materia penal", Buenos Aires, 1971, 87 e seguintes.

proibição não atinge o dolo — **Der Verbotsirrtum berührt den Vorsatz nicht** —, ⁽²⁷⁾ mas exclusivamente a culpabilidade — **sondern nur die "Schuld"**. ⁽²⁸⁾

A nosso ver, a teoria preferível, **de lege ferenda**, é a teoria estrita do dolo. Apresenta-se ela com a simplicidade das coisas perfeitas. Atende aos reclamos da justiça material e prepara o almejado caminho da unificação do erro, em matéria penal, para fins punitivos. Objeta-se que, pela teoria estrita do dolo, não se pode punir o autor passional. Esquecem-se, porém, os dados da ciência, segundo os quais o arrebatamento passional não é incompatível com a consciência da justiça, existindo, mesmo nos mais arrebatados, uma "coconsciência" — **Mithewusstsein**, de Rohrachen, um "conhecimento concomitante"; **Begleitwissen**, de Platzgummer, ou uma "consciência do injusto imanente na ação"; **handlungsimmanentes Mitbewusstsein des Unrechts**, de Roxin. ⁽²⁹⁾ Dentro dessa ordem de idéias, a doutrina de Schmidhauser, de uma consciência da antijuricidade segundo o pensamento direto da coisa — **die Moeglichkeit des sachgedanklichen Unrechtsbewusstseins** —, ⁽³⁰⁾ com argumento de natureza científica em favor da atualidade da consciência da antijuricidade no crime passional. A nosso ver, no mundo psíquico do autor passional, a possibilidade de vencer a paixão não implica na possibilidade da consciência da antijuricidade. Desse modo, a consciência da antijuricidade é atual e o domínio da paixão é possível. Conforme a força da paixão, a pena pode ser especialmente atenuada, como no homicídio privilegiado. E, se a paixão é invencível, insuperável, deve ser tratada como causa de exclusão da culpabilidade ou de inimputabilidade. Objeta-se, também, que, pela teoria estrita do dolo, não se pode punir o autor por convicção. É conveniente lembrar que uma pessoa convicta de uma ordem idealmente justa, ao violar a ordem por ela considerada injusta, permanece com a consciência de que a violação é injusta conforme os valores da ordem violada. ⁽³¹⁾ Objeta-se, ainda, que o número de tipos penais culposos é limitado, ficando, desse modo, muitos fatos merecedores de punição sem castigo. Responde-se que, para os crimes graves, existe, em geral, a forma culposa, não se devendo incriminar, por culpa no sentido estrito, fatos de menos gravidade. E, se, por acaso, um ou outro fato, de maior gravidade, existe sem a correspondente forma culposa, que se crie, acentua Baumann, o tipo penal em questão, ⁽³²⁾ o que sucede, por exemplo, em crimes contra a fé pública, os quais podem

(27) Guenter Stratenwerth — "Strafrecht, Allgemeiner Teil I — Die Straftat", Berlin, 1971, 168.

(28) Johannes Wessels — "Strafrecht — Allgemeiner Teil", Karlsruhe, 1974, 82.

(29) Baumann — "Strafrecht-Allgemeiner Teil, Verlag Ernst und Werner Gieseking Bielefeld", 1974, 403-445; Baumann — "Derecho Penal — Conceptos fundamentales y sistema", traducción por Finzi, Buenos Aires, 1973, 262.

(30) Eberhard Schmidhauser — "Strafrecht-Allgemeiner Teil", Tuebingen, 1970, 327.

(31) Baumann — "Conceptos", cit., 263.

(32) Baumann — "Conceptos", cit., 263.

ser concebidos tanto como crimes de fraude (incompatíveis com a culpa), quanto como crimes sem fraude (compatíveis com a culpa).

8 — Entre os autores brasileiros, a doutrina dominante afirma a possibilidade de coexistir a inescusabilidade do erro de direito e a falta de consciência da antijuricidade como causa de ausência do dolo. Entre os autores franceses, Vouin e Léauté definem o dolo como o fato de agir voluntariamente com a consciência de praticar um ato ilícito — **le fait d'agir volontairement avec la conscience d'accomplir un acte illicite.** ⁽³³⁾ Entre os autores portugueses, Jorge de Figueiredo Dias considera o problema da falta de consciência da antijuricidade o **prius**, e o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal o **posterius**, não coincidindo o âmbito da falta de consciência da antijuricidade com o do erro de direito. ⁽³⁴⁾

Uma menção especial merece Jorge de Figueiredo Dias, que escreveu uma monografia sobre o problema da consciência da antijuricidade. Segundo o autor português, "a não censurabilidade da falta de consciência da ilicitude deve ser decidida segundo os cânones de uma culpa na condução da vida ou na formação da personalidade", e que "na falta de consciência da ilicitude se não trata de uma falta de representação ou conhecimento, mas de uma falta ou de um erro da consciência ética corretamente orientada para o problema da ilicitude", e que "para que haja dolo, não basta que o agente tenha realizado o tipo com conhecimento e vontade, mas é sempre necessário que tenha documentado na realização uma atitude pessoal de contrariedade ou indiferença ao direito". ⁽³⁵⁾ A influência da doutrina da "cegueira jurídica" ou "hostilidade ao Direito", de Mezger, é manifesta, o que, aliás, dá a entender o próprio autor em vários tópicos de seu livro, ⁽³⁶⁾ e também quando assume uma posição dentro da teoria limitada do dolo: "A falta de consciência da ilicitude censurável nunca pode, segundo o seu conteúdo de culpa material, constituir um fato negligente", e "A falta de consciência da ilicitude censurável, pelo contrário, constitui sempre, segundo o seu conteúdo de culpa material, um facto doloso". ⁽³⁷⁾ Também sob a influência de Eduardo Correia, ⁽³⁸⁾ ao ligar a censurabilidade da falta de consciência da antijuricidade a uma culpa de personalidade, ⁽³⁹⁾ Figueiredo Dias estabelece o comportamento que deve existir entre a consciência da antijuricidade e o erro, desta maneira: "age sem culpa quem pratica o facto

(33) Robert Vouin et Jacques Léauté — "Droit Pénal et Criminologie", Paris, 1956, 203.

(34) Jorge de Figueiredo Dias — "O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal", Coimbra 1969, 50, 57, 61, 287, e seguintes.

(35) Figueiredo Dias — *op. cit.*, 241.

(36) Figueiredo Dias — *op. cit.*, 224-225.

(37) Figueiredo Dias — *op. cit.*, 354-355.

(38) Eduardo Correia — "Direito Criminal", com a colaboração de Figueiredo Dias, I, Coimbra, 1963, 417.

(39) Figueiredo Dias — *op. cit.*, 227, 230, 231, 265, 277, 333, 358.

sem consciência da sua ilicitude, se o erro lhe não for censurável; se o erro lhe for censurável, será o agente punido a título de dolo, podendo, no entanto, a pena ser especialmente atenuada. (40)

O pensamento de Figueiredo Dias, que já exerce influência na bibliografia brasileira, (41) está dentro da moderna doutrina penal, tanto jurídico como criminológica, cuja básica pesquisa tem por finalidade o aprofundamento da personalidade do delinqüente. Entendemos nós que a personalidade do criminoso é dado essencial para a aplicação da pena, já no que diz respeito à qualidade, já no que tange à quantidade da sanção. É dado essencialíssimo em todas as fases da execução da pena. E tudo isso sem falar na prevenção antidelito, um mundo inteiro de política criminal, de política social. Que a conduta da vida, a personalidade como tal, seja fundamento para o juízo de culpabilidade, é afirmativa muito discutível e praticamente improvável. E, a rigor, nem sequer exige a possibilidade real de uma consciência da antijuricidade, isto é, a presença, no mundo psíquico do agente, dessa possibilidade, satisfazendo-se com um abstrato **poder ser**, uma pura ficção, uma ficção do dolo. Além do mais, lançar, em alguém, a carga da culpabilidade sobre o fundamento da personalidade, considerada desvaliosa, é punir a quem já paga o mais alto preço pelo desvalor dessa personalidade, ou seja, a efetiva inaptidão para atingir valores importantes — **actual systematis disability to attain important values** — , (42) valores morais, sociais, ou de qualquer outra natureza. Desse modo, pensamos que a culpa da personalidade não é o caminho certo para a aplicação de uma boa justiça punitiva.

9 — A consciência da antijuricidade comporta-se, em relação ao erro de direito, assim como o conhecimento da fatualidade comporta-se em relação ao erro de fato. Desse modo, a falta de consciência da antijuricidade é erro de direito. Também, entre autores alemães, o erro de proibição é ausência da consciência da antijuricidade. (43) Qualquer distinção entre uma e outro, ou é artificial, ou revela o bom propósito de atenuar o rigorismo dos códigos penais na disciplina do erro de direito. Bom propósito que pode animar uma jurisprudência criativa em matéria penal.

Agora, é o momento de fazer a pergunta crucial: pelo Código Penal Brasileiro, o antigo ou o novo, é a consciência da antijuricidade componente do dolo? Sempre entendemos que não. (44) E isto porque, em

(40) Figueiredo Dias — *op. cit.*, 369.

(41) Alberto Rodrigues de Souza — "Da culpabilidade no novo Código", in *Justitia*, vol. 80, São Paulo, 1973, 55 a 118.

(42) I. A. Richards — "Principles of Literary criticism", *thirteenth impression*, London, 1952, 54.

(43) Armin Kaufmann — "El Código Penal Argentino", Artículo 34, inc. 1.º y el error de prohibición, traducción de Enrique Bacigalupo in *Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1973, 207.

(44) Everardo da Cunha Luna — "Estrutura jurídica do Crime", Recife, 1958, 111 e seguintes.

nossa lei penal, o erro de direito não isenta de pena. Sempre combatemos, também, o excessivo rigor do Código Penal, desde os nossos primeiros escritos sobre matéria punitiva. (45) Com efeito, em trabalho que publicamos, no ano de 1956, na **Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia**, intitulado **Ignorância ou erro de direito**, defendemos a tese da unificação do erro de direito e de erro de fato e da escusabilidade do erro de direito. No mesmo trabalho, combatemos a moderna distinção alemã **entre erro de tipo e erro de proibição**. Diante, porém, da resistência atual contra a unificação do erro, podemos até lutar por uma solução conciliatória e de transição, que poderia ser, sem compromissos com qualquer teoria, a isenção de pena para o erro de direito escusável e a atenuação ou substituição por outra menos grave (46) ou, ainda, na pior hipótese, a fórmula do artigo 19 do Anteprojeto Hungria, pela qual, no erro de direito escusável, a pena pode ser atenuada, substituída por outra menos grave ou mesmo excluída. A solução ideal e para o futuro, continuamos a pensar hoje como pensávamos em 1956, é a unificação do erro para os fins de aplicação da pena, com uma única distinção: erro escusável e erro vencível, que exclui o dolo, e erro que mantém a culpa no sentido estrito, seja o **erro de fato, seja o erro de direito**.

10 — Dentro do conceito de culpabilidade, como vontade culposa, está o conceito de culpa no sentido estrito. Modernamente, porém, tem-se afirmado que a vontade pode estar presente na culpa consciente, jamais na inconsciente.

A doutrina pela qual a culpa escapa à esfera da vontade tem, como se sabe, antigas raízes na história da dogmática penal. Nos dias que correm, está fortalecida pela concepção finalista da ação, cujo prestígio é tal que tem modificado, na doutrina e até mesmo na legislação, o tradicional conceito da segunda espécie de culpabilidade, a culpa no sentido estrito, sempre assentada que foi na trilogia clássica da imprudência-negligência-imperícia.

Girando dentro dos limites de uma **psicologia intelectualista** das ações humanas, cientificamente criticada por Jaspers, (47) o finalismo é imponente para explicar a natureza da culpa, não sendo a história da doutrina finalista outra senão uma história de suas tentativas multiformes e sempre repetidamente inconstantes, para abarcar o crime culposo — **Die Geschichte der finalen Handlungslehre ist eine Geschichte ihrer mannigfaltigen und immer wieder abgewandelten Versuche, das fahrlässige Delikt**

(45) Everardo da Cunha Luna — "Ignorância ou erro de direito", in **Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia**, n.ºs 11 e 12, Recife, 1956; *Estrutura*, *op. cit.*, 115-116.

(46) Alcides Munhoz Netto — "Causas de exclusão da culpabilidade", in *Justitia*, vol. 84, São Paulo, 1974, 121 a 125.

(47) Karl Jaspers — "Psicopatologia General", tradução de la quinta edición alemana por el Dr. Roberto O. Sauidet y Diego A. Santlián, terceira edición, Buenos Aires, 1963, 35.

zu erfassen. ⁽⁴⁸⁾ Limitados pelo preconceito racionalista, esquecem-se os partidários do finalismo de que somente algumas vezes, como diz Hellmuth Mayer, os homens agem com a perfeita consciência de um fim — **nur selten mit vollem individuellem Zweckbusstsein** —, e isso porque, segundo a expressão de Hall — e aqui vale acrescentar mais uma às já famosas definições existentes (o homem é o animal social, racional, que faz confusão, que sabe que vai morrer. . .) —, o homem é um ser negligente — **Der Mensch ist ein fahrlässiges Wesen**. ⁽⁴⁹⁾ Dessa forma, enquanto no dolo a consciência é clara, **reflexiva**, na negligência é penumbrosa, o que não significa **irreflexiva**, porque, na meia-luz, também existe luz. E onde luz existe, também existe a consciência e, com a consciência, a vontade.

A culpa, portanto, está na esfera da vontade. Quando se afirma que, na culpa, o agente **podia** e **devia** prever o resultado, está-se a relacionar o **poder-dever** com um **querer**, com uma vontade. Ação, dolosa ou culposa, identifica-se, pois, com vontade, vontade reflexiva ou capaz de reflexão.

Na culpa, a ação pode ser governada pela vontade. A vontade não atuou, mas podia ter atuado. Sem sentido é falar no homicídio culposo, por exemplo, de vontade de matar, vontade de causar o resultado morte, vontade do resultado morte. Compreensível, porém, é falar de uma vontade potencial, de uma consciência potencial. A **culpa da vontade**, desde suas raízes teológicas, não se relaciona com um simples acontecer causal, mas somente com uma conduta humana voluntária — **“Willensschuld” kann lediglich bedeuten, dass sich Schuld nicht auf ein bloss kausales Geschehen, sondern allein auf menschlicher Willensverhalten, beziehen laesst**. ⁽⁵⁰⁾ Tal afirmativa, porém, não deve levar à conclusão de que o resultado culposo é estranho à ação culposa — **L’evento colposo è estraneo alla condotta colposa**. ⁽⁵¹⁾ Veja-se que se qualifica uma ação como culposa precisamente em relação a um resultado que se diz culposo. A ação de conduzir um veículo, na via pública, por exemplo, acima da velocidade permitida pela lei de trânsito, só penetra o tipo penal do homicídio culposo quando causa a morte de um transeunte. Sem o típico **evento externo** ou **evento culposo**, em que pese a ter-se verificado o **evento interno** ou **realizzazione esteriore**, falta, em termos jurídico-penais, não só o **fatto di reato** como a **condotta illicita**. Parece que essa nova construção italiana, animada pelo nobre propósito de manter a vontade na culpa — **La struttura della colpa è volontà** —, restaura a velha doutrina do resultado como condição de punibilidade do crime culposo, não oferecendo, talvez por isso mesmo, uma aceitável explicação da ação culposa como ação voluntária.

(48) Arthur Kaufmann — *op. cit.*, 56, 57.

(49) Eberhard Schmidhauser — *op. cit.*, 348.

(51) Antonio Pagliaro — *op. cit.*, 294-296; — “Il fatto di reato”, Palermo, 1960, 298.