

JURISMAT

Revista Jurídica
Número 18
2023

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 18
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Directório Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Capa: Eduarda de Sousa
Data: Novembro 2023
Impressão: ACD Print
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	9
ARTIGOS	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA Da banalidade dos tempos – Vetores da base social do tecido jurídico-político contemporâneo	15
ANA PAULA LOUREIRO DE SOUSA Breve itinerário do pensamento filosófico-jurídico de João Baptista Machado	35
TERESA LUSO SOARES O testamento romano: alguns aspectos	59
MARIA DOS PRAZERES BELEZA A intervenção acessória provocada pelo réu em processo civil	71
ANA ISABEL SOUSA MAGALHÃES GUERRA A influência e a importância das minorias nas decisões societárias.....	91
ANDRÉ INÁCIO Ódio, do discurso ao crime	107
JOSÉ PENIM PINHEIRO Crítica à culpa da personalidade - Contributo para o estudo da culpa na dogmática jurídico-penal	123
DORA LOPES FONSECA Violência doméstica: o reconhecimento jurídico da vítima – <i>Book review</i>	155
MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA El incumplimiento en la teoría general del derecho de obligaciones: breve estudio comparado en la legislación española y portuguesa	161
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL A declaração de Cambridge e a irrefutável necessidade de atualismo do direito.....	179
CRISTINA BORGES DE PINHO Sociedade, multiculturalismo e direitos humanos (igualdade de género)	201

ARTIGOS DE LICENCIADOS E ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	227
AFONSO DE LOUSADA	
<i>Usucapio</i> no ordenamento jurídico português.....	229
FÁBIO JOSÉ MARQUES COELHO	
O crime de tráfico de estupefacientes – um caminho inacabado	243
JOANA BORRALHO ENTRADAS	
O direito de retirada – um direito pessoal do autor	271

Crítica à culpa da personalidade – Contributo para o estudo da culpa na dogmática jurídico-penal

JOSÉ PENIM PINHEIRO *

“Havia ainda auxílio? Havia ainda objeções por levantar?
Havia-as com certeza. A lógica é na verdade inabalável,
mas não resiste a um homem que quer viver.
Onde estava o juiz que ele nunca tinha visto?
Onde estava o alto tribunal por ele nunca alcançado?
Levantou as mãos e estendeu os braços”.
Franz Kafka, *O Processo*

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução da Culpa na Dogmática Jurídico-Penal – Breve Excurso; 3. Culpa da Personalidade; 3.1. A Construção de EDUARDO CORREIA; 3.2. A Perspetiva Existencialista de FIGUEIREDO DIAS, 4. Crítica à Culpa da Personalidade; 4.1. Na Doutrina Portuguesa; 4.2. Na Doutrina Estrangeira; 5. Posição Adotada; 6. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: Apresentamos à comunidade jurídica a nossa primeira perspetiva incidente sobre a culpa jurídico-penal, qual aporética dimensão dogmática transversal a todo o direito penal. Com efeito, a

JURISMAT, Portimão, n.º 18, 2023, pp. 123-154.

* Investigador Colaborador do CEJEA – Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais - Grupo 5- Direito Penal e Criminologia (Universidade Lusíada). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade Lusíada de Lisboa. Advogado Estagiário.

culpa, arvora-se numa figura jurídico-penal dotada de uma elasticidade alargada, ante a falta de unanimidade na doutrina, quanto aos seus contornos formais e materiais. Intentamos convocar algumas problemáticas associadas à figura, malgrado os limites de dados empíricos que lhes possa estarem subjacentes, investigando algumas análises que nos foram proporcionadas pela doutrina, expondo as fragilidades de concepções mais recentes – designadamente as que presidem à concepção da culpa da personalidade – e logrando, após o a resenha do levantamento crítico, tomar posição, ainda que embrionária. Pelo que não serve o presente trabalho para, a título de exaustividade – que relegamos para outra sede – tratar o problema dogmático da culpa jurídico-penal, mas tão só para introduzir o nomo esboço *cognoscitivo* associado à presente problemática, através da opção pela análise crítica da doutrina da culpa existencial da personalidade, apartando, por enquanto, a culpa derivada de puras considerações preventivas, a teoria comunicativa da culpa e o conceito dualista de responsabilidade. Endereçamos um especial agradecimento à Professora Ana Bárbara Sousa e Brito, ao Professor João Raposo e à Professora Maria da Conceição Valdágua, por nos terem sempre aberto as portas ao diálogo científico. Um outro agradecimento à professora Cláudia Boloto pela abertura de uma nova porta juscientífica em tempos de exacerbado quadro praxiológico.

Palavras-Chave: Culpa / Censurabilidade / Responsabilidade / Personalidade / Liberdade / Livre-Arbítrio / Determinismo / Prevenção.

Abstract: We present to the legal community our first perspective on the juridical-criminal guilt, which is an aporetic dogmatic dimension transversal to all criminal law. In fact, guilt is based on a juridical-criminal figure endowed with a broad elasticity, in the face of the lack of unanimity in the doctrine, as to its formal and material contours. We try to summon some problems associated with the figure, despite the limits of empirical data that may underlie them, investigating some analyses that were provided to us by the doctrine, exposing the weaknesses of more recent conceptions – namely those that preside over the conception of the guilt of the personality – and succeeding, after the review of the critical survey, to take a position, even if embryonic. Therefore, the present work does not serve to, by way of exhaustiveness – which we relegate to another place – treat the dogmatic problem of juridical-criminal guilt, but only to introduce the nomo *cognoscitivo* outline associated with the present problematic, through the option for the critical analysis of the doctrine of the existential guilt of the personality, separating, for the time being, the guilt derived from pure

preventive considerations, the communicative theory of guilt and the dualistic concept of responsibility. We extend special thanks to Professor Ana Bárbara Sousa e Brito, Professor João Raposo and Professor Maria da Conceição Valdágua, for having always opened the doors to scientific dialogue. Another thanks to Professor Cláudia Boloto for opening a new juscientifical door in times of exacerbated praxiological framework.

Keywords: Guilt / Censorship / Responsibility / Personality / Freedom / Free Will / Determinism / Prevention.

1. Introdução

O conceito de culpa está associado, necessariamente, às ideias de responsabilidade, imputabilidade, falta, pecado, remorso, castigo, penitência.

Os edifícios normativos que transcendem o puro jurídico são suportados pelos pilares da culpa. Com efeito, a ordem moral vê a culpa como uma falta interior; a ordem religiosa concebe-a como pecado, i.e., como uma transgressão perante o divino; a ordem de trato social, como um desvio às regras de cortesia comunitariamente estabelecidas.¹

Quando pensamos em culpa, numa aceção objetiva, a nossa cogitação associa-a à falta assacável ao indivíduo, pelos atos axiologicamente maliciosos por si praticados. Pelo que a culpa supõe, ao menos no plano ético, a dualidade bem-mal.

Subjetivamente, a culpa reporta-se à sua dimensão relacional, i.e., à responsabilidade perante o outro.²

O grau de culpa pode ser maior ou menor, consoante o enquadramento dos processos de aprendizagem em ambientes educativos díspares. Destarte, “*as diferentes culturas refletem padrões hierárquicos de culpa, sem invalidarem o padrão comum a todas elas*”.³

¹ L. CABRAL DE MONCADA, ALVES LOURENÇO, “Culpa”, in *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, Vol. VI, Lisboa: Verbo, 1967, pp. 568; 570.

² AIRES GAMEIRO, “Culpa”, in *Polis, Enciclopédia da Sociedade e do Estado*, Vol. I, Lisboa/São Paulo: Verbo, 1983, pp. 1430-1431.

³ AIRES GAMEIRO, *op. cit.*, p. 1432.

No quadro jurídico, a culpa é um conceito assaz controvertido, objeto de graduações várias (o que indicia a sua elasticidade), que nos remete, num primeiro plano, para a ideia de censura, mercê da ilicitude subjacente à conduta do agente.

Mormente no âmbito do direito penal, que ora releva analisar, a culpa assume duas dimensões: uma dimensão principiológica e uma dimensão dogmático-categorial.

Como princípio, é mister invocar o adágio jurídico *nulla poena sine culpa* – nenhum agente pode ser sancionado com pena de prisão se não tiver atuado com culpa. Ademais, a culpa não pode ultrapassar a medida da pena⁴ (cf. arts. 1º, 25º e 27º da CRP e 40, n.º 2 do CP).

Como categoria dogmática, a culpa é o resultado de um processo de afastamento gradual da responsabilidade objetiva, assumindo-se, pré-compreensivamente, como um juízo de censura que recai sobre o agente por ter atuado ilicitamente.

Problema de maior que se suscita cifra-se na seguinte questão: para efeitos de reconhecimento seguro da existência da culpa, é necessária a existência de livre-arbítrio?

Ora, não obstante o debate salutar do dualismo livre-arbítrio-determinismo, quer na filosofia, quer na psiquiatria e, mais recentemente, na neurociência,⁵ certo é que tal questão se cerra numa caixa de pandora, mais não sendo, até ao momento, do que um caminho inacessível.⁶

⁴ Isto implica: que aos inimputáveis não pode ser aplicada a pena de prisão, porquanto são incapazes de culpa, conquanto o ordenamento jurídico estabeleça a cominação de medidas de segurança, em função da sua perigosidade; uma presunção de inimputabilidade para os menores de 16 anos, mercê de uma vontade insuficientemente esclarecida; inexistência de responsabilidade objetiva em direito penal.

⁵ O neurocientista BENJAMIN LIBET veio demonstrar que, embora as nossas decisões sejam tomadas de forma inconsciente, há uma altura em que nós tomamos consciência das decisões e, nesse momento, dispomos de 200 milésimos de segundo para vetar a decisão. No entanto, *“a possibilidade de veto não pode ser entendida como expressão de livre arbítrio se a decisão de vetar for ela própria resultado de um processo não consciente precedente, que se torna apenas consciente no momento da chamada decisão de vetar”* (ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *A Negligência Inconsciente: Entre a Dogmática Penal e a Neurociência*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 297).

⁶ Como bem sublinham JESCHECK e WEIGEND, há dois aspetos que permanecem ocultos, no que concerne à liberdade, o que veda a sua comprovação empírica: *“por um lado, não se sabe se a liberdade da humanidade pode ser referida à liberdade do agente na situação específica em que o facto ocorre, porquanto as condições em que a decisão é adotada não podem ser totalmente reproduzidas a título experimental, como*

Várias têm sido as soluções construídas ao longo da evolução da figura da culpa, passando, quer por uma ficção necessária de livre-arbítrio, quer por uma suposição de liberdade, quer por concepções ético-comunitárias e existencialistas, que têm consequências político-criminais diferentes.

Uma das mais recentes construções dogmáticas – a culpa da personalidade – deve ser objeto de análise, no que concerne à sua bondade, porquanto nos parece que se funda numa crença metafísica e padece do defeito que por ela é mais apontado – trata-se de uma ficção.

Para tanto, devemos socorrer-nos de uma base compreensiva, através dos itinerários históricos pela culpa percorridos; iremos expor a concepção de culpa da personalidade; pretendemos elaborar uma resenha das críticas existentes, quer na doutrina portuguesa, quer na doutrina estrangeira, tentando, por fim, posicionarmo-nos quanto a esta matéria.

2. Evolução da Culpa na Dogmática Jurídico-Penal – Breve Excurso

Em tempos remotos, num quadro jurídico-cultural primitivo, a culpa não era o fundamento da responsabilidade criminal, mas sim a verificação de um nexos de causalidade entre o homem e o dano. Com efeito, o dano decorrente do evento desencadeava a aplicação de uma pena.⁷

As raízes da teoria da culpa repousam na ciência penal italiana dos finais da Idade Média e da jurisprudência dos séculos XVI e XVII que sobre ela se debruçou.

Posteriormente, a culpa foi fortemente influenciada pelo direito natural, onde foi pioneiro SAMUEL PUFENDORF. PUFENDORF construiu um conceito de imputação, segundo o qual uma pessoa é capaz de culpa quando a ação livremente praticada lhe é atribuída, constituindo essa atribuição a base da sua responsabilidade.⁸

consequência das mudanças permanentes que sucedem na alma humana. Por outro, não sabemos de que modo a pessoa leva a cabo a resistência às inclinações criminais". (H.-H. JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, trad. da 5ª edição alemã de Olmedo Cardenete, Breña: Pacífico Editores, 2014, pp. 604-605).

⁷ JOSÉ DE FARIA COSTA, "Aspetos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português", in *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1984, p. 15.

⁸ H.-H. JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *op. cit.*, p. 617.

No séc. XIX, com o advento do pensamento naturalista positivista, que intentava impor um substrato etiológico-empírico aos conceitos jurídicos, foi construído um conceito psicológico de culpa, tendo como precursores V. BURI, V. LISZT e RADBRUCH. Segundo esta visão, a culpa era entendida como a relação subjetiva do agente com o facto que praticou, assumindo a forma de dolo ou de negligência.⁹

No início do séc. XX, FRANK veio a constatar que o conceito psicológico de culpa padecia das seguintes falhas: o estado de necessidade desculpante não era explicável através do conceito psicológico de culpa, porquanto o agente que atua em estado de necessidade tem consciência de que o está a fazer. Ora, negar o dolo – que se assume como uma das formas da culpa – seria uma incongruência lógica. A imputabilidade, por si só, era um pressuposto insuficiente da culpa. Note-se que um sujeito que padeça de anomalia psíquica pode querer representar o facto típico e inclusive ter consciência da ilicitude. Por último, a negligência inconsciente não pode ser afirmada como uma relação psicológica do agente com o facto.

A culpa, cifrando-se agora, designadamente, na censurabilidade, era constituída, na senda de FRANK, por três elementos: imputabilidade; por uma concreta relação psicológica do agente com o facto ou, ao menos, a possibilidade de a mesma se verificar (dolo ou negligência); normalidade das circunstâncias em que o agente atua.¹⁰

GOLDSCHMIDT vai desenvolver esta conceção (conceção normativa), propugnando que, para além de uma norma penal externa, existiria, de forma implícita, uma “norma de dever”, segundo a qual todo o indivíduo deve comportar-se de modo a que atue em conformidade com as exigências impostas pelo ordenamento jurídico à sua conduta externa.¹¹

Com o finalismo, desenvolvido, mormente, por WELZEL, o juízo de culpa é liberto de qualquer nexó psicológico, passando apenas a ter um sentido

⁹ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. da 2ª edição alemã de Diego-Manuel Peña, Miguel Conlledo e Javier Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 794.

¹⁰ Desenvolvidamente, Cf. REINHARD FRANK, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, reimp., trad. de Tea Low e Gustavo Aboso, Buenos-Aires-Montevidéu: BdeF, 2002, pp. 25 e ss.

¹¹ Desenvolvidamente, Cf. JAMES GOLDSCHMIDT, *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, 2ª edição, trad. de Margareth Goldschmidt e Ricardo Nuñez, Buenos Aires-Montevidéu: BdeF, 2002, pp. 87 e ss.

normativo, através da transferência sistemática do dolo e da negligência da culpa para a tipicidade.¹²

Conforme é propugnado pelo autor, “o elemento constitutivo da culpa, que converte uma ação voluntária numa ação culposa, é apenas a censura de que é objeto”.¹³

WELZEL ensina que a culpa não se compagina com a relação de desconformidade entre a ação e o direito (ilicitude), pelo que se consubstancia num juízo de censura que recai sobre o agente, “por não ter omitido a ação ilícita, quando podia tê-la omitido”.¹⁴

Conquanto seja o conceito de culpa mais difundido e aplicado, quer na manualística, quer na jurisprudência, o conceito normativo de culpa, enquanto poder individual e concreto de o agente agir de outra forma, pressupõe a liberdade da vontade “como possibilidade de atuar sem perturbações invencíveis, endógenas ou exógenas, do mecanismo psicológico da vontade”.¹⁵

Ora, tal liberdade é indemonstrável empiricamente. Um juízo de culpa sério e seguro, que não redunde num fio condutor puramente formalista para a sua fixação, deve ter um grau de comprovação sólido e eficaz, pelo que não se pode basear num critério que não pode ser logrado probatoriamente.¹⁶

Assim se deu início a uma corrente de construções dogmáticas difusas, assaz divergentes entre si, quanto ao entendimento do que seja a culpa. Com efeito, para além do “poder de atuar de outro modo”, há quem entenda a culpa como:

- Uma atitude interna deficiente, que será objeto de um juízo de censura, segundo um critério de comparação social, em que se pergunta se o “homem médio”, i.e., alguém com uma

¹² HANS WELZEL, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de Carlos Balestra, Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956, pp. 151-152.

¹³ HANS WELZEL, *op. cit.*, p. 150.

¹⁴ HANS WELZEL, *op. cit.*, p. 147.

¹⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 3ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 607.

¹⁶ Vale também fazer referência à análise de JESCHECK e WEIGEND, que nos ensinam que a liberdade, tal como o determinismo, não pode ser comprovada empiricamente. Com efeito, a decisão do agente pode ser influenciável por diversos fatores, tais como o sexo, a origem, a experiência, padecimentos, temperamento, humor, fadiga, excitação, afeto, etc. Sendo certo que o princípio da culpa deve ser afirmado, para efeitos de determinação da medida da pena. (H.-H. JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *op. cit.* p. 607).

personalidade adequada, no lugar do agente, teria tido condições para atuar de outro modo;¹⁷

- Atribuição qualitativa e quantitativa em função de imperativos de prevenção;¹⁸
- O dever de responder pelo próprio caráter, onde se censura o facto de o autor não ter adquirido, no decorrer da sua vida, a força volitiva e a razão moral que seriam necessárias para resistir aos estímulos criminosos.¹⁹

Como veremos *infra*, esta última tese, designada de culpa da personalidade, logrando escamotear-se à problemática do livre-arbítrio, funda-se, essencialmente, numa crença filosófica, vulgo, metafísica, que, não obstante o respeito pela postura ideológica assumida por cada ser humano individualmente considerado, apresenta insuficiências, em sede de não demonstração empírica, podendo redundar, quando levada ao extremo, a consequências político-criminais inadmissíveis, dissimulando resquícios das teses jurídico-penais retributivas.

Antes de tais considerações, é mister passar à sua exposição.

3. Culpa da Personalidade

3.1. A Construção de EDUARDO CORREIA

O insigne mestre e um dos arquitetos no nosso atual Código Penal, começa a exposição sobre a culpa no seu manual, dizendo que a culpa é um dos elementos que devem estar presentes, para efeitos de atribuição da responsabilidade criminal, sendo concebida, maioritariamente, como a censura ético-jurídica que recai sobre o agente, por este não ter agido de outro modo. Destarte, esta ideia está simbioticamente ligada à liberdade do agente, pelo que, ante o impasse dialógico do dualismo livre-arbítrio-determinismo, se não deve afirmar uma liberdade absoluta, antes um indeterminismo relativo. Com efeito, “*não pode recusar-se que um conjunto de circunstâncias exógenas e endógenas facilitam ou dificultam a sua decisão de o cometer [o crime]*”.²⁰

¹⁷ H.-H. JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *op. cit.*, pp. 625-630.

¹⁸ CLAUD ROXIN, *Derecho Penal...cit.*, p. 792.

¹⁹ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal* Vol. I, reimp. (1ª edição de 1963), Coimbra: Almedina, 1996, pp. 322 e ss. JORGE DE FIGUEREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 614 e ss.

²⁰ EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, pp. 315-317.

Pondo em cheque, embora não a título absoluto,²¹ o “poder de agir de outra forma”, EDUARDO CORREIA ensina que as funções de prevenção especial deparavam com o absurdo se todos tivéssemos, em todo e qualquer momento, o poder de nos decidirmos pelo bem ou pelo mal.²²

Sem embargo, a tendência criminógena relaciona-se com um certo modo de ser, advogando o autor que, antes de se censurar alguém, deve apurar-se o processo de motivação do agente, pelo que, para efeitos de atribuição da culpa, é essa motivação que deve ser censurável.²³

Cabe então a seguinte pergunta: Como constrói o insigne penalista o seu conceito de culpa da personalidade?

Da análise à sua obra, estamos em crer que tal construção resulta de um processo dialético de confrontação das vertentes que a culpa da personalidade já tinha sofrido na doutrina jurídico-penal, mormente na doutrina jurídico-penal alemã.

Não obstante, devemos começar por analisar o que está subjacente a esta conceção, no geral. Ora, a principal ideia subjacente à culpa da personalidade é a de que o homem é, no decurso da sua vida, responsável por aquilo que é, por aquilo que se tornou. O homem, ser dotado de uma natureza moral, de consciência, que transcende a mera senciência, é um ser dotado, igual e consequentemente, de vontade, vontade essa que abre caminho à atribuição da culpa pela cominação de uma infração.²⁴

As variações da culpa da personalidade na doutrina, surgindo, em MEZGER, como uma culpa na condução da vida,²⁵ onde o agente será punido, por se ter tornado culpado de adquirir uma tendência para práticas perigosas, através do modo de condução da sua vida, e em BOCKELMAN como o produto de uma

²¹ O autor, embora defenda, como é ora exposto, a conceção da culpa da personalidade, não deixa de fazer referência pontual, ao longo do capítulo concernente à culpa, ao “poder de agir de outra forma”.

²² EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, pp. 317-318.

²³ EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, pp. 318-321. Mais adianta o autor que “*a culpa tem de ser algo de efetivamente existente na pessoa do agente e não pode pois reduzir-se a mera valorização só existente da cabeça do juiz*” (*Idem, ibidem*).

²⁴ EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, pp. 323-324.

²⁵ MEZGER construía uma culpa com base nos seguintes elementos: a) um ato de vontade, como referência psicológica do agente para com o facto; b) motivações que levaram o agente à prática do facto; c) referência da ação à personalidade do agente, tratando-se esta da componente caracterológica da culpa. Cfr. EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Libro de Estudio – Parte General*, trad. de Ricardo C. Nuñez, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, pp. 247 e ss.

decisão interior, foram objeto de crítica por EDUARDO CORREIA: a primeira, porquanto há tendências imodificáveis, impassíveis de imputação; a segunda, porque se trata de uma ficção (ficciona-se a liberdade).²⁶

EDUARDO CORREIA associa a culpa da personalidade a uma omissão na vida do agente, arvorando-se no inadimplemento do dever de orientar a sua personalidade, de modo a que esta se afigure idónea a conformar-se axiológicamente ao direito. Diz o autor que “*na medida em que o direito criminal afirma certos valores ou bens jurídicos, cria para os seus destinatários o dever de formar, ou ao menos preparar, a sua personalidade de modo a que, na sua atuação na vida, se não ponham em conflito com aqueles valores ou interesses*”.²⁷

Com efeito, com o juízo de culpa o agente será objeto de censura por não ter procedido à necessária formação ou preparação, para efeitos de observância de uma relação de conformidade entre a sua personalidade e o ordenamento jurídico.

Ora, quando o agente padece de enfermidades tais que o empurram forçosamente para a prática do crime (v.g. em razão de anomalia psíquica), não atingindo a sua “*normalidade biológica e psíquica*”, para o professor referenciado faz sentido falar, não em inimputabilidade ou imputabilidade diminuída, mas em “*anomalias da personalidade*”.²⁸

Malgrado, a teoria de EDUARDO CORREIA parte de uma petição de princípio: para efeitos de afirmação de uma culpa na formação da personalidade pela condução de vida do agente, é mister comprovar que este praticou com culpa os atos ou omissões que resultaram numa personalidade deficiente. O que redundaria, materialmente, numa culpa da vontade.

Isto levou outros autores, onde se destaca FIGUEIREDO DIAS, a formular a sua própria conceção da culpa da personalidade.

3.2. A Perspetiva Existencial de FIGUEIREDO DIAS

Em conformidade com o que tem sido reiterado pelo direito penal humanista, também o insigne penalista, o outro arquiteto no Código Penal de 1982, bem ensina que a prática de um ilícito típico não basta para se poder afirmar que o agente é responsável criminalmente – para além da antijuridicidade, ele deve

²⁶ EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, pp. 324-325.

²⁷ EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, p. 325.

²⁸ EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, pp. 329-330.

atuar com culpa, constituindo esta medida e limite da pena, surgindo esta, num quadro pré-compreensivo, como uma censura jurídica dirigida ao agente pela prática do facto.²⁹

Para FIGUEIREDO DIAS, dizer que “*a culpa é censurabilidade, nada diz sobre aquilo que materialmente se censura*”, tal “*como nada diz sobre o ponto essencial de saber se uma tal censurabilidade supõe a liberdade do agente (...)*”.³⁰

FIGUEIREDO DIAS rejeita perentoriamente o entendimento da culpa como “poder de agir de outra maneira”, porquanto o pressuposto que lhe deve estar subjacente – a faculdade de o agente se decidir livre e conscientemente pelo comportamento antijurídico – padece de “*duas dificuldades insuportáveis*”, a saber: a sua indemonstrabilidade, ante a falta de resposta à problemática da liberdade da vontade, mormente no que tange ao “quando” e ao “quanto” do livre-arbítrio;³¹ a condução a “*consequências político-criminais insuportáveis*”, porquanto, por um lado, sempre que o agente reiterasse em juízo a impossibilidade de ter agido de outra forma e se os esforços probatórios não ilidissent essa posição, a consequência seria, necessariamente, a absolvição, por aplicação do princípio processual penal *in dubio pro reo*; por outro, os delinquentes tendencialmente perigosos veriam a sua pena atenuada, ante a sua incapacidade tendencial para agir de outra forma – não logram motivar-se pelo direito.³²

Sem embargo da ulterior produção juscientífica em matéria de culpa penal, nenhuma solução se afigura satisfatória para o insigne professor, advogando que tais respostas substituem uma comprovação real por categorias normativas.³³

Com o substrato crítico que antecede, FIGUEIREDO DIAS vem propugnar uma perspetiva ético-existencial da culpa da personalidade, segundo a qual o

²⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 601.

³⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 604.

³¹ O insigne professor tem advogado, ao longo do seu percurso académico, que o “poder de agir de outra forma” não pode ser afirmado de forma responsável, porquanto nem o psicólogo ou psiquiatra mais experiente tem a capacidade de reconstruir o estado mental do agente no momento da prática do facto.

³² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 607-610.

³³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 612: “*(...) do que aqui se trata é de continuar a aceitar o poder de autodeterminação como conteúdo material da culpa se bem que não reconhecido, agora, como “comprovação entitativa”, mas apenas como “postulado político-criminal dirigido ao juiz”, como “princípio normativo de regulamentação de carácter generalizante”, numa palavra, como suposição de liberdade*”.

conteúdo material da culpa deve encontrar-se “*diretamente na violação de um dever de conformação da pessoa, no seu atuar, às exigências do direito*”.³⁴

Tentando lograr a substituição da ideia de livre-arbítrio por uma liberdade pessoal, vendo o homem como unidade indivisível e como ser concreto, sendo-lhe inerente a sociabilidade, ante a sua inserção em permanentes relações intersubjetivas, FIGUEIREDO DIAS sustenta que o homem “*tem de decidir-se a si e sobre si*”, não podendo apartar-se do “eu” existencial, que tem em si ínsito um poder decisório. Com efeito, a opção por uma determinada ação irá afirmar o seu próprio ser, qual “*homem que se decide a si mesmo*”. Em conformidade, a culpa jurídico-penal consubstancia-se na violação pelo ser existencial, que se afirma permanentemente (associando-se a sua essência à autodecisão) do dever de conformar a sua existência de forma a não ofender ou por em perigo bens jurídicos fundamentais.³⁵

Em suma, a culpa, para o autor, repousa no “*ter que responder pelas qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade que fundamentam um facto ilícito-típico e nela se exprimem*”.³⁶

Pelo que emerge um elemento emocional da culpa, arvorado em duas atitudes pessoais dignas de reprovação: uma atitude íntima do agente contrária ou indiferente ao direito, designada de culpa dolosa; uma atitude leviana ou descuidada, designada de culpa negligente. Se nenhuma destas atitudes se verificarem, a responsabilidade criminal deve ser afastada, porquanto a sua ausência pode redundar em situações de falta de consciência da ilicitude ou de inexigibilidade.³⁷

Esta conceção traz consigo, sustenta o penalista, consequências assaz relevantes:³⁸

- Irá obviar-se à problemática impositiva do livre-arbítrio, que teria de suportar necessariamente o “poder de agir de outra forma”.
- Transcende-se a forçosa submissão ao determinismo por parte daqueles que não encontram evidências suficientes para sustentar o livre-arbítrio, oferecendo-lhes um sólido conceito material de culpa, através da crença numa liberdade existencial;

³⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 614.

³⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 614-617.

³⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 617.

³⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 622 e ss.; 1043 e ss.

³⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 618-619.

- Logra-se um conceito de culpa que pode continuar a cumprir a sua função político-criminal de limitação da medida da pena, em função da dignidade da pessoa humana.

Ora, se a culpa reporta, designadamente, à liberdade existencial e à personalidade do agente, a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica irá ocultar essa mesma personalidade, levantando uma barreira compreensiva e comunicacional entre o agente e os atos por si praticados e o juiz.³⁹

Não obstante a solidez basilar que preside a esta visão dogmática, não raras foram as vozes que levantaram objeções à culpa da personalidade, quer na doutrina portuguesa, quer na doutrina estrangeira. É, pois, oportuno passar à sua explanação.

4. Crítica à Culpa da Personalidade

4.1. Na Doutrina Portuguesa

No que tange à doutrina portuguesa, a conceção da culpa da personalidade foi digna de receção crítica, designadamente, pela Escola de Lisboa,⁴⁰ onde se destacam os nomes de TERESA BELEZA, SOUSA E BRITO FERNANDA PALMA e CURADO NEVES.

Para TERESA BELEZA, fundar o juízo de culpa na culpa da personalidade tem um sentido assaz comprimido, porquanto tal juízo de culpa padece do defeito que é por si mais apontado, i.e., é indemonstrável. Levanta o problema de saber que sentido faz responsabilizar uma pessoa por uma personalidade por ela desenvolvida, senão totalmente, ao menos em grande parte, antes de ser capaz de culpa em termos legais (visto que só se é imputável criminalmente a partir dos 16 anos). Por outro lado, tal conceção redundará numa ficção, onde se logra salvaguardar a ideia de retribuição, em casos em que a culpa é ditada por imperativos de prevenção geral ou especial.⁴¹

Esta posição é de sancionar positivamente, porquanto demonstra que a culpa da personalidade padece de uma petição de princípio, faz valer a ideia de que

³⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 666.

⁴⁰ Em Coimbra, tem-se assistido a uma adesão mais ou menos pacífica a tal formulação, subscrevendo-a TAIPA DE CARVALHO, COSTA ANDRADE e ANABELA RODRIGUES.

⁴¹ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. II, reimp. (1ª edição de 1980), Lisboa: AAFDL, 2010, pp. 297-298.

elementos prévios ou posteriores ao facto típico não devem ser alvo, *per si*, de censura e por sublinhar a importância das funções de prevenção, que são os dados ontológico-normativos mais sólidos que até ao momento temos obtido.

Conquanto o seu objeto de análise seja a medida da pena, JOSÉ DE SOUSA E BRITO vem propugnar que medir a pena em função da personalidade defeituosa do agente, pelo seu carácter malicioso, seria punir um processo de construção da personalidade anterior ao crime, correspondente a um conjunto de factos pretéritos que foram sucedendo ao longo da vida do agente, fruto da sua vontade, os quais, porquanto não contemporâneos, não constituem crime e não podem ser comprovados em termos probatórios.⁴²

Em conformidade, o crime seria simples condição de punibilidade, ante o princípio da legalidade, pelo que a culpa seria apenas a capa que a perigosidade iria vestir, i.e., *“haveria que medir a pena não pelo facto mas pela maneira de ser do agente, pela perigosidade deste no momento da sentença, (...), dadas todas as circunstâncias anteriores e posteriores ao crime”*.⁴³

Ora, para SOUSA E BRITO, esta doutrina vem pôr em cheque a opção da nossa Constituição penal (cf. art. 29º CRP) por um sistema sancionatório dualista e o princípio da conexão entre o ilícito típico e a pena, mercê da sua variação estar associada a factos não criminosos nem culposos.⁴⁴

Para o autor, se se quiser consagrar na lei uma doutrina da culpa na formação da personalidade, então a perigosidade deve ser vista como uma circunstância do facto abrangida pela culpa. Como o próprio autor afirma, *“culpa pelo facto sim, e enquanto tal também pela personalidade”*.⁴⁵

Ilustrando esta ideia, referindo-se, designadamente, aos delinquentes tendencialmente perigosos, afirma SOUSA E BRITO que *“a manifestação que o agente faz da perigosidade do seu carácter no momento da prática do crime é-lhe imputada porque o agente tinha razões para dela ter conhecimento e contra ela se precaver e, não obstante, cometeu o crime, e praticou-o de uma forma que revela a má tendência do seu carácter”*.⁴⁶

⁴² JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A Medida da Pena no Novo Código Penal”, in AAVV (org. de Tereza Pizarro Beleza), *Textos de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa: AAFDL, 1999, p. 341.

⁴³ JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *op. cit.*, p. 342.

⁴⁴ *Idem, Ibidem.*

⁴⁵ JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *op. cit.*, pp. 344; 348.

⁴⁶ JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *op. cit.*, p. 347.

Não obstante a bondade da crítica *supra*, esta solução padece do mesmo defeito que a tese de EDUARDO CORREIA. Vale, portanto, *mutatis mutandis*, o que se disse no penúltimo parágrafo em 3.1.

Veja-se que, fundamentando o princípio da culpa no princípio geral constitucional da dignidade humana, SOUSA E BRITO diz que o criminoso deve ser tratado como ser livre, pelo que impedimentos se não descortinam para efeitos de afirmação da existência de uma valoração culposa do facto na cabeça do agente, i.e., um determinado desvalor a que pode associar-se uma variedade de penas, num quadro escalonado.⁴⁷

Esta tese é passível desaguar no “poder de agir de outra forma” como fundamento material da culpa. Se assim for, como já foi analisado por diversos autores, é de rejeitar, ante a sua indemonstrabilidade empírica. Por outro lado, se se interpretar esta tese, no sentido de haver uma permeabilidade à força inibitória da norma penal, a tese procede em nosso juízo.

FERNANDA PALMA, numa obra dedicada exclusivamente à culpa jurídico-penal, vai dirigir uma crítica a FIGUEIREDO DIAS, cifrando-se, essencialmente, no conceito de liberdade propugnado pelo decano de Coimbra.

Como vislumbrámos *supra*, FIGUEIREDO DIAS propõe a substituição da liberdade como livre-arbítrio por uma liberdade existencial da pessoa, “*ser-total-que-age*”, afirmando a sua essência num projeto de existência que se realiza permanentemente. Donde, uma culpa pela violação do dever de não moldar a sua existência (leia-se personalidade), de modo a não aniquilar ou pôr em risco bens jurídico-penais. O homem atua livremente, ao decidir-se a si mesmo no ato.

Para FERNANDA PALMA, esta formulação esvazia a liberdade de conteúdo “*atual e ontológico, eticizado e submetido a uma essência coletivamente produzida*”.⁴⁸ Ora se assim é, se se não vislumbra a necessária ligação simbiótica entre a responsabilidade e o momento ôntico que lhe deve presidir, despida da “*vivência subjetiva e refletida da ação*”, então a pessoa, qual escravo da sua própria sombra deformadora da sua essência, pode vir a responder pelo que não vê e pelo que não sente.⁴⁹

⁴⁷ JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *op. cit.*, pp. 337-338.

⁴⁸ FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 67.

⁴⁹ FERNANDA PALMA, *op. cit.*, pp. 68-69.

Ilustrando esta ideia, FERNANDA PALMA defende que a via da liberdade existencial pode conduzir à aceitação de uma “culpabilidade inocente”, representativa da afirmação “somos culpados de tudo”, que um DOSTOIEVSKI influenciador de toda a filosofia existencial retratou na sua obra magna *Os Irmãos Karamazov*.⁵⁰

FERNANDA PALMA logra interligar, embora com relativa autonomia de uma em relação à outra, a culpa jurídica e a culpa moral, sustentando que renunciar a esta visão seria suprimir uma parte ética da realidade, qual seja, o próprio direito penal.⁵¹ Com efeito, o fundamento da culpa deve procurar-se numa moral mínima, i.e., uma moral aceitável pelos seus destinatários, que tenha como escopo a realização daquilo que é o bem para cada pessoa, “numa lógica universalizável mas individualizável”. “A culpa moral exprime, assim, o sentido da responsabilidade pessoal livremente aceite por cada um, à luz de uma vida digna e autónoma experienciável”.⁵²

A penalista da Escola de Lisboa concebe a liberdade, não como uma liberdade da vontade, porquanto esta esbarra contra potenciais fatores passíveis de determinar a própria ação, mas como uma “liberdade de desejar”, representativa de desejos, paixões, emoções, sentimentos, reportando-se à ideia de consciência de si, constituindo o suporte de fundamento da culpa moral⁵³. Assim, “a culpa que justifica moralmente a responsabilidade penal é expressão de uma ação, tanto porque reflete a identidade do seu autor (a sua consciência de si) como porque pressupõe não estarem em causa as condições essenciais de uma opção por alternativas”.⁵⁴

Mas, na senda da autora, as responsabilidades moral e penal só podem ser reconhecidas através de um princípio da desculpa, surgindo este como matriz teórica da responsabilidade penal. I.e., a par das restrições à liberdade, em função de um juízo de censura, deve coexistir um espaço de desculpa conducente a uma responsabilidade moralmente justificada.⁵⁵ Tal espaço reconduz-se a uma diminuição da punição, por razões morais de tutela do indivíduo e de salvaguarda de valores relativos com a identidade pessoal,

⁵⁰ FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 73.

⁵¹ FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 117. Mais adianta que “(...) a responsabilidade penal deverá exigir pela sua gravidade um quid motivacional que torne o facto também censurável (enquanto expressão de uma rutura do agente com valores que reconhece, porque também dizem respeito à sua autonomia e dignidade e em cuja defesa tem, em última análise, interesse racional”. *Op. cit.*, pp. 120-121.

⁵² FERNANDA PALMA, *op. cit.*, pp. 124-125.

⁵³ FERNANDA PALMA, *op. cit.*, pp. 74; 126.

⁵⁴ FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁵ FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 132.

promovendo-se, desta forma, uma relação justa entre o indivíduo e o sistema punitivo.⁵⁶

Destarte, a professora advoga que, não obstante a dificuldade de maior na comprovação do “poder de agir de outra forma”, releva tentar lograr provar empiricamente se o agente teve uma concreta oportunidade de adotar outra conduta, “*em face das nossas representações, das representações dominantes e das representações do próprio agente*”, através de critérios extrajurídicos, sendo o agente desculpado quando existam fatores que afetem a consciência de si, como manifestação da identidade no facto.⁵⁷ V.g. Assim, um homicida condenado, ao esquecer-se de tudo o que o levou à pena capital (de todo o processo que levou à cominação do crime até ser detido), não deve ser punido, porquanto houve uma afetação da sua consciência de si, que lhe não permite associar-se ao ato praticado, inexistindo sentimento de culpa.⁵⁸

Quanto a nós, parece-nos que a crítica aqui dirigida a FIGUEIREDO DIAS, embora de pendor filosofante, vem oportunamente reiterar que uma conceção da culpa da personalidade é passível de redundar num direito penal, não do facto, mas do agente, quando levada até às suas últimas consequências, ao punir atos antecedentes ou consequentes ao crime. Ora, ao direito penal não cabe moldar pensamentos ou mesmo personalidades, sob pena de a dignidade da pessoa humana ser subvertida a favor de um quadro transpersonalista, coletivista, onde a unidade não é unidade em si, mas parte do todo. Seria, com efeito, a realização plena do *big brother* orwelliano. Note-se, contudo, que isto seria levar a culpa da personalidade a extremos. Em todo o caso, ante os condicionalismos ambientais, sociais, culturais, políticos, familiares, etc. que influem no processo decisório, carece de sentido uma culpa a título de exclusividade pela personalidade. O que releva ter em conta é o que o facto documenta e a maior eficácia da reação penal, postulando esta a confiança comunitária na ordem jurídica e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana – a liberdade é a regra e o *ius puniendi* exceção.

Malgrado, a solução apresentada por FERNANDA PALMA não deve proceder, porquanto revela uma certa proximidade à culpa da vontade, não existindo, até ao momento, evidências científicas passíveis de a sustentar na realidade ontológica.

⁵⁶ FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁷ FERNANDA PALMA, *op. cit.*, pp. 139-140.

⁵⁸ Trata-se de uma explanação incompleta do exemplo reproduzido no filme *O Enforcamento*, em que um homicida condenado sobrevive miraculosamente à pena capital, tendo sofrido uma total amnésia. (FERNANDA PALMA, *op. cit.*, pp. 129-130).

Já CURADO NEVES, na sua tese de doutoramento, também tece várias críticas à culpa da personalidade.

Para CURADO NEVES, a fundamentação da culpa numa culpa ético-existencial, que pressupõe a violação do dever de a pessoa configurar a sua personalidade de modo a não lesar bens jurídicos, carece de fundamentação, porquanto o sistema jurídico é, e deve ser, autónomo em relação a outras ordens normativas. Ora, na crítica do autor, FIGUEIREDO DIAS aparenta pensar, ao falar de uma culpa pré-jurídica, de uma culpa existencial, “*numa ética que vincula o ser humano enquanto tal e não ainda como ser social*”, pelo que o ser humano, nesta medida, teria apenas de responder internamente e não externamente, i.e., perante si próprio e não perante a sociedade. Se assim é, tal responsabilidade não pode ser objeto de reação por parte de um aparelho coercivo estadual, pois o pensamento, a deliberação ou o diálogo estão sob reserva da esfera individual.⁵⁹

CURADO NEVES defende que a formulação da culpa levada a cabo por FIGUEIREDO DIAS poderia bem dispensar a referência à liberdade, conquanto que se trate de uma liberdade existencial, logrando levar essa liberdade ao absurdo, através da identificação de várias incongruências, com a seguinte questão: “*Mas uma liberdade que não é objeto de verificação, nem é suscetível de o ser, e que apesar disso é apresentada como elemento de base do instituto, não é precisamente postulada?*”.

O autor também alerta para o perigo de cairmos num direito penal do agente, quando a personalidade seja vista como um todo que se manifesta na prática de crimes, apenas permitindo distinguir entre personalidades fiéis ao direito e personalidades criminais,⁶⁰ embora isso seja rejeitado por FIGUEIREDO DIAS, ao sublinhar a característica da variação subjacente à personalidade⁶¹.

Ao nível das causas de exclusão da culpa, CURADO NEVES afasta perentoriamente as teorias da inexigibilidade e da inimputabilidade, preconizadas por FIGUEIREDO DIAS.

Para FIGUEIREDO DIAS, a culpa é excluída por inexigibilidade quando exista uma sensível desconformidade entre a censurabilidade externo-objetiva e a essência de valor da personalidade no facto, sendo essa desconformidade

⁵⁹ JOÃO CURADO NEVES, *A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 400-401.

⁶⁰ O que vem reforçar as considerações que tecemos após nos pronunciarmos sobre a crítica de FERNANDA PALMA.

⁶¹ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 407.

resultado de uma pressão imperiosa de momentos exteriores, que desviaram o agente ao normal cumprimento das exigências do direito.⁶²

Para efeitos de afastamento desta teoria, CURADO NEVES recorre a um exemplo, que depois adultera:

Imagine-se que num acidente que deixa várias pessoas feridas, o pai de uma criança gravemente ferida obriga o condutor da única ambulância disponível a seguir caminho para o hospital com o seu filho, a fim de lhe salvar a vida, sendo que um outro ferido que carecia de transporte hospitalar acabou por morrer no local do acidente. Com efeito, a culpa seria excluída, pois o agente atuou com base num motivo relevante, que é juridicamente aprovado, o que faz afastar a censura (note-se que esta seria a única via de salvamento para o filho, embora ilícita; o pai, movido pelo amor paternal e pela vontade de ver o filho sobreviver, viu-se “quase” forçado a agir assim).

Imagine-se, por outro lado, que o agente era uma pessoa altamente perversa, que já tinha praticado vários homicídios, sendo-lhe totalmente indiferente a vida dos feridos daquele acidente. Para o autor, estes novos elementos não iriam alterar o juízo de culpa, porquanto essa personalidade perversa não ficou documentada no facto. i.e., o agente não atuou para deixar morrer os feridos, mas para salvar o filho. O que o professor logra demonstrar é que o agente responde pelo facto e não pela personalidade. Quando muito, o facto é reflexo da personalidade, mas não necessariamente.⁶³

Já no que concerne à inimputabilidade, vimos *supra*, que FIGUEIREDO DIAS propugna que quando o agente padece de anomalia psíquica, a sua personalidade é ocultada, emergindo uma barreira compreensiva entre o facto e a pessoa do agente e o juiz.

Ora, na senda de CURADO NEVES, esta posição é de rejeitar, porquanto “*a personalidade do doente não permanece inalterada, nem sequer escondida, perante a doença*”. Não raro, a doença, altera significativamente a personalidade à pessoa que dela padece, sendo essa alteração, as mais das vezes, irreversível (v.g. é o que sucede com as psicoses degenerativas, em que o horizonte da realidade vivencial do doente fica assaz limitada, subsumindo-se, por vezes, a uma “bolha alternativa”).⁶⁴

⁶² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* pp. 710-711.

⁶³ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, pp. 408-411.

⁶⁴ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, pp. 412-413.

Por outro lado, o estado mental do agente não se repercute necessariamente sobre a sua posição face ao direito. I.e., a imputabilidade não pode estar submetida ao jugo de uma atitude interna. Com efeito, a anomalia psíquica é um fator de dúvida, no que concerne à capacidade de culpa do agente, ainda que o leve a uma atitude de indiferença para com o direito – o que sucede na esquizofrenia – ou a uma atitude de descuido – o que pode suceder em estados de passividade extrema.⁶⁵

Esta crítica é concluída, pela seguinte afirmação do autor: “*caso se continue a afirmar que a culpa consiste na personalidade desvaliosa, não conforme com as exigências jurídicas, terá que se considerar capaz de culpa a generalidade dos doentes mentais*”.⁶⁶

4.2. Na Doutrina Estrangeira

A conceção da culpa da personalidade foi merecedora, outro tanto, de uma análise aturada por parte da doutrina estrangeira, tendo sido subscrita por alguns autores e criticada por outros. É a crítica que ora nos interessa. Vale destacar os nomes de JESCHECK e WEIGEND e CLAUS ROXIN.

Quando se fala numa impossibilidade de comprovação da culpa da personalidade, releva saber o porquê. JESCHECK e WEIGEND esclarecem-nos com a sua crítica, ao ensinarem que com os meios do atual processo penal, seria impossível esclarecer a trajetória de vida do arguido, mercê das suas frequentes e profundas ligações afetivas.⁶⁷

Já afirmámos que existem fatores endógenos e exógenos dotados de um elevado grau de variação e plasticidade, que influem permanentemente na realidade vivencial do agente, pelo que carece de sentido ter em conta, *per si*, uma culpa da personalidade. Esta reflexão de JESCHECK e WEIGEND vem constatar que tais fatores escapam em grande parte à esfera de cognição do juiz, sendo impossível censurar com precisão uma suposta violação da condução de vida do agente. Com efeito, subscrevemos as suas palavras.

Mas a maior crítica que os autores dirigem à culpa da personalidade assenta na possibilidade de a indagação sobre a personalidade do agente conduzir a uma violação da sua esfera íntima na audiência, redundando isto numa jurisprudência doutrinária e moralizante, o que não se compadece tanto com o

⁶⁵ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.* p. 411.

⁶⁶ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.* p. 413.

⁶⁷ H.-H. JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *op. cit.*, p. 622.

fim da justiça, como com as finalidades de prevenção, na sua vertente de ressocialização do agente.⁶⁸

Embora o direito possa ser conformado por uma ética mínima, idónea à sã convivência comunitária, o direito penal deve apartar-se de tendências morais ou ideológicas subjetivas, pois a sua função é a de tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais, atuando apenas em *ultima ratio*. Ora, se o espetro da moral transcende o do direito, *ad fortiori* o direito penal não pode socorrer-se daquela para se conformar, sob pena de espriar-se nas liberdades mais elementares do ser humano e de veicular uma ideia de retribuição, já há muito abandonada. Pelo que esta crítica de JESCHECK e WEIGEND nos parece bastante assertiva.

Malgrado, a alternativa que os autores propõem não deve proceder.

Para JESCHECK e WEIGEND, a culpa penal consubstancia-se numa atitude interna deficiente do agente face ao direito, atitude essa que será objeto de um juízo de censura, mercê da prática de um ilícito típico. Mas esse juízo de censura vai aferir-se, não em concreto, mas por referência ao “homem médio”, i.e., deve perguntar-se se o “homem médio”, – uma pessoa medianamente sagaz e diligente, que age em conformidade com os valores juridicamente protegidos – colocado na posição do agente e naquela situação de facto concreta, teria tido possibilidade de ter optado por uma outra conduta.⁶⁹

Ora, o homem médio é uma figura ideal, criada pelo direito, que suporta um parâmetro de razoabilidade, prudência, respeito, zelo, diligência. Tal figura é extremamente volátil num quadro espaço-temporal, porquanto a cultura, o pensamento, as mentalidades e o modo de ser das pessoas e a própria sociedade são objeto de metamorfoses progressivas, que patenteiam, não raro, verdadeiras revoluções sociológicas. Tome-se o exemplo do homicídio privilegiado, previsto e punido no art. 133º do CP, que supõe uma culpa atenuada. Quem matar outrem “*dominado por compreensível emoção violenta (...)*” vê a sua culpa diminuída. Parte da doutrina propugna que tal compreensibilidade deve ser aferida à luz do “homem médio”. Note-se que a jurisprudência dos anos 70 e 80 do século passado atenuava a culpa àquele que matasse a mulher, por esta ter cometido adultério, precisamente por referência ao critério do “homem médio”,⁷⁰ algo que em tempos hodiernos é totalmente inadmissível. Eis o perigo da figura – tais agentes beneficiaram de uma culpa atenuada, quando o facto que praticaram foi revelador de uma culpa agravada!

⁶⁸ *Idem, Ibidem.*

⁶⁹ H.-H. JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *op. cit.* pp. 625-630.

⁷⁰ AMADEU FERREIA, *Homicídio Privilegiado*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 124 e ss.

Para ROXIN, as doutrinas que fundam a culpa no ter de responder por aquilo que se é, i.e., pela personalidade, padecem de uma incongruência lógica, pois a culpa não pode ser atribuída à pessoa pela estrutura do seu carácter, algo pelo qual nada pode fazer – nesta medida, estar-se-ia a culpar um inocente. Ademais, afirmações como “*o homem se decide a si mesmo, afirmando a sua essência*”, mais não são do que suposições metafísicas. Elas podem ser aceites como crença filosófica, mas como crenças que são, não podem fundamentar materialmente a culpa jurídico-penal, pois carecem de um conteúdo empírico bastante.⁷¹

Continua o autor, propugnando que “*a condução da vida não é uma realização culpada do facto típico; e só este é punível*”. Em todo o caso, uma culpa na condução da vida não é comprovável no plano forense e é suscetível de pôr em causa o princípio da culpa, enquanto figura limitadora do *ius puniendi*.⁷²

Por outro lado, a culpa da personalidade esvazia de conteúdo a compreensão do afastamento da culpa nos casos de inimputabilidade.

ROXIN vem criticar a conceção de inimputabilidade de FIGUEIREDO DIAS, quando este advoga que uma existência psiquicamente anómala ou doente faz emergir uma barreira compreensiva entre o facto e a pessoa do agente e o juiz, ficando a personalidade do agente oculta e, conseqüentemente, subtraída à apreciação do juiz. Ora, para ROXIN, a ideia de comunicação pessoal entre o juiz e o arguido não deve proceder, porquanto “*a culpa e a pena não podem depender da possibilidade de compreensão do respetivo juiz, necessariamente variável de caso para caso, antes têm de ser objetivamente determináveis*”.⁷³

Outro tanto, é erróneo afirmar que em todos os casos de inimputabilidade, a personalidade do agente se aparta da compreensão do juiz. Quanto aos jovens, ainda inimputáveis em razão da idade, é verificável uma comunicação pessoal. No que concerne aos inimputáveis em razão de anomalia psíquica, quando a anomalia se não funde na carência de sentido objetivo, nem obste à explicação do sentido do facto, antes assente na falta de inibições, tal comunicação é possível de se verificar. Com efeito, para ROXIN, a diferença entre um imputável e um inimputável está na afirmação ou na negação da culpa e o ato

⁷¹ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade, Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, trad. de Maria da Conceição Valdágua, in *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*, ano 1, n.º 4, Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1991, p. 519.

⁷² CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade, Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 538.

⁷³ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade, Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 521.

do inimputável é, também, uma exteriorização da personalidade, conquanto que careça de culpa.⁷⁴

Esta parece ser a melhor tese, pois se não furta às evidências empíricas disponíveis, pondo em relevo a vulnerabilidade da culpa da personalidade. Sublinha que o que releva é punir pelo facto e não pela personalidade, embora esta possa estar subjacente. A última nota está, outrossim, em conformidade com a crítica de CURADO NEVES – o doente mental não tem a sua personalidade oculta nem a vê negada, antes a exterioriza no ato, pese embora se trate de uma personalidade já alterada.

Para ROXIN, a culpa deve entender-se como a “*atuação contrária ao direito, a despeito da existência de permeabilidade ao apelo normativo*”.⁷⁵ Tal possibilidade de um comando psíquico – a permeabilidade ao apelo normativo – no caso concreto, já tem vindo a ser sancionado positivamente pela psicologia e pela psiquiatria. Não se trata de um “poder de agir de outra forma”, mas sim de tratar o agente como ser livre – não no sentido de livre arbítrio, mas sim de uma liberdade teleológica, pois a alternativa (a adesão a uma tese de que o homem não é culpado pelos seus atos por estar absolutamente determinado) seria, não a impunidade, mas sim a cominação de medidas de segurança a um leque mais alargado de destinatários, o que redundaria em privações da liberdade muito maiores. Esta liberdade vem, com efeito, estabelecer um limite à prevenção no interesse dos cidadãos. A liberdade de decisão do homem configura um princípio jurídico que preserva a liberdade e põe limites ao poder do Estado – trata-se de uma conceção normativa de liberdade.⁷⁶ Ante esse tratamento, há uma capacidade de comando e uma permeabilidade ao apelo normativo. O agente será censurado quando ele, pela sua constituição mental e psíquica, estava em condições de se motivar pela norma.⁷⁷ Assim, o direito penal abstém-se de tomar partido pelo livre-arbítrio ou pelo determinismo.

Este conceito de culpa tem a vantagem, na senda de ROXIN, de restringir o direito penal àquilo que é indispensável para a estabilidade comunitária, porquanto, através de comandos e proibições, veicula a paz e a certeza jurídicas, que obstam a cairmos numa situação de anarquia. Ora, a violação da ordem

⁷⁴ *Idem, Ibidem.*

⁷⁵ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade, Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 524.

⁷⁶ CLAUS ROXIN, “Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa”, in AAVV (org. de Teresa Pizarro Belega), *Textos de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa: AAFDL, 1999, p. 415. Este texto trata-se de uma conferência proferida pelo autor em 11 de abril de 1983 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

⁷⁷ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade, Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 525.

jurídica irá agitar a consciência jurídico-comunitária, que será reposta, reafirmada, quando o agente é punido. Onde, quando, em função da configuração mental e psíquica de um indivíduo, este seja incapaz de se comportar em conformidade com os imperativos jurídicos, se afigura inútil e desnecessária a intervenção penal – quando essas pessoas violam a lei não destroem nenhuma expectativa social.⁷⁸

A culpa é complementada por imperativos de prevenção geral ou especial, o que, num todo, dá origem à categoria da responsabilidade.⁷⁹ Com efeito, a culpa e a prevenção surgem numa relação de restrição recíproca – a culpa põe um limite às necessidades de prevenção (que quando exacerbadas e mal-entendidas, podem levar a exigências punitivas desmesuradas); mas os imperativos de prevenção também limitam a culpa. Assim, no que concerne às causas de exclusão da culpa, não há, do ponto de vista preventivo, necessidade de pena, pois se alguém não é motivado pela norma, há uma renúncia a responsabilizar o agente; por outro lado, se razões de ordem preventiva o impuserem, a pena deve ficar abaixo da medida da culpa (v.g. se uma pena vai dessocializar o agente e potencialmente fazê-lo reincidir, a gravidade da mesma deve ser reduzida para aquém da medida da culpa).⁸⁰

Esta posição é a que assegura melhor os fins e funções que presidem ao direito penal e a que se aproxima mais de um fundamento empírico bastante que suporte a culpa, permitindo ao ser humano participar e viver pacificamente no seio da comunidade, em condição de igualdade com os seus pares, garantindo, outro tanto, de forma mais eficaz a realização constitucional do direito à liberdade (cf. art. 27º CRP).

A objeção levada a cabo por alguns autores a ROXIN, de que a sua tese não arvora uma culpa jurídica, mas uma culpa social, não deve proceder, desde logo porque os imperativos de prevenção geral positiva estão subordinados às exigências do Estado de Direito, que postula uma política criminal racional e humanitária. A culpa não corre o risco de se alargar substancialmente, antes é critério protetor do indivíduo.

⁷⁸ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade, Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 529.

⁷⁹ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade, Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 504.

⁸⁰ CLAUS ROXIN, “Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa”, *cit.*, pp. 419-422.

5. Posição Adotada

Sem embargo das críticas já expostas, algumas das quais subscrevemos, outras resultando de reflexão individual, releva sublinhar a de que a perspetiva existencial de FIGUEIREDO DIAS se trata de uma crença filosófica e, como tal, não passível de ser suporte bastante à culpa penal em sentido material. Se o autor adere à tese de que o homem afirma a sua essência através da condução da sua vida, qual ser que age permanentemente, nisso se cifrando a liberdade existencial, outras pessoas podem aderir à tese do absurdo de ALBERT CAMUS, segundo a qual a vida humana é inútil, inexistindo explicação teleológica que pudesse presidir-lhe e que ilustra com o Mito de Sísifo: “*Os deuses tinham condenado Sísifo a empunhar sem descanso um rochedo até ao cume de uma montanha, de onde a pedra caía de novo, em consequência do seu peso*”, e de novo será necessário levá-la até ao cimo, tratando-se de um processo perpétuo.⁸¹ Ora, se um homem é um absurdo em si mesmo, está submetido ao fardo da sua própria existência. Só pode experienciar uma saída, através da revolta. Assim, o ser humano ver-se-ia impelido a violar a esfera alheia, sendo impermeável a qualquer sentido de responsabilidade, precisamente por estar assolado por uma indiferença crónica face a tudo o que o rodeia. Claro que podemos entrar no campo da hipérbole, mas esta indagação filosófica afigura-se idónea a afastar as crenças filosóficas como fundamento material da culpa jurídico-penal.

Já no que concerne ao campo científico, quer a evolução psiquiátrica,⁸² quer o resultado das experiências neurocientíficas⁸³ – campos privilegiados do estudo

⁸¹ ALBERT CAMUS, *O Mito de Sísifo, Ensaio Sobre o Absurdo*, trad. de Urbano Tavares Rodrigues, Lisboa: Livros do Brasil, 2002, p. 123.

⁸² “*Julgamos, pelo que acabamos de expor, haver uma base empírica para aceitar no homem a existência de uma liberdade de decisão, compatível com o preceito legal da imputabilidade, sem necessidade de pressupor um indeterminismo inaceitável à ciência*”. (PEDRO POLÓNIO, *Psiquiatria Forense*, Lisboa: Coimbra Editora, 1975, p. 87).

⁸³ BENJAMIN LIBET procedeu a algumas experiências factuais, sendo o neurocientista que mais se aproximou de afirmar o livre-arbítrio, conquanto o não tenha confirmado, mercê de falta de provas adicionais. LIBET demonstra, em primeiro lugar, que para que o cérebro tenha consciência dos estímulos sensoriais, carece de cerca de 0,5 segundos de atividade (v.g. só temos consciência de tocarmos com o dedo numa mesa 0,5 segundos depois de o termos feito). Então, como é que conseguimos reagir tão rápido, v.g., numa situação em que estamos a conduzir e uma criança se atravessa repentinamente à frente do veículo? Como conseguimos travar em 150 milésimos de segundo (ms) se, para termos consciência, necessitamos de 500? LIBET diz que se trata de uma decisão não consciente. O autor levanta, com efeito, a questão de saber se a decisão de atuar e a atividade cerebral que leva à ação voluntária podem ter início antes da consciência da decisão. O neurocientista, mais uma vez, procede à comprovação experimental, que consistiu no seguinte: um grupo de pessoas deviam dobrar o pulso num momento por si escolhido e, concomitantemente, olhar para o ponto em que se encontrava o ponteiro do relógio e

compreensivo do cérebro humano – chegam à mesma conclusão: a questão da disputa entre livre-arbítrio e determinismo continua por responder. Pelo que seria científica e juridicamente irresponsável tomar partido quer por um quer por outro. Como o livre-arbítrio é erigido a pressuposto irrenunciável do “poder de agir de outra forma”, não tendo sido ainda comprovado, tal conceção da culpa é de afastar.

No entanto, um direito penal que não tenha como suporte a liberdade, não no sentido de livre-arbítrio, mas no sentido de uma liberdade teleológica, apartar-se-ia da culpa em prol da perigosidade, onde poderiam ser aplicadas as mais severas sanções em sede de privação da liberdade. Tal direito penal poderia, outro tanto, ser instrumento de um Estado autocrático, que leva ao extremo a prevenção geral positiva, a fim de espalhar o terror, neutralizar potenciais opositores e, consequentemente, se manter vivo, qual “deus” onnipotente e onnipresente.⁸⁴

deviam reparar nesse ponto no momento em que decidissem baixar o pulso. Daí resultou que os eventos cerebrais começam entre 350 a 400 ms antes do início da consciência. E isto nega o livre-arbítrio? Ora, não há prova, quer do livre-arbítrio, quer do determinismo. Destarte, o autor provou que, não obstante aquele processo não consciente ao ato, há um momento em que a pessoa tem consciência e aí tem a possibilidade de vetar ou não vetar o ato (cerca de 150 a 200 ms). No entanto, a decisão de vetar não pode ser entendida como livre-arbítrio, se ela resultar de um processo não consciente precedente. Embora ainda não tenha havido prova, LIBET inclina-se para uma não sujeição do veto consciente a um processo não consciente.

Em sentido totalmente oposto se situa DANIEL WEGNER, que fala numa “*causação mentalmente aparente*”, i.e., nós temos apenas uma sensação de sermos autores das nossas ações, mercê de pensamentos consistentes. Essa sensação é uma interpretação da realidade e não uma apreensão direta da mesma. Se assim é, tal como todas as interpretações, essa pode estar sujeita ao erro. Em suma, WEGNER sustenta que a consciência é uma ilusão. Não obstante, as experiências que levou a cabo para demonstrar a sua tese consubstanciaram-se em situações criadas especificamente para lograr a prova de que as pessoas têm ilusão de causar o comportamento. Trata-se de meras hipóteses, o que é insuficiente para comprovar a sua tese.

Em todo o caso, quer o livre-arbítrio quer o determinismo não são comprovados por estas teorias, dotadas de suma importância em sede de neurociência da ação. (ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *op. cit.*, pp. 287-310).

⁸⁴ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, “¿ Tiene un futuro la Dogmática Jurídico penal?”, in AAVV (org. de Tereza Pizarro Beleza), *Textos de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 254-255. Releve-se que só – tendencialmente – o agente cabalmente socializado poderá ser objeto do pleno juízo de censura. Tal processo passa pela apreensão, mediante reforço e mimese por referência a um padrão modelo, das normas de conduta, costumes e aspetos socioculturais da comunidade em que se insere, o que lhe permite ser permeável às regras mais elementares da convivência em sociedade. Aí, o indivíduo entra numa relação de cuidado-de-perigo (na expressão de FARIA COSTA) para com o próximo e para consigo próprio, porquanto imbuído de um espírito axiológico-normativo integrador do seu ser enquanto pessoa e enquanto membro da comunidade, descortinando-se o objeto da censura como elemento subjetivo-valorativo

Não obstante todas as incertezas inerentes ao conceito de culpa – o conceito que levanta mais dificuldades em toda a dogmática penal, pois a incerteza é, outrossim, apanágio de alguns ramos da ciência, designadamente o direito – há abordagens dotadas de elevada razoabilidade empírica, que nos levam a fundamentar materialmente a culpa na força motivadora da norma jurídico-penal, designadamente a psicanálise. Com efeito, da mesma forma que a consciência da criança (o seu superego) se forma ao reagir ante a privação de afeto, por ter adotado um comportamento proibido, e ante a concessão de afeto, por ter seguido um comportamento desejado/correto, o direito tem de recorrer à ameaça, através da aplicação de uma pena, para lograr uma vida pacífica na sociedade – os seus membros devem cumprir aquele conjunto de regras essenciais para o seu funcionamento de um sistema social e para o seu livre desenvolvimento. Quanto tais regras são violadas, a sociedade, através do direito, faz uso da sanção penal, reforçando-se a si numa perspetiva jurídica, espria um efeito inibitório para futuro quanto à violação dessas regras, quer em relação aos membros da sociedade em geral, quer em relação ao agente em particular. Mas note-se que essa sanção não pode ter como efeito a dessocialização do agente, sob pena de subversão dos fins e funções do direito penal. Tudo isto deve, com efeito, ser limitado pelos imperativos do Estado de Direito e pelo princípio elementar da dignidade da pessoa humana.⁸⁵

Nesta medida, seguimos o pensamento do psiquiatra PEDRO POLÓNIO, propugnando que na liberdade humana – não um indeterminismo não comprovável, mas um tratamento teleológico, sem olvidar os condicionamentos individuais e biológicos do ser humano –, a par do nosso passado, nós vislumbramos o nosso futuro para efeitos de antecipação de potenciais consequências dos nossos atos, existindo, com efeito, uma responsabilidade que pode ser assacável a cada um de nós.⁸⁶

Tal quadro concretizadamente etiológico pode ser melhor descortinado por referência à teoria da abordagem dinâmico-estrutural de JANZARIK. Segundo tal teoria, o indivíduo parte de uma autopraxis, qual tendência espontânea para agir, por referência a disposições que compreendem o instinto, o inatismo, o espírito de autoconservação e situações de vida que imprimem dinâmica às suas ações. A mente é, com efeito, estimulada ante a representação de várias situações. Em consequência, surge a associação valorativa como compreensão na estrutura mental de várias situações, valores, pensamentos e ordenações

que vai ajuizar de uma prática socialmente intolerável de tal forma, que a conduta se reveste de idoneidade para violar ou perigar bens jurídicos fundamentais.

⁸⁵ Assim, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, pp. 259-263.

⁸⁶ PEDRO POLÓNIO, *op. cit.*, pp. 87-88.

socioculturais permissivas de comportamentos adequados. Entre disposição e ação, no quadro da estrutura mental, atuam a desatualização – como apartamento, no campo da consciência, de ações valorativamente inviáveis – e a ativação – como iniciação, concentração, perseverança. Donde, a construção de uma consciência do risco – com base na construção do edifício valorativo, num quadro de normalidade, tal consciência do risco vai impelir o indivíduo a vetar opções axiologicamente desvaliosas, operando, por vias disso, um efeito inibitório. Tal consciência é traduzível na concretização etiológico-ontológica da proposta normativo-conceitual roxiniana da culpa como permeabilidade ao apelo normativo.⁸⁷

O que ora releva não é o “poder de agir de outra forma”, mas a força motivadora que deve presidir à norma penal, a fim de que cada indivíduo pertencente à comunidade se abstenha de praticar ilícitos típicos, devendo comportar-se dentro de um quadro de razoabilidade e racionalidade.

Uma consideração contrária, veiculadora do pensamento determinístico, redundaria, em todas as suas consequências, como já alvitrava BELING, na equiparação intrínseca de uma ação pretendida com uma ação involuntária, posto que não livres, pelo que as ações de alguém *v.g.* assolado por anomalia psíquica e as ações de uma pessoa que se repete são equivalentes-valorativamente, sob pena de contradição insanável, porquanto concluir-se-ia necessariamente que ambas as ações seriam igualmente pré-determinadas causalmente.⁸⁸ O direito penal deve ter como base uma liberdade teleológica, pressupondo a liberdade do ser humano, enquanto indivíduo detentor de um poder de reação, de resistência, atributivo de inibições valorativas que obstaculizem a materialização de impulsos criminosos, atendendo à concorrência de contramotivos, incrementados pelo processo de socialização, aculturação, etc.

Do exposto, resulta que a culpa jurídico-penal, ainda que em sentido embrionário e, releve-se, ainda aporético, será o juízo de censura de uma conduta antijurídica, sem embargo de existir uma influência contramotivadora presente no espectro normativo jurídico-penal, concorrente na pluralidade de valorações individuais. Pelo que o agente não será capaz de culpa quando, por força de fatores endógenos e exógenos, não conseguir controlar as suas

⁸⁷ Cfr. JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.* pp. 248-252.

⁸⁸ ERNST BELING, *Esquema de Derecho Penal; La Doctrina del Delito-Tipo*, trad. de Sebastian Soler. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1944.p. 32.

inibições ante a existência dessa contramotivação (v.g. por padecer de esquizofrenia no momento da conduta antijurídica).⁸⁹

Malgrado, para efeitos de uma maior justiça do caso concreto, a tese da permeabilidade ao apelo normativo deve ser temperada por uma subjetivação do critério objetivo, arvorado no tipo social do agente – o aplicador deverá ter em conta, ao elaborar o juízo de censura, não uma abstração, mas empreender um esforço de subjetivação sob reserva do jurídica e processualmente admissível, que irá convocar o “mundo de vida” do agente, a sua identidade, qual aproximação hermenêutica a um mundo de vida concreto, que participa de uma conformação, quer pelas normas e valores socialmente apreendidos pelo agente, quer por elementos endógenos e exógenos, como a idade, a escolaridade, situação económica, eventual quadro patológico, sociabilidade, conexão do grau de cultura do agente com as representações valorativas, etc., elementos que participam do substrato identitário do agente, mediadores decisivos na concreta determinação da medida da culpa e do juízo de censura globalmente considerado.⁹⁰

6. Conclusão

Os itinerários da culpa jurídico-penal arvoram-se em verdadeiras encruzilhadas, em jardins labirínticos, cuja saída não se resume a um só destino, mas a várias visões da paisagem final do nosso caminho.

Tal paisagem não pode, contudo, circunscrever-se à transposição da metafísica para o direito, sob pena de os sopros dos ventos arbitrários o derrubarem e fixarem uma aragem seca, imbuída de uma insegurança extrema. Como bem ensina ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *“Um Direito Penal que se proponha justificar cabalmente as suas propostas normativas como justas e eficazes não pode deixar de considerar os contributos das outras ciências sobre o seu próprio objeto de valoração”*.⁹¹

⁸⁹ Para além de ROXIN, inscrevem-se nesta corrente FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ÁRAN, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edição, Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 355, à qual também aderimos.

⁹⁰ Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, *«Delicta in Se» e «Delicta Mere Prohibita» - Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de Uma Distinção Clássica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 741-742; também assim, TERESA QUINTELA DE BRITO, *Plaidoyer por uma Autêntica Responsabilidade Penal de Entes Colectivos*, Lisboa: AAFDL, 2023, pp. 650 e ss.; 668-670.

⁹¹ ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *op. cit.*, p. 287.

Com base nesta premissa, lográmos demonstrar as insuficiências subjacentes à culpa da personalidade e tentámos, embora não existam posições perfeitas nesta sede, sustentar um conceito material de culpa com dados científicos e jurídicos dotados de substancial razoabilidade.

Embora o livre-arbítrio ou o determinismo não possam ser comprovados, ao menos até ao momento, concebemos que o homem é detentor de uma capacidade de poder avaliar, em geral, as consequências do seu futuro, orientando a sua decisão em conformidade. O ser humano não é apenas um ser senciente, é um ser consciente. Embora inexista uma liberdade plena, ele pode pensar, tem capacidade de aprender, apreender e de se deixar influenciar pelo quadro sociopolítico e cultural onde se insere.

Desde novo que o ser humano passa por processos de aprendizagem. O oco, torna-se substância, através da reação instintiva àquilo que o rodeia. Se a criança se porta mal, fica de castigo, embora se considere que ela ainda não tem uma personalidade suficientemente desenvolvida para se motivar pelo que é bom ou pelo que é mau. Mas esses processos de aprendizagem constroem a sua consciência. Por certo, paulatinamente, a criança sabe que se tomar um determinado comportamento é castigada e se tomar outro é recompensada.

Assim se deve compreender a culpa penal – tendo em conta um estágio normal concernente à estrutura psíquica e mental do indivíduo, ele, em condições ambientais normais, irá inibir-se de violar a lei, mormente a lei penal, pois sabe que se o fizer será privado da sua liberdade.

Donde, a culpa seja o juízo de censura pela prática do injusto, quando se pressupõe uma força contra motivadora que preside ao espectro normativo jurídico-penal.

Bibliografia

- BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, Vol. II., reimp. (1ª edição de 1980), Lisboa: AAFDL, 2010.
- BELING, Ernst, *Esquema de Derecho Penal; La Doctrina del Delito-Tipo*, trad. de Sebastian Soler. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1944.
- BRITO, Ana Bárbara Sousa e, *A Negligência Inconsciente: entre a Dogmática Penal e a Neurociência*, Coimbra: Almedina, 2015.
- BRITO, José de Sousa e, “A Medida da Pena no Novo Código Penal”, in AAVV (org. de Tereza Pizarro Beleza), *Textos de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 329-362.
- BRITO, Teresa Quintela de, *Plaidoyer por uma Autêntica Responsabilidade Penal de Entes Colectivos*, Lisboa: AAFDL, 2023.
- CAMUS, Albert, *O Mito de Sísifo, Ensaio Sobre o Absurdo*, trad. de Urbano Tavares Rodrigues, Lisboa: Livros do Brasil, 2002.
- CONDE, Francisco Muñoz, ÁRAN, Mercedes García, *Derecho Penal: Parte General*, 8ª edição, Valência: Tirant Lo Blanch, 2010.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I, reimp. (1ª edição de 1963), Coimbra: Almedina, 1996.
- COSTA, José de Faria, “Aspetos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português”, in *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1984.
- DIAS, Augusto Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*» - *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de Uma Distinção Clássica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 3ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019.
- FERREIRA, Amadeu, *Homicídio Privilegiado*, Coimbra: Almedina, 2004.
- GAMEIRO, Aires, “Culpa”, in *Polis, Enciclopédia do Estado e da Sociedade*, Vol. I, Lisboa / São Paulo: Verbo, 1983, pp. 1430-1435.
- JESCHECK Hans-Henrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, trad. da 5ª edição alemã de Olmedo Cardenete, Breña: Pacífico Editores, 2014.
- MEZGER, Edmund, *Derecho Penal – Libro de Estudio – Parte General*, trad. de Ricardo C. Nuñez, Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957.
- MONCADA, L. Cabral, LOURENÇO, Alves, “Culpa”, in *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, Vol. VI, Lisboa: Verbo, 1967, pp. 568-571.

- NEVES, Curado, *A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, in AAVV (org. de Teresa Pizarro Beza) *Textos de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 247-287.
- PALMA, Fernanda, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- POLÓNIO, Pedro, *Psiquiatria Forense*, Lisboa: Coimbra Editora, 1975.
- ROXIN, Claus, “Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa”, in AAVV (org. de Tereza Pizarro Beza), *Textos de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 401-426.
- ROXIN, Claus, “Culpa e Responsabilidade. Questões fundamentais da teoria da responsabilidade”, trad. de Maria da Conceição Valdágua, in *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*, ano 1, n.º 4, Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1991, pp. 503-541.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. de Diego Peña, Miguel Conlledo e Javier Remesal (da 2ª edição alemã), Madrid: Civitas, 1997.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de Carlos Balestra, Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ismat



INSTITUTO SUPERIOR
MANUEL TEIXEIRA GOMES

