

DIREITO PENAL E RESPONSABILIDADE OBJETIVA¹

Paulo Vidal

I – INTRODUÇÃO

O título do presente estudo pode, em um primeiro momento, sugerir uma aparente contradição. O direito penal moderno, com fundamento no princípio da culpabilidade, não admite, em regra, a responsabilidade penal pela prática de qualquer ato ilícito, penalmente tipificado, sem que o seu autor tenha a ele dado causa através de um nexu subjetivo que se caracteriza pelo dolo ou, ao menos, pela culpa, esta última ainda nas hipóteses expressamente previstas em lei.

Em um segundo momento, pode induzir que se trate de uma investigação histórica, mediante uma regressão aos tempos em que a limitação da responsabilidade na forma acima deduzida era desconhecida no âmbito da ciência penal ou mesmo, posteriormente, desconsiderada a sua devida importância e significação.

O modesto propósito, porém, foi outro.

As referências históricas são as essencialmente necessárias para justificar e aclarar a evolução de certos fundamentos do direito penal. E se o princípio da culpabilidade constitui hoje fundamento irrenunciável dentro da dogmática penal, não se pode deixar de reconhecer exceções que o perturbam por constituírem formas inequívocas de responsabilidade objetiva, nas mais das vezes, decorrentes da dificuldade de conciliar o direito penal da culpabilidade com necessidades de política criminal.

Dentro deste propósito, foi necessário enfrentar a conflituosa problemática da localização sistemática do dolo e da culpa dentro da teoria do crime, a questão da consciência da ilicitude, a abrangência do conceito de culpabilidade, a

¹ Estudo elaborado em meio a fase curricular do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002/2003, preparatório à dissertação final. O texto, mesmo com a manutenção de algumas grafias próprias, foi adaptado pelo próprio autor à nomenclatura do direito penal brasileiro, merecendo, porém, sua leitura a devida cautela, especialmente quanto às notas de rodapé, considerando que o instituto da culpa (nomenclatura do direito penal brasileiro) corresponde à negligência do direito penal português e à imprudência do direito penal alemão (para nós, modalidades da culpa), que também tratam culpa e culpabilidade com a mesma significação e conteúdo.

contraposição entre o direito penal do fato e o direito penal do autor, e o próprio princípio da culpabilidade diante do *versari in re illicita* que tanto e ainda o desafia.

Na verdade, estes desafios afloram com muito mais frequência e intensidade do que um observador desatento possa perceber, desde os chamados crimes qualificados pelo resultado, que têm sua origem no medieval princípio, passando pelos crimes praticados mediante omissão, os crimes de perigo, hipóteses de erro, crimes praticados em estado de embriaguez, até mesmo a própria culpa inconsciente, e, mais modernamente, em alguns crimes de imprensa e de responsabilidade de pessoas coletivas.

Nos limitaremos aos chamados crimes qualificados pelo resultado ou, mais em especial, como se verá, aos crimes preterintencionais ou preterdolosos, em razão da sua já referida origem e cuja problemática parece, ao menos no seio da doutrina, satisfatoriamente solucionada e consolidada, e aos crimes praticados em estado de embriaguez, estes em razão da sua histórica complexidade, mas, principalmente, em razão dos tratamentos diversos que lhes são dispensados no direito penal português e brasileiro, ambos, porém, na nossa visão, insatisfatórios na tentativa de extirpação da responsabilidade sem culpa em determinadas hipóteses.

Como se pode constatar, os temas enfrentados constituem acesa polémica dentro da ciência penal, razão pela qual reconhecemos que de início ao fim o estudo se mostra sujeito às mais variadas críticas e controvérsias, o que já era por demais sabido desde o momento em que nos propusemos a fazê-lo, não bastassem para tanto as próprias divergências enfrentadas nas fontes bibliográficas consultadas.

II – LOCALIZAÇÃO DO DOLO E DA CULPA E A CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

O crime, na conceituação formal, originária da sistematização do tipo elaborada por Beling, é um a ação típica, antijurídica e culpável.

Antes de Beling a ideia de tipo se confundia com o *corpus delicti* do direito processual, chamado pela doutrina alemã de *Tatbestand*. Tratava-se de um conceito amplo que englobava todo o conjunto dos pressupostos da punibilidade, incluídos os elementos do injusto e da culpabilidade, e muito distante da função e do sentido própria da figura típica de hoje.

Beling, na sua sistematização do tipo penal, em 1906 (*Die Lehre vom Verbrechen*), tornou a tipicidade autônoma da ilicitude e da culpabilidade, limitando-lhe o conceito. Segundo ele, trilhando uma linha causal-naturalista iniciada por Von Liszt, o tipo penal teria a função de definir delitos, esgotando-se nesta definição de caráter meramente descritivo, sem qualquer conteúdo quer valorativo da conduta praticada pelo agente, quer subjetivo, ou seja, desprovido de dolo ou culpa, com exceção da vontade, própria de toda a ação já desde a concepção causal. A simples prática de uma conduta concreta na conformidade da conduta abstrata descrita no

tipo penal configuraria a conduta típica, isto é, a tipicidade penal. A licitude ou ilicitude desta conduta seria indagação para um segundo momento, e dolo e culpa, matéria da culpabilidade, seria uma mera relação psicológica entre a mente do agente e o tipo. Assim, tipicidade, ilicitude e culpabilidade seriam momentos totalmente autônomos na definição de uma prática delituosa. Na estrutura de Beling², o tipo está “limpio de todos los momentos de antijuridicidad”, nele “no es reconocible un significado jurídico”, e “la sola comprobación de que seha cumplido un tipo por sí misma no es gravosa para nadie”, pois “las investigaciones sobre la tipicidad se mantienen en un terreno estrictamente neutral”. Esta construção de Beling ficou conhecida como a *teoria objetiva do tipo*³.

Cedo, porém, já a partir de 1911, a *teoria objetiva do tipo* de Beling passou a ser contestada. H. A. Fischer, Hegler, Mayer e Mezger, partindo inicialmente das causas de justificação, descobriram que o injusto do fato, por vezes, depende da vontade do agente, ou seja, de elementos de ordem subjetiva. Mas foi Hegler que pela primeira vez concluiu que para a definição de certos tipos são necessários critérios subjetivos, como nas práticas sexuais e nas subtrações de coisas alheias. Já Mayer, que, a princípio, acolhia o caráter não valorativo do tipo, entendendo que a sua realização seria um indício, uma *ratio cognoscendi* de ilicitude, em um segundo momento passou a reconhecer que ao lado dos elementos meramente descritivos do tipo, acessíveis a uma percepção sensorial, haviam também elementos normativos que não podiam ser atribuídos exclusivamente à ilicitude, pois só podiam ser valorados dentro do conceito de tipo. Assim, o tipo deixa de ser uma mera *ratio cognoscendi*, passando a constituir uma *ratio essendi* da ilicitude. Erik Wolf, inclusive, concluiu que muitos dos elementos até então tidos como meramente descritivos seriam normativos em seus limites fronteirços e Mezger chegou até mesmo a reduzir o tipo a um atributo do ilícito, classificando-o como um *injusto típico*.

Sendo assim, o caráter meramente objetivo do tipo de Beling cede a um tipo também composto de elementos subjetivos e normativos, no dizer de Erik Wolf⁴, un “inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser”.

Com isso, restaria sepultada a *teoria objetiva do tipo* de Beling, como ele próprio reconheceu mais tarde, mas que não pode ser desconsiderada pelo que representou para o desenvolvimento da teoria do crime.

Com o advento do finalismo, o dolo e a culpa deixam a culpabilidade e passam a ser considerados elementos integrantes do tipo, admitindo-se a partir de então a existência de tipos dolosos e de tipos culposos. A tipicidade não deixa de ser uma descrição objetiva de uma conduta abstrata (tipo legal), adquirindo, porém, também um conteúdo de normatividade e, fundamentalmente, de subjetividade,

² Apud Roxin, Claus, Derecho Penal, parte general, tomo I, trad. da 2ª ed. Alemã e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Civitas, p. 279.

³ Beling em 1930 modificou de forma considerável sua teoria do tipo.

⁴ Apud Roxin, Claus, ob. cit., p. 282

respectivamente, quanto à ilicitude e à finalidade da conduta do agente (tipo de injusto).

Ainda que atualmente se possa ter o finalismo como, em parte, superado, a doutrina majoritária não contesta a manutenção da inserção do dolo e da culpa no tipo penal, embora a tendência atual, como veremos adiante, de vê-los de uma forma mais mediata também na culpabilidade.

Sendo assim, à tipicidade corresponde uma ação concreta na conformidade da descrição contida objetivamente no tipo legal, mas também dolosa quanto a sua finalidade, ou culposa pela ausência do cuidado objetivo devido, direcionada a um resultado ilícito de dano ou de perigo a um bem penalmente tutelado. Caso contrário, difícil seria diferenciar a conduta médica de certos ilícitos contra os costumes e, principalmente, a prática cirúrgica de delitos contra a integridade corporal.

A referência a um bem penalmente tutelado nos remete necessariamente à concepção de ilicitude. Da mesma forma que a tipicidade, ainda que bem anteriormente, o conceito de ilicitude ou de antijuridicidade começou a ganhar a sua autonomia da culpabilidade originariamente através de Ihering, em 1867. Percebeu ele que existiam condutas objetivamente ilícitas praticadas de boa-fé. Em 1884, Von Liszt sistematizou esta autonomia concebendo a ilicitude de uma forma objetiva, contendo, inclusive, os elementos que mais tarde viriam a constituir a tipicidade, restando à culpabilidade os elementos de ordem subjetiva do delito. Mas a ilicitude, como já percebido pelo próprio Von Liszt, não se limita à simples relação de contrariedade entre a conduta e a norma jurídica, num aspecto meramente formal. O seu aspecto fundamental é substancial, ou seja, antijurídica é a conduta que causa dano ou perigo a um bem ou interesse juridicamente protegido. Hoje, praticamente, não mais se distingue ilicitude formal de ilicitude material, já que a primeira se confunde com a própria tipicidade, sendo a segunda a ilicitude propriamente dita.

Como afirma Bettiol⁵, “antigiurico è solo quel fatto che può essere giudicato lesivo di un bene giurico”, pois “al di fuori di questo contenuto, l’antigiuridicità non esiste”. Isto significa que a simples tipicidade de uma conduta, com o que se identificaria a ilicitude formal, não se mostra suficiente, dentro da moderna dogmática penal, para configurar um delito, o que vem a autorizar, ainda que com as cautelas devidas, a admissibilidade de causas supralegais de justificação e a exclusão da ilicitude de determinadas condutas tidas como insignificantes.

Quanto à culpabilidade, no passado praticamente se confundia com a própria responsabilidade penal. Suas raízes estão no direito penal italiano do final da idade média. Posteriormente, Samuel Pufendorf deu a ela o primeiro impulso no sentido do seu desenvolvimento através do conceito de imputação, baseada na ação livre do autor como fundamento da responsabilidade. A *imputatio* correspondia, assim, a uma responsabilidade baseada na teoria da liberdade da vontade, originária do jusnaturalismo. A partir da segunda metade do século XIX, o declínio da teoria da

⁵ Bettiol, Giuseppe, e Mantovani, Luciano Pettoello, *Diritto Penale*, dodicesima edizione, parte generale, Cedam-Casa Editrice Dott. António Milani, Padova, 1986, p. 344.

liberdade da vontade dá lugar ao conceito psicológico de culpabilidade. Diante da percepção que o delito de compunha, de um lado, de elementos eminentemente objetivos, e de outro, de elementos essencialmente subjetivos, a ela coube abarcar estes últimos. A partir de então teve a culpabilidade a missão de se constituir na relação subjetiva entre o autor e o fato, enquanto à ilicitude, ainda com os componentes que mais tarde viriam a constituir a tipicidade, cabia a relação física que interligava a conduta física do agente e o resultado por ela causado.

Nesta concepção inicial, a culpabilidade tem como únicas espécies as figuras do dolo e da culpa. É nestes termos que se assentaria a teoria psicológica da culpabilidade de Von Liszt⁶, incapaz, porém, de responder questões fundamentais como a culpa inconsciente e a inimputabilidade.

É uma tentativa de correção de rumo, a teoria psicológico-normativa da culpabilidade de Frank, sem dela excluir o dolo e a culpa, a ela acresce, como seus elementos, a imputabilidade e a exigibilidade de outra conduta. Desta forma, a culpabilidade passa a ser relação psicológica entre o agente e o fato, em face da manutenção do dolo e da culpa como seus elementos, mas também ganha um conteúdo normativo, como juízo de reprovabilidade da conduta do agente. Mas, se a culpa já possui um conteúdo normativo, Mezger advertiu que o dolo exigia a consciência da ilicitude, ou seja, seria psicológico e normativo, a exemplo do antigo *dolus malus*⁷ romano, integrado pela vontade da prática da ação e projeção do resultado (elementos psicológicos) e, ainda, pela consciência da ilicitude (elemento normativo). Como refere Francisco de Assis Toledo, “o dolo mais consciência de ilicitude é precisamente o dolo mau, isto é, o agente age voluntariamente, com previsão do resultado e, além disso, persegue um fim que sabe ilícito”⁸. O próprio Mezger, porém, constatou que este dolo com conteúdo psicológico e normativo mostrava dificuldades para se exigir o seu componente normativo – consciência da ilicitude – do criminoso habitual ou por tendência, pelo que não restaria nestes casos caracterizada a conduta dolosa. Assim, construiu, na forma de adendo à culpabilidade, o que chamou de “*culpabilidade por conduta de vida*”, que nada mais foi do que mais uma das tantas teorias fundadas no direito penal do autor.

Contudo, é com o finalismo de Hans Welzel, na década de 30 passada, que a culpabilidade passa pelo mais significativo momento da sua evolução, ficando limitada a um conteúdo exclusivamente normativo (teoria normativa da culpabilidade). A ação típica, definida como um agir voluntário dirigido a uma finalidade exigia a presença do dolo psicológico no tipo, restando na culpabilidade tão-somente aquele *plus* normativo, na forma de consciência da ilicitude. Ao contrário do que alguns alegaram – que a culpabilidade perdera conteúdo – foi a culpabilidade depurada, restando como puro juízo de reprovabilidade da conduta do

⁶ “Culpabilidad es aquella relación subjetiva de los autores con el resultado antijurídico producido, a la que se vincula la responsabilidad jurídica”, apud Jescheck, p. 378.

⁷ Os romanos distinguiam duas espécies de dolo: o *dolus bonus* e o *dolus malus*. Este último continha o elemento anímico-intencional do primeiro e um *plus*: a sua valoração como ilícito. O *dolus malus*, portanto, era valorado, normativo, adjetivado de mau.

⁸ Princípios Básicos de Direito Penal, p. 212.

agente. Assim, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa, que já a integravam, passa a culpabilidade a ter como terceiro elemento a consciência da ilicitude, ou seja, o outrora conteúdo normativo do dolo. Em que pese as dificuldades encontradas pelo finalismo em explicar os crimes culposos, o que somente foi possível pela *inobservância do dever de diligência na vida de relação*, e da superação de algumas das suas proposições, o certo, porém, é que foi inestimável a sua colaboração na construção da atual dogmática da culpabilidade e na explicação de algumas temáticas como do erro de tipo e do erro de proibição, e das causas putativas de exclusão da ilicitude.

Independentemente, porém, do finalismo, a doutrina majoritária tem hoje que dolo e culpa são elementos indispensáveis e consolidados da conduta típica, sendo a culpabilidade um juízo de reprovabilidade da conduta do agente através dos conceitos normativos de imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e consciência da ilicitude (o conteúdo normativo do dolo)⁹.

Vale citar, neste momento, a assertiva de Karl Engisch de que “mal se acredita, mas a verdade é que este problema sistemático está hoje no centro da investigação criminalista”¹⁰.

Neste aspecto, Figueiredo Dias, partindo da assertiva de que não prosperam “os argumentos a partir dos quais se poderia pretender que o dolo, por ser elemento do tipo e não da culpa, tem de ficar estranho a qualquer consciência da ilicitude”¹¹, conclui que “pode nomeadamente defender-se que dolo e negligência constituem primariamente elementos do tipo de ilícito subjetivo, que mediamente relevam também como graus de culpabilidade; e nesta acepção se fala hoje na doutrina alemã, cada vez com maior insistência, de uma localização, de uma função e de uma valoração *duplas*, sobretudo do dolo (mas também da culpa) no sistema”, tendo em vista que “dolo e culpa são entidades complexas, englobando um conjunto de elementos constitutivos, dos quais *uns relevam ao nível do tipo de ilícito subjetivo, outros ao nível do tipo de culpabilidade*”¹².

⁹ Figueiredo Dias, Jorge de, O Problema..., p. 155: “A consideração do dolo como elemento da culpa jurídico-penal logo conduz, para muitos, à conclusão, de que aquele se não esgota no «conhecimento e vontade de realização de um facto típico» (não é portanto mero «dolo natural», «dolo-do-facto» ou «dolo-do-tipo»). A este há-de acrescer um elemento *jurídico-normativo* específico que seja expressão da valoração em que o dolo se integra e o torne em autêntico «dolo jurídico», «dolo normativo» ou «*dolus malus*», só ele capaz de fundamentar a aplicação ao agente da moldura penal mais grave prevista para o facto. Ora o único elemento que responde total e justamente a estes requisitos é a consciência actual da ilicitude.”

¹⁰ Apud Figueiredo Dias, Jorge de, Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 223.

¹¹ O Problema, p. 169

¹² Questões, pp. 223/226.

III – DIREITO PENAL DO FATO E DIREITO PENAL DO AUTOR

Como refere Francisco de Assis Toledo¹³, “o crime surge aos nossos olhos como um fato causado por um ser humano”, e, assim, “nele podemos, pois, identificar facilmente dois fatores bastante nítidos: o fato e o seu autor, ou a ação humana e o agente”. Assim, segundo o penalista brasileiro, “uma corrente de penalistas, dando realce ao fato-do-agente, opta pela culpabilidade do fato isolado, ou singular (Einzeltatschuld, na Alemanha, colpevolezza per il fatto singolo, na Itália)” e “outra corrente, pondo em destaque o agente-do-fato, procura desenvolver a doutrina da culpabilidade do autor (Taterschuld), erigindo em objeto do juízo de culpabilidade o modo de ser do agente, sua conduta de vida, a sua personalidade”.

Assim, na construção de um sistema punitivo é possível, teoricamente, partir exclusivamente de um desses dois fatores ou mesmo dos dois conjuntamente, procurando compatibilizá-los.

Um sistema que considere exclusivamente o fato, destacado do agente, seria um puro *direito penal do fato*, ao contrário, um sistema limitado exclusivamente ao autor seria um puro *direito penal do autor*.

Um *direito penal do autor* extremado parte de uma premissa antropológica que considera o homem incapaz de autodeterminação (sem autonomia moral, isto é, sem capacidade de escolher entre o bem e o mal). O fato criminoso seria o sintoma de uma personalidade perigosa. Desta forma, não se pune o crime, mas sim a condição de criminoso do autor, fundamentalmente, em função da sua periculosidade.

Exemplo de *direito penal do autor* puro foram algumas propostas positivistas que catalogaram tipos de delinquentes e pretenderam substituir a imputabilidade pela noção de periculosidade, a pena pela medida de segurança ou pela terapêutica do criminoso, a partir das teses de Lombroso acerca do *delinquente nato*.

É fácil encontrar na história lamentáveis episódios, quer por motivações religiosas, étnicas ou mesmo de razões de Estado, fundados não naquilo que o ser humano “faz”, mas sim naquilo que o ser humano “é”.

Ainda que não se possa generalizar, atribuindo a todos os defensores do *direito penal do autor* propósitos outros além da mera ciência penal, certo é, porém, que mesmo tendo em comum a colocação do autor do crime no centro da questão penal¹⁴, com inteira precedência lógica sobre o fato, não lograram eles uma unidade,

¹³ Ob. cit., p. 238.

¹⁴ Francisco de Assis Toledo, ob. cit, p. 241, nota 52, assim se expressa: Não acreditamos que penalistas pretendam construir conceitos dogmáticos de caráter, personalidade etc., usurpando o ofício dos psicólogos. E se quiserem recorrer a estes últimos, eis a surpresa que lhes poderá estar reservada: «Casi todos los conceptos y términos empleados en psicología son muy discutidos. Se han escrito libros enteros en torno de la definición de términos como *instinto*, *inteligencia* o *emoción* e incluso en nuestros días existen diferentes ideas, concepciones y definiciones tan diferentes como él de *personalidad*. Casi cada uno de los autores que escriben sobre este tema da su propia definición, su propio punto de vista, su método propio y su concepción personal de lo que debería ser el objeto de la

constituindo sempre correntes várias, com origens e fundamentos diversos, chegando aos nossos dias de uma forma fragmentária, o que não significa sua desvalia para o direito penal de hoje, como veremos adiante.

Os atuais e mais moderados defensores da culpabilidade pela condução de vida, do caráter ou da personalidade, para afastarem algumas sérias críticas, já admitem o fato como ponto de partida, ou como pressuposto para a aplicação da pena criminal, todavia, em momento subsequente dele de afastam passando a darem maior relevo às características pessoais do autor.

Jescheck¹⁵, mesmo admitindo que para o legislador tanto a técnica do direito penal do fato como a do direito penal do autor sejam admissíveis, e que o direito penal alemão vigente é um direito penal do fato, levando, porém, a pena em consideração a personalidade do autor “dentro do marco dos tipos delitivos configurados sempre como tipos de ação”, conclui que “um Derecho puro de autor tendría que fracasar en la práctica, pues, de un lado, ninguna prevención especial puede renunciar en un Estado de Derecho a tipos definidos de hecho cuya realización permita medir la peligrosidad del autor, y de outro, no hay duda de que los tipos penales deben abarcar también las personalidades atípicas de autor”.

Já um *direito penal do fato* parte da premissa que o homem possui livre arbítrio, ou seja, liberdade de escolha, para que se lhe possa exigir uma conduta conforme com o direito e a consequente reprovação quando da escolha de uma conduta contrária ao direito.

Todavia, um puro *direito penal do fato*, desconsiderando inteiramente o autor, seria nivelar as praticas delituosas praticadas por delinquentes ocasionais e delinquentes habituais ou por tendência.

Entre essas duas posições opostas, situam-se as correntes moderadas em prol de um *direito penal do fato* que considere também o *autor*. Esta é a posição do moderno direito penal, predominantemente um moderado *direito penal do fato*.

A evolução da teoria da culpabilidade demonstrou “a insuficiência de uma punição referida tão-somente ao fato como acontecimento exterior e a necessidade de a fazer medir e variar consoante o grau de censurabilidade da própria *personalidade* do delinquente” e “desta forma teve a teoria do direito criminal de tomar em conta, ao lado do fato, a personalidade do delinquente”¹⁶.

Assim, se antes a punição estava condicionada exclusivamente ao crime, ao fato, hoje pode-se afirmar que, ainda que prevaleça esta tendência, com acentuada preponderância pela consideração do fato, a ponto de não negarmos o *direito penal*

investigación sobre la *personalidad*. Sería insensato pretender dogmatizar en un campo en él que existen tantas discrepancias» (H. J. Eysenck, *Delincuencia y personalidad*, p. 21). Note-se que o autor citado é professor de psicologia na Universidade de Londres, diretor do Laboratório de Psicologia do Instituto de Psiquiatria e psicólogo dos hospitais Bethlen Royal e Maudsley de Londres.

¹⁵ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, trad. de José Luís Manzanares Samaniego, Comares Editorial, 4ª ed., Granada, 1993, p. 47.

¹⁶ Eduardo Correia, *Direito Criminal, I*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 195.

do fato, há já uma acentuada consideração acerca da personalidade e tendência do agente.

Na verdade, inexistente hoje, e é bom que assim seja, um sistema que se apresente com a pureza de um *direito penal do autor* ou um *direito penal do fato*.

A comprovação dessa afirmação pode ser feita mediante um simples exame dos códigos e das leis penais em vigor, os quais tipificam *atos* (modelos de condutas humanas) e não perfis psicológicos de *autores*. Mas, de outro lado, também será fácil verificar que essa mesma legislação não despreza totalmente o autor, pois sua personalidade e antecedentes são considerados no momento da escolha e quantificação da pena.

Toma-se, portanto, como ponto de partida, o *fato-do-agente*, mas não se despreza o *agente-do-fato*.

Assim, na culpabilidade pelo fato, mesmo sendo impossível, em momento algum, desligar-se o agente do fato, é este último que dará os concretos e definitivos limites para a atuação do Estado na esfera penal. Franz von Liszt percebendo esta realidade limitadora do Estado chegou a afirmar que, em sua opinião, por paradoxal que pudesse parecer, «o Código Penal é a Magna Carta do delinquente», protegendo não a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se rebela, ao garantir-lhe o direito de ser castigado só quando ocorrerem os pressupostos legais e dentro dos limites legais.

Esses pressupostos e limites seriam, porém, de pouca valia se estivessem referidos a conceitos variáveis pouco seguros, e não a características objetivas que só podem ser oferecidas pelo *fato*. Daí a já mencionada tipologia de fatos e não de autores.

Como assevera Eduardo Correia, “o fato tem de ser sempre o necessário ponto de partida de todo o direito criminal”¹⁷. Isto não significa, porém, excluir a personalidade do autor da culpabilidade criminal. Ao contrário, só que agora, como ele refere, “o problema já não será o de saber se uma certa personalidade, desacompanhada do fato, poderá provocar só por si a intervenção do direito criminal, mas antes a de saber em que medida, em face de um fato criminoso que se cometeu e deve ser punido, poderá a personalidade do seu autor ser arvorada em critério da

¹⁷ Idem. Ainda: “Não se pode seriamente defender que uma personalidade defeituosa – enquanto se lhe assaca uma conformação que com probabilidade deixa esperar dela a prática futura de crimes – deva logo, como tal, constituir objecto possível de referência de reacções criminais. Fala neste sentido o respeito, ao menos formal, devido a certos princípios do direito constituído – como o do «nullum crimen sine lege» e também os da distinção entre imputáveis e imputáveis e entre penas e medidas de segurança –, pelo grave perigo em que, de outra forma, se faria incorrer a paz jurídica dos cidadãos. Acresce que, como confessam hoje os próprios positivistas, «a ciência biológica não conseguiu ainda critérios seguros para uma diagnose da perigosidade criminal», pelo que se é assim forçado a esperar pela prática do facto, como meio de indicar a existência e até, pelo menos provisoriamente, a medida e a natureza de tal perigosidade. Finalmente, e sobre tudo isto, a perigosidade que aqui interessa é somente a perigosidade *criminal*, pelo que ela tem necessariamente que conexionar-se com os bens ou valores protegidos pelo direito criminal e, por consequência, com o *facto* que os viola ou põe em perigo. Tudo implica, pois, que este – o facto – venha a reaparecer na base de todo o sistema e que, portanto, neste sentido, todo o direito criminal seja um direito criminal do facto («Tatstrafrecht» como lhe chama a doutrina alemã) – independentemente, aliás, da posição que se tome no problema dos fins das penas.”

espécie e do quantum da reação criminal”. A partir desta assertiva, Eduardo Correia conclui que o comportamento que justifica a censura do autor pela sua personalidade corresponde a uma *omissão* – “uma omissão permanente da vida do delincente – *do cumprimento do dever de orientar a formação ou a preparação da sua personalidade de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais*”. Segundo ele, “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 de preparar, a sua personalidade de modo a que, na sua atuação na vida, se não ponham em conflito com aqueles valores ou interesses”. E conclui: “Com isto não deve porém supor-se que o direito criminal parta da interioridade da personalidade do homem. Já vimos, ao contrário, que todo ele é sempre um *direito penal do fato*, que arranca dos interesses ou bens jurídicos que protege ou afirma. Só que nem por ser assim – como é – se deve impedir que o direito penal venha depois a atingir a verdadeira substância ético-jurídica do crime, isto é, a personalidade do seu autor, *ao menos na medida em que ela se relaciona com o respectivo fato*.”

Jescheck¹⁸ entende correta uma fusão de ambas as concepções: “sólo la culpabilidad por el hecho individual puede conformar el núcleo del concepto de culpabilidad, pero el Derecho penal también debe tomar frecuentemente en cuenta la culpabilidad de autor”, referindo, ainda, que desde a reforma jurídico-penal alemã de 1975, a consideração da personalidade total do autor é reconhecida no que se refere ao erro de proibição e quanto à medida da pena.

Sendo assim, é fácil concluir que a crítica mais severa que sempre se fez ao chamado *direito penal do autor* deriva da sua visão acerca dos caracteres subjetivos do autor de forma prévia e independente do fato, consagrando, em verdade, a periculosidade como substitutivo da culpabilidade. Diferente do que ocorre hoje, em que o chamado *direito penal do fato*, partindo da sua premissa básica, ou seja, do *fato*, não prescinde, porém da *culpabilidade do autor*.

IV – O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Na sua mais elementar e clássica formulação, o princípio da culpabilidade, baseado na máxima latina “*nullum crimen sine culpa*”, significa que ninguém será responsabilizado pela prática de uma infração penal sem que tenha agido com dolo ou culpa, elementos que originariamente constituíam espécies da culpabilidade, como uma mera relação psíquica entre o agente e o fato.

Com a espiritualização do direito penal a responsabilidade objetiva, ainda que na forma mais atenuada do “*versari in re illicita*”, foi praticamente banida, firmando-se, a partir de então, o princípio da culpabilidade como fundamento básico da dogmática jurídico-penal.

¹⁸ Tratado de Derecho Penal, p. 382.

Este princípio, de forma inequívoca, significou, ao tempo em que a culpabilidade tinha como espécies o dolo e a culpa, a impossibilidade da existência de um crime sem que o seu agente o tivesse praticado mediante qualquer uma destas duas espécies da culpabilidade.

Mas se é relativamente recente o desatrelamento do direito penal do *versari in re illicita*, ainda mais recente é a concepção da inserção do dolo e da culpa no tipo penal, o que permite certo questionamento acerca do atual significado do princípio da culpabilidade quanto a sua extensão e mesmo quanto a sua atual nomenclatura.

Zaffaroni¹⁹ argumenta, com alguma razão, que nesta nova e mais recente concepção de que dolo e culpa não mais fazem parte da culpabilidade, mas sim da estrutura típica, o princípio de culpabilidade representa hoje duas exigências diversas e de análise em separado, ou seja, na tipicidade, que a conduta, para ser típica, seja ao menos culposa, e na culpabilidade, que, para que haja delito, a conduta seja reprovável ao agente.

Na verdade, com a evolução da teoria da culpabilidade, a doutrina vem efetivamente dando ao princípio da culpabilidade uma significação mais ampla, extrapolando a sua inicial estrita vinculação com a mera subjetividade do agente.

Tendo a culpabilidade adquirido um conteúdo acentuadamente normativo, como juízo de reprovabilidade da conduta do agente, a doutrina passou a ver no princípio da culpabilidade não só a proibição da punibilidade sem o conteúdo subjetivo do dolo ou da culpa, mas também como a proibição da punibilidade sem o juízo de reprovabilidade da ação do agente.

Sendo seus elementos constitutivos a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a consciência da ilicitude, a culpabilidade é tida hoje não só como fundamento, como também medida da punibilidade. A ausência de qualquer destes elementos impossibilita a imposição da sanção penal; a presença deles, por sua vez, na conformidade da maior ou menor reprovação da conduta, define, qualitativa e quantitativamente, a medida da punibilidade.

Nestes termos, inadmissível qualquer punição sem o juízo de reprovabilidade da culpabilidade, ainda que não se possa perder de vista que originariamente o princípio da culpabilidade estava estritamente vinculado ao aspecto subjetivo da conduta do agente, ou seja, ao dolo e à culpa, e que, por pertencerem então, com exclusividade, à culpabilidade, por isso justificavam o seu enunciado.

Hoje, porém, reconhecido que dolo e culpa integram o tipo, ainda que inadmissível a punibilidade sem que estejam presentes os elementos componentes da culpabilidade, como juízo de reprovabilidade da conduta, seria possível questionar se a exigência do dolo ou da culpa deveria ser justificada pelo mesmo princípio, que se a eles não é de todo estranho, ao menos não mais a eles se mostra exclusivo.

Assim, a partir da transposição do dolo e da culpa para a ação típica pela teoria normativa da culpabilidade, amparada pela teoria finalista da ação, parece que

¹⁹ Ob. cit. p. 522

seria mais correto justificar, até mesmo por uma questão de maior especificidade, a exigência de que a conduta típica tenha sido praticado mediante dolo ou culpa pelo agente para o que se poderia denominar de *princípio do dolo e da culpa*, mesmo porque na ausência destes elementos se estará diante de falta de tipicidade da conduta e não de ausência de culpabilidade.

Desta forma, quando o Código Penal português, seguindo a linha do direito penal alemão, em seu art. 13º dispõe que só é punível o fato praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com culpa, parece evidente que não se está tratando de matéria relativa à culpabilidade, mas sim estritamente à ação típica. O mesmo se diga quando o Código Penal brasileiro dispõe acerca do crime doloso e do crime culposos, e que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Todavia, ainda que nos pareça razoável o argumento, continuaremos, no decorrer do estudo, a nos referir ao princípio da culpabilidade, tendo em vista a sua utilização de forma unânime pela doutrina.

Assim, pelo princípio da culpabilidade as únicas formas de imputação no direito penal são a dolosa e a culposa. A conduta que não puder ser atribuída ao agente a título de dolo ou de culpa está excluído do âmbito da tipicidade e, em consequência da responsabilidade penal.

O tipo penal, com seu conteúdo objetivo (também normativo) e subjetivo, na sua função motivadora só pode proibir aqueles eventos desencadeados, dolosa ou culposamente, por uma ação humana final. Toda a produção de um resultado que não se deva ao menos a um comportamento culposos deve ser considerada como decorrente de caso fortuito ou força maior²⁰ e, conseqüentemente excluída do âmbito do penalmente relevante. Não basta, pois, o simples nexos objetivo causal, ainda que indispensável, para a tipicidade de uma conduta. O direito penal do dolo e da culpa não admite a imputação de resultados objetivamente imprevisíveis ou consequentes de ações realizadas com diligência devida. Esses dois elementos, previsibilidade objetiva e ausência da diligência devida, são igualmente elementos do tipo de injusto do delito culposos, de tal modo que, se não ocorrerem, não se pode falar de pressupostos de uma responsabilidade a título de culpa.

²⁰ Segundo Hungria, Nelson, Comentários, p. 142, ainda que admitindo que “vários são os critérios propostos em doutrina para a distinção entre o caso fortuito e a força maior, resultando daí uma desconcertante confusão a respeito dos dois conceitos” (teoria do fato extraordinário, teoria da previsibilidade e irresistibilidade, teoria das forças naturais e fato de terceiro, teoria do conhecimento, teoria do reflexo sobre a vontade humana): “Costuma-se distinguir entre *caso fortuito* e *força maior*: no primeiro, o resultado, se fosse previsível, seria evitável; na segunda, ainda que previsível ou previsto, o resultado é inevitável. Juridicamente (ou para o efeito de isenção de punibilidade), porém, equiparam-se o *casus* e a *vis major*: tanto faz não poder prever um evento, quanto prevê-lo, sem, entretanto, poder evitá-lo. (...) Com a intervenção do caso fortuito, a ação ou omissão humana passa a ser, em relação ao resultado, uma *não causa*, e com a interferência da força maior, o homem não é mais do que um joguete da fatalidade: não é um *dominus*, mas um *servus* da energia causal; não *age*: é *agido*.”

V – O DOLO E A NEGLIGÊNCIA NO DIREITO PENAL POSITIVO PORTUGUÊS E BRASILEIRO

O Código Penal português regula a matéria concernente ao dolo e à culpa, em especial, nos seus arts. 13º, 14º e 15º.

Dispõe o art. 13º que “*só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência*” (culpa).

Corresponde esta disposição ao que se pode definir como uma excepcionalidade do crime culposo. Assim, a regra para a punibilidade é o dolo, e somente naqueles casos expressos na lei, é admissível a punibilidade pela culpa.

Quanto ao dolo dispõe o art. 14º do Código Penal português que:

1. *Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com a intenção de o realizar.*
2. *Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.*
3. *Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.*

Cada parágrafo corresponde, respectivamente, ao *dolo direto* (o agente prevê e tem como fim a realização do fato delituoso), ao *dolo necessário* (o agente não se abstém de uma conduta que sabe que corresponde a um tipo legal de crime) e ao *dolo eventual* (o agente prevê o resultado como consequência possível de sua conduta, mas não se abstém de realizá-la, conformando-se com a produção do resultado).

No que se refere à culpa, dispõe o art. 15º do Código Penal português:

Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

- a) *Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou*
- b) *Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.*

A alínea “a” corresponde à culpa consciente (o agente prevê a possibilidade de realização do resultado típico, mas acredita que o mesmo não virá a ocorrer) e a alínea “b” à culpa inconsciente (o agente não prevê que a sua conduta possa produzir o resultado, que é, porém, previsível).

O Código Penal Brasileiro, por sua vez, em seu art. 18 dispõe:

Diz-se o crime:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único: Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Os “casos expressos em lei”, expressão que isoladamente pode permitir a interpretação da existência de hipóteses não abarcadas pelo princípio da culpabilidade, correspondem aos tipos que admitem a forma culposa (negligência, na expressão do Código Penal português), na conformidade do texto do art. 19: “*Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.*”

VI – O “*VERSARI IN RE ILLICITA*”

O direito penal antigo caracterizava-se pela responsabilidade objetiva do agente em razão do resultado produzido, ou seja, o agente respondia, ainda que sem culpa, por todas as consequências do seu agir.

Assim, a responsabilização penal pela produção de um resultado era baseada exclusivamente na sua causação. Desde que na corrente de causa e efeito a ação tivesse produzido objetivamente o resultado, independentemente do elemento subjetivo, o agente respondia por ele de forma integral.

Era assim no mais antigo direito romano, que apenas considerava o fato exterior ou *ab externo*. Depois da Lei das XII Tábuas, porém, os romanos passaram a cuidar do elemento subjetivo ou *factum internum*, de onde provém a máxima “*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*”. Assim, a *voluntas*, passa a ser exigência para a punição.

No antigo direito germânico o elemento essencial do crime era o dano objetivo, sem qualquer preocupação de ordem subjetiva. Somente a partir das chamadas leis populares é que começou a se distinguir entre fatos voluntários e fatos involuntários.

O direito eclesiástico, fundado essencialmente na voluntariedade, somente reconhecia a punibilidade do fato ilícito quando produto da vontade consciente e livre.

Foram, porém, os canonistas que, na idade média, introduziram uma forma de responsabilidade penal que, pode-se dizer, intermediária entre a responsabilidade objetiva pura do direito antigo de Roma e dos germânicos e o atual direito penal da culpabilidade.

Com fundamento na máxima latina “*qui re illicita versatur tenetur etiam pro casu*”, com origem no princípio canônico “*versari in re illicita operam danti rei illicitae, imputatur omnia quae sequuntur ex delicto*”, tal responsabilização penal quer significar que quem se envolve com atividade ilícita é também responsável pelos efeitos decorrentes desta conduta, ainda que seus efeitos decorram exclusivamente de caso fortuito. Sendo assim, o agente que de qualquer forma se envolve em prática ilícita seria responsável por todo e qualquer resultado dele decorrente, pouco importando tivesse desejado resultado diverso ou menos grave. A conduta dolosa com relação a um determinado resultado se estenderia a todas as consequências desta conduta, pouco importando que o agente tenha querido ou assumido o risco, previsto ou mesmo fosse possível prever a possibilidade da ocorrência.

Repetido pela maioria dos juriconsultos práticos, tornou-se corrente o chamado *versari in re illicita*, fundando-se nele a teoria da preterintenção, ou seja a responsabilidade pelo resultado mais grave.

Embora nos nossos dias esta forma de responsabilidade tenha sido repelida pelo moderno direito penal, em alguns atuais institutos ainda vamos encontrar alguma influência e resquícios desta forma de responsabilidade medieval.

Segundo Zaffaroni, “todo direito penal primitivo caracteriza-se por responsabilizar fundamentalmente em razão da produção de um resultado e raramente dar importância ao aspecto subjetivo da conduta” e “a responsabilidade objetiva não ocorre somente quando se pune uma conduta só porque causou um resultado, mas também quando a pena é agravada pela mesma razão”²¹.

Muñoz Conde²² refere que na responsabilidade objetiva do *versari in re illicita* “basta que se inicie a execução de um delito para que seja imputado ao seu autor o resultado produzido, embora este resultado fora fortuito e totalmente alheio da finalidade e da previsibilidade do sujeito”. E continua: “A responsabilidade pelo resultado vincula-se, portanto, a um fato ilícito, geralmente um delito doloso, embora possa ser culposo. Mas, uma vez iniciado o fato ilícito básico, o autor responde por todas as suas consequências, ainda que fortuitas.”

Historicamente, os chamados *crimes qualificados pelo resultado* sempre estiverem vinculados a uma responsabilização objetiva do agente quanto ao resultado mais grave produzido em razão de uma conduta inicial, em geral dolosa, dirigida a um resultado de menor gravidade.

VII – OS DELITOS QUALIFICADOS PELO RESULTADO

²¹ Zaffaroni, Eugénio Raul e Pierangeli, José Henrique, Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 522/523.

²² Teoria..., pp. 79/80.

Na moderna sistematização dos códigos penais, o legislador na parte especial descreve figuras típicas fundamentais que podem derivar para tipos qualificados ou privilegiados, segundo determinadas condições de desvalor de ação ou desvalor de resultado.

Assim, o Código Penal português no art. 131º prevê o tipo fundamental de homicídio. Todavia, caso a morte tenha sido produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade na ação, o agente é punido com mais severidade, na conformidade do art. 132º, 1 (o item 2 descrever onze hipóteses legais caracterizadoras destas circunstâncias). Por sua vez, o art. 133º dispõe que, quando a morte for causada por agente “dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminua sensivelmente a sua culpa”, haverá um abrandamento da pena.

O primeiro caso é o chamado homicídio qualificado, o segundo o homicídio privilegiado, ambas derivações do tipo fundamental em razão do desvalor de ação do agente.

Igual relação ocorre quanto aos arts. 143º, 146º e 147º, referentemente ao delito de ofensa à integridade física.

São os chamados, de uma forma genérica, delitos qualificados e privilegiados (em razão da conduta).

Há casos, porém, que o legislador, impulsionado pelo desvalor de resultado, impõe penas mais severas a determinadas condutas fundamentalmente em função do resultado mais grave produzido, chamados, especificamente, de crimes qualificados pelo resultado.

Exemplificativamente, são os casos dos arts. 138º, 3; 141º; 158º, 3; 160º, 2, b; 161º, 2; e outros. Em todos estes casos, o agravamento da pena se dá em razão do resultado efetivamente produzido, além daquele já suficiente para tipificar o delito fundamental.

Neste contexto, merece especial atenção as disposições dos arts. 144º e 145º.

O primeiro, a primeira vista, parece tratar-se de um tipo fundamental de ofensa à integridade corporal grave, no qual a intenção do agente quanto à gravidade da ofensa é indispensável para a configuração do tipo. Todavia, considerando que o bem tutelado é um só, ou seja, a integridade corporal, parece não restarem dúvidas de que se trata de um tipo derivado do tipo previsto no art. 143º, um crime qualificado pelo resultado, mas não preterintencional ou preterdoloso, como a seguir veremos. O segundo, seguramente, se mostra como tipo derivado de qualificação pelo resultado, caso em que a ofensa à integridade física simples ou grave venha a causar a morte da vítima ou que a ofensa à integridade física simples venha a causar ofensa grave à integridade física, este sim, crime preterintencional ou preterdoloso.

A doutrina portuguesa, a exemplo da doutrina alemã, não faz, a princípio, qualquer distinção entre crimes qualificados pelo resultado e crimes preterintencionais ou preterdolosos.

Tradicionalmente, porém, estes delitos complexos têm sido definidos como um misto de dolo e de culpa, ou seja, caracterizados pela existência de um crime fundamental doloso, de resultado ou de mera conduta, de um evento agravante que não foi abrangido pelo dolo do agente, isto é, preterintencional ou preterdoloso, e de uma especial agravação da pena cominada para a reunião do crime fundamental doloso com o evento preterintencional, que excede à pena que seria aplicável pelo concurso dos dois crimes²³.

J. Damião da Cunha²⁴, porém, chama especial atenção para o fato de que a parte especial do Código Penal português prevê, ao lado da combinação *dolo-culpa*, também as combinações *dolo-dolo* e *culpa-culpa*. Se em um primeiro momento possa parecer que em tais hipóteses a conduta inicial estaria a abranger, com dolo ou culpa, o resultado desejado, assumido, previsto ou previsível pelo agente, configurando um delito simples, doloso ou culposo (é o caso do art. 144º, que exige dolo de lesão corporal de natureza grave), constata-se, todavia, que a figura do tipo complexo se mantém em determinadas tipificações, como no roubo e na extorsão com relação à ofensa à integridade física grave, assim como em alguns crimes de perigo comum, como o previsto no art. 272º, e que, assim, não deixariam de se qualificarem pelo resultado.

Limitemo-nos, porém, a princípio, à construção *dolo-culpa*, assim como também às expressões *crimes preterintencionais* ou *crimes preterdolosos*, por entender que a expressão *crimes qualificados pelo resultado* possa abranger hipóteses outras²⁵, pelo que os primeiros constituiriam espécie do gênero que os últimos encerram, e que, embora também possam interessar à temática da responsabilidade objetiva, demandariam um estudo mais específico, desvirtuando e pouco acrescentando à indagação ora proposta.

Eduardo Correia²⁶, afirmando que “o crime preterintencional é algo mais do que o concurso de um crime doloso com um crime mais grave cometido com culpa”, residindo numa “íntima fusão” dos dois a razão da agravação, assim o justifica: “É o perigo normal, típico, quase se poderia dizer necessário, que, para certos bens jurídicos, está ligado à prática de certos crimes, que constitui a razão de ser do crime preterintencional e a razão de ser do agravamento da pena nele determinado.” Segundo ele, quem pratica ações especialmente perigosas tem um *particular dever de representar* que delas podem decorrer um resultado mais grave,

²³ Eduardo Correia, *Direito Criminal, I*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pp. 439/440, Jorge de Figueiredo Dias, *Crime preterintencional, causalidade adequada e questão-de-facto*, RDES, ano 17, 1970, pp. 262/263, e José Francisco de Faria Costa, *Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português*, BFDC, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, número especial, 1983, pp. 366/367

²⁴ Tentativa e Participação nos Crimes Preterintencionais, RPCC, ano 2, 4º, out-dez 1992, pp. 563/564.

²⁵ J. Damião da Cunha, ob. cit., p. 562: “Como é evidente, o crime preterintencional também não deve ser confundido com os crimes agravados pelo resultado. Sendo decerto a parte mais extensa deste grupo, é bom que se tenha em atenção que o crime preterintencional sempre foi definido, na doutrina portuguesa, como um crime em que era inadmissível a existência de dolo quanto ao evento agravante: v. FIGUEIREDO DIAS, *Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais*, 1961, p. 106, que fala na negligência como limite mínimo e máximo do crime preterintencional.

²⁶ Ob. cit., pp. 442/443.

como a morte de alguém. E conclui: “No *perigo típico* que envolvem certas atividades para bens jurídicos reside a justificação histórica dos crimes preterintencionais; na *culpa grosseira* que deriva do desrespeito pelo particular dever de representação, que a prática do crime fundamental doloso envolve, reside a justificação para a pesada agravação da pena neles cominada.”

Como já dito antes, os delitos preterintencionais ou preterdolosos, ao longo dos anos, sempre estiveram ligados à problemática da responsabilidade penal objetiva. Sua origem histórica está ligada ao “*versari in re illicita*”. Eduardo Correia²⁷ admite que, tradicionalmente, para a imputação ao agente do resultado preterintencional ou preterdoloso, aquele evento agravante não precisa ser culposamente produzido pelo agente, “basta que o evento venha a ter lugar por efeito da conduta do agente para que se lhe possa imputar”. Ao agente seria imputada uma “responsabilidade puramente objetiva”, mas, “sempre seria de exigir – e aqui com um particular rigorismo – a *adequação* do nexa causal que deve ligar a conduta ao evento preterintencional”.

Ocorre que tais delitos eram casos nítidos de responsabilidade objetiva no Código Penal alemão, anteriormente a sua reforma.

Conforme Manuel Cavaleiro de Ferreira²⁸, quando da reforma da parte geral do Código Penal alemão, o legislador, para afastar a responsabilidade objetiva, “pelo menos nos aspectos mais clamorosos”, inseriu o § 18, pelo qual “o evento, só agravará a responsabilidade penal se puder ser imputado a título de culpa”. Como ainda ficara por reformar toda a parte especial, os preceitos nela contidos tiveram seu âmbito limitado pela regra imposta na parte geral. Assim, o art. 18º do Código Penal português teria o mesmo alcance, “até porque só pode ser interpretado como complementar ou substitutivo de preceitos com âmbito que o contradiga na parte especial”. Assim, “os preceitos da parte especial que lhe sejam contrários são necessariamente restringidos pela «errata» que o art. 18º impõe”.

Hoje, é impensável tal forma de responsabilidade penal, sendo alvo da mais veemente censura doutrinária e, nas mais das vezes, expressa vedação legal. Nestes termos, o texto do art. 18º do CPP: “*Quando a pena aplicável a um facto for agravada em função da produção de um resultado, a agravação é sempre condicionada pela possibilidade de imputação desse resultado ao agente pelo menos a título de negligência.*” No mesmo sentido o art. 19 do CPB: “*Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.*”

Refere Nelson Hungria²⁹ que Santo Tomás de Aquino doutrinava que “o evento mais grave *non praecogitatus* só era imputável no caso em que fosse consequência natural e comum do fato doloso anterior: *si per se sequitur ex tali actu, et ut in pluribus*; e nenhuma responsabilidade devia ser reconhecida pelo evento mais grave se este ocorresse *per accidens, et ut in paucioribus*, pois, em tal caso, *eventus sequens non addit ad bonitatem, vel ad malitiam actus*.”

²⁷ Idem, p. 440.

²⁸ Lições de Direito Penal, parte geral, I, Editorial Verbo, 4ª ed., p. 317.

²⁹ Comentário, vol. I, tomo II, p. 126.

Portanto, já na visão tomista, além da exigência do nexa causal objetivo, também se esboçara a imprescindibilidade do nexa subjetivo.

Além do nexa causal entre a ação do agente e o resultado mais grave produzido, é indispensável que este resultado mais grave, preterintencional, tenha sido previsto pelo agente ou, ao menos, previsível para ele, o que significa dizer, tenha agido com relação a ele na forma culposa.

Por isso, a peremptória conclusão de Eduardo Correia de que “o evento agravante (e conseqüentemente o tipo legal preterintencional) só poderá ser imputado ao agente *quando este tenha atuado, em relação àquele evento, com culpa, e portanto com culpabilidade*”.

Restaria, ainda, a questionar, como o faz J. Damiano da Cunha, acerca da abrangência do citado dispositivo do CPP em face da expressão “*pelo menos*”. Como já referido, na nota 24, Figueiredo Dias tem como inadmissível o dolo de resultado no crime preterintencional ou preterdoloso, entendendo a culpa como limite mínimo e máximo do seu alcance. Por outro lado, como também já referido, a doutrina tradicional portuguesa, seguindo a linha alemã, não distingue crimes preterintencionais ou preterdolosos de crimes qualificados pelo resultado. Seria, então, de se perguntar: Que delitos seriam aqueles em que se admite a combinação dolo-dolo, como no roubo (art. 210º, § 2, alínea “a”) e na extorsão (art. 223º, § 3, alínea “a”) ? O delito de ofensa à integridade física grave, do art. 144º, seria um tipo fundamental ou um tipo qualificado pelo resultado com relação ao tipo fundamental do art. 143º? Enfim, estariam estes delitos abrangidos pela regra do art. 18º?

O Código Penal brasileiro, no que diz respeito ao tema, regula a matéria, como já antes referido, em seu art. 19³⁰, de forma similar ao Código Penal português.

Tradicionalmente, a doutrina brasileira também não distingue crimes preterintencionais ou preterdolosos de crimes qualificados pelo resultado.

Francisco de Assis Toledo³¹, sobre o tema assim refere: “Estudo à parte merecem os denominados delitos qualificados pelo resultado. São crimes materiais (de resultado) que possuem, como especial característica, a conjunção em seu interior do dolo e da culpa, de modo que o agente atua com dolo em relação ao fato antecedente e culpa quanto ao fato conseqüente (lesão corporal seguida de morte - § 3º do art. 129). Às vezes, ocorre culpa no antecedente e dolo no conseqüente (homicídio culposo com omissão de socorro - § 4º do art. 121), ou (hipótese mais frequente) dolo no antecedente e dolo no conseqüente (lesão corporal seguida de perda de membro, deformidade permanente, etc.). Nesses delitos, para evitar-se uma pura responsabilidade objetiva, há que ser exigida, pelo menos, culpa no resultado mais grave (imprudência ou negligência), o que significa ser indispensável, no mínimo, a previsibilidade desse resultado. Sem essa previsibilidade ocorre o *caso fortuito*, interrompendo-se o vínculo existente entre a ação e o resultado naturalístico mais grave, hipótese em que só poderá o agente responder pelo fato antecedente.” Entretanto, conclui que “a expressão «crime qualificado pelo resultado» é, todavia,

³⁰ Vide p. 18.

³¹ Princípios Básicos de Direito Penal, Ed. Saraiva, 2ª. ed, 1986, pp. 132/133.

mais abrangente do que as expressões «crime preterintencional» ou «crime preterdoloso», por alcançar também a hipótese inicialmente mencionada de culpa no antecedente, mais uma razão de sua preferência”.

Cezar Roberto Bitencourt³² propõe uma distinção que, todavia, não tem como referência o elemento subjetivo. Segundo ele, no crime qualificado pelo resultado, o evento agravador não está contido no bem jurídico inicialmente lesado (aborto seguido de morte), enquanto no crime preterintencional ou preterdoloso o bem lesado pelo resultado preterintencional contém o bem jurídico de início lesado (lesão corporal seguida de morte), pois, “nunca se conseguirá matar alguém sem ofender sua saúde ou integridade corporal”.

Damásio Evangelista de Jesus³³, analisando o art. 19 do CPB, refere que “a expressão «ao menos culposamente» indica a existência de casos em que o resultado qualificador admite dolo, como em algumas hipóteses de lesão corporal grave e gravíssimas (CP, art. 129, §§ 1º e 2º)”, concluindo que “quando isso ocorre, como é óbvio, não se pode falar em crime preterdoloso, mas simplesmente em delito qualificado pelo resultado”.

Independentemente da distinção, o certo é que, embora tendo sua origem no *versari in re illicita*, os delitos preterintencionais ou preterdolosos dele se independizaram, não mais se admitindo responsabilidade pelo resultado que não tenha sido, ao menos, previsto ou previsível ao agente.

VIII – OS CRIMES PRATICADOS EM ESTADO DE INIMPUTABILIDADE AUTOPROVOCADA

Se os delitos preterintencionais ou preterdolosos que, como se afirma, sempre estiveram intimamente relacionados com a responsabilidade objetiva do *versari in re illicita*, foram satisfatoriamente solucionados frente às exigências dogmáticas e legais quanto à necessidade (mínima) de culpa na produção do resultado agravador, o mesmo não se pode afirmar com relação aos delitos praticados em estado de inimputabilidade provocada pelo próprio agente.

Estes delitos têm se constituído em uma das mais complexas questões da dogmática penal face à dificuldade praticamente intransponível de se conciliar o conflito entre a necessidade do vínculo subjetivo entre o agente e o resultado com as necessidades político-criminais da sua prevenção.

Tradicionalmente o direito penal tem se utilizado da construção da *actio libera in causa*³⁴ para justificar a responsabilidade penal do agente, fundamentada no

³² Teoria Geral do Delito, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 113.

³³ Direito Penal, 1º vol., parte geral, 22ª ed., p. 302.

³⁴ A teoria das *actiones liberae in causa* foi desenvolvidas a partir da filosofia moral. Aristóteles já a resumia, na sua essência: “...punimos alguém por sua própria ignorância, se o consideramos responsável por essa ignorância, como, por exemplo, no caso da embriaguez, em que as penas são

raciocínio que o desígnio delituoso antecede o momento em que o agente se coloca em estado de inimputabilidade. Ainda que a imputabilidade deva estar presente no momento da prática da infração penal, argumenta-se, através desta construção jurídico-penal, que tendo o agente já projetado a prática delituosa quando ainda imputável, deve ser ele responsabilizado penalmente pelo delito produzido.

Como refere Eduardo Correia, “a ação não é livre – *in actu*; mas é-o – *in causa*”³⁵.

A forma clássica da *actio libera in causa*, admitindo tanto a forma comissiva como a forma omissiva de delito, é que o agente tenha se colocado em estado de inimputabilidade com o propósito ou, pelo menos, previsto e assumido o risco daquela conduta. Exigível, portanto, dolo quanto ao estado de inimputabilidade e quanto ao delito a ser praticado. Isto porque, nas demais hipóteses, ou seja, na inimputabilidade voluntária ou culposa sem que tenha havido o propósito da prática da infração penal ou mesmo tenha sido assumido o risco da sua produção, a questão se resolve pela simples verificação da ocorrência ou não de culpa, pois a simples auto-colocação em estado de inimputabilidade, a princípio, já se mostra como uma forma de ausência do cuidado devido na vida de relação.

A doutrina, porém, tem alargado a teoria da *actio libera in causa*, fazendo nela abarcar as hipóteses de inimputabilidade voluntária e culposa, sem qualquer prévia projeção do delito por parte do agente, entendendo que no momento que antecede aquele estado o agente poderia ter previsto ou seria previsível a possibilidade da prática de uma infração penal. Evidente que, como consequência deste entendimento somente, nestas hipóteses, poderia ocorrer um delito culposos^{36 37}, já que o elo inicial da conduta havia sido culposos.

O CPP de 1886 “optou pela configuração dos ilícitos típicos, praticados em estado de inimputabilidade ou de inimputabilidade diminuída autoprovocadas, como *actiones liberae in causa*: a.l.i.c. preordenada, a.l.i.c. dolosa e a.l.i.c. culposa, distinguindo-se entre embriaguez completa e incompleta, e diferenciando-se a responsabilidade penal consoante a embriaguez fosse anterior ou posterior à decisão de cometer o crime”³⁸.

Com um diversificado tratamento dos delitos praticados em estado de inimputabilidade, admitindo para certas hipóteses apenas circunstâncias atenuantes,

dobradas para os delinquentes, porque o princípio do ato reside no próprio agente que tinha o poder de não se embriagar e que, por isso torna-se responsável pela sua ignorância”, Éthique à Nicomaque, apud Toledo, Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal, ed. Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 1986, p. 310.

³⁵ Direito Penal, tomo I, Livraria Almedina, reimpressão, Coimbra, 1999, p. 356.

³⁶ Muñoz-Conde, Francisco, e García Arán, Mercedes, Derecho Penal, p. 391: “si la situación de o imputabilidad se ha provocado dolosa ou imprudentemente, pero no con el propósito de delinquir, podrá haber una responsabilidad por imprudencia por el hecho cometido en estado de imputabilidad”.

³⁷ Zaffaroni, p. 527: “se o (...) sujeito bebe para embriagar-se – ou de modo que saiba que pode embriagar-se completamente -, sabendo ou devendo saber que costuma ter reações agressivas neste estado, e comete um homicídio nesta situação, haveria um homicídio culposos”.

³⁸ Taipa de Carvalho, Américo, Comentários Conimbricenses, p. 1108.

gerais ou especiais, além de complexo, continha situações de responsabilidade objetiva, conforme destacado por Eduardo Correia, Faria Costa e Teresa Brito³⁹.

Esta complexidade do CPP de 1886, levou Eduardo Correia, autor do projeto do novo Código Penal, a assim se manifestar: “O Código Penal vigente segue um sistema muito complicado em matéria de embriaguez, procedendo a algumas distinções (embriaguez completa e incompleta, fortuita, culposa, intencional, pré-ordenada, anterior ou posterior ao projeto criminoso) que nem sempre conduzem às soluções mais justas”⁴⁰.

O CPP de 1982 se propôs a consagrar em seu art. 282º, seguindo os Códigos Penais alemão e suíço, um tipo de crime autônomo no caso do agente se colocar em estado de completa inimputabilidade e nesse estado praticar um fato criminalmente ilícito. Todavia, a solução não se mostrou satisfatória por dois aspectos, primeiro, porque as penas cominadas eram demasiadamente brandas para a gravidade de certos delitos praticados naquelas condições, e segundo, porque, continha em seu texto, ao lado do delito autônomo, hipótese outra que sugeria consagrar a *actio libera in causa* culposa ou com dolo eventual, gerando situação de dificuldade de interpretação, divisão doutrinária e inaplicabilidade judicial.

Com a reforma de 1995, o CPP conseguiu finalmente consagrar o mesmo tratamento dado à matéria na Alemanha e na Suíça, ou seja, um tipo legal autônomo de crime para “quem, pelo menos por culpa, se colocar em estado de inimputabilidade derivada da ingestão ou consumo de bebida alcoólica ou de substância tóxica e, nesse estado, praticar um fato ilícito típico...”, constituindo esta efetiva prática de um fato ilícito típico, uma condição objetiva de punibilidade.

Assim, a matéria é hoje regulada no direito penal português pelo art. 20º, 4, que consagra a *actio libera in causa*⁴¹ na sua forma clássica e original (até mesmo depurada do dolo eventual), ou seja, “a imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o fato”, e pelo tipo autônomo do art. 295º, quanto às demais hipóteses de provocação de inimputabilidade pelo próprio agente, inclusive com dolo eventual.

No caso de inimputabilidade decorrente de caso fortuito, aplicável o nº 1, do art. 20º.

O CPB regula a matéria no seu art. 28 ao dispor que não exclui a imputabilidade “a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos” (inciso II), mas que “é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (§ 1º), prevendo ainda o art. 61, II, “1”, como circunstância agravante da pena a prática do delito “em estado de embriaguez preordenada”.

³⁹ Apud, Taipa de Carvalho, Américo, p. 1108.

⁴⁰ Apud Taipa de Carvalho, Comentários Conimbricenses, p. 1108.

⁴¹ Gonçalves, Manuel Lopes Maia, Código Penal Português Anotado e Comentado, 14ª ed., 2001, Almedina, Coimbra, p. 109.

Como se vê, distingue o direito penal brasileiro as hipóteses de embriaguez preordenada, voluntária, culposa e proveniente de caso fortuito ou força maior, bem como entre embriaguez completa e incompleta⁴², muito embora esta última distinção somente interesse às duas últimas hipóteses de embriaguez.

A embriaguez preordenada tem sua fundamentação na clássica construção da *actio libera in causa*.

A dificuldade de fundamentação, porém, ocorre quanto a inimputabilidade voluntária ou culposa, pois o texto legal não exige qualquer vínculo subjetivo do agente, antes de se colocar em estado de inimputabilidade, com a prática delituosa. Equiparando o inimputável por embriaguez voluntária ou culposa ao imputável, deixa a responsabilidade penal se resolver pelo elemento subjetivo do momento em que a ação é praticada, isto é, “segundo a direção ou atitude da residual vontade que existe no estado de ebriedade”⁴³

Nestas hipóteses não há como reconhecer *actiones liberae in causa*, na medida em que o delito praticado em estado de inimputabilidade não guarda qualquer vínculo subjetivo com a vontade do agente antes de se colocar em estado de inimputabilidade.

Pode-se até admitir que na prática, por vezes, seja possível vislumbrar em determinados casos a existência do vínculo subjetivo a configurar hipótese de *actio libera in causa*, todavia, a construção doutrinária não pode fundamentar disposição legal que admite até mesmo a responsabilização penal por fato delituoso que sequer tenha sido previsível.

Quanto à embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior, só então exige que seja completa, e que o agente, no tempo da ação ou da omissão, esteja “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Nelson Hungria, defendendo a sistemática adotada pelo Código Penal brasileiro, assim se manifesta: “Várias são as hipóteses formuláveis a respeito do indivíduo que comete crime em estado de embriaguez: a) embriagou-se

⁴² Damásio E. de Jesus, ob. cit., pp. 509/510, oferece de uma forma concisa e didática, referindo-se ao álcool os seguintes conceitos: “a embriaguez é preordenada quando o sujeito se embriaga propositalmente para cometer um crime”, “há embriaguez voluntária quando o sujeito ingere substância alcoólica com a finalidade de embriagar-se”, “existe embriaguez culposa quando o sujeito não ingere substância alcoólica com a finalidade de embriagar-se, mas em face de excesso imprudente vem a embriagar-se”, “a embriaguez é proveniente de caso fortuito quando o sujeito desconhece o efeito inebriante da substância que ingere, ou quando, desconhecendo uma particular condição fisiológica, ingere substância que possui álcool (ou substância análoga), ficando embriagado”, “há embriaguez proveniente de força maior no caso, p. ex., de o sujeito ser obrigado a ingerir bebida alcoólica”, por fim, possuindo a embriaguez três fases, ou seja, “excitação (euforia, loquacidade, diminuição da capacidade de autocritica)”, “depressão (confusão mental, falta de coordenação motora, irritabilidade, disartria)” e “fase de sono (o ébrio cai e dorme, havendo anestesia e relaxamento dos esfíncteres, culminando com o estado de coma)”, “a embriaguez completa corresponde ao segundo e ao terceiro períodos (fases), sendo que neste último (período letárgico) o sujeito só pode cometer crimes omissivos ou comissivos por omissão”, e “a embriaguez incompleta corresponde à primeira fase”.

⁴³ Hungria, Comentários, vol. I, tomo II, p. 386.

voluntariamente, com o fim preconcebido de cometer o crime; *b*) embriagou-se voluntariamente, sem o fim de cometer o crime, mas prevendo que em tal estado podia vir a cometê-lo e assumindo o risco de tal resultado; *c*) embriagou-se voluntariamente ou imprudentemente, sem prever, mas devendo prever, ou prevendo, mas esperando que não ocorresse a eventualidade de vir a cometer o crime; *d*) embriagou-se por caso fortuito ou força maior (sem intenção de se embriagar e não podendo prever os efeitos da bebida). Nos casos sob *a*, *b* e *c*, é inegável que, maior ou menor, existe um vínculo de causalidade psíquica entre o ato de embriagar-se e o evento criminoso, entre o intencional, voluntário ou culposo estado de transitória perturbação fisiopsíquica e o crime. Em todos os três, o agente se colocou, livremente, em estado de delinquir, sabendo ou devendo saber que a embriaguez facilmente conduz à frouxidão dos freios inibitórios e à consequente prática de atos contrários à ordem jurídica. Somente na quarta hipótese deixa de haver uma *actio libera in causa*”⁴⁴.

Basileu Garcia⁴⁵, acerca das consequências da embriaguez voluntária ou culposa e o posicionamento de Nelson Hungria, assim se manifesta: “Não percebemos o nexos de causalidade psíquica entre a simples deliberação de ingerir bebida alcoólica e um crime superveniente. O agente não pensa em delinquir. Nem mesmo – admita-se – supõe que vai embriagar-se.” E, ironicamente, conclui: “...se tamanha extensão se pretende emprestar à teoria das *actiones liberae in causa*, então também o doente mental, que assim se tornou apenas pela sua culpável imoderação no uso do álcool, devia ser responsabilizado...”

Na tentativa de contornar a responsabilidade objetiva, de forma mais recente, Damásio Evangelista de Jesus argumenta que com o advento do texto constitucional de 1988 que introduziu o “princípio do estado de inocência”, ou seja, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a presunção de dolo ou culpa se tornou incompatível, pelo que o art. 28, II, do Código Penal brasileiro deve ser interpretado de forma a não admitir a responsabilidade objetiva⁴⁶.

O propósito e o esforço são válidos, todavia, o argumento não se sustenta, pois o princípio da presunção de inocência refere-se ao tratamento que deve ser dispensado ao acusado no decorrer do processo, não sendo pertinente à dogmática material de direito penal.

Francisco de Assis Toledo, sem fazer qualquer restrição ao texto legal, entende viável sua interpretação de forma que “não conduza a se punir como doloso um resultado só atribuível a título de culpa, ou – o que seria pior – a se punir pelo só resultado quem dela não participa sequer culposamente”. E continua: “É que os preceitos em causa devem ser interpretados, hodiernamente, em conjugação como o princípio fundamental de todo o sistema – o princípio da culpabilidade. Se não existe crime sem culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*) e se o contrário não está dito em nenhum ponto do mencionado art. 28, respectivos incisos e parágrafos, não vemos o

⁴⁴ Nelson Hungria, Comentários, vol. I, tomo II, p. 388.

⁴⁵ Apud, Bitencourt, Cezar Roberto, pp. 193/194.

⁴⁶ Jesus, Damásio Evangelista de, p. 513.

que esteja a impedir o penalista dos dias de hoje de interpretar tais preceitos como hoje devem ser interpretados. Assim, com a reforma penal, necessário seria, talvez, empreender-se uma reforma de mentalidade...”

Da mesma forma que Toledo, Zaffaroni/Pierangeli⁴⁷ e Cezar Roberto Bitencourt⁴⁸, transferem a problemática para a interpretação do texto do art. 28, os primeiros na mesma linha de pensamento de Toledo e o segundo diante de casos *in concreto*.

Nesta tentativa, porém, de compatibilização do texto do art. 28 no sentido de exclusão da responsabilidade objetiva, não se pode perder de vista três aspectos: a) o texto legal, antes art. 24, não sofreu qualquer alteração na sua substância por ocasião da reforma de 1984⁴⁹, pelo que resta atual a posição defendida pelo Ministro Francisco Campos, por ocasião da Exposição de Motivos de 1940: “Ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substância de efeitos análogos), do ponto de vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda a sua plenitude a teoria da *actio libera in causa seu ad libertatem relata*, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência *preordenado*, mas a todos os casos em que o agente se deixa arrastar ao estado de inconsciência. Quando *voluntária* ou *culposa*, a embriaguez, ainda que plena, não isenta de responsabilidade...”; b) a interpretação proposta por Toledo e Zaffaroni/Pierangeli encontra óbice na singeleza do inciso II, do art. 28, pois não seria lógico, na forma sistemática do texto, que para algumas hipóteses de embriaguez voluntária ou culposa o agente viesse a ser isento de pena, sem que para tanto fossem exigidas as mesmas condições que o § 1º exige para os casos de embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior; c) não há interpretação que permita permutar a expressão “não” por um “sim”, ou impor condições não previstas no texto legal.

A solução, porém, que se mostra ainda mais adequada para minimizar o problema é a que se aproxima da proposta de Cezar Roberto Bitencourt, ou seja a análise *in concreto*, casuisticamente, da imputabilidade ou imputabilidade do agente, a luz do art. 18, que se configura como princípio fundamental de direito penal.

Como se pode verificar, a sistematização da matéria no direito penal brasileiro incide de forma inequívoca e incontornável em responsabilidade objetiva.

O mesmo ocorre, porém, com relação à sistematização da matéria no direito penal português, em que pesem os redobrados esforços doutrinários em Portugal, e mesmo na Alemanha com relação ao § 323 a, que serviu de inspiração ao modelo português⁵⁰.

⁴⁷ Ob. cit., p. 533/534.

⁴⁸ Ob. cit., p. 195.

⁴⁹ Exposição de Motivos do Código Penal: “Permanecem íntegros, tal como redigidos no Código vigente, os preceitos sobre paixão, emoção e embriaguez. As correções terminológicas introduzidas não alteram o sentido e o alcance e se destinam a conjugá-los com disposições outras, do novo texto.”

⁵⁰ Ferreira, Manuel Cavaleiro, Lições, p. 277: “(...) quando a norma legal não conduz à justiça das soluções práticas ou é ela mesma injustificada, há muitas vezes uma subtil transformação do sentido da norma de que se encarregam, por diferente via, a jurisprudência e a doutrina, dentro de limites, evidentemente, que não contradigam a força da lei.”

A opção por um tipo autônomo, na linha do § 323 a, do StGB e do art. 269º do Código Penal suíço, em substituição à sistemática anterior, que de certa forma, se aproximava do modelo atual brasileiro, não superou a problemática da responsabilidade objetiva.

Examinando o art. 295, 1, do CPP, Américo Taipa de Carvalho⁵¹ assim refere: “Trata-se de um **tipo legal de crime de perigo abstrato-concreto**, cuja *ilicitude* é constituída, exclusivamente, pelo *desvalor da* (perigosidade da) *conduta*. Todavia, a *punibilidade* deste ilícito depende da circunstância de, nesse estado de inimputabilidade, o agente “praticar um fato ilícito típico”. Este pressuposto de punibilidade constitui uma **condição objetiva de punibilidade**, no sentido de que não se exige qualquer relação de culpabilidade entre o agente, ao provocar a sua inimputabilidade e o ilícito típico praticado nesse estado de inimputabilidade, nem sequer se exige uma qualquer relação subjetivo-psicológica.” Adiante, questionando acerca da compatibilidade do referido dispositivo com o princípio da culpabilidade, tem ele que esta análise passa necessariamente pela consideração de tipo de perigo abstrato e pela consequente perigosidade, no caso, da conduta de se colocar em estado de inimputabilidade, circunstâncias que o salvam, como a vários outros tipos de perigo abstrato, de um juízo de violação do princípio da culpabilidade.

Acerca do tema, Faria Costa⁵², ainda que alertando para as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais na Alemanha⁵³, e descartando a existência de uma “ficção do ilícito” nos crimes de perigo abstrato (então seria patente «graves fricções» com o princípio da culpabilidade), valoriza o princípio da ofensividade, traçando um paralelo desta espécie de tipos de perigo abstrato com as medidas de segurança, a partir do art. 30º, 2, da CRP, para demonstrar que em ambos os casos se visa a necessária proteção de bens jurídicos e concluir que somente o cuidado-de-perigo com relação a um bem jurídico com dignidade penal justifica verdadeiramente os crimes de perigo abstrato.

Ocorre, porém, que se o tipo penal do art. 295º,1, do CPP tem sua ilicitude fundada *ab initio* no desvalor de ação do agente ao se colocar voluntária ou culposamente em estado de inimputabilidade, como reconhece o próprio Taipa de Carvalho, tem ele *a posteriori* sua punibilidade condicionada a um desvalor de resultado, ou seja, de que nesse estado venha o agente a praticar um fato típico ilícito, na forma de uma apontada condição objetiva de punibilidade.

Tais circunstâncias, quer parecer, estão a descaracterizá-lo como tipo de crime de perigo abstrato, posto que o desvalor de resultado e, fundamentalmente, a exigência deste resultado, ainda que na forma de condição objetiva de punibilidade, se mostram incompatíveis com sua natureza.

⁵¹ Comentários, pp. 1112 e ss.

⁵² O perigo..., pp. 635/651.

⁵³ O perigo..., p. 635, nota 157.

Talvez por esta razão tenha Manuel Cavaleiro de Ferreira⁵⁴ admitido, com aparente simpatia, ao analisar o similar dispositivo do CPP, anterior à reforma de 1995 (art. 282º, 1), tratá-lo como um crime qualificado pelo evento, ou até mesmo, melhor dizendo, um *aparente* crime qualificado pelo resultado, diante da ponderação de que o crime cometido pelo agente, em estado de inimputabilidade, não poderia ser considerado somente uma condição de punibilidade, na medida em que o fundamenta, integrando a estrutura do crime como seu evento.

Mesmo que se não o considere como uma formulação atípica de crime qualificado pelo resultado, em que não se pune o fato antecedente por questão de política criminal, mas apenas o resultado consequente mais grave, parece difícil não se vislumbrar nele, ao menos, um crime de resultado que se constitui quando da efetiva prática de um fato típico ilícito, independentemente da natureza deste.

Jescheck⁵⁵, distingue entre condições objetivas de punibilidade próprias e condições objetivas de punibilidade impróprias. As primeiras “son puras causas de restricción de la pena, por lo que tampoco deben ser criticadas desde el principio de culpabilidad”. As segundas, porém, têm, na prática, significado mais relevante que as próprias e suscitam as verdadeiras objeções dogmáticas por se tratarem de “**causas de agravación penal encubiertas**, que pertenecen por su esencia al tipo del injusto, pero se configuran formalmente como condiciones de punibilidad, porque el legislador quiso independizarlas de la exigencia de la relación dolosa o imprudente”, e que “de hecho, constituyen restricciones del principio de culpabilidad por razones politicocriminales”. Como exemplo das últimas, refere a embriaguez plena do § 323 do StGB, em que “solo la producción dolosa o imprudente de aquella de aquella opera como verdadera razón de la punición, mientras que el hecho mismo cometido en dicho estado es condición objetiva de punibilidad”, e a única justificativa que encontra é “en parte mediante la consideración de que el autor asume sin más el riesgo, para todos reconocible, de que pudiera concurrir la condición objetiva de punibilidad”. Mesmo assim, entende que a punibilidade se justifica, devendo, nas circunstâncias em que o agente não pudera prever a realização do fato, a pena aproximar-se do mínimo legal.

Roxin, por sua vez, se mostra mais categórico. Depois de se referir às condições objetivas de punibilidade como polêmica sobre a significação dogmática e a justificação política-criminal em que é impossível fazer afirmações genéricas, conclui que se é certo que a perigosidade do estado de embriaguez somente se pode explicar pelo conteúdo adicional do próprio fato cometido, “entonces constituye una infracción del principio de culpabilidad que no tengan que ser abarcadas por la culpabilidad del autor las circunstancias que fundamentan por sí solas o al menos aumentan sustancialmente el injusto” e “por el contrario, para la punibilidad hay que exigir que el autor haya actuado imprudentemente respecto del hecho cometido en estado de embriaguez; por tanto, tiene que haber podido prever la consecuencia, y

⁵⁴ Lições..., pp. 277/278. Ainda: Traçando o inevitável paralelo com o § 323 do StGB, destaca que na Alemanha são diversas “as vias para o atenuar ou integrar em um sistema que não houvesse de ostentar uma afirmação de responsabilidade objectiva”.

⁵⁵ Ob. cit., pp. 504/506.

concretamente no solo que pudiera consistir en «cualesquiera excesos de tipo punible», sino en una consecuencia del tipo dela que se ha producido”.

IX – CONCLUSÃO

Diante do estudo exposto, tem-se que o princípio da culpabilidade, resultado de uma longa e difícil conquista do direito penal, constitui hoje obstáculo limitador intransponível na definição da responsabilidade penal. A simples constatação de que toda e qualquer alteração legislativa, nos mais diversos segmentos do âmbito penal, não dispensa a análise da sua legitimidade à luz do princípio da culpabilidade demonstra a sua consolidação como marco perene e inafastável na aplicação do direito penal. Por isto, os desafios a que está constantemente sujeito, que, ao contrário de o enfraquecerem, o revigoram como paradigma de justiça, segurança e respeito à dignidade do ser humano.

Se como afirma Kaufmann⁵⁶, um sistema em que vigore o princípio da culpabilidade na sua forma pura, seja impensável, é importante que o seu conteúdo e a sua significação, constituam um alerta, em tempos que o significativo aumento da criminalidade estimula a adoção de políticas criminais pragmáticas, nem sempre consentâneas com um patrimônio jurídico-cultural conquistado ao longo de séculos.

BIBLIOGRAFIA

BETTIOL, Giuseppe, e MANTOVANI, Luciano Pettoello, Diritto Penale, dodicesima edizione, parte generale, Cedam-Casa Editrice Dott. António Milani, Padova, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Teoria Geral do Direito, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.

BRUNO, Anibal, Direito Penal, parte geral, tomo 1º, Ed. Forense, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1967.

⁵⁶ Apud Costa, José Francisco Faria, Aspectos Fundamentais..., p.363.

CARVALHO, Américo Taipa de, Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 1106-1125.

CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, com a colaboração de Figueiredo Dias, tomos I e II, Livraria Almedina, Coimbra, 1999 e 1997, reimpressões.

COSTA, José Francisco de Faria, O Perigo em Direito Penal, Coimbra Editora, 2000, reimpressão.

COSTA, José Francisco de Faria, Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português, BFDC, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, número especial, 1983, pp. 351/405.

CUNHA, J. Damião da, Tentativa e Participação nos Crimes Preterintencionais, RPCC, ano 2, 4º, outubro/dezembro, 1992, Aequitas Editorial Notícias, pp. 561/584.

DIAS, Jorge de Figueiredo, O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal, Coimbra Editora, 4ª ed., 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Liberdade-Culpa-Direito Penal, Coimbra Editora, 3ª ed., 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Crime Preterintencional, Causalidade Adequada e Questão-de-Facto, RDES, ano 17, 1970, pp. 253/285.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Lições de Direito Penal, parte geral, tomo I, Editorial Verbo, 4ª ed., Lisboa/São Paulo, 1992, reimpressão 1997.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, Código Penal Português Anotado e Comentado, 14ª ed, 2001, Almedina, Coimbra, p. 109.

HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, vol. I, tomos I e II, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1958.

JAKOBS, Gunther, Derecho Penal, parte general, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 2ª ed., Madrid, 1997, tradução de Joaquín Cuervo Contreras e José Luís Serrano González de Murillo.

JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, parte general, Comares Editorial, 4ª ed, Granada, 1993, tradução de José Luis Manzanares Samaniego.

JESUS, Damásio E. de, Direito Penal, parte geral, 1º vol., Ed. Saraiva, 22ª ed., São Paulo, 1999.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, parte general, Editorial Reppertor, 6ª ed., Barcelona, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco, e GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, parte general, Ed. Tirant Lo Blanch, 5ª. ed, Valencia, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoria Geral do Delito, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado.

REALE Jr., Miguel, Teoria do Delito, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., São Paulo, 2000.

ROXIN, Claus, Derecho Penal, parte general, tomo I, Editorial Civitas, 1997, tradução da segunda edição alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

TOLEDO, Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal, Ed. Saraiva, 2^a ed., São Paulo, 1986.

WESSELS, Johannes, Direito Penal, parte geral, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1976, tradução de Juarez Tavares.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique, Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral, Ed. Revista dos Tribunais, 2^a ed., São Paulo, 1999.

SIGLAS E ABREVIATURAS

art.	artigo
arts.	artigos
BFDC	Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPB	Código Penal Brasileiro
CPP	Código Penal Português
cit.	citado ou citada
ed.	edição
Ed.	editora
nº	número
ob.	obra
p.	página
pp.	páginas
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
RFA	República Federal Alemã
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
ss.	seguintes
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)
vol.	Volume