

A CULPABILIDADE NO NÔVO CÓDIGO*

PROF. ALCIDES MUNHOZ NETTO

(Titular de Direito Penal)

Sumário:

- I — **Premissas:** 1 — Conceito e função da culpabilidade. 2 — A grave perturbação da consciência como fator de inimputabilidade; 3 — Culpa e embriaguez voluntária. 4 — Conceito e posição do caso fortuito. 5 — Ausência de culpabilidade por êrro de direito.
- II — **Posição da culpabilidade no Código Penal de 1969:** 1 — Compatibilidade com a concepção normativa. 2 — Caso fortuito e fôrça maior nas graves perturbações de consciência. 3 — Idem quanto a embriaguês voluntária. 4 — A responsabilidade objetiva na disciplina do êrro de direito.
- III — **Proposições:** 1 — Ampliação das causas biológicas de inimputabilidade. 2 — Regra sôbre a **actio libera in causa**. 3 — Forma exegetica de evitar a responsabilidade sem culpa. 4 — Modificação do art. 20 do nôvo Código.

I — PREMISSAS

1. — Dominante a concepção normativa da culpabilidade, a essência desta reside no juízo de censura que recai sôbre o autor, por não se haver absterido da evitável violação à norma. A culpabilidade requer, portanto, a imputabilidade do autor, sua vinculação psicológica ao crime e a normalidade de motivação com a conseqüente exigibilidade de comportamento diverso.

* Tese apresentada ao IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, reunido em Recife, de 2 a 8 de agosto de 1970.

Neste sentido é que a culpabilidade constitui nem só pressuposto indeclinável da pena, como fator preponderante de sua medida. Dentre os elementos para a individualização da resposta penal, atender-se-á ao grau de reprovabilidade do autor, pela culpabilidade do ato e do modo de vida.

2 — Deduzida da capacidade de entender e querer, a imputabilidade é o conjunto de condições necessárias a reprovar ao autor por não se ter conduzido de outra maneira. Pode a imputabilidade ser excluída por causas biológicas mórbidas e mesmo por graves perturbações das condições mentais e da consciência, como as decorrentes da embriaguez completa e de estados tóxicos não preordenados, letargia hipnótica, delírios de febre e, excepcionalmente, de certos estados emocionais ou passionais, que alteram o funcionamento do psiquismo, não permitindo o livre exame dos motivos e a escolha do comportamento adequado às exigências ético-jurídicas.

3 — A teoria das **actiones liberae in causa** permite o reconhecimento do dolo nos crimes perpetrados em estado de embriaguez completa, quando esta haja sido provocada com o propósito de cometer ou facilitar a infração, ou consentindo o autor em sua prática. Fora destes casos só é admitida a responsabilidade por culpa, sendo necessária a existência do tipo culposo e a previsibilidade do comportamento delituoso resultante da ingestão de álcool ou substância de efeitos análogos.

4 — Ao lado do erro excusável quanto ao fato constitutivo do crime e da coação moral, também o caso fortuito exclui o dolo e a culpa. O caso fortuito caracteriza-se pela impossibilidade de prever a prática do crime como consequência da própria ação ou omissão, com a correlata falta de representação atual ou potencial dos efeitos da conduta. A previsibilidade da infração é avaliada em vista das condições pessoais do autor, singularmente considerado, e das circunstâncias em que procedeu pois o juízo de censura incide sobre o homem como individualidade psico-física.

5 — Nos sistemas legislativos que não permitem incluir a real ou potencial consciência da antijuridicidade na estrutura do dolo e da culpa, o maior ou menor conhecimento do injusto deve refletir-se no grau de culpabilidade e na medida da pena. Tanto menos censurável será o autor quanto menor a sua consciência de se estar opondo às normas penais e quanto maior a sua dificuldade em adquirir tal conhecimento. Nenhuma censura recai sobre quem, por excusável erro de fato ou de direito, supõe lícita ou legítima a ação, excluindo-se, pois, a pena, por ausência de culpabilidade.

II — A POSIÇÃO DA CULPABILIDADE NO CÓDIGO PENAL DE 1969

1 — O novo Código Penal do Brasil (Decreto-lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969) é compatível com a concepção normativa de culpabilidade. Distingue entre causas de inculpabilidade por ausência de dolo e culpa (v.g., arts. 18 e 21, 1.ª parte) e causas de inculpabilidade por inexigibilidade de comportamento diverso, nas quais subsiste o vínculo psicológico entre o autor e o comportamento, mas não há censurabilidade pessoal (v.g., arts. 24, b e 25). A nova lei, ademais, para a graduação da pena, leva em conta a maior ou menor reprovação incidente sobre o autor, seja pela culpabilidade da ação ou omissão (art. 52), seja, acessoriamente, pela culpabilidade do modo de vida (v.g., arts. 57, 58, II e 64, § 2.º).

2 — Por referir-se somente à doença mental e ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 31), o Código não admite a inimputabilidade decorrente de graves perturbações da consciência, em estados não patológicos.

A isenção penal, por inculpabilidade, para os que delinquem em tais condições, poderá, sem embargo, ser reconhecida, quando as graves perturbações da consciência impeçam a previsibilidade do comportamento criminoso. É possível a impunidade porque há declaração expressa sobre a inexistência de crime quando o fato resulta de caso fortuito (art. 18). Até quanto aos raros estados emotivos ou passionais, absorventes e anulatórios da vontade, prevalece a excludente, pois não se repetiu a norma acerca da irrelevância da emoção e da paixão (C. Penal de 1940, art. 24, I). Nem contrasta este entendimento com o sistema da nova lei, que admite a isenção penal para o excesso resultante de estados emotivos, como o excusável medo e a perturbação de ânimo (art. 30 § 1.º).

Mesmo nas hipóteses em que a grave perturbação psíquica não suprima no autor a possibilidade de prever, anulando porém, o auto-contrôle e, com este, a capacidade de livremente querer ou anuir, a isenção de pena pode ser alcançada pela eximente da força maior (art. 18), entendida esta como toda a situação em que, em decorrência de acontecimento natural ou humano, não seja possível esperar-se um comportamento conforme aos imperativos jurídicos.

Tal solução, contudo, não é ainda satisfatória, por ficar ao sabor das variações exegéticas.

3 — Observações análogas cabem quanto à embriaguez completa, voluntária ou culposa, sem previsão ou previsibilidade da ul-

terior infração. Inexistindo norma que declare sua irrelevância (C. Penal de 1940, art. 24, II), excluirá ela a culpabilidade quando impeça a previsibilidade do fato ou a normalidade da motivação com exigência de conduta diversa.

4 — Em face do nôvo Código Penal, a consciência da antijuridicidade não se inclui na estrutura do dolo. Pelo art. 20, a suposição da licitude do fato, que é a contrapartida do conhecimento do injusto, não impede a punição a tal título. Ainda que acreditando ser o fato permitido ou penalmente indiferente, doloso será o comportamento do autor, se a falta de consciência da antijuridicidade decorrer de ignorância ou êrro de interpretação da lei.

A ausência de representação da ilicitude derivada de êrro de direito, por mais invencível que seja, não excluirá sequer a censurabilidade. Pelo êrro excusável a pena será simplesmente atenuada ou substituída por outra menos grave. Presume a lei, assim, uma reprovação pessoal, mesmo que não se possa censurar o agente pelo desconhecimento ou má interpretação da lei, seja atribuindo-lhe omissão do pretense dever de informar-se sôbre as normas de que é destinatário, seja imputando-lhe uma culpabilidade pelo modo de vida, por haver orientado sua existência em hostilidade ao Direito. Só quando derivada de êrro excusável de fato, é que a suposição de conduta legítima impedirá a censura pessoal e excluirá a culpabilidade (art. 21).

Não se justifica êste tratamento díspar ao êrro de direito e às discriminantes putativas. Em ambos os casos, a situação psicológica do autor é a mesma: por supor que é lícito o seu procedimento falta-lhe a consciência da antijuridicidade, pois ignora a existência da proibição ou a sua incidência no caso concreto. Se plenamente excusável o equívoco, de nenhuma censura pessoal deve ser objeto; se vencível o êrro, incidirá em reprovação. E esta será tanto maior quanto mais grave a sua desatenção ao apreciar a situação de fato, ou à proporção em que o seu condenável modo de vida haja contribuído para o desconhecimento da ilicitude. A medida da pena estará em função do grau da censurabilidade dos fatores determinantes do êrro vencível. Com tal regulamentação, realizar-se-ia a justiça material, sem perigo para a eficácia repressiva das leis penais, ou para a segurança de sua aplicação. O Código, no entanto, preferiu emprestar à suposição de licitude ou legitimidade da conduta, tratamento ilógico ou contraditório (arts. 20 e 21). O mais grave, porém, é que presumindo, **juris et de jure**, censurabilidade em quem, por êrro excusável de direito, procede sem conhecimento do injusto, consagrou hipótese típica da responsabilidade sem culpa.

III — PROPOSIÇÕES

1 — Entre as causas de inimizabilidade, previstas pelo art. 31 do novo Código Penal, deve ser incluída a grave perturbação de consciência. Esta mesma causa pode figurar, ao lado da doença mental, como idônea a diminuir a capacidade de entendimento ou de autodomínio, para a facultativa redução de pena prevista no parágrafo único do mesmo artigo.

2 — Quanto à embriaguez, convém deixar exposto na lei que se a incapacidade de entendimento ou de autodeterminação foi provocada para delinquir, ou se quanto à prática do crime houve anuência, o autor é punível a título de dolo. Também é útil especificar que fora destes casos, se a embriaguez é voluntária e o autor previu ou podia prever a prática do crime, será punido a título de culpa, se existir a respectiva figura.

3 — Independentemente das modificações legislativas acima sugeridas, é recomendável que os juizes e tribunais, na aplicação do novo Código, reconheçam, fundados em seu art. 18, isenção penal em favor de quem, por grave perturbação de consciência, não tenha, no momento da ação ou omissão, condições de prever (caso fortuito), ou de eximir-se da prática do crime (fôrça maior). Idêntica solução é aconselhável para os que delinquem em estado de embriaguez voluntária e completa, ressalvada a responsabilidade a título de culpa, se, no precedente estado de imimizabilidade, podia o autor prever a prática da infração.

4 — O efetivo respeito ao princípio básico da inexistência de responsabilidade penal sem culpa impõe que se atribua relevância plena ao erro excusável de direito, determinante da suposição de licitude do fato. O autor só deve ser punido quando censurável a sua falta de consciência da antijuridicidade. Para este efeito, é necessário modificar o art. 20 do Código Penal de 1969, considerando-se isento de pena quem, por excusável ignorância ou erro de interpretação da lei, supõe lícito o fato. Em caso de erro vencível, facultar-se-ia ao juiz atenuar livremente a pena, ou substituí-la por outra menos grave, segundo a culpabilidade do autor.