

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Catedrático de Direito e Processo Penal da
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sobre a inimputabilidade jurídico-penal em razão de anomalia psíquica: a caminho de um novo paradigma? (*)

(*) El texto del presente artículo se corresponde con el contenido de la conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela el día 25 de abril de 1989, con motivo de la celebración de la Semana Jurídica Portuguesa.

I.

O tema que me proponho tratar perante vós tem directamente a ver com a noção e o sentido da exigência de *imputabilidade* como pressuposto ou elemento da categoria jurídico-penal da culpa (1). São de todos conhecidas a evolução e as transformações sofridas por esta categoria na mais recente dogmática jurídico-penal -e sobre as quais tive de resto ocasião de me pronunciar, em artigo não há muito tempo ainda surgido nas páginas prestigiadas dos vossos *Cuadernos de política criminal* (2), sendo essa uma razão mais para que não insista em tal ponto. Dentro dos diversíssimos temas que constituem a dogmática da culpa jurídico-penal, porém, talvez que o da inimputabilidade -e aqui faço eu já a minha primeira redução: o da inimputabilidade *em razão de anomalia psíquica*, querendo com isto significar que deixarei por inteiro fora de consideração o tema da inimputabilidade em razão da *idade*-, talvez que o tema da inimputabilidade, dizia, seja aquele que parece ter alcançado uma maior "estabilização doutrinal" e menos sofrer com as tormentas que hoje voltam a sacudir o edifício do direito penal da culpa mesmo nos seus fundamentos. Parecem

(1) Permito-me chamar a atenção para que em português a palavra *culpa* tem um significado inteiramente correspondente a *culpabilidad* em espanhol (*Schuld* em alemão). É com esse significado -não com o correspondente a *negligência* (*culpa* em espanhol, *Fahrlässigkeit* em alemão) que o termo será sempre usado no texto.

(2) J. Figueiredo Dias, "Culpa y personalidad. Para una reconstrucción ético-jurídica del concepto de culpabilidad en Derecho penal", *Cuadernos de política criminal* 31 (1987), págs. 5 e ss.

adquiridos, na verdade, o sentido e o significado da exigência de imputabilidade para afirmação da culpa jurídico-penal; parecem assegurados os seus critérios de aferição em função de uma anomalia psíquica de que padeça o agente; parecem estabelecidas no essencial as consequências, substantivas e processuais, que daquela inimputabilidade devem ser retiradas para a responsabilização do agente.

E no entanto, talvez todos possamos concordar facilmente em que o problema da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica é, logo *por sua própria natureza*, um dos mais movediços com que pode deparar-se em toda a dogmática jurídico-penal. E dos mais movediços, digo, porque não só nele convergem todas as dúvidas -dogmáticas e político-criminais, por um lado, metodológicas e epistemológicas, por outro- que fazem a grandeza e a dificuldade incomparáveis dos problemas da culpa jurídico-penal; mas porque ele se situa na fronteira, cada vez mais ténue e imprecisa, que separa (ou aproxima?) os problemas dogmáticos, político-criminais e criminológicos dentro do edifício global do direito penal. Para poucos problemas, com efeito, como para o da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica se revelam tão decisivas e condicionantes as construções provenientes do campo inexaurível das ciências humanas. E é justamente para este ponto que desejo pedir a vossa atenção.

É indiscutível, na verdade, que a relação dialéctica que, desde o surgimento das ciências do homem, entre estas e o conceito de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica se estabeleceu tem deparado com sensíveis dificuldades; tão grandes que parecem por vezes conduzir a um diálogo de surdos e roçar o divórcio entre juristas e cientistas do homem, acarretando sempre os maiores danos para a tarefa de aplicação do direito. Mas acredito firmemente que os recentes desenvolvimentos operados ao nível, tanto da compreensão do direito penal como da imagem das ciências

do homem, dão jus a esperar que se afastem as dificuldades tradicionais; e que se atinja um estágio de trabalho conjunto -baseado numa racional divisão de tarefas e de competências, mas sem quebra da interdisciplinaridade e da complementaridade funcional necessárias- com o qual muito terá a ganhar a justiça e a eficácia da aplicação do direito penal. Ponto é que este novo espírito de relacionamento, determinado por um novo ponto de encontro entre o normativo e o especulativo de um lado, e o fáctico e o empírico do outro, não fique reduzido ao domínio abstracto da dogmática jurídico-penal, mas se concretize na vivência prática da aplicação do direito. Para tanto, a palavra decisiva pertence à reconformação do processo penal, sobre quem recai a tarefa prática de, sem enfraquecer a função de protecção dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, erigir os mecanismos que permitam a mais frutuosa colaboração entre juristas e cientistas do homem na definição da responsabilidade penal.

A minha intenção é pois a de produzir uma breve meditação sobre o estado pregresso do relacionamento entre a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica e o contributo que para aquela noção foi fornecido pelas ciências do homem; seguida de uma curta alegação em prol da necessidade de carrear elementos que permitam a ponderação daquele relacionamento a uma nova luz, ao longo de todo o sistema da justiça penal. Fazendo-o, não me penitenciarei de substituir um modo de consideração especulativo e normativo, característico da dogmática jurídico-penal, a uma dimensão empírica, própria da criminologia. Já passou o tempo (3) do modelo "positivista" de uma criminologia circunscrita ao problema etiológico; como também do modelo "científico" de uma criminologia totalmente cindida da valoração e utilização pragmática ou política-criminal dos seus

(3) Sobre o que se segue ver J. Figueiredo Dias / M. Costa Andrade, *Criminologia*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, págs. 93 e ss.

dados; como ainda, conseqüentemente, do modelo puramente "sociológico" de uma criminologia intencionalmente divorciada do jurídico, das suas normas e das suas valorações específicas. Objecto do pensamento criminológico é hoje considerado, a justo título, o inteiro sistema de aplicação da justiça penal; tornou-se pacífica a ideia, por outro lado, de que uma directa intencionalidade político-criminal "crítica" é intrínseca à própria criminologia. Por esta forma, política criminal, direito penal e criminologia são, a igual título, partes integrantes de uma *unidade funcional* (4), para caracterização da qual poderá ser recuperada, se bem que em novos termos e com sentido diferente, a ideia de v. Liszt de uma *gesamte Strafrechtswissenschaft* -de uma "ciência global do direito penal" (5).

Devendo acantonar a exposição dentro dos limites de tempo que me são impostos, terei de me exprimir através de fórmulas secas, quando não mesmo, às vezes, apodícticas; como terei, por outro lado, de procurar obter uma redução da complexidade da matéria, ensaiando a sua compartimentação em síntesis apertadas. Mas sínteses que, apesar de tudo, não façam violência à realidade das coisas e à verdade histórica da evolução, nem obscureçam a dupla vertente -a normativa e a empírica- que tem dificultado, mas ao mesmo tempo também enriquecido, o diálogo entre juristas e cientistas do homem neste campo.

Creio poder afirmar, com razoável exactidão, que a história progressiva do contributo das ciências do homem para a elaboração e aplicação do conceito de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica se deixa reduzir a duas fases características de evolução, prenunciando-se hoje uma

(4) De que nos falamos por exemplo Maurach / Zipf, *Deutsches Strafrecht*, AT, B. 1, 6ª ed., Karlsruhe: Müller, 1983, pág. 42.

(5) V. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlin: Guttentag, 1905, págs. 284 e ss. e "Kriminalpolitische Aufgaben", *Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1889, págs. 452 e ss.

terceira e nova via de consideração. Não gostaria, todavia, que esta minha tentativa rígida de compartimentação fosse perspectivada e avaliada segundo um critério puramente *histórico* de análise. Se bem possa dizer-se que a primeira fase se encontra hoje quase por inteiro superada e que a segunda corresponde à concepção ainda hoje dominante, enquanto a terceira mal desponta e a custo se deixa definir, a verdade é que, no mesmo ponto geográfico e relativamente a um qualquer momento histórico, a situação do nosso problema nunca foi unívoca nem relevou de uma única concepção. Não é pois um ponto de vista fundamentalmente histórico, mas *compreensivo*, aquele que me guiará nas considerações seguintes.

II.

Na primeira fase do nosso problema, o modelo de racionalidade que preside às ciências do homem (6) é ainda, basicamente, o das ciências naturais; um modelo, por conseguinte, confessadamente positivista, mecanicista e estritamente causal. É certo que, num primeiro momento, o modelo que as ciências naturais pressupunham assentava na distinção entre natureza e pessoa humana -aquela dominável através da observação e da experimentação, esta o campo por excelência do imprevisto, da variabilidade e do mistério. Quando, porém, as ciências do homem se constituíram como tais, elas viram nas ciências naturais a concretização de um modelo de conhecimento universalmente válido e, de resto, o *único* válido. A psicologia, a psicopatologia, a psiquiatria, a psicanálise e a própria sociologia nasceram e constituíram-se sob a égide do paradigma dominante das ciências

(6) Sobre esta questão do modelo das ciências cfr. B. Sousa Santos, "Um discurso sobre as Ciências", separata do *Anuário da Universidade de Coimbra* (1985-86), págs. 27 e ss.

naturais e ficaram, durante muito tempo, por completo apegadas aos seus supostos metodológicos.

Deste ponto de vista, um relacionamento das ciências humanas com a culpa e a imputabilidade jurídico-penais e uma efectiva contribuição daquelas para estas só se tornariam possíveis se a própria culpa fosse construída dentro de uma concepção do mundo e da vida, de pressupostos metodológicos e epistemológicos -em suma, dentro de um modelo de racionalidade- compatíveis com o modelo de que participavam as ciências do homem. Foi isso o que aconteceu: no domínio do direito penal operou-se a des-normatização dos seus conceitos e a redução naturalista e positivista dos seus conteúdos. E, antes de todos, do conceito de culpa. A esta luz, a culpa é apenas, só pode ser, o conglomerado dos momentos *subjectivos* do crime, a comprovação da subsistência de uma relação *psicológica* entre o agente e o seu comportamento, que permite imputar-lhe este a título de dolo ou de negligência.

Decerto, mesmo nesta concepção não deixava de considerar-se a imputabilidade do agente -fundada na exigência de uma certa idade e de um mínimo de saúde mental- como *pressuposto* da afirmação da culpa. Bem se compreende, porém, que fossem então diminutas as exigências postas à afirmação da imputabilidade, e não só diminutas como, sobretudo, assentes nun fundamento somático -numa "doença" em sentido estrito, permanente, temporária ou intermitente-, ainda e sempre *biopsicologicamente* comprovável. Por isso me permito ligar esta concepção àquilo que chamarei o *paradigma biopsicológico da imputabilidade* (7).

Diga-se, em abono desta concepção, que ela tinha por si o mérito de ser simples e precisa; e mais ainda, de ser re-

(7) Muitas legislações actuais podem ainda ser reconduzidas no essencial a este modelo. É esse seguramente o caso da legislação francesa, segundo a lição que dela nos dá por exemplo J. Pradel, *Droit pénal général*, I, 6ª ed., 1988, págs. 542 e ss.

duccionista ou mesmo eliminadora das tensões entre juristas e peritos das ciências do homem, estabelecendo entre eles uma razoável divisão de trabalho. Em consequência, esta fase viu crescer, enormemente e com rapidez, a soma de conhecimentos sobre o homem necessários às tarefas de aplicação do direito e da administração da justiça penal.

Na criação desta espécie de "harmonia universal" jogou antes de mais o seu papel a ideia que se fazia do fundamento de intervenção do direito penal e do sentido e finalidade da pena. Considerações de retribuição ou expiação eram repudiadas como incompatíveis com o monismo científico-cultural em que toda esta *Weltanschauung* se baseava. Em seu lugar valiam puras considerações de *prevenção*, observáveis, mensuráveis e, como tal, ainda reconduzíveis à única finalidade científica de conhecer a natureza (incluída a natureza humana), para melhor a dominar.

Jogou ali o seu papel, em segundo lugar mas com importância decisiva, a circunstância de a concepção que se fazia da culpa não pôr em causa o dogma consubstancial à própria ideia de ciência: o *dogma determinista*, a que inflexivelmente estariam submetidos todos os fenômenos, incluído o da vontade humana. O que fazia com que o problema da imputabilidade do agente sofresse uma nova redução, sendo amputado praticamente da totalidade da temática relacionada com a capacidade da vontade, para quase se esgotar nas questões relacionadas com a capacidade de entender e -quando muito- de avaliar, em suma, com o chamado momento *intelectual* da imputabilidade.

Jogou ali o seu papel, finalmente, a circunstância de este modo de consideração do problema se harmonizar inteiramente com a concepção da ciência criminológica nascente. Também esta, como estudo exclusivo das causas do crime, participava do modelo de racionalidade global das ciências e sufragava os cânones positivistas, naturalistas e deterministas do paradigma etiológico.

Não havia pois, nesta perspectiva, lugar para quaisquer conflitos, positivos ou negativos, de competência entre o aplicador do direito e o perito de ciências humanas -da biologia à psiquiatria, da antropologia à psicologia e à própria sociologia- a quem fossem postas quaisquer questões juridicamente relevantes: o que o juiz poderia querer saber era exactamente aquilo para cuja resposta o perito se sentia capacitado. Saber, nomeadamente, se o agente sofria de uma doença mental biopsicologicamente comprovável, fosse permanente ou temporária; e, em caso afirmativo, se o seu grau de gravidade era tal que afectasse as suas faculdades de entendimento, de discernimento e -eventualmente- de avaliação do facto cometido.

III.

O edifício harmonioso e pacífico, assim laboriosamente construído, ruiu porém logo no momento em que se compreendeu que a realidade normativa do direito penal se não deixava apreender dentro dos férreos pressupostos do naturalismo de raiz positivista. Cavam-se nesse preciso momento os fossos, ainda hoje tão visíveis, entre o mundo do dever-ser e do ser, entre o normativo e o empírico, entre o juiz e o perito; e abre-se, deste modo, aquilo que considereirei a *segunda fase* de evolução do nosso problema.

Começo por notar que a abertura desta fase é determinada pela substituição das concepções ao nível do direito, enquanto as ciências humanas propriamente ditas, a criminologia inclusive, -pese ao rápido e acentuado progresso que experimentaram- continuaram agarradas ao modelo de racionalidade global atrás referido. Foi esta *décalage* a fonte das dificuldades e perplexidades a partir daí tão vivamente sentidas. O direito passa agora a ser visto como uma ordem normativa autónoma, na base de uma axiologia pressuposta

que dá fundamento ao seu específico modo de validade (8). Bem se compreende que, deste modo, o próprio fundamento de intervenção do direito penal e de legitimação da pena se modifique, dando lugar ao reaparecimento das considerações absolutas de justiça e de retribuição, ao lado ou mesmo à frente de considerações pragmáticas, utilitárias e relativas de prevenção.

Com isto, é, antes de mais, o próprio conceito de culpa jurídico-penal que se modifica (9). Uma concepção puramente psicológica da culpa, como mera atribuição subjectiva do facto ao agente a título de dolo ou de negligência, não serve para justificar, à luz de considerações de justiça, o mal ou o sofrimento da pena. A culpa torna-se agora assim em pressuposto necessário e suficiente de aplicação da pena; e, como portadora de um momento ético, passa a conter obrigatoriamente em si uma censura: a censura de um comportamento humano, por o culpado ter actuado contra o dever, quando podia ter actuado "de outra maneira", isto é, de acordo com o dever.

As consequências, para o nosso problema, desta modificação do sentido da culpa são visíveis. Por um lado, todo o sentido da imputabilidade se modifica: esta deixa de ser mero pressuposto da atribuição subjectiva e psicológica do facto ao agente, para se tornar elemento integrante -e, na verdade, *não autónomo*- da afirmação da capacidade do agente para se deixar motivar pela norma no momento do facto (10). Daí a formulação corrente da imputabilidade

(8) Sobre esta concepção do direito ver A. Castanheira Neves, *Introdução ao Estudo do Direito* (lições copiografadas), Coimbra, J. Abrantes, 1983, págs. 6 e ss.

(9) Sobre esta modificação ver E. Correia, *Direito Criminal*, I, Coimbra, Almedina, 1963, págs. 310 e s.; e o estudo fundamental de H. Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1939.

(10) Sobre este ponto J. Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1969, págs. 210 e s.

-constante, já no essencial, por exemplo, dos códigos penais suíço e italiano, e agora também dos novos códigos federal-alemão, português, brasileiro, etc.- como capacidade do agente, no momento do facto, "para avaliar a ilicitude deste e para se deixar determinar por essa avaliação". O que, queira-se ou não, acarreta uma segunda consequência de não menor relevo: desta forma, na verdade, o *dogma da culpa da vontade* faz o seu aparecimento na doutrina da culpa jurídico penal, ligando-se esta e a imputabilidade, de uma forma indissolúvel, à questão do livre-arbítrio e da liberdade da vontade humana (11). Numa palavra, ao anterior paradigma biopsicológico substitui-se o que chamarei o *paradigma normativo* da doutrina da imputabilidade.

O que tudo isto significa para o relacionamento, nesta matéria, entre direito penal e ciências do homem, entre juiz e perito, é fácil de compreender. Desde logo, e sobretudo, há agora uma questão fulcral -a da liberdade do agente no momento do facto- que o juiz deveria propor ao perito, mas a que este não pode responder sem com isto se arrogar uma competência que não possui. Pois numa conclusão continuam as ciências humanas unânimes, se possível ainda com maior convicção do que no tempo em que Kurt Schneider a formulou: na de que a afirmação ou negação de uma concreta capacidade de escolha do homem em situação é absolutamente inverificável e por ninguém pode ser feita de modo responsável (12). Acresce que, com este sentido do problema, se verifica um indiscriminado alargamento do substrato biopsicológico da inimputabilidade, o qual passa agora a poder abranger, não apenas a "doença mental" em sentido estrito, mas toda e qualquer "anomalia psíquica" -das psicoses à oligofrenia, das psicopatias às perturbações de consciência, das neurosas às personalidades com reacções

(11) Em detalhe sobre esta relação J. Figueiredo Dias, *Liberdade - Culpa - Direito Penal*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1983.

(12) K. Schneider, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, 3ª ed., 1956.

ou tendências anômalas isoladas. Ao mesmo tempo que se verifica este alargamento dá-se porém, algo contraditoriamente, uma brutal desvalorização do elemento biopsicológico a favor do critério normativo; até ao ponto de poder perguntar-se se há razão para continuar a exigir um fundamento biopsicológico da inimputabilidade, quando esta constitui afinal apenas um elemento não autónomo da unitária e global capacidade do agente de motivação de acordo com a norma, em que a culpa jurídico-penal se traduz.

Em conclusão: o perito das ciências do homem, na primeira fase da evolução, tomava sobre si a generalidade das tarefas do juiz neste campo, até ao ponto de poder dizer-se que se sobrepunha à função judicial e que era a ele que em último termo pertencia a decisão. O perito tornase agora porém, em rigor, um auxiliar dispensável do juiz, para quem inclusivamente constituirá por vezes um estorvo. Ele pode, é certo, continuar a responder às questões relacionadas com o fundamento *biopsicológico* da inimputabilidade, mesmo com a muito maior extensão que este fundamento agora assume. Ao que o perito não pode responder, todavia, nem sequer auxiliar a responder, sem cometer um palmar excesso de competência, é ao fundamento *normativo* da inimputabilidade, no fundo do qual se inscreve a indiscernível questão do livre-arbítrio e da liberdade da vontade em situação.

E o problema em nada se altera ou se simplifica, *do ponto de vista do perito das ciências do homem*, pela circunstância de os dogmáticos do direito penal pretenderem que não é verdadeiramente a questão do livre-arbítrio que ali está implicada, antes só, na expressão de Roxin, "um postulado político-criminal dirigido ao juiz" (13); postulado que traduziria, no dizer de Jescheck, "uma indiscutível reali-

(13) C. Roxin, "Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip", *Monatschrift für Kriminologie*, 56, 1972, pág. 320.

dade da nossa consciência social e moral" (14): a de que o agente adulto e medianamente saudável do ponto de vista psíquico é responsável pelos seus actos perante a comunidade. Pois o perito em ciências humanas nada tem para oferecer ao juiz quando -como aqui então sucederia- se trata da substituição de comprovações reais por categorias estritamente normativas, por adscrição ou imputação presumidas em certas condições.

IV.

A situação da crise que acabo de tentar descrever em apertada síntese é ainda hoje dominante; mas num lado e noutra, no domínio do normativo como no do empírico, no direito como nas ciências do homem, muita coisa mudou já ou está em processo acelerado de mutação. Creio que isto permite entrever a abertura de uma *terceira fase* na evolução do nosso tema, que agora procurarei caracterizar.

1. A autonomia normativa do direito não se perdeu nem me parece em risco de perder-se. É notável, é certo, a extensão e a intensidade com que, relativamente a ele, se reafirma hoje o dogma empírico-analítico. Mas, ao menos na minha leitura, as teorias funcionalistas, críticas e sistémicas sobre o direito revelam, ao nível mais profundo, uma lacuna essencial que elas não podem ou não querem preencher e que respeita ao fundamento do particular modo de validade do direito (15). A resposta só pode continuar a ser aqui a de que aquilo que define a normatividade jurídica é a dimensão axiológica, procurada no quadro de valores integrantes do

(14) H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 4ª ed., 1988, p. 370.

(15) Pergunto-me, precisamente, se não terá sido na base desta consciência que N. Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeiner Theorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1984, reviu recentemente, em diversos pontos, as suas concepções sobre o sistema social.

consenso comunitário e mediadas ou positivadas, nos países democráticos, nas leis constitucionais (16).

Com isto, porém, em alguma coisa mudou de novo o sentido da intervenção do direito penal e da legitimação da pena. Num Estado de Direito, de cariz social e democrático, a função do direito penal só pode consistir, não na realização de qualquer ideia absoluta de retribuição, mas no propósito de constituir uma ordem efectiva de protecção de bens jurídicos; é dizer, das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem. Consequentemente (17), o momento inicial e decisivo de fundamentação da pena há-de residir na necessidade de estabilização da validade da norma violada, pela reafirmação dos orientamentos culturais e dos critérios ético-sociais de comportamento que naquela se contêm. Por outro lado, aplicando-se a pena a uma pessoa humana, aquela não pode deixar de respeitar o "axioma antropológico" da eminente dignidade desta e, por isso, de ser fundamentada e medida pela *culpa* do agente.

Temos assim que a culpa, axiologicamente fundada no valor da garantia da dignidade da pessoa, há-de conservar um elemento ético-pessoal, limitador das exigências que de outros pontos de vista -nomeadamente dos da prevenção- se façam à responsabilidade do agente; e há-de, deste modo, supor a *liberdade* do agente, sem com isto cair de novo na aporia do livre-arbítrio e da liberdade da vontade. Como é isto possível?

(16) Neste sentido e sobre o que se segue J. Figueiredo Dias, como na nota 2, págs. 8 e ss.

(17) Sobre as afirmações que se seguem e a proposta político-criminal que nelas vai implicada cfr. por último J. Figueiredo Dias, "O Sistema Sancionatório do Direito Penal Português no Contexto dos Modelos da Política Criminal", separata dos *Estudos em Homenagem a Eduardo Correia*, 1988, págs. 34 e ss. "Carrara e l'attuale paradigma penale", *Riv. italiana di dir. e proc. pen.*, págs. 790 e ss.

Respondo (18): colocando e resolvendo a questão da liberdade do homem, não no plano das propriedades da acção, mas antes no plano das características do ser humano como um todo prosseguindo assim uma linha de especulação filosófica que hoje particularmente se conforta com a viragem do pensamento contemporâneo para a antropologia filosófica e com os mais recentes desenvolvimentos das ciências do homem. A esta luz, o homem determina a sua acção através de uma opção fundamental, através da livre decisão sobre si mesmo: por isso ele, no concreto existir, é sempre *ser-livre*. Só que esta liberdade -algo, com efeito, absolutamente insubstantivável- é pressuposto, mas não também critério da culpa jurídico-penal. Esta encontra-se quando se pensa que o substrato total derivado da decisão do homem sobre si mesmo -e, nesta acepção, o mais puro efeito da liberdade- é o que se chama a *personalidade*. Deste ponto de vista a *culpa jurídico-penal é o ter que responder pela personalidade, ético-juridicamente censurável, documentada num facto antijurídico*.

2. Ficam assinaladas as mutações no paradigma normativo que reputo mais importantes para uma nova compreensão do nosso problema. Não menos importante porém -e decerto mais radical na transformação- se revela o paradigma emergente nas ciências do homem dos nossos dias. Ele deriva de uma nova compreensão do "eu" da consciência, tornada possível por uma reposição, em diferentes moldes, do problema da oposição sujeito-objecto. O paradigma emergente das ciências do homem caracteriza-se (19): pelo abandono da concepção mecanicista da matéria a que aquelas ciências se referem, bem como dos supostos metodológicos positivistas e empiristas do conhecimento do ser humano, da cultura e da sociedade; pela desvalorização do

(18) Em por menor sobre a questão o meu livro referido na nota 11; e, em síntese, também o meu artigo citado na nota 2, págs. 21 e ss.

(19) De novo sobre este ponto B. Sousa Santos, como na nota 6.

paradigma etiológico e explicativo, agora sempre integrado -e às vezes suplantado- pelo paradigma compreensivo; pela recusa -ou ao menos pelo pôr em questão- do dogma determinista e, inversamente, pela aceitação de elementos de contingência e de indeterminação; por fim, pela convicção de que todo o conhecimento científico, constituindo-se embora em redor de temas integrantes de um objecto específico, tem como horizonte o homem na sua totalidade e na sua individualidade.

Não devo ceder aqui à tentação -que as limitações de tempo me não permitiriam realizar- de mostrar como este novo paradigma se encontra bem presente nas investigações de ponta no âmbito das ciências do homem mais diversas. Limito-me a notar que trabalhos recentes em domínios como os da psicologia da vontade (20), da psicopatologia (21), da psiquiatria (22), da própria biologia (23), da caracterologia (24), da teoria das camadas (25), da investigação da personalidade (26)- que trabalhos destes confortam a ideia acima exposta. Pois a verdade é que logo na análise do concreto humano -seja no seu nível inferior, a partir da aná-

(20) Por exemplo P. Ricoeur, *Philosophie de la volonté*, 1949 e *Méthodes et tâches d'une philosophie de la volonté*, 1952; e W. Keller, *Psychologie und Philosophie des Willens*, 1954 e "Menschliche Existenz, Willensfreiheit und Schuld", in *Schuld - Verantwortung - Strafe*, Zürich, Schultess, 1964, págs. 201.

(21) Por exemplo L. Binswanger, *Grundformen und Erkenntnis menschlichen Daseins*, 4ª ed., 1964; e já antes K. Jaspers, *Psychopathologie générale*, trad. franc. de Kastler-Mendousse, 1933.

(22) Por exemplo V. Frankl, *Der unbedingte Mensch*, 1949.

(23) Por exemplo Portmann, *Zoologie und das neue Bild des Menschens*, 1956; e no domínio específico da neurobiologia Popper/Eccles, *The Self and its Brain*, N.Y., Springer, 1977.

(24) Por exemplo Klages, *Los fundamentos de la caracterología*, trad. argentina, 1959.

(25) Por exemplo Ph. Lersch, *Aufbau der Person*, 8ª ed., 1962; E. Rothacker, *Camadas Constitutivas da Personalidade*, trad. portuguesa de A. Brandão, 1946; e, de modo mais restritivo, H. Thomae, "Verantwortungsreife und strafrechtliche Verantwortlichkeit in psychologischer Sicht", *Berliner Universitätstage*, 1964, pág. 104.

(26) Por exemplo K. Stavenhagen, *Person und Persönlichkeit*, 1957.

lise real dos seus "impulsos" ou "pulsões"; seja no fim da investigação psicofenomenológica da actuação da vontade humana em face dos motivos; seja na consideração global da personalidade como conjunto das camadas caracterológicas e do "princípio pessoal" que as penetra-, logo aí nos deparamos com uma "abertura" para algo que excede e transcende o complexo "corpo/alma" e representa o espaço onde actua uma categoria nova; uma categoria que apela para um modo característico da realização humana: a realização pessoal ou - neste sentido- pela liberdade.

Aqui reside mais uma justificação para a actual ciência criminológica se liberte definitivamente dos dogmas do determinismo e da causalidade. Não para, desta forma, abandonar de todo o campo da "explicação" criminológica; mas para trabalhar também com a categoria da "compreensão" e para, a partir desta dupla dimensão, participar do novo projecto sobre o homem e o seu mundo que está a ser esboçado pela antropologia filosófica e cultural (27). O que obriga, por seu turno, a um reforço do trabalho conjunto e da interdisciplinaridade entre todas as ciências do homem, da cultura e da sociedade, com especial destaque para a dogmática jurídico-penal e para a política criminal. Só deste modo poderá a criminologia adequar-se ao paradigma emergente nas ciências do homem, que aqui procurei caracterizar a traço breve.

V.

Resta-me analisar, com a máxima brevidade compatível com a inteligibilidade do discurso, as consequências que das actuais mutações na compreensão da função do direito penal e do novo modelo de racionalidade global das ciências

(27) Assim já J. Baptista Machado, *Antropologia, Existencialismo e Direito*, Coimbra, 1966.

do homem, acima sumariamente descritas, derivam para o problema da imputabilidade.

1. Poderia pensar-se que, à luz do conceito de culpa jurídico-penal que ficou esboçado, assente numa liberdade concebida como modo-de-ser característico de todo o existir humano, o problema da imputabilidade perderia sentido. Pois que a distinção entre a imputabilidade e a inimputabilidade deixaria de poder fazer-se sobre a fronteira hipotética que separaria acções livres de acções não livres; e pois que (como as mais recentes investigações psicopatológicas, psicanalíticas e psiquiátricas parecem confirmar) no próprio ser psiquicamente enfermo ou anómalo há um princípio pessoal que permanece intocado, ou não é ao menos destruído pela anomalia mental -uma e outra coisa pareceriam conduzir à conclusão de que mesmo os doentes mentais mais gravemente afectados continuam "capazes de culpa"!

Não é todavia assim. É verdade que a anomalia mental não destrói o princípio pessoal e o ser-livre, pois também o ser psiquicamente anómalo ou doente, na sua maneira modificada, se realiza a si mesmo. Mas, ao menos nas suas formas mais graves, a anomalia psíquica destrói as *conexões reais e objectivas de sentido* da actuação do agente, de tal modo que os actos deste podem porventura ser "explicados", mas não podem ser "compreendidos" como factos de uma pessoa ou de uma personalidade. Ora, a comprovação da culpa jurídico-penal supõe justamente um acto de "comunicação pessoal" e, portanto, de "compreensão" da pessoa ou da personalidade do agente. Por isso o juízo de culpa jurídico-penal não poderá efectivar-se quando a anomalia mental oculte a personalidade do agente, impedindo que ela se ofereça à contemplação compreensiva do juiz. É a isto que, no fundo, chamamos inimputabilidade; e é para tradu-

zir a ideia aqui contida que falarei do paradigma compreensivo da imputabilidade (28).

Um eminente penalista alemão -o professor de Munique Claus Roxin- criticou no entanto a minha concepção sob um duplo ponto de vista: o de que, por um lado, a comunicação entre juiz e arguido só muito dificilmente terá lugar no processo, tanto mais que o arguido tem direito ao silêncio; e, por outro lado, o de que a possibilidade daquela comunicação não está excluída quando a anomalia psíquica se não funde na falta de sentido objectivo do facto, mas sim na fala de inibições (29).

Não posso aqui encarar em detalhe estas objecções, todavia essenciais, e que são expressão -nota-o certamente Roxin- de uma divergência mais funda quanto aos sentidos básicos da culpa e da imputabilidade. Permito-me apenas sublinhar que o acto de "comunicação pessoal" entre o juiz e o arguido não se esgota na audiência ou num interrogatório, ou não tem mesmo que processar-se através da fala. Aquele acto possui uma natureza bem mais complexa, estende-se ao longo de todo o processo e das suas manifestações e realiza-se através de todas as formas possíveis de comunicação,

(28) Julgo que esta concepção se aproxima da que já em seu tempo foi sugerida por juristas como M.E. Mayer, *Der AT des deutschen Strafrechts*, Lehrbuch, 2ª ed., 1923, págs. 206 e ss., e E. Mezger, *Kriminalpolitische Probleme im Strafrecht*, 1943, pág. 51, *Probleme des strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit*, 1949, págs. 47 e ss. e *Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung*, 1951, págs. 7 e ss.; e por psicopatologistas, psicólogos e psiquiatras como Binswanger, como na nota 21, Keller, como na nota 20, Haddenbrock, "Die juristisch-psychiatrische Kompetenzgrenze bei der Beurteilung des Zurechnungsfähigkeit im Lichte der neueren Rechtsprechung", *Zeitschr. f.d.g. Strafrechtsw.*, 75 (1963), págs. 460 e ss. e V. Frankl, como na nota 20, ou ainda como, em data mais recente, Luthé, *Verantwortlichkeit, Persönlichkeit und Erleben*, Berlin, 1981 e Witter, "Wissen und Werten bei der Beurteilung des strafrechtlichen Schuldfähigkeit", *Festschrift für Leferez*, Heidelberg-Müller, 1983, pág. 441.

(29) C. Roxin, "Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa", separata do *Boletim da Fac. de Direito da Univ. de Coimbra* 59 (1983), págs. 15 e s.

nas quais o papel do perito de todas as formas possíveis de comunicação, nas quais o papel do perito de ciências humanas será precioso e insubstituível (30). Quando, por outro lado, falo da "compreensão" do facto criminoso, tenho em vista exactamente a possibilidade para o juiz, não tanto de *revivenciar* subjectivamente o facto do agente, mas de *reconstruir* objectivamente as conexões de sentido do facto, é dizer, os nexos que conduziram à transposição de um fenómeno psíquico em um contexto de sentido real. Creio, por isso, que a viabilidade de uma tal reconstrução pode ficar excluída mesmo em hipóteses em que a anomalia psíquica determina uma falta de inibições, nomeadamente em *estados graves e intensos de afecto* (31).

2. Penso, finalmente, que o ponto de vista expendido abre caminho a um novo e extenso campo de entendimento entre juristas e cientistas do homem, entre juiz e peritos. Apontarei, em jeito conclusivo e à maneira de proposições, as consequências mais importantes que, para o nosso tema, me parecem resultar daquele ponto de vista.

*1ª. No paradigma compreensivo, o substrato tradicionalmente chamado "biopsicológico" da imputabilidade ganha de novo sentido e significado precisos, ao contrário do que sucedia à luz do paradigma normativo. Na verdade, só a anomalia psíquica - a "enfermidade mental" no seu mais amplo sentido - e não também, v.g., a "tendência" para o crime, a herança caracterológica ou o condicionalismo do *milieu*, é susceptível de destruir a conexão objectiva de sentido da actuação do agente e, portanto, a possibilidade de "com-*

(30) Sobre este problema das "estruturas de comunicação procesual" pode ver-se o meu artigo "Para uma Reforma Global do Processo Penal Português - Da sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais", in AA.VV., *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, 1983, págs. 219 e s.

(31) Em síntese sobre este ponto o meu estudo referido na nota 2, págs. 15 e 32.

preensão" da sua personalidade manifestada no facto. Na caracterização deste substrato biopsicológico, da sua gravidade e intensidade, a primeira e mais importante palavra pertence aos peritos das ciências do homem, sendo aí diminuta, para não dizer nula, a capacidade de crítica material por parte do juiz. Deste ponto de vista não pode aliás deixar de saudar-se a constância da legislação penal espanhola, seja ao nível do código ou dos projectos de reforma, seja mesmo ao nível doutrinal, na acentuação da base biopsicológica da imputabilidade (32): aquilo que, segundo o paradigma normativo, poderia parecer um excessivo sacrifício na ara de ideias antigas e ultrapassadas assume a esta luz uma insuspeitada modernidade.

2ª. *O caminho proposto dá ainda, apesar de tudo, um conteúdo válido ao chamado elemento "normativo" da imputabilidade*: à capacidade do agente, em muitas legislações expressamente requerida, "de avaliar a ilicitude de facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação". Com efeito, também do ponto de vista do paradigma compreensivo não basta nunca a comprovação do fundamento biopsicológico, da existência no agente de uma anomalia psíquica, por mais grave e anormal que ela se apresente. É ainda e sempre necessário determinar se aquela anomalia é uma tal que torne impossível o juízo judicial de compreensão, de apreensão da conexão objectiva de sentido entre a pessoa e o seu facto; que o torne impossível ou, ao menos, altamente duvidoso -deparando-nos neste último caso com a verdadeira essência das hipóteses tradicionalmente chamadas de imputabilidade *diminuída* (33). Naquela possibilidade de compreensão se traduz o elemento normativo que acresce à base biopsicoló-

(32) Cfr. por outros A. Fernández Albor, "Conciencia y responsabilidad del hombre en el Derecho Penal", *Temas penales*, Santiago de Compostela, 1973, pág. 5.

(33) Depois da obra fundamental de Willmans, *Die sog verminderte Zurechnungsfähigkeit als zentrales Problem der Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, Berlin, 1927.

gica e que, deste modo, nada, mas mesmo *nada*, tem a ver com as questões irrespondíveis do livre-arbítrio ou da liberdade da vontade.

Fica assim afastado o principal óbice que ainda hoje se suscita a uma estreita e frutuosa colaboração do perito com o juiz. A luz do paradigma emergente nas ciências do homem, a distinção entre modos de actuação "compreensíveis segundo o sentido" é perfeitamente aceitável e cientificamente dominável pelos peritos. Por isso deve esperar-se destes um auxílio decisivo para o juiz também quanto à comprovação do elemento normativo: aqui, porém, a última palavra pertencerá sempre ao juiz e a sua capacidade de crítica material será irrestrita, nesta parte e medida continuando a caber-lhe justificadamente o cognome de *peritus peritorum*.

3ª. *O caminho proposto põe novas e acrescidas exigências à consideração do problema da imputabilidade ao nível do processo penal.* Desde logo, o tratamento do problema, ainda usual em muitas legislações, nos quadros acanhados de um "incidente processual de alienação mental" é profundamente desaconselhável: porque assim se cinde completamente a anomalia mental do *facto* praticado, o qual acaba por não ser processualmente averiguado, ou por o ser só de modo insuficiente; porque, conseqüentemente, correm grave risco os direitos processuais do arguido, ao qual pode vir a ser aplicada uma medida de segurança sem que tenha sido devidamente averiguado o *facto* antijurídico que é seu pressuposto; porque, finalmente, nos quadros de um mero "incidente processual", escasseiam inevitavelmente os meios de investigação e de discussão das circunstâncias do caso e de auxílio científico à decisão judicial.

Merece por isso, em minha opinião, ser olhada com atenção uma solução como a preconizada a propósito pelo novo Código de Processo Penal (= CPP) português de 1987 (art. 1º-1, al. a), segundo o qual a questão da inimputabili-

dade do agente, seja qual for a extensão e gravidade da anomalia psíquica que o afecte, é tratada sempre nos quadros e com a totalidade dos meios de investigação e discussão do processo penal comum (34). Que, para além disto, a autonomização, no decurso da audiência, de uma fase especificamente dedicada à escolha e medida da sanção a aplicar pode ser da maior importância para uma correcta e cabal consideração do problema da imputabilidade -também na dimensão do *tratamento* do agente-, é conclusão que tenho por segura. E também esta solução se encontra hoje acolhida no novo CPP português (arts. 369º e 371º) (35).

4ª. *O caminho proposto requer com insistência a consagração, ao nível do processo penal, da perícia colegial e da perícia interdisciplinar.* Como disse atrás, o paradigma emergente nas ciências do homem revela que cada uma destas é, ao mesmo tempo, geral e local, universal e especializada. É indiscutível, por outro lado, que o paradigma compreensivo da imputabilidade tem como horizonte a personalidade do homem na sua totalidade. De uma e outra coisa decorre que dificilmente se suscitará um caso onde o desejável e exigível auxílio para o juiz possa provir ou só da psicologia, ou só da psicanálise, ou só da psiquiatria, ou só da sociologia. Acresce que a necessidade de consideração global da personalidade do agente tornará já por si instante, em muitos casos, a intervenção pericial do *criminólogo* enquanto tal -quero dizer, do criminólogo orientado por uma antropologia jurídico-cultural ou jurídico-filosófica à qual, como acentuei, já hoje se não pode renunciar. A formação de equipas multidisciplinares e interdisciplinares, actuando *como tais* no processo penal, parece-me ser, por tudo isto, uma das exigências mais vivamente postas por uma nova

(34) Sobre este ponto ver já, no contexto das discussões sobre a reforma do processo penal português, o meu artigo referido supra, nota 30, pág. 216.

(35) Uma referência à questão encontra-se nas minhas lições de *Direito Penal 2*, em curso de publicação, § 1, nº m. 6.

forma de consideração do problema da inimputabilidade penal em razão de anomalia psíquica.

Apresto-me a terminar as minhas considerações. Não sei se o meu pressentimento de que na dogmática jurídico-penal emerge uma nova forma de consideração do problema da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica terá logrado merecer a vossa aprovação e concordância. Mas ainda quando tal não tenha sido possível, ha todavia duas considerações que eu gostaria pudessem ter ficado gravadas no espírito dos meus ouvintes. A primeira é a de que a dogmática jurídico-penal é cada vez menos uma ilha que possa ser contemplada e habitada em esplêndido isolamento; bem ao contrário, ela participa de um conjunto inextricável de disciplinas, de que fazem parte entre outras, com valor constitutivo para as próprias soluções da dogmática, a criminologia e as ciências do homem, o processo penal, a política criminal. A segunda consideração é a de que, apesar de quanto tem sido alegado a propósito nos últimos tempos, na actualidade e no futuro previsível não há alternativa para um direito penal da culpa. É nele de resto que convergem, com extraordinária força, tanto uma nova concepção normativa da dogmática jurídico-penal como um novo modelo de racionalidade global das ciências do homem; convergência que, à luz de uma antropologia compreensiva, reforça a possibilidade de construção de uma renovada "ciência universal do direito penal". Hoje como ontem, em suma, continua plenamente válida a palavra segundo a qual *é com o aprofundamento do pensamento da culpa que se mede o progresso do direito penal.*