

**A LIBERDADE NO SER COMO DIMENSÃO DA PERSONALIDADE E
FUNDAMENTO DA CULPA PENAL – SOBRE A DOCTRINA DA CULPA
DE JORGE DE FIGUEIREDO DIAS***

Kai Ambos**

*Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de
Göttingen. Juiz do Tribunal Estadual de Göttingen.*

Resumo: O eminente penalista português Jorge de Figueiredo Dias desenvolveu, na sua monografia fundamental “Liberdade – Culpa – Direito Penal”, uma teoria da culpa baseada no ser-livre e mediada pela personalidade humana (doutrina da personalidade). Para analisar correctamente esta doutrina, é necessário, em primeiro lugar, compreender os seus fundamentos jurídico-filosóficos e pré-juscriminais – o conceito de liberdade ético-existencial (I.1.) –, para daí retirar as consequências para o conceito de culpa jurídico-penal (I.2) e discutir algumas objecções (I.3.). O árduo, mas, não obstante, altamente enriquecedor confronto com a doutrina da personalidade conduz a descobertas que abrem caminho à compreensão da culpa jurídico-penal e que todavia, por força de uma recepção selectiva, são conhecidas pela doutrina alemã e estrangeira de forma apenas insuficiente (II.). A crítica que lhe é dirigida baseia-se parcialmente em interpretações incorrectas (II.1.), embora haja também objecções que devem ser ponderadas (II.2.) e que dizem respeito, em particular, ao conceito de personalidade (II.2.1.) e à questão da liberdade (II.2.2.)

Palavras-chave: Direito penal. Teoria da

Abstract: The eminent Portuguese criminalist Jorge de Figueiredo Dias has developed in his most important monograph “Liberdade – Culpa – Direito Penal”, a theory of culpability based on the being-free and on the human personality (doctrine of the personality). To correctly analyze this theory it is necessary, firstly, to comprehend its legal-philosophical and pre-legal criminal foundations – the concept of ethical-existential liberty (1.1.) –, to found then the consequences to the legal-criminal concept of culpability (1.2.), and to discuss some objections (1.3.). The arduous, but highly enriching confront with the doctrine of personality conducts to discoveries that open a way to the comprehension of the legal-criminal culpability and that, however, by means of a selective reception, are known by the German and the stranger doctrine only insufficiently (2.). The critic addressed to it is partially based on incorrect interpretations (2.1), even having also objections that must be balanced (2.2.), that are particularly addressed to the concept of personality (2.2.1) and to the question of liberty (2.2.2.).

Keywords: Criminal law. Culpability theory.

* Tradução de Pedro Caeiro e Susana Aires de Sousa (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), revista pelo autor. O trabalho foi originalmente publicado no livro homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 2010.

** Agradeço a minha Mulher o auxílio na leitura das fontes de língua portuguesa. Agradeço também aos meus colegas de Göttingen, Profs. Drs. Fritz Loos e Uwe Murmann, pela leitura do manuscrito e pelos seus valiosos conselhos. Para outros agradecimentos, v. *infra*, nota 120.

culpa. Doutrina da personalidade. Ser-livre. Doctrine of personality. Being-free.

1. LIBERDADE NO SER E CULPA JURÍDICO-PENAL

Jorge de Figueiredo Dias defendeu sempre um direito penal da culpa próprio de um Estado-de-direito¹ e concebeu a culpa em termos normativos, como censurabilidade². Porém, logo em 1972, recusou inequivocamente ver o seu fundamento no comum postulado do livre-arbítrio, por este ser insusceptível de prova³. A culpa jurídico-penal não poderia fundar-se na base da teoria da *culpa da vontade*⁴ – nem como *decisão consciente da vontade pelo ilícito*⁵, nem como *capacidade de motivação pela norma*⁶, nem, enfim, como *culpa da vontade referida ao carácter*⁷. Contra estas concepções pronunciar-se-ia também uma perspectiva político-criminalmente orientada, uma vez que elas privilegiariam os agentes particularmente perigosos, a quem seria possível alegar, em regra com êxito, não terem podido agir de outra maneira, ou não terem tido capacidade de se motivar pelo preceito; o que conduziria a uma insuportável contradição entre o poder individual e o dever ser social desejado⁸. Deste modo, a culpa – superando a estéril querela entre determinismo e indeterminismo – teria de ser construída sobre o fundamento jurídico-filosófico e pré-penal de um conceito “ético-existencial” da liberdade pessoal⁹ como “característica irrenunciável do ser-humano ou do ser-pessoa”¹⁰.

1.1. Ser, liberdade, personalidade

¹ Veja-se, desde logo, o seu trabalho fundamental sobre a consciência da ilicitude, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 1969 (5.^a ed., 2000), p. 175 ss.; também “A reforma do direito penal português”, *Boletim da Faculdade de Direito* 48 (1972), p. 117 s.; e “Sobre o estado actual da doutrina do crime. 2.^a parte”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2 (1992), p. 8 ss., p. 29 s.) [igualmente disponível em *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, 3.^a ed. 1995, p. 279 ss.].

² Veja-se, por último, o seu *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2.^a ed., 2007, Cap. 19, § 4.

³ “A reforma...” (como na nota 1), p. 120 s.; e também *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, 1976 (3.^a ed. 1995), p. 21 ss. (= Cap. B); “Schuld und Persönlichkeit”, *ZStW* 95 (1983), p. 229 s.; *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19, § 8 ss. Sobre o estado actual da discussão, especialmente no que respeita à investigação neurobiológica, cf. DUTTGE, in Duttge (Org.), *Das Ich und sein Gehirn*, 2009, p. 13 e ss.

⁴ *Liberdade* (como na nota 3), p. 55 ss. (= Cap. C).

⁵ *Liberdade* (como na nota 3), p. 59 ss.

⁶ *Liberdade* (como na nota 3), p. 65 ss.

⁷ *Liberdade* (como na nota 3), p. 87 ss.

⁸ “Schuld...” (como na nota 3), p. 230 s.; *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19, § 12.

⁹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 117 ss. (= Cap. D). Este capítulo contém a fundamentação indispensável para o desenvolvimento do conceito de culpa jurídico-penal levado a cabo no Cap. E. Sobre isto, v. *infra*, notas 70 e ss. e texto correspondente.

¹⁰ *Liberdade* (como na nota 3), p. 118.

Figueiredo Dias desenvolve o seu conceito de liberdade a partir do milenar *dualismo* entre a realidade sensível (empirismo) e o plano do (verdadeiro) Ser (racionalismo) que ela encobre ou que lhe subjaz. Para tal, socorre-se da filosofia de Platão, Kant, Schopenhauer e Bergson¹¹. Da doutrina de Platão decorreria a autonomia do homem e a capacidade de decisão ou de escolha sobre a própria existência. Ainda que Platão, na sua teoria, não haja construído a culpa por referência ao mundo concreto (natural-sensível), dela poderia depreender-se que a liberdade de escolha se encontra na matriz de toda a culpa¹². Em linguagem platónica: porque o homem possui na sua alma os arquétipos do Ser (as ideias), e, entre outros, o arquétipo da justiça¹³, ele possui também, necessariamente, o conhecimento destes arquétipos e a possibilidade de decidir autonomamente. No contexto do pensamento de Kant, a contraposição entre empirismo e racionalismo torna-se em contraposição entre o carácter empírico e o carácter inteligível, entre mundo do sentido e mundo da compreensão, entre as leis causais naturalísticas e a razão pura independente da experiência que (em vão) procura fundar por si própria a essência do Ser, a coisa-em-si¹⁴. Esta razão pura transmuta-se em razão prática como “vontade” ou faculdade de querer; enquanto *pura* razão prática, também ela é totalmente independente de determinações empíricas (sensíveis) e é nesta independência que reside a liberdade¹⁵: “liberdade no sentido mais radical, isto é, transcendental”¹⁶. O carácter inteligível é, por conseguinte, o fundamento da liberdade; porém, ele é – no sentido do referido dualismo – independente do mundo empírico e, portanto, insusceptível de valoração jurídica. Ora, pode falar-se “da possibilidade ontológica da liberdade transcendental, fundada no carácter inteligível”¹⁷, mas esta possibilidade – ao arripio das premissas kantianas – apenas se torna utilizável no mundo real, empírico, caso se supere o referido dualismo e não mais se compreenda o homem como um cidadão de dois mundos. Deste modo, Figueiredo Dias postula um “efeito” do carácter inteligível (e da liberdade por ele representada) no

¹¹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 119 ss.; demasiado sucinto, “Schuld...” (como na nota 3), p. 237.

¹² *Liberdade* (como na nota 3), p. 119 ss.; demasiado sucinto, “Schuld...” (como na nota 3), p. 237: “Modus der Lebenswahl”.

¹³ Cf. WEISCHEDEL, *Die philosophische Hintertreppe*, 23^a ed., 1993, p. 46; sobre a “visão das ideias” (“Schau der Ideen”) e a ideia como “vislumbre daquilo que é” (“Einsicht in das, was ist”) BARUZZI, in: Bayer. Landeszentrale für Politische Bildungsarbeit (Org.), *Politische Denker I*, 6.^a ed., 1987, p. 30.

¹⁴ KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, p. 66 (na edição de TIMMERMANN, 2004, com o correspondente comentário 17, p. 146). Cf. também HÖFFE, in: Höffe (Org.), *Klassiker der Philosophie II*, 1981, p. 19 ss. (21); FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade* (como na nota 3), p. 122 s. Sobre a incapacidade da razão humana de ir para além da realidade sensível e penetrar na sua essência, cf. WEISCHEDEL (como na nota 13), p. 184.

¹⁵ Em pormenor, HÖFFE (como na nota 14), p. 23 ss.

¹⁶ KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788 (Meiner, Philosophische Bibliothek, 2003), p. 38.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, “Schuld...” (como na nota 3), p. 237 s.

carácter empírico, no mundo real, de maneira que o primeiro se torna em fundamento do segundo; assim, o carácter empírico é impregnado pelo inteligível e a liberdade (transcendental), possível aqui, também ali (no mundo empírico) se torna realizável¹⁸. Figueiredo Dias entende que pode encontrar este desenvolvimento da teoria kantiana no apelo de Schopenhauer à fórmula escolástica “operari sequitur esse”, ou seja, ao pensamento do Ser como motivo da acção¹⁹. Assim, o Ser corresponderia ao carácter inteligível enquanto “própria essência” da coisa e a acção à sua exteriorização no carácter empírico: “assim como tu és, assim serão os teus actos”²⁰. Deste modo, também a responsabilidade moral versa sobre o Ser expresso nas acções concretas; ela refere-se “primeira e ostensivamente Àquilo que o homem faz, mas fundamentalmente Àquilo que ele É”²¹. Na verdade, Figueiredo Dias não ignora que também Schopenhauer aceitava a contraposição entre o âmbito – completamente determinado – do sensível (carácter empírico) e o âmbito do Ser metafísico (carácter inteligível), independente da experiência, e somente reconhecia a liberdade neste estágio pré-individual²². Assim, com esta doutrina também não se conseguiria ancorar a liberdade, enquanto fundamento da culpa, no mundo real (empírico), antes se continuaria a mostrar que a liberdade se encontra no “ser ético” do homem²³. O homem não é livre na sua existência empírica, mas é “livre na raiz do seu ser”²⁴. Nesta perspectiva, flui de Schopenhauer um conceito de liberdade “enquanto característica do ‘esse’ metafísico, de onde deriva a necessidade de um ‘operari’ empírico”²⁵ e, nesta medida, não será injusto qualificá-lo como um “clássico” da teoria da “culpa da personalidade”²⁶. Figueiredo Dias avança mais um passo decisivo em direcção ao homem concreto e empírico com Bergson, que procurou – na base de um princípio empírico – alcançar “indutivamente uma nova metafísica a partir dos resultados

¹⁸ *Liberdade* (como na nota 3), p. 126 s. Este distanciamento da doutrina kantiana do carácter inteligível lembra a crítica de Binding, segundo a qual essa doutrina, por força da sua separação do carácter empírico, “de nada serviria no julgamento de sucessos do mundo sensível” (*Die Normen und ihre Übertretung – Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, reimp. da 4ª edição de 1922, 1965, p. 38 s.).

¹⁹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 127 s.

²⁰ *Liberdade* (como na nota 3), p. 128. Cf. também WEISCHEDEL (como na nota 13), p. 228: “...é porque ele é assim que tinha de fazer isto ou aquilo”.

²¹ SCHOPENHAUER, *Über die Grundlage der Moral*, 1860 (Meiner, Philosophische Bibliothek, 2007), p. 76 (maiúsculas no original).

²² *Liberdade* (como na nota 3), p. 130 s.; cf. também BREIDERT, in: Höffe (como na nota 14), p. 127.

²³ *Liberdade* (como na nota 3), p. 131.

²⁴ WEISCHEDEL (como na nota 13), p. 228.

²⁵ FIGUEIREDO DIAS, “Schuld...” (como na nota 3), p. 238.

²⁶ ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963, p. 46 ss.

da investigação das ciências naturais”²⁷. Assim, Bergson entendeu a liberdade – para lá do determinismo e do indeterminismo – como fenómeno da personalidade global, da “alma toda inteira”²⁸, e encontrou a origem das acções – muito aristotelicamente – em “nós”²⁹: “somos livres quando os nossos actos dimanam da nossa personalidade global, quando eles a exprimem”³⁰. A liberdade considera-se assim como expressão das acções, “que procedem do ‘Eu’ e só nele se fundamentam”³¹. Embora esta teoria pudesse também conduzir a uma compreensão da culpa demasiado ampla, pois abrange todos os actos autênticos da personalidade, inclusive os puros actos de consciência, Figueiredo Dias pretende, porém, fixar-se no seu núcleo, isto é, na ideia de “correspondência do facto com a personalidade”, enquanto critério da liberdade e da culpa.

Figueiredo Dias retira destas reflexões jurídico-filosóficas duas conclusões. Em primeiro lugar, a liberdade fundamentar-se-ia no “Eu”, na personalidade, e os actos concretos seriam expressão desse “Eu” e da personalidade. Em segundo lugar, uma liberdade racionalmente compreendida, puramente inteligível, não poderia resolver o problema da liberdade *real* como fundamento da culpa da pessoa *concreta*; bem diversamente, seria necessário estabelecer uma conexão com a “realidade empírica”³²⁻³³. Paradoxalmente, a liberdade do homem concreto deveria, por um lado, participar da realidade, sem todavia, e por outro lado, apontar para qualquer determinismo³⁴ (pois isso significaria a capitulação da liberdade). Deste modo, a liberdade teria de existir originariamente, como tudo o que é determinável, no mundo real e, ao mesmo tempo, nesse seu carácter originário-real, fundamentar ela própria a possibilidade da determinação³⁵. O “lugar” de uma liberdade assim compreendida – em rigor, uma liberdade para a auto-determinação – encontrar-se-ia na mais radical e originária das realidades: o existir humano³⁶. Com o que se abrem duas novas perspectivas sobre a liberdade: ou a sua essência se cobre “com a peculiaridade irreductível do

²⁷ PFLUG, in: Höffe (como na nota 14), p. 298.

²⁸ BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, 1889, p. 75.

²⁹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 132 s.

³⁰ BERGSON (como na nota 28), p. 77.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, “Schuld...” (como na nota 3), p. 238.

³² Em rigor, a expressão “realidade empírica” é um pleonasma, pois o empírico é tão real como a realidade é empírica.

³³ *Liberdade* (como na nota 3), p. 135.

³⁴ *Liberdade* (como na nota 3), p. 135; também “Schuld...” (como na nota 3), p. 238; *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 §, 22.

³⁵ *Liberdade* (como na nota 3), p. 136.

³⁶ *Liberdade* (como na nota 3), p. 136; também já em “A reforma...” (como na nota 1), p. 124; “Schuld...” (como na nota 3), p. 239; e *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 §, 22.

ser-homem”; ou constitui, afinal, “a originalidade de um modo de ser próprio que, como fundamento oculto, se exprime no homem e na sua obra”³⁷. A compreensão da *relação entre ser e liberdade* que lhes é inerente implica, por sua vez, vias diversas para fundamentar a essência do homem: de um lado, uma concepção material-social (ou seja, anti-idealística) do Homem como sujeito realmente existente no devir histórico, onde o espírito e a alma se compreendem apenas como meros auxiliares da realização de processos orgânicos, ficando assim por responder a pergunta última sobre o sentido da vida ou da existência³⁸; de outro lado, uma nova compreensão do “eu da consciência” que, mais do que a uma existência *geral* do Homem, se refere *àquele* homem na situação concreta, concebido como pessoa actuante e consciente, como “essência que se cumpre nos seus actos”³⁹. Daqui decorreria a determinação da essência do homem como ente de espécie particular, ou seja, a “determinação simultânea da sua possibilidade interna e da sua necessidade”⁴⁰ e “daquilo que faz com que ele seja verdadeiramente o que é”⁴¹. E, deste modo, destrói-se para sempre o conceito de uma liberdade inteligível do homem como “sujeito abstracto”, e, portanto, “indivíduo isolado”, uma vez que o homem real não poderia ser apreendido de forma abstracta, mas somente em concreto, como ser social⁴². Além disso, a essência do homem não residiria em algo que tivesse sido previamente dado, *a priori*, à sua natureza, antes teria de realizar-se concretamente no mundo e só através do agir poderia realizar-se: assim se realizaria o homem “no seu concreto existir” e aí deveria procurar-se e encontrar-se a liberdade concreta, pessoal e existencial⁴³⁻⁴⁴. Em conclusão, o problema da liberdade apenas poderia ser adequadamente tratado através de uma *fusão entre as abordagens antropológico-biológica e ontológica*: uma

³⁷ *Liberdade* (como na nota 3), p. 136.

³⁸ *Liberdade* (como na nota 3), p. 137 s.

³⁹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 138. Também *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19, § 22.

⁴⁰ *Liberdade* (como na nota 3), p. 138.

⁴¹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 138.

⁴² *Liberdade* (como na nota 3), p. 139: “como tipo concreto, *como homem socializado*” (itálico no original); já assim em “A reforma...” (como na nota 1), p. 124; vd. também “Schuld...” (como na nota 3), p. 239; *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19, § 20.

⁴³ Nesta parte Figueiredo Dias reporta-se a MAX MÜLLER, voz “Freiheit”, in: Görres Gesellschaft (Org.), *Staatslexikon* III, 6.^a ed., 1959, p. 530 s. Não se trata aí do existencialismo no sentido da corrente filosófica homónima (sobre Sartre, neste contexto, todavia, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal – Parte Geral*, Vol. II, 2004, § 824), mas de uma clarificação fundamental “da essência do homem concreto”, a saber, do concreto “existir humano”: cf. *Liberdade* (como na nota 3), p. 136 e nota 30, assim como, *supra*, o texto correspondente às notas 33 ss. Nesta medida, os referidos conceitos “concreto”, “pessoal” e “existencial” são fungíveis entre si (assim também HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*, 1981, p. 196 e nota 159).

⁴⁴ *Liberdade* (como na nota 3), p. 139.

teoria positiva da liberdade humana só pode ser obtida a partir de uma fundamentação ontológica com vista a uma concretização antropológica⁴⁵.

As considerações precedentes conduzem a uma maior clarificação do conceito de liberdade. Em primeiro lugar, a liberdade mostrar-se-ia no nível mais profundo da existência humana: nos seus impulsos ou *pulsões*⁴⁶. Estes seriam tão próprios do homem que ele teria de se entregar a eles na realização (pessoal) do próprio ser. A pulsão para a auto-realização pessoal, para o cumprimento do próprio existir, apontaria para um modo característico da realização humana: “a realização *pessoal* ou *pela liberdade*”⁴⁷. Além disso, no que diz respeito aos *motivos*, seria possível estabelecer que estes determinaram a acção, mas que só através da “afirmação” do homem concreto foram “reais” e “determinantes” – como “função do seu real existir”⁴⁸. Se esta existência se entender, nos termos referidos, como realização fundada na liberdade, então o motivo só ganhará a sua determinação final através de uma “eleição mais profunda” enquanto expressão da liberdade pessoal, encontrando-se o elemento da liberdade no mais fundo da estrutura da motivação. Por último, a especificidade da existência humana mostrar-se-ia na possibilidade de o homem compensar a sua insuficiência – enquanto ser que nasce “cedo demais”⁴⁹, ou “ser defectivo aberto ao mundo”⁵⁰ – através do fazer (activo), onde se exprimiria a sua liberdade. Porque “o homem não está aí como as coisas inanimadas, nem meramente se deixa ser como tudo o que vive, mas *tem que ser*, é para si mesmo uma tarefa absoluta que tem de cumprir”⁵¹. De qualquer forma, seria necessário um “mediador” entre a perspectiva bio-antropológica da incompletude humana e a perspectiva filosófico-transcendental do existir humano⁵². Este mediador é, como resulta das considerações seguintes⁵³, a complexa *personalidade* do homem.

⁴⁵ *Liberdade* (como na nota 3), p. 139. Em *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 § 7, o Autor fala, neste contexto, de um “axioma onto-antropológico”.

⁴⁶ *Liberdade* (como na nota 3), p. 140 ss.

⁴⁷ *Liberdade* (como na nota 3), p. 142 (itálico no original).

⁴⁸ *Liberdade* (como na nota 3), p. 142: “(...) se torna em motivo real e determinante (...) na medida em que foi ‘afirmado’ pelo homem concreto como função do seu real existir”. Cf. também MÜLLER (como na nota 43), p. 532.

⁴⁹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 143: “chegar ao mundo ... ‘cedo mais’ ...” (com referência a PORTMANN).

⁵⁰ “Schuld...” (como na nota 3), p. 239; *Liberdade* (como na nota 3), p. 142: “abertura”, “essência aberta”.

⁵¹ “Schuld...” (como na nota 3), p. 239 s. (itálico no original).

⁵² *Liberdade* (como na nota 3), p. 143: “(...) ‘mediador’ entre a abertura e o inacabamento (...) de um lado, e a incomensurabilidade e transcendência do existir humano, de outro”.

⁵³ *Liberdade* (como na nota 3), p. 143 ss. Também “Schuld...” (como na nota 3), p. 241 e nota 87.

A concreta liberdade do homem real mostrar-se-ia agora não apenas como negativa, no sentido de “ser livre de...”, mas antes como positiva, no sentido de decisão para a própria pessoa, para o próprio Eu, assim se revelando que cada homem “se possui a si mesmo”⁵⁴. Tratar-se-ia aí – trivialmente – de uma liberdade apenas relativa (negativa e positiva), dadas as fronteiras postas pelas condições básicas do ambiente e da sociedade⁵⁵. A decisão por uma acção concreta poderia ser reconduzida a uma *prévia decisão* existencial de cada homem “sobre si mesmo”, com a qual ele “cria o seu próprio ser” ou “afirma a sua própria essência”⁵⁶. O homem actuaria de determinada maneira “porque é como é”⁵⁷. Por conseguinte, tudo o que acontece “por meio do homem” inscrever-se-ia no seu “ser-livre”⁵⁸. Este ser-livre seria a “essência” do homem e uma parte do “puro Ser”, e a liberdade pessoal (concreta, existencial) estaria ligada à liberdade ontológica⁵⁹. A liberdade torna-se assim na característica central do sujeito actuante⁶⁰.

1.2. Liberdade na personalidade e culpa jurídico-penal

O conceito assim desenvolvido de *concreta liberdade pessoal* constitui então, para Figueiredo Dias, a base da culpa em geral e, em particular, da culpa jurídico-penal⁶¹. O Autor interliga uma vez mais as considerações *supra* referidas: a liberdade do homem seria *in concreto* liberdade de decisão, não no sentido de uma qualquer decisão sobre o que “através dele” (do homem) há-de ser feito, mas antes como decisão “de ele e sobre ele”: “eu *determino* a minha acção na medida em que, *livremente*, me decido sobre mim mesmo”⁶². Esta liberdade de decisão – como liberdade sobre a própria essência – só se realizaria *verdadeiramente* na acção concreta, que depende das condicionantes sociais, com o que, em última instância, a decisão sobre a acção seria “conformada” e “mediada” pela sociedade⁶³. Neste contexto

⁵⁴ *Liberdade* (como na nota 3), p. 144.

⁵⁵ *Liberdade* (como na nota 3), p. 145.

⁵⁶ *Liberdade* (como na nota 3), p. 147 (itálico no original). Cf. logo “A reforma...” (como na nota 1), p. 124 s.; e, posteriormente, “Schuld...” (como na nota 3), p. 240.

⁵⁷ *Liberdade* (como na nota 3), p. 147 (itálico no original); também *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 § 22.

⁵⁸ *Liberdade* (como na nota 3), p. 148.

⁵⁹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 150.

⁶⁰ *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 § 20, com referência a RAHNER, in: Frey (Org.), *Schuld-Verantwortung-Strafe*, 1964, p. 153: “Auszeichnung des handelnden Wesen im ganzen”. (A reprodução da citação oferecida por Figueiredo Dias não é totalmente exacta).

⁶¹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 151; também *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 § 7.

⁶² *Liberdade* (como na nota 3), p. 151 (itálico no original).

⁶³ *Liberdade* (como na nota 3), p. 152.

operaria a “*responsabilidade*”, como conceito mediador⁶⁴ entre liberdade e culpa, que significaria “o ter que responder pelo seu comportamento no fundamento do seu existir, cuja essência é o ser-livre”⁶⁵. A responsabilidade permitiria a imputação do comportamento à existência e, desta forma, ao ser-livre, e transformar-se-ia em *culpa* quando o existir (e o ser-livre) infringe(m), através de certo comportamento, determinações que se apresentam como o seu “dever-ser” e que pertencem “ao seu próprio Ser”⁶⁶. A culpa é assim “*a própria autoria ou participação do existir (e do ser-livre) em uma contradição com as exigências do dever-ser que lhe são dirigidas logo a partir do seu característico modo-de-ser (do ser livre)*”⁶⁷. Deste modo, para Figueiredo Dias, o fundamento da culpa jurídico-penal – decerto, só o fundamento! (quanto à medida da culpa, ver já de seguida no texto) – e simultaneamente, da plena responsabilidade do homem pelo seu comportamento e pela sua personalidade reside na *liberdade pessoal* (como parte da existência e do Ser): “porque o existir (...) é ser-livre, e portanto responsável, e portanto capaz de culpa”⁶⁸. Por outras palavras: culpa não por causa do facto livre, mas antes por causa da *liberdade no Ser*⁶⁹.

Após esta fundamentação, Figueiredo Dias ocupa-se da ligação entre a culpa jurídico-penal e uma *culpa da pessoa*⁷⁰. Deste modo, a “culpa no existir” apresentar-se-ia como culpa na decisão sobre a própria essência e, neste sentido, como culpa existencial, essencial ou “ética”⁷¹. Ela radicaria no fáctico (empírico) existir do homem e no seu comportamento desconforme com as exigências ético-existenciais do dever-ser. Estas exigências derivariam do “característico modo-de-ser do existir”, são “*obras do ser-livre*”⁷² referidas às “condições existenciais do Homem”⁷³. O dever-ser residiria na realização, desenvolvimento e promoção do ser-livre – meu e dos outros – e a culpa ética consistiria precisamente na violação desse

⁶⁴ Também “Schuld...” (como na nota 3), p. 240.

⁶⁵ *Liberdade* (como na nota 3), p. 152.

⁶⁶ *Liberdade* (como na nota 3), p. 152.

⁶⁷ *Liberdade* (como na nota 3), p. 152 (itálico no original).

⁶⁸ *Liberdade* (como na nota 3), p. 153. Sobre a liberdade como (tão-só) fundamento da culpa ver também “Sobre o estado...” (como na nota 1), p. 12 e 14.

⁶⁹ Cf., a este propósito, a referência a THOMAS MANN, *Der Zauberberg*, 7.^a ed. 1964, p. 421: “Im Tun ... herrsche freilich Determination, hier gebe es keine Freiheit, wohl aber im Sein” (cit., p. ex., em “Schuld...” [como na nota 3], p. 238, nota 74, e em *Direito Penal* [como na nota 2], Cap. 19 § 21 e nota 41).

⁷⁰ *Liberdade* (como na nota 3), p. 155 ss. (Cap. E).

⁷¹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 158; também *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 §§ 6, 7.

⁷² *Liberdade* (como na nota 3), p. 158 (itálico no original).

⁷³ “Schuld...” (como na nota 3), p. 240.

dever⁷⁴. O passo dado com estas formulações da culpa jurídico-penal, ainda muito abstractas, reflecte-se sobre a compreensão das *normas de proibição* jurídico-penais e dos *bens jurídicos* por elas protegidos enquanto parte do dever-ser⁷⁵. A culpa jurídico-penal seria assim “uma particular perspectiva da culpa ético-existencial” e apresentar-se-ia como a violação do dever do homem de conformar a própria existência de modo que, com a sua actuação, não viole nem ponha em perigo bens jurídicos protegidos⁷⁶. Com isto torna-se claro que o conteúdo e a *medida da culpa* não resultam do conceito de liberdade, mas antes, de forma muito mais concreta, das normas de protecção do direito positivo. A diferença entre fundamento e medida da liberdade ali subjacente é reiteradamente sublinhada por Figueiredo Dias⁷⁷.

De resto, a culpa jurídico-penal estaria ligada ao *facto (externo)* e isto num duplo sentido: por um lado, porque o próprio direito penal partiria da exterioridade do facto para a interioridade do agente; por outro lado, porque, como se disse, a liberdade pessoal só poderia realizar-se no facto concreto⁷⁸. Com isto, na verdade, a ligação decisiva entre o facto e a “pessoa” do agente não estaria ainda estabelecida, pois a liberdade existencial enquanto fundamento do facto e parte da pessoa seria exteriormente imperceptível; apenas se revelaria o facto exteriorizado, não a sua “carga espiritual” que o faz pertencer à pessoa do agente⁷⁹. Figueiredo Dias pretende agora estabelecer tal ligação sobre a *personalidade* do agente: se ela for compreendida, como antes se referiu⁸⁰, enquanto mediador entre as perspectivas antropológico-empírica e filosófico-transcendental (quer dizer, entre empirismo e racionalismo), e enquanto resultado da capacidade do homem de determinar a própria essência, então ela mostra-se, por um lado, como “puro efeito da sua liberdade essencial”⁸¹; por outro lado, a personalidade seria igualmente o “fazer”, a conduta através da qual o ser-livre (o homem livre) se realiza no mundo, que assim fundamentaria o seu ser-livre e, simultaneamente, se fundaria na personalidade. Deste modo, através da liberdade, a pessoa e o seu facto seriam “uma e a mesma coisa, a expressão de uma vida onde o «Eu» e o mundo são pertença do mesmo existir”⁸². Por conseguinte, “a liberdade realizada no facto é, afinal,

⁷⁴ *Liberdade* (como na nota 3), p. 159; também *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 10 § 68 e Cap. 19 § 6.

⁷⁵ *Liberdade* (como na nota 3), p. 159.

⁷⁶ *Liberdade* (como na nota 3), p. 160 s.; também *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 § 23.

⁷⁷ Cf *supra* o texto depois da nota 67; também “Schuld...” (como na nota 3), p. 241, 244, 255.

⁷⁸ *Liberdade* (como na nota 3), p. 161 s.; “Sobre o estado...” (como na nota 1), p. 14.

⁷⁹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 162.

⁸⁰ *Supra*, nota 53 ss. e texto correspondente.

⁸¹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 164.

⁸² *Liberdade* (como na nota 3), p. 164 s.

*idêntica à liberdade da pessoa: ela é o seu modo-de-ser*⁸³. Porém, se a personalidade tem este significado na fundamentação do facto, então ela tem que fundamentar igualmente a culpa, que teria de ser compreendida como pessoal, isto é, “*culpa da pessoa*”. E se, por um lado, o fundamento último da culpa jurídico-penal reside, como atrás de se referiu⁸⁴, na deficiente conformação da existência com os mandamentos jurídico-penais e, por outro lado, esta culpa se realiza no facto, então a culpa jurídico-penal é, em conclusão, “*o ter que responder pela personalidade que fundamenta um facto ilícito-típico*”⁸⁵. Ela possui, assim, três pontos de referência: o facto, os bens jurídicos protegidos e – como fundamento – a personalidade⁸⁶, sendo possível falar, deste modo, em uma doutrina *da personalidade e da culpa da personalidade*.

1.3. *Objecções antecipadas*

Figueiredo Dias antecipou, ele próprio, algumas das possíveis objecções à sua doutrina, tendo-a distinguido de outras teorias e rebatido possíveis interpretações erróneas⁸⁷. Em primeiro lugar, o autor delimita a culpa jurídico-penal em face da *culpa moral*⁸⁸. O ponto de partida pode residir, em ambos os casos, na “mesma culpa ética”, mas a culpa moral, que pertenceria à “esfera íntima da individualidade”, serviria a defesa dos valores morais, enquanto a culpa jurídico-penal diria respeito à protecção de bens jurídicos. Do mesmo modo, em causa não estaria o valor ou desvalor moral de um comportamento, mas antes o seu desvalor jurídico-penal, tal como se encontra fixado pelo direito positivo. Problemática é a sua contraposição à *teoria da culpa do carácter*⁸⁹. As teorias da culpa do carácter, que referiam o fundamento da culpa jurídico-penal ao carácter, e com isso, convertiam a culpa do facto em culpa do carácter⁹⁰, não se mostravam convincentes, pois o “mesmo carácter” pode

⁸³ *Liberdade* (como na nota 3), p. 165 (itálico no original).

⁸⁴ *Supra*, nota 76 e texto correspondente.

⁸⁵ *Liberdade* (como na nota 3), p. 165. Cf. também “Schuld...” (como na nota 3), p. 242: “Einstehenmüssen für die Persönlichkeit, in der die Begehung eines Unrechtstatbestands ihren Grund hat”. Desenvolvidamente sobre “as qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade”, *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 § 23, *in fine*.

⁸⁶ Explicitamente nestes termos, ainda que por ordem diversa, *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 § 23.

⁸⁷ *Liberdade* (como na nota 3), p. 165 ss.

⁸⁸ *Liberdade* (como na nota 3), p. 166 s.; também já “A reforma...” (como na nota 1), p. 139 ss.; e “Schuld...” (como na nota 3), p. 242 e nota 89.

⁸⁹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 167 ss., 180 ss.; também já “A reforma...” (como na nota 1), p. 121 ss.; e “Schuld...” (como na nota 3), p. 236 s., 242 ss.; *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 §§ 16 ss.

⁹⁰ *Liberdade* (como na nota 3), p. 180 s., na esteira, sobretudo, de Englisch.

originar as acções mais díspares⁹¹. De igual modo, o desvalor da personalidade não decorreria automaticamente de uma acção desvaliosa, pois qualquer pessoa pode, por exemplo, cometer actos potencialmente negligentes, sem que isso tenha de ser forçosamente, acrescenta-se, expressão de uma personalidade censurável; antes pelo contrário, tal desvalor decorreria da “anormalidade” do facto, da sua realização sem motivo e do correspondente desvio em relação à personalidade “normal” (fiel ao direito)⁹². Decisivo para Figueiredo Dias é, no entanto, a diferença material entre carácter e personalidade⁹³: decerto, a acção concreta poderia ser reconduzida tanto ao carácter como à personalidade, na medida em que ambos revelam uma “ductibilidade” e “preparabilidade” do comportamento, tal como o arrependimento por se ser aquilo que se é poderia ser a base de uma verdadeira *metanóia*⁹⁴; contudo, o carácter é psicológico-naturalístico, sendo a personalidade um modo de realização ético-existencial⁹⁵. Tratar-se-ia de uma visão “total”, e não “atomística”, da personalidade, ou seja, do reconhecimento da personalidade “total”⁹⁶. Ao apoiar-se na vontade psicológico-naturalística, a teoria do carácter tinha por suporte essencial a (indemonstrável) liberdade da vontade, mudando apenas o ponto de referência material (o carácter em conjunto com o facto concreto), não o fundamento da censurabilidade da culpa⁹⁷. Diferentemente, a personalidade englobaria, através do ser-livre, todos os singulares elementos do carácter, assim o incluindo⁹⁸; ela seria a “expressão actualizada de uma decisão... sobre o sentido e o ser do seu (do

⁹¹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 181.

⁹² *Liberdade* (como na nota 3), p. 180, 218; também “Schuld...” (como na nota 3), p. 243 (“Vergleich mit dem von der Rechtsordnung vorausgesetzten Persönlichkeitstypus”; vd. também p. 244, 248); *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 10 § 70.

⁹³ *Liberdade* (como na nota 3), p. 169 ss. Sobre as consequências daí decorrentes para o juízo de inimputabilidade, cf. *infra* nota 242 e texto correspondente.

⁹⁴ *Liberdade* (como na nota 3), p. 173 s.; também já em *O Problema* (como na nota 1), p. 239 e nota 14. Sobre a equiparação de princípio entre carácter e personalidade, ver também *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 §§ 16, 25.

⁹⁵ Ver sobretudo *Liberdade* (como na nota 3), p. 171 e nota 25.

⁹⁶ *Liberdade* (como na nota 3), p. 182: “personalidade *total*”, “visão *atomística* da personalidade” versus “visão *totalista*” (itálico no original).

⁹⁷ “A reforma...” (como na nota 1), p. 122 s.; *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 § 17; “Schuld...” (como na nota 3), p. 236. A este propósito entende porém FIGUEIREDO DIAS, “A reforma...” [como na nota 1], p. 123, que já o seu Mestre Eduardo Correia havia apontado para a solução correcta, ao postular como fundamento da culpa a violação de um dever de conformação da personalidade com as exigências do direito (EDUARDO CORREIA, “A doutrina da culpa na formação da personalidade”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais* 1 [1925-26], p. 30 ss.; sobre a teoria de Eduardo Correia, cf. ainda HÜNERFELD [como na nota 43], p. 186 ss.), embora a sua teoria também não resolvesse a questão da liberdade (“A reforma... [como na nota 1], p. 122 s.).

⁹⁸ Neste sentido também “Schuld...” (como na nota 3), p. 242 s.

homem) existir”, a “objectivação realizada da decisão ético-existencial”⁹⁹. Consequentemente, a censura da culpa dirigir-se-ia à pessoa, nomeadamente ao dever de satisfazer as exigências éticas ou jurídicas que lhe incumbem¹⁰⁰. Quem violasse este dever revelaria uma personalidade desvaliosa e, por conseguinte, uma “personalidade censurável”¹⁰¹. O substrato da culpa residiria assim não apenas nas propriedades do carácter do agente (vontade final, afecto, emoção e estado de ânimo), mas na totalidade da sua personalidade e, portanto, também na liberdade pessoal e na “posição” ou “atitude” do agente perante as exigências do dever-ser¹⁰².

As referidas propriedades do carácter são designadas por Figueiredo Dias – utilizando o uma conceitualização alemã – como “*Gesinnung*” num sentido caracteriológico e distinto da “*Gesinnung*” ligada à personalidade num sentido ético-existencial¹⁰³. Neste sentido, no sentido de um direito penal da culpa da “atitude interior”¹⁰⁴, é lícito qualificar a sua doutrina como *Gesinnungsstrafrecht*, mas não no sentido da criminalização exclusiva da atitude – enquanto momento puramente interno – e de um *Gesinnungsstrafrecht* que é, nessa acepção, de rejeitar: a personalidade tem que se *manifestar num facto*, não podendo uma personalidade (atitude) inimiga do direito fundamental, por si só e sem exteriorização, a culpa jurídico-penal¹⁰⁵. Assim, Figueiredo Dias avisa-nos também contra a censura do perigo de um abuso político da sua doutrina, no sentido de ela possibilitar o regresso de um direito penal do agente que discrimine e domine a pessoa de forma totalitária, louvando-se¹⁰⁶, por um lado, neste ponto, em *Bettioli*¹⁰⁷, e, por outro, vendo a razão última de tal abuso, não na sua doutrina, mas sim na renúncia ao Estado de direito, na perda da ligação entre o dever-ser ético e o direito positivo¹⁰⁸. Bem diversamente, a sua proposta constituiria uma re-objectivação da doutrina da culpa jurídico-penal, da personalização da censura e da responsabilidade pela

⁹⁹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 171.

¹⁰⁰ *Liberdade* (como na nota 3), p. 175; *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 § 19.

¹⁰¹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 176; e “Schuld...” (como na nota 3), p. 243; *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 10 § 70.

¹⁰² *Liberdade* (como na nota 3), p. 183 s.

¹⁰³ *Liberdade* (como na nota 3), p. 184: “«*Gesinnung*» na sua estrutura puramente caracterológica”, “«*Gesinnung*» na sua estrutura ético-existencial”.

¹⁰⁴ *Liberdade* (como na nota 3), p. 177 ss.; neste sentido também *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 10 § 71.

¹⁰⁵ Cf. supra nota 78 e texto correspondente. De forma explícita também em “Sobre o estado...” (como na nota 1), p. 14: culpa do carácter e *ao mesmo tempo* responsabilidade pela personalidade que vem a exprimir-se no facto.

¹⁰⁶ *Liberdade* (como na nota 3), p. 217 s.

¹⁰⁷ Sobre este Autor, com mais pormenor, vd. infra notas 126 e 144 e texto correspondente.

¹⁰⁸ *Liberdade* (como na nota 3), p. 219 ss.; também “Schuld...” (como na nota 3), p. 255.

própria personalidade, independentemente de determinadas propriedades (que eventualmente poderiam provocar, elas sim, discriminações); numa palavra, de uma posição intermédia entre o subjectivismo alemão-ocidental de um poder de agir de outra maneira e o conceito alemão-oriental de culpa social (socialista)¹⁰⁹.

A distinção entre a *Gesinnung* referida ao carácter e a *Gesinnung* referida à personalidade também tem relevância para as reflexões de Figueiredo Dias sobre a *modificabilidade da personalidade*: se uma propriedade do carácter, tal como dada pelo destino, não poderia ser modificada, já o comportamento na vida em sociedade poderia ser alterado, na medida em que o homem se decidiria (inovadoramente) “sobre si mesmo” e, portanto, modificaria a sua “atitude pessoal” perante o destino¹¹⁰. Esta “atitude pessoal” não deveria confundir-se com a *Gesinnung* referida ao carácter nem tão-pouco com uma posição moral-subjectiva perante o bem ou o mal; diversamente, tratar-se-ia de algo muito mais profundo, anterior a toda a experiência e a toda a actividade volitiva: a “opção prévia e fundamental”, a “*decisão do homem sobre si mesmo*”, assente na personalidade¹¹¹. Deste modo, está em causa – de novo – a *Gesinnung* referida à personalidade, a que Figueiredo Dias alude, neste ponto, como *valor ético da atitude pessoal* e que assim se torna numa categoria da maior importância para a sua compreensão da culpa jurídico-penal¹¹²: na medida em que esta atitude pessoal se modifica, modifica-se também toda a personalidade e com ela o próprio destino.¹¹³ Com a tese da modificabilidade, torna-se claro o quadro ideal e optimista do homem enquanto ser capaz do bem, proposto por Figueiredo Dias, e, simultaneamente, o *princípio anti-determinista* da sua teoria: em virtude da decisão fundamental do homem “sobre si mesmo”, o cometimento de crimes não se encontra pré-determinado; diversamente, apenas a sua *possibilidade* integra a personalidade, embora não seja uma sua consequência necessária, uma vez que a personalidade é, na verdade, modificável. Por outro lado, Figueiredo Dias toma posição *contra o indeterminismo* de um concreto poder de agir de outra maneira, uma vez que defende uma liberdade pessoal – alcançada na decisão “sobre si mesmo” – e não uma liberdade indeterminista¹¹⁴.

¹⁰⁹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 218 s.

¹¹⁰ *Liberdade* (como na nota 3), p. 178; de jeito demasiado sucinto já em “A reforma... (como na nota 1), p. 138; e em “Schuld...” (como na nota 3), p. 243.

¹¹¹ *Liberdade* (como na nota 3), p. 178.

¹¹² *Liberdade* (como na nota 3), p. 178 s.

¹¹³ *Liberdade* (como na nota 3), p. 179.

¹¹⁴ Cf. também “Schuld...” (como na nota 3), p. 237; *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 19 § 20.

Em suma: a distinção entre a “Gesinnung” referida ao carácter e a “Gesinnung” referida à personalidade, entre carácter naturalístico e personalidade ético-existencial, remete novamente para o *dualismo* entre carácter empírico e carácter inteligível, e a sua superação, postulada por Figueiredo Dias através da “actuação” do primeiro sobre o segundo¹¹⁵, só se consegue por meio da consideração dos *fundamentos filosófico-jurídicos e pré-penais* de que parte, os quais, infelizmente – à semelhança de alguns outros aspectos¹¹⁶ –, têm uma expressão muito reduzida na resumida versão alemã da sua doutrina. Destes fundamentos ressalta também que a teoria de Figueiredo Dias, como o próprio sublinha amiúde¹¹⁷, repousa sobre o *respeito pelo homem e pela sua dignidade*, e que, nas suas considerações sobre o Ser ético-jurídico, sobre a existência, a personalidade e a liberdade pessoal, é o homem, com a sua personalidade total, que é colocado em pleno centro; também aqui a perspectiva centrada e orientada pela personalidade se diferencia, de modo fundamental, de uma teoria que constrói a base do juízo de culpa sobre a consideração (isolada) do facto criminoso¹¹⁸.

2. RECEPÇÃO E APRECIACÃO CRÍTICA

A apresentação relativamente pormenorizada da doutrina da personalidade e, em particular, da sua fundamentação jurídico-filosófica, era necessária para mostrar agora que uma grande parte das críticas que lhe são dirigidas assenta em equívocos (*infra* 1.) e não atende a algumas objecções pertinentes (*infra* 2.) Antes de mais, talvez seja conveniente afirmar de forma clara que a *recepção* desta teoria na Alemanha¹¹⁹, e na doutrina penal italiana, portuguesa e latino-americana¹²⁰ tem sido (até ao momento) muito escassa. A barreira da língua – que infelizmente ainda continua a existir para a ciência penal alemã – não pode

¹¹⁵ Cf. notas 17 ss. e texto correspondente.

¹¹⁶ A própria diferenciação aqui exposta do conceito de “Gesinnung” não se retira de “Schuld...” (como na nota 3), p. 243, porque o termo “Gesinnung” é usado aí apenas no sentido reportado à personalidade.

¹¹⁷ *Liberdade* (como na nota 3), p. 220 s. (“respeito e amor pela pessoa do homem”); “Schuld...” (como na nota 3), p. 225; “Sobre o estado...” (como na nota 1), p. 13; *Direito Penal* (como na nota 2), Cap. 10 § 66, 67, 69, Cap. 19 § 6. Cf. também MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, 1995, p. 445, com maior desenvolvimento.

¹¹⁸ Cf. também *Liberdade* (como na nota 3), p. 220 s.

¹¹⁹ Cf. HÜNERFELD (como na nota 43), p. 190 ss.; ROXIN, *ZStW* 96 (1984), 641 (645, 648 ss.); *ATI*, 4.^a ed., 2006, § 19, n.º marginal 28 ss.

¹²⁰ Neste ponto, recorro à pesquisa levada a cabo na *Göttinger Bibliothek für ausländisches und internationales Strafrecht*, bem como às informações colhidas junto da Prof. Dra. Maria da Conceição Valdágua (Lisboa, Portugal), Prof. Dr. Pedro Caeiro (Coimbra, Portugal), Roberto Wenin (Trento, Itália), Prof. Dr. Fábio D’Ávila (Porto Alegre, Brasil). Agradeço também aos meus colaboradores científicos e mestrands Rodrigo González Fuente-Rubilar (Chile) e Laura Ruffino (Itália) por trabalho preparatório importante.

explicá-lo plenamente: desde logo, porque, por um lado, Figueiredo Dias apresentou um resumo da sua teoria – ainda que, em certos aspectos, demasiado apertado¹²¹ – na *ZStW* e, por outro lado, os países referidos são de língua portuguesa (Brasil, Portugal)¹²² ou de línguas que lhe são aparentadas em virtude de uma raiz românica comum (Itália, Espanha); de resto, refira-se que a sua teoria foi divulgada também nestas línguas¹²³. De todo o modo, enquanto em Portugal, país pequeno, já cinco colegas se ocuparam da teoria de Figueiredo Dias¹²⁴, no Brasil¹²⁵, Itália¹²⁶ e Espanha¹²⁷ – nações numericamente consideráveis no plano da ciência penal – apenas um número ínfimo de autores o fez, e, regra geral, dando preferência a artigos e resenhas, em detrimento da sua obra basilar “Liberdade – Culpa – Direito Penal”, que

¹²¹ Crítica que já avançámos supra nas notas 11, 12, 110 e 116 (e texto correspondente).

¹²² Há pequenas diferenças entre o português escrito do Brasil e de Portugal que podem ser aqui desconsideradas.

¹²³ Em italiano, cf. “Il codice Penal Portoghese del 1982 e la sua riforma”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, fasc. 1, p. 25 ss., e “Sullo stato die rapporti fra politica criminale e dogmatica giuridico-penal”, in: Canestrari (Org.), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio etc.*, 1998, p. 216 ss.; em espanhol, ver “Culpa y personalidad etc.”, *Cuadernos de Política Criminal* 31 (1987), p. 5-38.

¹²⁴ Seguindo a sua perspectiva de um conceito de culpa fundado na ética e na liberdade, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Introdução à Actual Discussão sobre o Problema da Culpa em Direito Penal*, 1994, p. 86 ss.; TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal* (como na nota 43), § 824 s., 893; seguindo a mesma doutrina, com consequências no plano da determinação da medida da pena, MIRANDA RODRIGUES (como na nota 117), p. 402 ss., 471 ss.; contra, PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, 2005, p. 66 ss.; CURADO NEVES, *A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, Dissertação de doutoramento, Lisboa, 2006 (ainda não publicada), Cap. VII n.º 3 ss.; de forma apenas expositiva, MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral*, II, 1998, p. 145 s.

¹²⁵ Não obstante a sua histórica ligação com o direito penal português, somente em três dos mais de trinta tratados sobre a Parte Geral do Direito Penal se refere a teoria da personalidade (ASSIS TOLEDO, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5.ª ed. 2002, p. 241 s.; REALE JR., *Teoria do Delito*, 2.ª ed., 2000, p. 159 = *Instituições de Direito Penal, Parte Geral*, Vol. I, 2.ª ed. 2006, p.187 s.; REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, I, 5.ª ed. 2005, p. 428, 446) e apenas em um se discute (criticamente) o seu significado (Assis Toledo); em monografias (superficialmente): BITENCOURT, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, 3.ª ed. 2003, 4.ª ed. 2007, p. 64 s., e PAGANILLA BOSCHI, *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, 4.ª ed. 2006, p. 195.

¹²⁶ A propósito, cf., em especial, BETTIOL, “Colpa d’autore e certezza del diritto”, *FS Bockelmann*, 1979, p. 333 (341); sobre ele vd. também infra nota 144 ss. e texto correspondente. De resto, a doutrina é referida em alguns tratados, sem maiores discussões: BRICOLA, “Teoria generale del reato”, in *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I (1960-1973), 1997, p. 608 (como referência para a literatura alemã); MANTOVANI, *Diritto Penale*, 5.ª ed. 2007, p. 281 (como direito penal da “Gesinnung”). Também MORSELLI, *El ruolo dell’atteggiamento interiore nella struttura del reato*, 1989 (citado aqui a partir da tradução espanhola *La función del comportamiento interior en la estructura del delito*, Bogotá 1992, p. 107 com nota 14) se refere apenas a *O Problema* (como na nota 1) a propósito da ligação ao *Gesinnungsstrafrecht*.

¹²⁷ COUSO SALAS, *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad*, 2006. Trata-se de uma dissertação espanhola, embora o autor seja chileno.

acabámos de analisar. Além disso, tanto quanto sabemos, nenhum outro autor se ocupou com mais minúcia da fundamentação jurídico-filosófica da doutrina da personalidade¹²⁸.

2.1. *Interpretações incorrectas*

As objecções que se dirigem menos à doutrina da personalidade do que à sua premissa da impossibilidade de comprovar, em geral, a liberdade de vontade e, em especial, o poder de agir de outra maneira, são erróneas, uma vez que tal premissa é, por regra, aceita¹²⁹.

Também não se pode censurar a Figueiredo Dias o recurso a *construções metafísicas*¹³⁰. Esse recurso é imposto pela natureza de uma fundamentação jus-filosófica e continua a ser necessário enquanto fenómenos como o mundo, o homem e mesmo a culpa não puderem ser explicados de forma puramente naturalística, ou seja, através da aplicação dos conhecimentos das ciências naturais. Até os filósofos que se inclinam para explicações naturalísticas são obrigados a reconhecer que “não é com argumentos filosóficos que se pode estabelecer” se as questões fundamentais do nosso Ser “virão a ter resposta um dia”¹³¹. Já para os filósofos clássicos é, sem mais, evidente que o “Eu” “não se esgota nas suas descrições científico-naturais”¹³². O recurso a considerações metafísicas para a *fundamentação* da culpa e da pena também não contraria – a partir do correspondente desenvolvimento de um conceito racional-teleológico e funcional da culpa¹³³ – a recusa destas considerações na *aplicação* da sanção¹³⁴. É sobejamente reconhecido – e Figueiredo Dias não o nega¹³⁵ –, que o julgamento do ser existencial não compete ao juiz humano, mas antes, se se quiser, a uma ulterior (divina) instância¹³⁶, razão essa pela qual, de resto, também o ultrapassado pensamento da culpa-

¹²⁸ Também a (aliás minuciosa) exposição de HÜNERFELD (como na nota 43), p. 191 e nota 136, remete, nesse ponto, para o próprio Figueiredo Dias (e também *ibidem*, p. 196).

¹²⁹ Cf. só ROXIN, *ATI* § 19, n.º marginal 21, com outras referências. Neste ponto, é também errónea a sugestão de REALE JR. (como na nota 125), p. 156, relativa à empatia através da qual se pode compreender a situação do agente, já que a empatia de um terceiro em nada altera a indemonstrabilidade do poder de agir de outra maneira.

¹³⁰ ROXIN *ATI*, § 19, n.º marginal 29; em sentido semelhante REALE JR. (como na nota 125), p. 159 = p. 188, que genericamente recusa colocar a questão da culpa “nesse plano superior”.

¹³¹ Assim o filósofo berlinense da mente humana PAUEN, in *Süddeutsche Zeitung* de 9/10.8.2008, p. 13.

¹³² WETZEL, in *Süddeutsche Zeitung* de 14/15.8.2008, 13.

¹³³ Cf. STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, p. 11 ss.

¹³⁴ Cf., a propósito, a conhecida frase do *AE-AT*, 2.ª ed. 1969, p. 29 (fundamentação do § 2), segundo a qual “a pena não é um ente metafísico”. A formulação, segundo STRATENWERTH (como na nota 133), p. 11, provém de SCHULTZ, *JZ* 1966, p. 114.

¹³⁵ “Schuld...” (como na nota 3), p. 221, onde recusa vinculações metafísicas. No mesmo sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE (como na nota 124), p. 76.

¹³⁶ Cf. também ASSIS TOLEDO (como na nota 125), p. 247 s.

retaliação por meio de um juízo humano (terrestre) é incompatível com um moderno e democrático sistema de direito penal¹³⁷.

A compreensão dos fundamentos jus-filosóficos da doutrina da personalidade mostra também a uma outra luz a crítica segundo a qual tal doutrina não poderia servir de “*fundamento a uma concepção empírico-racional do direito penal*”¹³⁸. Com isto, e nomeadamente do ponto de vista jurídico-filosófico, aglutinam-se conceitos que não são da mesma ordem (empírico-racional) e constroem-se falsos pares antagónicos (racional *versus* metafísico). Ora, de acordo com a compreensão jus-filosófica da doutrina da personalidade (I. 1), os conceitos de “empírico” e “racional” mostram-se como contrários (no sentido de visível-sensível, de um lado, e o que para nós é reservado-oculto, de outro) e a doutrina da personalidade tem de ser considerada, neste aspecto, como racional, uma vez que pergunta – seguindo as regras da razão – pelo verdadeiro fundamento da culpa. Pretender afirmar, de uma perspectiva puramente político-criminal, que a doutrina da personalidade não é empírica nem racional, porque é metafísica, é não fazer justiça à sua matriz filosófica. De igual modo, não procede a objecção de que a teoria da personalidade seria “*matéria de crença filosófica*”¹³⁹. Desde logo, porque, por um lado, essa é a natureza das coisas numa doutrina fundamentada filosoficamente e, por outro lado, os “dogmas” são uma parte essencial das ciências normativas, porque nestas, ao contrário das ciências da vida, não existe comprovação. Poder-se-ia inclusive afirmar que todas as doutrinas da culpa assentam em dogmas, aí se incluindo a doutrina da permeabilidade aos comandos normativos¹⁴⁰, com o que a objecção retorna ao seu autor.

Já acima se refutou a censura de um direito penal da “*Gesinnung*”¹⁴¹ e o que aí se disse vale também para as tradicionais teorias do carácter, uma vez que também elas se referem a um facto concreto¹⁴² e não punem apenas a mera atitude¹⁴³. Bettiol, que através do seu

¹³⁷ Instrutivo ROXIN, “Zur Problematik des Schuldstrafrechts”, *ZStW* 96 (1984), p. 644.

¹³⁸ ROXIN, *ATI*, § 19, n.º marginal 29.

¹³⁹ ROXIN, *ATI*, § 19, n.º marginal 29.

¹⁴⁰ Isto é, que as pessoas sejam sequer permeáveis às normas jurídico-penais. Cf. também as objecções à sua teoria trazidas pelo próprio ROXIN, *ATI*, § 19 n.º marginal 40 (mas, naturalmente, refutadas pelo Autor, n.º marginal 41).

¹⁴¹ *Supra* nota 104 s. e texto correspondente.

¹⁴² HEINITZ, “Strafzumessung und Persönlichkeit”, *ZStW* 63 (1951), p. 73; ENGISCH (como na nota 26), p. 52 (para quem ninguém pensaria em “punir a personalidade criminosa independentemente dos seus factos concretos”); EB. SCHMIDT, “Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform”, *ZStW* 69 (1957), p. 387; HERTZ, *Das Verhalten des Täters nach der Tat: ein Beitrag zu § 13 StGB und zu den Straftheorien*, 1973, p. 81 ss.; também BURKHARDT, in:

“direito penal da atitude interior” (*diritto penale dell’ atteggiamento interiore*) defendeu uma concepção muito próxima da de Figueiredo Dias¹⁴⁴, e que com ele concorda no que diz respeito ao significado da personalidade livre para a fundamentação da culpa¹⁴⁵, distinguiu o seu “direito penal da atitude” [*Gesinnungsstrafrecht*] referido ao facto (“*in maleficiis animus*”)¹⁴⁶ de um “direito penal da vontade” [*Willensstrafrecht*] independente do facto (“*in maleficiis voluntas*”)¹⁴⁷. Através da ligação ao facto resolvem-se eventuais reservas decorrentes do Estado de Direito¹⁴⁸, umas vez que elas teriam de se dirigir, da mesma forma, a um direito penal do facto, e referem-se na verdade, nisso há que concordar com Figueiredo Dias¹⁴⁹, ao perigo de um afastamento genérico do Estado de direito.

2.2. Objecções relevantes

2.1.1. Personalidade versus Carácter

A doutrina da personalidade foi integrada por alguns autores nas doutrinas do carácter¹⁵⁰. O que exigiria, no entanto, uma justificação – todavia omitida, em regra, por estes autores – uma vez que o próprio Figueiredo Dias distingue a sua doutrina das teorias do

Lüderssen/Sack (Org.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht* Vol. I, 1980, p. 87 (105).

¹⁴³ Contra aquela censura, e, por isso, correctamente, EB. SCHMIDT (como na nota 142), p. 386; HERTZ (como na nota 142), p. 84.

¹⁴⁴ Pela primeira vez, BETTIOL, “Il diritto penale dell’ atteggiamento interiore”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1971, 8 ss.; depois em Stato di Diritto e “Gesinnungsstrafrecht”, in *FS Welzel* 1974, p. 187 ss.; *FS Bockelmann*, 1979, p. 333 ss., e *Diritto Penale, Parte Generale*, 1976, p. 59 ss. Sobre Bettiol, vd. recentemente PAGLIERO, “Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol”, *RIDPP* 2008, 31 ss.

¹⁴⁵ Cf., de um lado, BETTIOL, *FS Bockelmann*, p. 341; de outro lado, FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade* (como na nota 3), p. 217 s. Em Bettiol, trata-se da *Gesinnung* ou atitude interior como parte da personalidade e, assim, da sua revalorização enquanto ponto de referência de um sistema penal ético-normativo (*FS Welzel* [como na nota 144], p. 188, 193, 196; *Diritto Penale*, (como na nota 144), p. 60: “fatto appartenga personalisticamente e quindi spiritualmente al soggetto”). O Autor apoia-se igualmente no princípio da responsabilidade jurídico-criminal pessoal fixado no Art. 27 da Constituição italiana (*FS Bockelmann*, p. 337; *Diritto Penale* [como na nota 144], p. 59).

¹⁴⁶ O Autor utiliza o conceito alemão explicitamente, ainda que de forma equívoca, por exemplo, em *FS Welzel* (como na nota 144), p. 196.

¹⁴⁷ BETTIOL, *FS Bockelmann*, p. 340, contra a crítica pormenorizada de BRICOLA, “Teoria generale del reato”, in *Novissimo Digesto Italiano* Vol. XIX, 1973, p. 66.

¹⁴⁸ De forma explícita, BETTIOL, *FS Welzel* (como na nota 144), p. 190; concordando, FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade* (como na nota 3), p. 217 s.

¹⁴⁹ Cf. *supra* nota 108 e texto correspondente.

¹⁵⁰ PAGANILLA BOSCHI (como na nota 125), p. 195; ROXIN, *AT I*, § 19 n.º marginal 28; também DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, p. 243 e nota 234.

carácter¹⁵¹. Primeiramente, deve questionar-se se a delimitação conceptual por ele adoptada – carácter psicológico-naturalístico *versus* personalidade ético-existencial¹⁵² – convence, de forma a esclarecer, de seguida, se de facto existe uma diferença de conteúdo entre a sua doutrina e as teorias do carácter. Se substituirmos o aparelho conceptual filosófico pelo criminológico-psicológico, que domina a praxis jurídico-penal, diremos que, *conceptualmente*, personalidade e carácter não podem distinguir-se com sentido, nem através dos conteúdos que lhes dá Figueiredo Dias, nem num plano mais geral.

Charakter (gr.) significa etimologicamente “o cravado, o gravado, o impresso, o marcado”, e, num sentido figurado, aristotélico, trata-se “da peculiar característica gravada numa pessoa, através da qual ela é reconhecida e se distingue das outras”¹⁵³. Segundo uma outra definição, carácter designa “a indivisível e particular (individual) especificidade da pessoa (*rectius*, o seu próprio Eu) que se exprime em determinados modos da experiência ordenados numa totalidade, os quais, estando embora sujeitos à mudança, permanecem na sua essência”¹⁵⁴. O conceito de *personalidade* não pode ser imediatamente densificado a partir da sua etimologia, pois deriva do latim “*persona*” (originariamente, máscara de teatro) e podem ser-lhe imputados diversos significados¹⁵⁵; não existe uma definição genericamente válida, mas sim mais de 50 tentativas de definição¹⁵⁶. É clássica a definição de Allport (1959): “ordenação dinâmica daqueles sistemas psico-físicos do indivíduo que determinam a sua singular adaptação ao meio social”¹⁵⁷. Elementos comuns são a “singularidade e a estabilidade, a capacidade de organização e de adaptação”¹⁵⁸. É interessante, no nosso contexto, a referência a uma certa imagem do Homem e à antropologia filosófica: o significado transcendental da “*personalitas*” na Idade Média e, mais tarde, o uso daquele conceito para sublinhar determinadas capacidades do homem (v. g., a faculdade da razão na filosofia kantiana) e a sua individualidade (o idealismo dos séculos XVIII e XIX)¹⁵⁹. Segundo Arnold (1957), o conceito indica “a conexão transcendental do homem”¹⁶⁰. No século XX, mais exactamente, desde a Segunda Guerra Mundial, completou-se um processo de *revalorização do conceito de personalidade* em detrimento de conceitos concorrentes como o de

¹⁵¹ Cf. *supra* notas 89 ss., 110 e texto correspondente.

¹⁵² *Supra* nota 95.

¹⁵³ Cf. KOCH, in: Lersch / Thomae (Org.), *Persönlichkeitsforschung und Persönlichkeitstheorie*, 2.^a ed. 1960, p. 6 (com referência a Arnold); cf. também PEKRUN, in: Pawlik (Org.), *Grundlagen und Methoden der Differentiellen Psychologie*, 1996, p. 86.

¹⁵⁴ ARNOLD, in: Arnold / Eysenck / Meili (Org.), *Lexikon der Psychologie* (1980), Tomo I, p. 312.

¹⁵⁵ KOCH (como na nota 153), p. 4; HÄCKER, in: Asanger / Wenninger (Org.), *HdWörterbuch Psychologie*, 5.^a ed., 1994, p. 530.

¹⁵⁶ HÄCKER, (como na nota 155), p. 530; DÖRNER / SELG, *Psychologie*, 2.^a ed. 1996, p. 213; KOCH (como na nota 153), p. 3 (com referência à perspectiva dos autores anglo-americanos, segundo a qual não existiria qualquer definição consensual) e p. 21 s.

¹⁵⁷ *Apud* HÄCKER (como na nota 155), p. 530.

¹⁵⁸ DÖRNER / SELG (como na nota 156), p. 213.

¹⁵⁹ KOCH (como na nota 153), p. 3, 8 ss.; PEKRUN (como na nota 153), p. 85 s.

¹⁶⁰ *Apud* KOCH (como na nota 153), p. 3.

carácter¹⁶¹. Tal deve-se sobretudo ao facto de a “personalidade” (personality) ter uma melhor receptividade na terminologia anglo-americana, onde o conceito de “carácter” nunca conseguiu afirmar-se verdadeiramente, em virtude da sua carga depreciativa¹⁶². Hoje, o “carácter” é uma noção ultrapassada – ao menos como conceito psicológico – e já não se encontra nos índices de assuntos de muitos manuais de psicologia. Além disso, por tudo quanto se expôs acerca da respectiva história, parece difícil levar a cabo uma delimitação apurada de ambos os conceitos. De uma perspectiva psicológica, o “carácter” põe a tónica no elemento estático, ao passo que o conceito de personalidade privilegia o “elemento funcional, dinâmico, auto-mutável”¹⁶³. Para Rohrer, “a *personalidade* do Homem é aquilo que, sob a influência do meio envolvente, foi *gerado* pelo seu *carácter* até ao momento presente; o seu carácter abrange tudo aquilo em que, de uma perspectiva psíquica, ele se pode tornar”¹⁶⁴. De modo semelhante, Arnold concebe o carácter como “cunho da pessoa e degraus para o desenvolvimento da personalidade”¹⁶⁵. Desta forma, ele é base e parte da personalidade, que, nesta medida, é abrangente e dinâmica. Por outro lado, os conceitos são equiparados com frequência e já nem se tenta proceder à sua delimitação¹⁶⁶. Em resumo, pode afirmar-se, neste aspecto, uma comunhão entre os conceitos, uma vez que eles são utilizados para a “designação do indivíduo, observado por um prisma psicológico na sua particular individualidade”¹⁶⁷.

A aludida revalorização do conceito de personalidade a expensas do de carácter verifica-se, de igual modo, na terminologia jurídica, e, em especial, no direito constitucional (direito geral de personalidade) e no direito civil (tutela da personalidade, direitos de personalidade, etc.)¹⁶⁸. No que diz respeito à ciência global do direito penal, a prioridade do conceito de personalidade revela-se também na criminologia, onde as teorias da personalidade, e já não do carácter, procuram explicar a criminalidade¹⁶⁹. Aí, a personalidade é definida como “um correlato do comportamento, singular em cada pessoa, relativamente

¹⁶¹ KOCH (como na nota 153), p. 18; PEKRUN (como na nota 153), p. 86.

¹⁶² KOCH (como na nota 153), p. 17, 20; PEKRUN (como na nota 153), p. 87.

¹⁶³ KOCH (como na nota 153), p. 20 s.; TAKUMA, in: Arnold / Eysenck / Meili (Org.), *Lexikon der Psychologie* (1980), Tomo II, p. 1582.

¹⁶⁴ *Apud* TAKUMA (como na nota 163), p. 1582.

¹⁶⁵ ARNOLD (como na nota 154), p. 312.

¹⁶⁶ KOCH (como na nota 153), p. 18, 23 s. ARNOLD (1957) define a personalidade como “um cunho do carácter produzido pelas disposições e pelo meio social” [“eine aus Anlage und Umwelt erzeugte Charakterprägung”] (*apud* KOCH [como na nota 153], p. 3); para TAKUMA (como na nota 163), p. 1582, trata-se de expressões equivalentes “das quais ninguém pode dizer porém, com exactidão, o que verdadeiramente significam” [“von denen aber keiner genau sagen kann, was sie richtig bedeuten”].

¹⁶⁷ KOCH (como na nota 153), p. 23.

¹⁶⁸ Cf. KOCH (como na nota 153), p. 18 ss.

¹⁶⁹ Sobre a relevância dos factores da personalidade neste contexto, KAISER, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1996, § 22, n.º marginal 2, § 40, n.º marginal 1; sobre as teorias criminológicas de “referência pessoal”, BOCK, in: GÖPPINGER, *Kriminologie*, 6.^a ed. 2008, § 9.

duradouro e estável”¹⁷⁰. Do mesmo modo, o conceito de personalidade também ganhou importância na dogmática penal a partir da Segunda Guerra Mundial, embora o conceito de carácter se tenha mantido até hoje, sem que, por certo, se tenha alcançado uma clara delimitação entre ambos¹⁷¹.

Mezger, um reconhecido defensor da teoria da culpa na condução da vida, do “ser que se tornou assim”,¹⁷² reconduz a personalidade aos traços (inatos) e ao meio social¹⁷³. Por carácter, este autor designa a particularidade *pessoal* do delinquente¹⁷⁴. O facto é expressão, juridicamente desaprovada, da personalidade do agente¹⁷⁵. Segundo Exner, a “personalidade” é constituída pelo conjunto das características espirituais-anímicas num dado momento temporal¹⁷⁶. A ela pertencem, com exclusão de todas as dimensões corporais, as particularidades da vida volitiva, emocional, instintiva e racional da pessoa¹⁷⁷. De igual modo, para Exner, os traços característicos são a base da formação da personalidade, na medida em que eles estabeleceriam, desde o início, a sua essência (v. g., o género, a cor do cabelo), ao passo que a personalidade só no decurso da vida se tornaria naquilo que é¹⁷⁸. Como factores de desenvolvimento da personalidade, Exner também refere os traços psíquicos e os traços de carácter¹⁷⁹, e é nesse contexto que fala da “personalidade com os seus elementos de carácter”¹⁸⁰ e das disposições caracteriológicas da personalidade¹⁸¹. Engisch, talvez o mais conhecido defensor da teoria da culpa do carácter, entende por carácter “o cunho da pessoa”, “através do qual esta é dotada de certas disposições, características e qualidades”¹⁸². Este autor dá um significado praticamente equivalente à “culpa do carácter” e à “culpa da personalidade”¹⁸³ e concebe a culpa do carácter como

¹⁷⁰ KAISER (como na nota 169), § 42, n.º marginal 1; para uma definição diferente, MEYER, *Kriminologie*, 3.ª ed., 2007, § 3, n.º marginal 34.

¹⁷¹ Na conclusão também KOCH (como na nota 153), p. 19, que, em todo o caso, subvaloriza o significado do conceito de carácter.

¹⁷² MEZGER, “Die Straftat als Ganzes”, *ZStW* 57 (1938), p. 688 s.

¹⁷³ MEZGER, *Kriminologie*, 1951, p. 103.

¹⁷⁴ MEZGER (como na nota 173), p. 156.

¹⁷⁵ MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3.ª ed. 1949, p. 247 ss.

¹⁷⁶ EXNER, *Kriminologie*, 3.ª ed. 1949, p. 27.

¹⁷⁷ EXNER (como na nota 176), p. 27.

¹⁷⁸ EXNER (como na nota 176), p. 28.

¹⁷⁹ EXNER (como na nota 176), p. 34.

¹⁸⁰ EXNER (como na nota 176), p. 181.

¹⁸¹ EXNER (como na nota 176), p. 180.

¹⁸² ENGISCH (como na nota 26), p. 51.

¹⁸³ ENGISCH (como na nota 26), p. 48; do mesmo Autor, “Um die Charakterschuld”, *MSchrKrim* 50 (1967), p. 109, 117 s.; sobre o seu tratamento semelhante no quadro do poder de agir de outra maneira, *infra* nota 214 e texto correspondente.

“expressão da personalidade”¹⁸⁴. Há ainda outros autores que ancoram a culpa na personalidade sem que a distingam do carácter¹⁸⁵.

A partir destas considerações conceptuais dominantes, conclui-se que o uso do conceito na teoria da personalidade de Figueiredo Dias convence apenas parcialmente, ou seja, somente na sua perspectiva da compreensão transcendental da personalidade, mas já não enquanto total negação do conteúdo normativo do conceito de carácter¹⁸⁶. A difícil delimitação entre personalidade e carácter, assim como a equiparação corrente de ambos os conceitos (no essencial, também pelo próprio Figueiredo Dias!)¹⁸⁷, com preferência por “personalidade”, fazem com que a classificação conceptual da doutrina da personalidade pareça secundária. Na verdade, também na literatura penal se deveria pleitear – em consonância com a literatura psicológica e criminológica especializada – por uma *substituição do conceito de carácter*. Todas as teorias referidas à personalidade do agente, e designadamente as doutrinas do carácter tradicionais, deveriam ser categorizadas como teorias da personalidade¹⁸⁸. Simultaneamente, o conceito difuso de personalidade mostra-se, de facto, menos apto a fundamentar um entendimento material da culpa, pois, em último termo, a personalidade pode corresponder a tudo aquilo que um determinado autor nele queira ver de uma perspectiva normativo-transcendental.

Neste contexto deve também lamentar-se que a doutrina da personalidade, tal como, de resto, as teorias do carácter tradicionais¹⁸⁹, *negligencie os variados factores* que, segundo os

¹⁸⁴ ENGISCH (como na nota 26), p. 57.

¹⁸⁵ Cf. DOHNA, “Ein unausrottbares Mißverständnis”, *ZStW* 66 (1954), p. 508 s.: “A lei fundamental do ser social consiste em cada um ter que responder pelo que faz, na medida em que é expressão da sua personalidade...” [“Grundgesetz des sozialen Daseins, daß Jedermann einzustehen hat für das, was er tut, insoweit es Ausfluß ist seiner Persönlichkeit ...”]; HERTZ (como na nota 142), p. 63 ss., 81 ss. (p. 64: “o facto tem de ser reconduzido à sua raiz na personalidade” [“Tat muß auf ihre Wurzeln in der Persönlichkeit zurückgeführt werden”]); WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 149 s. (a culpa como “falha singular” [“einmaliges Versagen”], ou como fundada num “estrato duradouro da personalidade” [“bleibender Persönlichkeitsschicht”], ou “erro censurável do carácter” [“vorwerfbarer Charakterfehler”]); também STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, p. 5 s.; BURKHARDT (como na nota 142), p. 87, 94 s., 97, 102, 107; MIRANDA RODRIGUES (como na nota 117), p. 402 ss.; TAIPA DE CARVALHO (como na nota 124), § 893.

¹⁸⁶ O potencial normativo do conceito de carácter mostra-se em definições como „beharrliche Verfassung der Seele, wonach alle Willensakte durch dauernd in ihr aufgerichtete Grundsätze eindeutig bestimmt ist, die dem Sittengesetz der jeweiligen Zeit entsprechen“ (KERSCHENSTEINER [1911], *apud* KOCH [como na nota 153], p. 16).

¹⁸⁷ Cf. *supra* nota 94.

¹⁸⁸ Neste sentido já WELZEL (como na nota 185), p. 149 (“culpa e personalidade”); contra, com a doutrina tradicional, ainda ROXIN AT I, § 19 n.º marginal 27 (“ter que responder pelo próprio carácter” [“Einstehenmüssen für den eigenen Charakter”]).

¹⁸⁹ ENGISCH (como na nota 183), p. 108, 112 s., até aceita a fórmula “disposições – ambiente social”, mas apenas no que respeita à questão da sua compatibilidade com a liberdade de vontade (em sentido

conhecimentos da criminologia, influenciam o desenvolvimento da personalidade e que, alternativa ou cumulativamente, condicionam certas formas de comportamento criminoso¹⁹⁰. Se determinadas disposições comportamentais podem favorecer a prática de crimes¹⁹¹, daí não resulta imediatamente a submissão da personalidade e do facto a um relação mono-causal de causa-efeito, nem tão pouco se nega que a personalidade possa também ser cunhada por determinadas condições do meio social que, por um lado, não podem relevar automaticamente para a censurabilidade¹⁹², e, por outro, podem servir de explicação autónoma do acontecimento criminoso¹⁹³. Mais ainda, estas condições constituem um argumento adicional para renunciar à incondicionalidade da livre actuação¹⁹⁴. A fracassada comprovação de uma nítida relação de causa-efeito entre o facto e a personalidade resulta frequentemente da sobrevalorização da constância das qualidades da personalidade e da subvalorização do significado daquele factores situacionais¹⁹⁵. Isto significa que uma *censura da culpa* se não deixa fundamentar sob uma perspectiva disposicional – como juízo de reprovação da personalidade do agente – mas antes, em todo o caso, sob uma perspectiva *episódica* – em relação ao facto efectivamente perpetrado¹⁹⁶. Deve ainda levar-se em consideração, por um lado, que os limites (subjectivos) entre comportamento punível e não punível são frequentemente fluidos – basta que se atente nos delitos negligentes ou nos delitos do inabarcável direito penal secundário – e, por outro lado, que a prática de crimes não pode ser

afirmativo, H. KAUFMANN, “Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?” *JZ* 1962, p. 196 ss.; contra, WELZEL [como na nota 185], p. 148).

¹⁹⁰ Criticamente também COUSO SALAS (como na nota 127), p. 153; e TAIPA DE CARVALHO (como na nota 124), § 825, ao apelar à consideração da socialização primária; CURADO NEVES (como na nota 124), Cap. VII, n.º 6.

¹⁹¹ KAISER (como na nota 169), § 42, n.º marginal 1.

¹⁹² Cf. supra nota 209 e texto correspondente, assim como ASSIS TOLEDO (como na nota 125), p. 246.

¹⁹³ Amplamente sobre as teorias da criminalidade de referência social, orientadas para a vítima e integradas, BOCK e MÜNSTER, in: Göppinger §§ 10-12. Sobre a fórmula clássica “inato – adquirido”, v. LISZT, “Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung”, in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Vol. 2, 1905, reimp. 1970, p. 234.

¹⁹⁴ NASSEHI, in *Süddeutsche Zeitung* de 22.8.2008, p. 13.

¹⁹⁵ De modo convincente BURKHARDT (como na nota 142), p. 87, 92 ss., 93, 97. Sobre a “explicação” circular de certos comportamentos em virtude de certa personalidade, que por sua vez foi previamente inferida a partir desses comportamentos, MEYER (como na nota 170), § 3 n.º marginal 40. Em sentido diferente, com razão, MIRANDA RODRIGUES (como na nota 117), p. 476, quando vê a diferença entre as doutrinas tradicionais da personalidade e a doutrina de Figueiredo Dias na circunstância de a última tornar claro o nexos entre a personalidade e o facto.

¹⁹⁶ BURKHARDT (como na nota 142), p. 87, 106, 107 s. Sobre a decisão “disposicional” – “episódica”, *ibidem*, p. 104.

sempre vista como expressão de uma determinada personalidade (reprovável)¹⁹⁷. Pense-se somente, a título de exemplo, na “normalidade” dos factos penais praticados na juventude¹⁹⁸ ou em situações extremas¹⁹⁹. Se, portanto, não pode negar-se completamente a influência da personalidade – entendida num sentido amplo, que abrange as variáveis do meio envolvente – sobre o comportamento criminoso, a verdade é que a personalidade não é suficiente, por si só, para revelar de forma esgotante estas condições²⁰⁰. Por outras palavras: aquilo que é reconduzido pelas doutrinas da personalidade de forma mono-causal a uma personalidade – além do mais, difusa – pode ser provocado por outras *causas* (alternativas) ou adicionais (cumulativas). Se se quisesse deduzir a personalidade e as suas características a partir de um comportamento potencial, ter-se-ia então, em primeiro lugar, que identificar e valorar essas características através de uma avaliação global da personalidade; todavia, permanecem dúvidas de peso acerca da exequibilidade de uma tal avaliação, designadamente quanto à sua objectividade, fiabilidade e validade²⁰¹.

2.2.2. A questão da liberdade

A principal objecção de Figueiredo Dias à teoria do carácter decorre do facto de esta doutrina, antes como hoje, se basear, a partir da sua visão psicológico-naturalística, na (indemonstrável) liberdade da vontade²⁰². Este argumento deve, desde logo, questionar-se, pois assenta na pressuposição – já criticada – de um puro conteúdo naturalístico do conceito de carácter. O que, todavia, não faz justiça à concepção diferenciada de Engisch e à sua tentativa de ultrapassar o problema da liberdade. Ao considerar que a censurabilidade da culpa assenta justamente “no carácter”²⁰³ e nele radica²⁰⁴, alcançando o agente no seu “ser assim”²⁰⁵, Engisch encaminha-se primeiramente para a superação da questão da liberdade

¹⁹⁷ E por isso defende CURADO NEVES (como na nota 124), Cap. VII, n.º 4 depois da nota 56, uma distinção entre factos relevantes e irrelevantes para a personalidade. Figueiredo Dias considera este problema a propósito da culpa do carácter, *supra* nota 91 e texto correspondente.

¹⁹⁸ MEYER (como na nota 170), § 5, n.º marginal 60.

¹⁹⁹ Cf. também CURADO NEVES (como na nota 124), Cap. VII n.º 5, que dá o exemplo do homicida em série que, perante um acidente de viação, salva o seu filho e com isso causa a morte de uma outra vítima do acidente.

²⁰⁰ MEYER (como na nota 170), § 3, n.º marginal 39, § 6 n.º marginal 2.

²⁰¹ BURKHARDT (como na nota 142), p. 108; com reservas, também ASSIS TOLEDO (como na nota 125), p. 249 s.

²⁰² Cf. *supra*, nota 97 e texto correspondente.

²⁰³ ENGISCH (como na nota 26), p. 52.

²⁰⁴ ENGISCH (como na nota 26), p. 65.

²⁰⁵ ENGISCH (como na nota 26), p. 48; ID. (como na nota 183), p. 109 s., 118.

através da referência às falhas de carácter como pressuposto bastante da censura da culpa²⁰⁶. Portanto, a culpa não depende – diferentemente do que sucede com as teorias da culpa na condução da vida ou da culpa na decisão da vida²⁰⁷ - das razões ou mesmo da responsabilidade do agente por se ter tornado “assim”, nem de saber se ele “pode fazer algo” contra o facto de ser “um tal”²⁰⁸. Já a conhecida objecção de que por esta via se responsabiliza o agente por aquilo contra o qual ele, por falta de liberdade, nada pode (disposição de carácter)²⁰⁹, relança Engisch novamente para a questão da liberdade. Porque contra esta objecção não pode argumentar-se, com sucesso, que o agente é censurado “só em relação” às “falhas de força de vontade ou de cuidado” expressas no facto²¹⁰ (uma vez que, deste modo, somente – mas ainda assim – se afirma que as propriedades do carácter que delas não dependem não desempenham qualquer papel²¹¹), nem que tais falhas ou vícios poderiam, em todo o caso, ser valorados negativamente²¹², ou ainda que eles poderiam ser corrigidos através da pena (pois que assim se argumenta com o fim preventivo da pena num sentido exclusivamente “criminal-pedagógico”)²¹³. Só o reconhecimento de um *hipotético poder de agir de outra maneira* perante uma concreta existência de defeitos do carácter e, portanto, *no quadro da disposição caracteriológica ou da personalidade*²¹⁴, torna sustentável, ou ao

²⁰⁶ Cf. também BURKHARDT (como na nota 142), p. 104, s., 111.

²⁰⁷ Sobre o conceito de modo de (e condução da) vida errado(a) e censurável, JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.^a ed. 1991, 17/34; BAUMANN, *AT*, 8.^a ed., 1977, p. 371; BAUMANN / WEBER / MITSCH, *AT*, 11.^a ed., 2003, § 18, n.º marginal 29, com mais referências; de forma inexacta, JESCHECK / WEIGEND, *Strafrecht AT*, 5.^a ed., 1996, p. 423, quando se referem à culpa pela condução da vida como “culpa do autor, da personalidade, do carácter”. ENGISCH (como na nota 26), p. 50 s. e ID., (como na nota 183) p. 110, distanciou-se expressamente desta posição; contra, também: *AE* (como na nota 134), p. 29; STRATENWERTH (como na nota 185), p. 6 s.; ID. (como na nota 133), p. 43 s.; BAUMANN, *loc. cit.*, p. 372; BAUMANN / WEBER / MITSCH, *loc. cit.*, § 18, n.º marginal 31.

²⁰⁸ HEINITZ (como na nota 142) p. 74; EB. SCHMIDT (como na nota 142), p. 387.

²⁰⁹ Neste sentido, ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.^a ed. 1976, p. 279 s., quando considera a liberdade irrenunciável; também ENGISCH (como na nota 26), p. 16, 48; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, 1979, p. 292 s., que, por um lado, trata como impossível a diferença entre as disposições do carácter e as decisões livres e, por outro lado, sublinha a influência destas disposições sobre as decisões de vida.

²¹⁰ ENGISCH (como na nota 183), p. 115, ss.

²¹¹ Neste sentido também ENGISCH, “Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?”, *ZStW* 66 (1954), p. 359, para quem toda a culpa seria sempre uma de culpa do carácter e não apenas a “culpa específica de personalidades menos valiosas”.

²¹² ENGISCH (como na nota 183), p. 111.

²¹³ ENGISCH (como na nota 26), p. 53; ID. (como na nota 183), p. 111, 118; sobre isto cf. também BURKHARDT (como na nota 142), p. 115.

²¹⁴ Cf. ENGISCH (como na nota 26), p. 26: “O agente concreto, na situação concreta em que se encontrou, teria podido agir de maneira diferente, teria podido agir de maneira diferente na situação concreta *de acordo com as suas disposições genéricas...*” (itálico nosso). Cf. também ENGISCH (como

menos compreensível, a censura do carácter, mas isso apenas porque, precisamente, é legítimo censurar ao agente o não poder agir de outra maneira. Aqui, pode deixar-se em aberto a questão de saber se esta argumentação é convincente (contra ela depõe, a meu ver, o facto de a culpa continuar a assentar num defeito – não culposo – de carácter), uma vez que somente interessa saber se a doutrina da personalidade consegue resolver o dilema descrito – ou culpa sem liberdade, ou culpa com liberdade (de algum modo) comprovável.

A diferença decisiva entre a teoria do carácter e a doutrina da personalidade reside em que a última admite inequivocamente a liberdade, seguramente não no sentido naturalístico do poder de agir de outra maneira, mas antes no sentido da liberdade ético-existencial sobre o próprio Ser; uma liberdade que se exprime numa decisão fundamental do homem sobre si próprio²¹⁵. Contra isto pode-se invocar, à primeira vista e em todo o caso – agora de uma perspectiva empírico-fenomenológica –, que se renuncia, na verdade, à comprovação da liberdade concreta no facto *concreto*, uma vez que a questão da liberdade, como tal, não se soluciona, mas é antes – como na culpa na condução / decisão da vida²¹⁶ e também na doutrina de Eduardo Correia²¹⁷ – *retro-referida* a um momento passado, consideravelmente distante do próprio facto²¹⁸. O concreto poder de agir de outra maneira é, por conseguinte, substituído por um “*poder ser outro*”²¹⁹ muito mais complexo e ainda menos susceptível de prova do que a liberdade no facto concreto²²⁰. É exacto que a doutrina da personalidade não fundamenta a censura da culpa no puro modo de ser da personalidade – como tal não

na nota 26), p. 65: “(...) que, no quadro da nossa personalidade, teria sido possível, com mais força de vontade e mais diligência... agir acertadamente”. Cf. também *ibidem* 55; ID. (como na nota 183), p. 114 s., 118.

²¹⁵ Cf. *supra* notas 56, 110 s., 114 e texto correspondente. COUSO SALAS (como na nota 127), p. 151, fala, a propósito, de uma “*versión corregida*” da culpa do carácter.

²¹⁶ Pois ela implica a tomada das correspondentes decisões livres (também BURKHARDT [como na nota 142], p. 105); neste sentido, é correcta a classificação de JAKOBS (como na nota 207, p. 17-34 e nota 77) da compreensão de Figueiredo Dias como doutrina da culpa na condução da vida.

²¹⁷ Isto porque a insuficiente conformação da personalidade com as exigências do direito (*supra* nota 97) supõe a possibilidade de decidir livremente (cf. logo, criticamente, FIGUEIREDO DIAS, “A reforma...” [como na nota 1], p. 122 s.; também TAIPA DE CARVALHO [como na nota 124] § 821; e MARQUES DA SILVA [como na nota 124], p. 145).

²¹⁸ ROXIN (como na nota 137), p. 648; também CURADO NEVES (como na nota 124), Cap. VII n.º 1 *in fine* – Esta antecipação é equiparável, no plano estrutural, à antecipação do momento da culpa na doutrina da *actio libera in causa*.

²¹⁹ HÜNERFELD (como na nota 43), p. 197 (em sentido crítico quanto à indefinição que rodeia a questão da liberdade, também a nota 161).

²²⁰ Neste sentido também, criticamente, ASSIS TOLEDO (como na nota 125), p. 244 (“esforço inútil”); COUSO SALAS (como na nota 127), p. 153 (o momento da decisão existencial não é demonstrável).

censurável –, antes a liga à liberdade pessoal no Ser²²¹ e, por conseguinte, pleiteia decididamente por uma *culpa na liberdade*. E, no entanto, esta objecção, em virtude da superficialidade decorrente de uma abordagem demasiado fenomenológica, não faz justiça ao ponto de partida dualista (filosófico) da doutrina da personalidade. Dele resulta, nomeadamente, que o problema da prova é solucionado, em primeiro lugar, no plano filosófico – por remissão para o mundo transcendental da compreensão²²² – e depois é conectado com mundo empírico através da construção antropológica do homem como prematuro fisiológico (“ser inacabado aberto ao mundo”²²³). Com isto torna-se claro que o homem é mais do que mero ser natural, na medida em que, diferentemente do que sucede ali, é-lhe “entregue a responsabilidade pela ordenação da sua existência (...) enquanto sentido de vida vinculante”²²⁴, é-lhe possível conformar, com sentido, a causalidade natural²²⁵, e por isso ele tem de construir a sua relação com um facto concreto sobre a personalidade e o complexo conceito de liberdade a ela ligado²²⁶. Assim, “o poder ser outro” normativo não pode ser identificado com o naturalístico poder de agir de outra maneira²²⁷. Vistas as coisas deste prisma, não se impõe à pessoa uma responsabilidade ética desmedida, não se responsabiliza o homem por aquilo que não criou nem domina²²⁸, desde logo porque ele possui já, no fundo da sua alma, os arquétipos do Ser e com isto também a possibilidade de decidir autonomamente²²⁹ e, por conseguinte - como pessoa racional no sentido kantiano –, de se decidir pelo direito²³⁰. De novo, a escolha fundamental não é definitiva, mas *modificável*²³¹.

²²¹ Explicitamente FIGUEIREDO DIAS, “Schuld...” (como na nota 3), p. 243 e nota 92; também HÜNERFELD (como na nota 43), p. 197. De forma análoga, embora referindo-se ao mundo sensível, PAUEN, in Duttge (como na nota 3), p. 91 e s.: a liberdade como autonomia e autoria, *sc.*, como actuação auto-determinada reconduzível à pessoa; ligação da culpa à liberdade e à existência de possibilidades de acção alternativas

²²² *Supra*, nota 11 ss.

²²³ *Supra*, nota 50 e texto correspondente.

²²⁴ WELZEL (como na nota 185), p. 143.

²²⁵ WELZEL (como na nota 185), p. 149.

²²⁶ Sobre a função mediadora da personalidade, *supra*, nota 53 ss. e texto correspondente.

²²⁷ Nesta medida, é correcta a contra-crítica de FIGUEIREDO DIAS, “Schuld...” (como na nota 3), p.243.

²²⁸ Assim PALMA (como na nota 123), p. 68 s.

²²⁹ Sobre esta reflexão de Platão, que PALMA, *ibidem*, interpreta todavia incorrectamente, cf. *supra*, nota 13 e texto correspondente.

²³⁰ Se, com KANT (como na nota 14, p. 28, e o respectivo comentário 12, p. 111), encararmos a pessoa, enquanto tal, como “racional”, e o comportamento racional como orientado pelo direito, e, por isso, adequado à pessoa, a decisão autónoma (livre) não é neutra, mas sempre orientada pelo direito, logo, decisão pelo direito. A acção orientada pelo direito é, deste modo, livre, ao passo que a acção contrária ao direito não é livre. (Cf. também MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 168).

Ela não determina de forma definitiva o (concreto) comportamento posterior; deste modo, também a personalidade com uma inclinação criminosa pode decidir-se livremente, sempre e a todo o momento, pelo direito. Dito de outro modo: a concreta decisão de cometer o facto é *condicionada* pela opção fundamental – encontrada porventura pouco antes – onde se exprime a atitude do agente perante o direito, e assim, tal como a vontade “livre”, é condicionada pelo contexto corpóreo-neuronal e social²³².

A *avaliação* definitiva da doutrina da personalidade, sob o prisma da questão da liberdade, depende decisivamente, no seu todo, da *perspectiva* que se adopte: se se aceitar o ponto de vista dualista de que parte a doutrina da personalidade – primeiro racional-transcendental, depois empírico-sensível –, ela oferece um esclarecimento em si mesmo conclusivo do problema da liberdade, com o que, em todo o caso, permanece oculta a passagem do mundo (exclusivamente) racional para o mundo empírico e também, em consequência, a então necessária intervenção mediadora do conceito de personalidade²³³. Se se encarar a doutrina da personalidade, *a limine*, apenas de um ponto de vista empírico e político-criminal, sem se considerar a respectiva fundamentação filosófica, a questão da liberdade continua, tal como dantes, por resolver. Mais: a tese da opção fundamental aparece como demasiado teórica²³⁴ e suscita mais questões do que aquelas que resolve: onde deve colocar-se, nesse caso, o momento temporal da opção fundamental? Como se manifesta esta decisão para terceiros? Por quanto tempo deve ela valer? Quando e como pode ser modificada?

2.2.3. Outras objecções

A teoria da personalidade, na sua conformação prática, torna-se, em parte, numa *doutrina da culpa funcional moderada*; uma doutrina, por conseguinte, que se opõe tanto a um funcionalismo extremo como a uma “eticização” extrema, uma vez que, por um lado, erige a culpa ética, no sentido descrito, em pressuposto autónomo da pena, mas, por outro

²³¹ *Supra*, nota 110 s. e texto correspondente.

²³² NASSEHI (como na nota 194).

²³³ Ao contrário do que sustenta CURADO NEVES (como na nota 124), Cap. VII n.º 3, depois da nota 36, o ordenamento jurídico não é totalmente autónomo em face de outros ordenamentos, como, por exemplo, sistemas de natureza moral ou religiosa, antes pode basear-se neles, ou, no mínimo, ser por eles influenciado, pelo que um conceito de culpa ético-existencial também pode servir como fundamento de um conceito de culpa jurídico-penal. Por conseguinte, diversamente do que aí avança (*ibidem*, n.º 3, junto da nota 40) a teoria da violação do dever (*supra* notas 66, 76, 100 e texto correspondente) não pode ser vista como totalmente desligada da fundamentação jurídico-filosófica.

²³⁴ Também criticamente, neste ponto, HÜNERFELD (como na nota 43), p. 197.

lado, compreende também a culpa jurídico-penal como “funcional”, no sentido do direito penal preventivo racional-teleológico²³⁵. Ela distingue-se da doutrina de Roxin sobretudo quanto à fundamentação jurídico-filosófica da concepção da culpa. Na sua concretização através da doutrina da violação do dever²³⁶, com o seu parâmetro da personalidade “normal”²³⁷ e a sua orientação pelo dever ser socialmente desejado²³⁸, reside, em todo o caso e em último termo, também uma *atribuição (social) da culpa*, como acontece (em termos normativos) com a tese roxiniana da “permeabilidade” aos comandos normativos²³⁹, embora – e isto não pode ser esquecido! – o parâmetro utilizado não deva substituir a liberdade pessoal do agente concreto como fundamento da culpa²⁴⁰.

Se deslocarmos o ponto de vista do sistema para as *questões concretas*, vemos que a doutrina da personalidade alcança resultados iguais aos da teoria político-criminal²⁴¹. Por exemplo: para Figueiredo Dias, a inimputabilidade deixa “intocada” a personalidade do agente (e com isto também a sua responsabilidade)²⁴², na medida em que a oculta, a torna invisível e incompreensível (para o juiz), de tal maneira que um juízo de valor (sobre o facto e a personalidade nele expressa) se torna impossível. Deste modo, em última análise, a inimputabilidade constitui um obstáculo factual à comprovação da culpa.²⁴³

²³⁵ Cf. FIGUEIREDO DIAS (como na nota 2), Cap. 10 §§ 24 ss., 68, Cap. 19 § 5; também no que respeita à medida da pena, Figueiredo Dias defende a culpa e a prevenção como critérios de orientação (*Direito Penal Português. Parte Geral II, As consequências jurídicas do crime*, 1993, §§ 280 ss.). A sua crítica à categoria roxiniana da responsabilidade, por esta misturar critérios incomparáveis (“Sobre o estado...” [como na nota 1], p. 30; “Schuld...” (como na nota 3), p. 234 s.; também TAIPA DE CARVALHO, [como na nota 124], p. 301), parece ser, assim, de natureza formal. Sobre a aí denominada “viragem preventiva” de Figueiredo Dias, veja-se também CURADO NEVES (como na nota 124), Cap. VII n.º 2 e notas 20-21.

²³⁶ *Supra*, notas 66, 76, 100 e texto correspondente. Esta doutrina já se encontra nos defensores da culpa do carácter, por exemplo, DOHNA (como na nota 185), p. 509: “O ficar aquém das exigências da sociedade fundamenta a censura e (...) a responsabilidade”.

²³⁷ *Supra*, nota 92 e texto correspondente.

²³⁸ *Supra*, nota 8 e texto correspondente.

²³⁹ Assim, explicitamente, ROXIN, *AT I*, § 19, n.º marginal 37: o autor é “tratado como livre” e a suposição da liberdade é uma “asserção normativa”; n.º marginal 46: atribuição normativa da possibilidade de um comportamento conforme com o direito.

²⁴⁰ A favor da compatibilidade entre uma compreensão social da culpa entendida desta forma e a liberdade da pessoa, no sentido da doutrina da personalidade, MIRANDA RODRIGUES, (como na nota 117), p. 444 s. Criticamente sobre um conceito social de culpa, em virtude do referido perigo, vd. por último SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, 2008, p. 106 s., com outras referências.

²⁴¹ Cf. também ROXIN (como na nota 137), p. 657: “encontram-se próximas (...) em pontos decisivos”.

²⁴² Assim também ENGISCH (como na nota 183), p. 116; e EB. SCHMIDT (como na nota 142), p. 386: nenhum imputável poderia furtar-se à “responsabilidade pelo ser-assim caracteriológico-pessoal”.

²⁴³ *Liberdade* (como na nota 3), p. 185 ss.; criticamente CURADO NEVES (como na nota 124), Cap. VII n.º 6, depois da nota 62, para quem a personalidade se modifica por força da anomalia que subjaz à inimputabilidade, e, por isso não permanece “intacta”.

Independentemente da força persuasiva desta argumentação²⁴⁴, ela conduz, tal como a doutrina dominante, à não punição, que porém se baseia, em todo o caso, não na negação da culpa através da sua exclusão, mas antes em um *non liquet* relativo à sua possibilidade do seu estabelecimento. No que diz respeito, finalmente, à *medida da pena*, é surpreendente que Figueiredo Dias não retire da sua doutrina da personalidade quaisquer consequências concretas, mas apenas a encare como “horizonte de compreensão” e “sentido fundante”²⁴⁵. Na Alemanha, foi sempre um argumento nuclear dos defensores da teoria do carácter o conseguir estabelecer-se por seu intermédio, ao nível da fundamentação da pena, uma ponte entre a culpa e a medida da pena.²⁴⁶ E a verdade é que também uma discípula de Figueiredo Dias procurou aplicar a sua doutrina no sentido de uma concepção unitária de culpa, como pressuposto e factor da medida da pena²⁴⁷.

3. SÚMULA

As legítimas objecções dirigidas à doutrina da personalidade em nada modificam o seu grande mérito: o ter colocado o homem – para lá da realidade positiva que o envolve e com que se depara – no centro da doutrina jurídico-penal da culpa. O olhar que lança para além do mundo empírico possibilita a irrenunciável *fundamentação para uma dogmática da culpa eticamente fundada*.²⁴⁸ Decerto que se pode questionar a utilidade (prática) de uma fundamentação da culpa ético-existencial ancorada no mundo transcendente, quando os resultados que ela oferece no mundo sensível concorrem com a teoria político-criminal dominante. Por mais correcta que seja esta objecção de um ponto de vista prático-empírico,

²⁴⁴ Criticamente, com razão, ROXIN (como na nota 137), p. 649; do mesmo Autor, AT I, § 19 n.º marginal 32. Todavia, para Figueiredo Dias, contrariamente a Roxin, não se trata de uma comunicação pessoal, naturalisticamente entendida, entre o juiz e o agente na audiência, mas antes de uma compreensão, ou pelo menos, uma explicação do facto pelo juiz (assim também CURADO NEVES [como na nota 124], Cap. VII n.º 6 antes da nota 63).

²⁴⁵ *Liberdade* (como na nota 3), p. 182. Qualquer outra solução seria um “erro metodológico” por a medida da pena apresentar problemas específicos. Também no seu trabalho sobre as consequências jurídicas do crime (como na nota 245) o A. se refere à “personalidade do agente” somente como ponto de ligação genérico entre a doutrina geral do crime e a medida da pena (§ 287).

²⁴⁶ Cf., por todos, EB. SCHMIDT (como na nota 142), p. 372, onde defende a teoria da culpa na condução da vida; assim como ID., “Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs”, *NJW* 1967, 1929, p. 1939 s., onde critica as regras da medida da pena previstas no § 59 1-1, do AE (como na nota 134) por serem “vazias”, visto que delas não resultaria qualquer critério relativo à personalidade, à excepção, quando muito, do § 59 1-4, que remete para o “comportamento posterior ao facto”. Cf. também HERTZ (como na nota 142), p. 65, *passim*, a favor de uma unidade do juízo de culpa referido ao ilícito-típico e à medida da pena.

²⁴⁷ MIRANDA RODRIGUES (como na nota 117), p. 476 ss.

²⁴⁸ Em sentido próximo, HÜNERFELD (como na nota 43), p. 197.

ela em nada altera o facto de que a fundamentação jurídico-filosófica da doutrina da personalidade *ajuda* a conferir uma legitimação mais sólida à (imprescindível) *atribuição da culpa* enquanto mero propósito político-criminal e racional-teleológico²⁴⁹. Simultaneamente, deve ver-se na doutrina da personalidade um requisitório decisivo e convincente a favor de um *sistema penal jurídico-filosoficamente referido e esclarecido*. Finalmente, o significado da personalidade para o facto, com a fundamentação dada por esta doutrina, não só reforça a ligação – também sublinhada pela teoria do carácter – entre a culpa como pressuposto e como factor da medida da pena, mas sugere também uma *consideração da personalidade do agente* diferenciada, logo no momento temporal do estabelecimento da culpa (em princípio, ligado ao facto).

²⁴⁹ O que também é (provavelmente) reconhecido por CURADO NEVES (como na nota 124), Cap. VII n.º 3 depois da nota 43.