

Caracteres da Culpabilidade Enquanto Medida da Pena

Cássio Benvenuto de Castro
Juiz de Direito no Rio Grande do Sul

INTRODUÇÃO

A categoria jurídico-penal da culpabilidade não se apresenta perfeita e acabada. Pelo contrário, trata-se do mais complexo instituto da doutrina criminal - sequer há univocidade acerca da sua inclusão topológica: a culpabilidade integra o conceito de crime (escolas tripartite) ou apenas significa o liame que relaciona o injusto (fato típico e antijurídico) à pena (escola bipartite, de vasta aceitação no Brasil)? A vastidão de angústias doutrinárias exclama-se em Roxin, ao referir que *“la culpabilidad es un tema eterno del Derecho Penal y su principal problema específico: tanto en su existencia y en sus presupuestos como en la constatación de su fundamento y medida está expuesta a dudas que nunca serán despejadas; y ello, no obstante, debe al mismo tiempo servir de soporte y legitimación al Derecho Penal”*¹. Nos últimos dois séculos, inúmeras correntes científicas sucederam criteriosos estudos dessa problemática, que não permanece alheia às intempéries positivadas na legislação. Afinal, parece não existir parcimônia acerca da função e/ou posição sistemática da culpabilidade, vez que obscurecidas pelo laconismo codificado ou momentaneamente recortado em reformas legais contraditórias.

¹ ROXIN, Claus. *“Culpabilidad, prevencion y responsabilidad em derecho penal”*. In: *Culpabilidad y prevencion em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Editorial Réus, 1981, p. 147.

Corriqueiro exemplo metafórico talvez autoexplique, perfunctoriamente, a topologia da culpabilidade na dinâmica analítica do direito penal. Imagine-se certo indivíduo erguendo um copo de líquido à própria boca, com a finalidade de saciar a sede. Digamos que o conteúdo do recipiente significa o injusto (fato típico + contrário ao direito). A compleição física do sujeito sedento - e seus desdobramentos morfofisiológicos dali e conseqüentemente advindos - representam corolário da incidência da norma penal (seja a pena, a medida de segurança ou, numa concepção roxiana, a desnecessidade da intervenção criminal máxima). De sua vez, o copo/taça, seja a forma que detiver, representaria a culpabilidade. Quero dizer, esta categoria transcende posição dogmática de requisito intrínseco do crime ou inerente à teoria da pena - justamente, ela exercita o liame que relaciona o injusto aos respectivos consectários interventivos penais: o preceito da norma penal (sanção).

Daí a significativa importância da culpabilidade: trata-se de *link* valorativo de conexão, por vezes reputado açodadamente pressuposto da pena - isto é, categoria técnico-axiológica que relaciona o crime a seu consectário lógico normativo: o preceito da norma, popularizado no signo 'pena'. Pelo caráter de 'entrelugares' categorial, natural a gama das discussões que circundam o tema.

Vislumbrada tridimensional e analiticamente, a singela metáfora denota multifária funcionalidade da culpabilidade. Num primeiro momento, constitui limite da intervenção penal (ou, como referido, das conseqüências preceituais normatizadas pela sanção) - o tamanho do copo/vasilhame não permite (maior)² escala de ingestão de líquido que a sua medida; noutra linha de visada, a culpabilidade é o fundamento da pena - ora, não fosse o tal depósito do líquido, impossível (pelo menos, civilizadamente) a ingestão saciadora; finalmente (e complementando as duas ideias subjacentes), o recipiente se presta de medida, dosagem, grau

² A culpabilidade como princípio estabelece barreira à potestade interventiva penal. Tanto em termos absolutos - de açodar a punição, ou não - como relativos; no sentido de maior ou menor ingerência da sanção.

de reparação da necessidade corporal, de maneira semelhante ao critério positivado no art. 59, do CP - níveis de reprovação da conduta, reproche medidor da pena.

Obviamente que o arremedo gráfico exemplificado não resolve seculares celeumas travadas acerca da culpabilidade. Tampouco ombrearia tal pretensão nessas apertadas linhas monográficas. Entretanto, de alguma espécie delimita a variação conceitual desta categoria jurídico-penal como um *entre-lugares* - estranho às teorias do crime e da pena. Com efeito, o signo 'culpabilidade' é utilizado em diversos *sentidos* na doutrina penal. Trata-se de palavra aparentemente singela (para os desavisados) que reúne, no mínimo, uma tríade estrutural: (a) culpabilidade como princípio, (b) categoria dogmática jurídico-penal (fundamento da pena) e, no devir analítico, (c) medida da pena. Frequentemente, essas três assertivas promiscuem-se descriteriosamente bem como se tangenciam, reciprocamente, em caracteres tecnicamente incommunicáveis entre si.

Sem embargo, a trilogia polissêmica não refuta o entendimento funcional do instituto, de acordo com orientação de Luiz Flávio Gomes³: (a) a culpabilidade é fundamento da pena; (b) fator de graduação da sanção; e (c) limite da potestade punitiva. Caso surpreenda as variegadas acepções da melhormente discutida entidade da academia criminal, pode-se ressaltar que referidas diretrizes não são antitéticas e/ou excludentes. Pelo contrário, complementam-se na dinâmica da avaliação penal como ciência eminentemente pragmática, todas resultantes de fundamentos comuns e propulsionadoras de indelével consequência: a intervenção (ou não) maior ou menor do sistema penal sobre as condutas aferidas judicialmente. Vale dizer, a culpabilidade não define a estática do direito penal, mas determina, na sua evolução teórico-praxista, para onde o direito penal está se conduzindo - o futuro do direito penal depende do destino da culpabilidade!

³ GOMES, Luiz Flávio. "Sobre a tríplice função da culpabilidade em direito penal". In: www.direitocriminal.com.br, acesso em 15/04/2001.

Essas linhas cingem-se à terceira dimensão da culpabilidade - ou seja, caracteres do instituto como graduação da sanção penal⁴. Afinal, culpa reserva o significado de reprovação; e seja ela maior ou menor, em sua dinâmica racional, somente permite similar cisão analítica de molde a facilitar o estudo; situação deveras mitigada na pragmática forense do instituto. A pena criminal representa a mais evidente manifestação do estado. À crise de identidade da própria entidade estatal, culminam as intempéries da culpabilidade, que padece de eminente reformulação normativa contemporânea. Os novos direitos consagrados *efetivamente* aos indivíduos programam a (re)leitura de clássicos institutos de todos ramos do direito sem embargo de, não raro, permanecerem legislativamente atarracados a intransigências oitocentistas. O juízo da culpabilidade não permanece alheio a tal realidade - imiscuída a uma nova dinâmica social, exige (re)paginação teleológica, pena de parecer soterrado, discursivamente, às variações ontológicas de outrora como categoria mais problemática da esfera criminal.

1. PRESSUPOSTOS DE ANÁLISE

Prefacialmente à caracterização medidora da culpabilidade, impende brevíssima referência às duas variantes subjacentes do tema, parcelas indissociáveis da incidência do reproche, e que culminam à dissecação sistemática do instituto: uma concepção principiológica, de importância limitativo-garantista imprescindível; e outra dogmática, corolário normativo e sistematizador dos pressupostos valorativos do juízo de reproche.

1.1. Princípio da culpabilidade: limite à potestade punitiva. Ruptura epistemológica do nexos de imputação objetivo

O direito sancionador primitivo fundava-se na possibilidade da imputação do resultado ao agente independentemente dos aspectos subjetivos (dolo) e normativos (culpa) de sua conduta.

⁴ Esta reflexão, como subentende o título epigrafoado, não se aventura a considerações psicanalíticas e/ou juízos ético-sociais. Tampouco se aprofunda à epistemologia filosófica, deveras enriquecedora ao substrato do assunto. Adstringe-se a considerações normativas, seja de cunho legislado e/ou doutrinário.

Tratava-se de singela aritmética: a cada evento oriundo duma causa fisicamente identificada, o indivíduo (ou grupo deles) sujeitar-se-ia(m) à intervenção criminalizadora. Esse desdobramento, absolutamente fisiológico (em detrimento dos programas valorativos/subjetivos), não ocorria apenas quando se punia em decorrência da causação de resultado unívoco, mas também nas ocasiões em que a pena é sensivelmente agravada em razão da exclusiva causação do ilícito (crimes qualificados pelo resultado desprezadores dos elementos subjetivos/normativos do injusto). Na leitura de Nilo Batista⁵, tratava-se duma responsabilidade *objetiva e difusa*.

Apesar de, atualmente, aparentar fenômeno longínquo da atual problemática jurídico-penal, a responsabilidade objetiva imperou durante vários séculos no ambiente punitivo. Na totalidade das civilizações clássicas, o nexó de imputação era rigorosamente alheio às intempéries voluntarísticas individuais dos agentes. Ressalta Luiz Luisi⁶ que, somente no alvorecer da Idade Média, a importância da vontade começou a ser admitida na responsabilização das práticas delituosas. Peculiaridade a denotar, em termos da história do direito, o caráter relativamente incipiente da limitação da voracidade punitiva pela subjetivação/normativização do injusto. A depuração das mazelas objetivas do direito penal consolidou-se, com foros similares aos contemporâneos, pelos práticos italianos e pós-glosadores, ao identificarem na *culpa lato sensu* um conceito genérico, também abrangente do dolo - ou seja, sentido de tudo que seria 'repreensível'. Mesmo assim, campos residuais de cunho objeti-

⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 102. Objetiva, por desprezar os mezinhos aspectos subjetivos da conduta; difusa, por considerar plausível a responsabilização coletiva. Batista chega a dar o exemplo do construtor que, por um defeito fortuito da obra, vitima o filho do consumidor dos seus serviços de empreitada. Em conseqüência, no direito antigo, o filho do construtor deveria responder, na mesma proporção, pelo sinistro - lida decorrência do caráter difuso e objetivo do evento.

⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 33. O autor comenta que, apesar de haver notícias residuais de estudos da voluntariedade no desdobramento do fato-crime por volta do século VIII, formalmente, somente nos primeiros decêndios do século XVI, pode-se afirmar uma preocupação significativa pelo afastamento da responsabilização objetiva no quadrante do direito penal.

vo permaneciam no direito medieval, resumidas no instituto da *versari in re illicita*⁷.

De fato, a ideia de responsabilidade objetiva é antitética a todas reflexões inerentes ao juízo de reprovação de fatos individuais. Os axiomas basilares do *nullum crimen sine culpa*, desde seus cotejos introdutórios, formularam-se de molde a limitar, em todas manifestações estatais (legislativa, executiva e judiciária), o domínio eminente dos sistemas penais⁸. Também pudera, o liame causalista-objetivo no direito penal, ressaltam Zaffaroni e Pierangeli, é “forma de violar o princípio de que não há delito sem culpa, isto é, diz respeito a uma terceira forma de tipicidade, que se configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado, sem se exigir que esta causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente”⁹. Disso ecoa: o princípio da culpabilidade elidiu o nexó de imputação físico-objetivo, num primeiro momento açambarcando todos seus conseqüências hoje visualizados mais tecnicamente - as normas da responsabilidade pessoal e subjetiva. A partir desta ruptura epistemológica instrumentalizada pela *culpa lato sensu*, numa época na qual os caracteres objetivos do fato-crime estavam todos no tipo e, na culpabilidade, os demais requisitos subjetivos/normativos, a teoria psicológica da culpabilidade assumiu significativa expressão teórica consolidadora dessas impressões doutrinárias. As maiores conquistas do princípio da culpabilidade, salienta Roxin¹⁰, foram a eliminação do acaso e a superação do direito penal do resultado. Sem embargo, o legado contemporaneamente sufragado (já que meramente descritivo-naturalista) por esta semântica ressalta-se na peculiaridade de permanecerem arraigados no bojo do princípio da culpabilidade

⁷ Significa responsabilizar por algum evento cuja previsibilidade não se enquadrava no desdobramento fático querido ou vislumbrado pelo agente.

⁸ Sistemas penais no sentido organismos estatais engendrados para persecução (*lato sensu*) do crime em todas suas perspectivas.

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 451/2.

¹⁰ ROXIN, Claus. “A culpabilidade e sua exclusão no direito penal”. *In: Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 135.

frequentes sinonímias¹¹ que lhe promiscuem a depuração técnica sem, contudo, representar retrocesso pragmático digno de nota. De toda sorte, vale refrisar que a culpabilidade surgiu norteadando a limitação do poder de punir em termos subjetivos/normativos, subdividindo-se, atualmente, em três premissas basilares do direito penal democrático: os princípios da (a) culpabilidade; e da responsabilidade (b) subjetiva e, finalmente, (c) pessoal.

Esta aparente rarefação conceitual subentende-se ao caráter principal desta dimensão jurídico-penal da culpabilidade. Com Humberto Ávila, “princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”¹². Assim, na categoria de princípio, malgrado a tergi-versação semântica de outrance, tem-se agora preceito garantista: em seu norte, verticaliza-se a dignidade da pessoa humana; e como meta, delimita-se a (maior/menor) potestade punitiva.

1.2. Categoria dogmática jurídico-penal: culpabilidade fundamento da pena

A virtude constitucional do princípio da culpabilidade é dú-
plice, esclarece Nivaldo Brunoni, “inscrevendo-se ora como fun-
damento da pena e do próprio *jus puniendi*, ora como limite da
intervenção punitiva do Estado. Como fundamento da pena, pro-
jeta o sistema penal numa perspectiva ética, no centro da qual
está o homem como sujeito de responsabilidade moral, entendido,
pois, em sua característica capacidade de autodeterminação, para
o mal e para o bem. Como limite da pena, reponde à exigência
de evitar que o Estado, na persecução da finalidade preventiva,
abuse de seu poder punitivo e chegue, até, a ‘ferir’ o respeito ao

¹¹ Genericamente, o princípio da culpabilidade tem se prestado a um conceito “guarda-chuva”: acolhe na sua categorização outras decorrências principiológicas passíveis de diferenciação analítica - v.g. os princípios da responsabilidade pessoal e subjetiva.

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

qual não se põe nenhuma exigência de irrogar pena; como limite da pena, projeta o sistema numa perspectiva utilitarista na qual o maior perigo é o de instrumentalização do homem para o ‘homem comum’”¹³.

O princípio da culpabilidade - baliza material/formal preferencial à intervenção estatal - não estabelece de maneira absoluta os caracteres da reprovação no exame jurídico-penal. Influencia decisivamente, sem embargo de permanecer em aberto a estrutura analítica do culpável. Isto é, o sentido ora examinado da reprovabilidade, seus pressupostos formais topológico-normativos se delineiam num segundo momento: quando do entendimento da culpabilidade como categoria dogmática do crime.

Neste capítulo, em apertado esboço, mister se elencar os caracteres da escola sobremaneira majoritária no direito brasileiro, capitaneado pela doutrina de Welzel, marco finalista estrutural da culpabilidade à vista de seus requisitos positivos e, por exclusão antitética, negativos. Com Cezar Bitencourt¹⁴, hoje os pressupostos da culpabilidade são: capacidade de autodeterminação; consciência da ilicitude; e a exigibilidade de outra conduta. A ausência destes elementos é suficiente para impedir a reprovação da conduta. De outro lado, o acerto positivo de tais caracteres justifica claramente o ‘porquê’ e ‘para que’ da pena estatal - fundamento do preceito punitivo institucionalizado.

1.2.1. Teoria normativa pura

A escola *neoclassista* possuía natureza mista: apesar de consagrar a noção de reprovabilidade - conceito de inegável carga axiológica -, não depurou a culpabilidade dos aspectos psicológicos endógenos à individualidade do agente. Dolo e culpa ainda permaneciam requisitos/formas promiscuídos na valoração do objeto tópico fato-crime. Considerando reprovação sinônimo de

¹³ BRUNONI, Nivaldo. Princípio da culpabilidade: considerações, fundamento, teoria e consequências. Curitiba: Juruá, 2008, p. 30.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. “Alguns aspectos da culpabilidade na atualidade”. In: *Revista dos tribunais*, n. 756, p. 426.

culpabilidade, a teoria normativa purificou a dogmática da teoria do delito, decantando seus requisitos específicos.

No despertar do segundo terço do século XX (década de 1930), o gênio de Hans Welzel não discriminou inéditos elementos ao fato-crime. Todavia, à guisa dos caracteres de antemão identificados, readequou-os sistematicamente, acarretando significativa evolução na dogmática do direito penal. O trabalho protético do professor alemão separou, definitivamente, as peculiaridades subjetivas - intrínsecas ao agente do fato - das valorativas: estas sim, constitutivas do juízo de reprovação pertinente à cognição do julgador. A culpabilidade em Welzel, resume Lobato, está “inserida no sistema finalista do delito, o qual trabalha com as estruturas lógico-reais, também denominadas ontológicas. A vontade é a característica fundamental da ação finalisticamente orientada, sendo que, enquanto nos crimes dolosos o tipo penal abrange a própria ação final, nos delitos culposos o tipo penal cuida do modo de execução da ação final frente a consequências sociais não incluídas na vontade do agente”¹⁵.

Com efeito, a vertente finalista da culpabilidade não formulou novos requisitos integrativos da dogmática do crime, tampouco suprimiu os de antemão identificados pelo neokantismo. Tão somente reordenou a posição sistemática da matéria-prima existente, propondo a depuração das estruturas formais do delito, à guisa da observação da natureza própria dos objetos da observação. O significado da conduta pertencia à ontologia das coisas. Daí Brunoni afirma: “a partir de então, a dogmática se encaminhará à ‘subjetivação’ do tipo e à ‘normatização’ da culpabilidade, pondo em prática o que se passou a denominar ‘etização’ do Direito Penal: reprovação em razão da inobservância do dever de se omitir da prática ilícita”¹⁶.

¹⁵ LOBATO, José Danilo Tavares Lobato. “Da evolução dogmática da culpabilidade”. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (org.). *Temas de direito penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 308.

¹⁶ BRUNONI, Nivaldo. *Princípio da culpabilidade: considerações, fundamento, teoria e consequências*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 148/9.

Em suma, a dogmática precedente à concepção finalista separava obsessivamente os requisitos externos e, por decorrência, objetivos do injusto, daqueles internos, por sua feita subjetivos. Todo externo-objetivo era reputado inerente à anti-juridicidade; a parcela interna-subjetiva era associada à culpabilidade, mera relação anímica do autor ao resultado, situação contra a qual Welzel disparou seus estudos: “As doutrinas do tipo e do injusto dão guarida, cada vez mais, a elementos anímicos, que haviam sido atribuídos, em princípio, erroneamente, ao conceito de culpabilidade: primeiro os elementos subjetivos do injusto e depois a vontade de ação. O conceito de culpabilidade, como tal, não compreende, ao contrário, elementos subjetivos-anímicos e conserva apenas o critério normativo da reprovabilidade, com base no qual se examina se a vontade de ação é culpável. Nesse processo não se perdeu nenhum dos elementos anteriores, mas cada um ganhou um lugar mais apropriado, devido ao conhecimento da estrutura final da ação. Com o que estamos em condições de chegar à solução correta dos problemas da ação, da tipicidade e da antijuridicidade dos delitos dolosos e culposos, do conceito da culpabilidade, do erro de tipo e do erro de proibição”¹⁷.

Outrossim, superando a promiscuidade histórica entre o erro de *fato* e o de *direito*, Welzel definiu a posição topológica da “potencial consciência da ilicitude”, adotando a teoria “limitada da culpabilidade”. Assim, a figura do erro de tipo exclui dolo e/ou culpa sem tocar ao juízo de culpabilidade; de outro lado, a categoria do erro de proibição elide ou atenua o potencial conhecimento da ilicitude, remanescendo incólume o caráter do injusto. “*El error de prohibición, en cambio, deja intacto el dolo del hecho y se refiere - con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho - a otros fundamentos que están fuera del tipo, que excluyen la antijuridicidad*”¹⁸. Esta perspectiva deve-se à depuração

¹⁷ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92.

¹⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal - parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma editor, 1956, 177.

ontológica do elemento subjetivo do tipo. Cediço que, ao adotar o dolo natural e separar a *voluntariedade* mais a *previsão*¹⁹ da “consciência da ilicitude”, utilizando-se da escansão outrora proposta por Dohna (separação da valoração do objeto *versus* objeto da valoração), Welzel delimitou os lindes problemáticos do erro jurídico-penal - a exclusão da consciência da ilicitude deixaria incólume o exame da tipicidade; o erro de tipo refuta o dolo (e/ou a culpa) sem, contudo, malferir a valoração da culpabilidade.

Nesta porfia, a culpabilidade tornou-se puro juízo valorativo, um juízo de censura cotejado ao fato do agente. Tal reprovação situa-se na crítica de quem examina a conduta alheia (jugador), tendo por matéria-prima tópica o agente do crime e seu fato criminoso²⁰. No caso em exame, era-lhe possível e exigível outra conduta conforme o direito. Em vista disso, tem-se como pressupostos da culpabilidade na teoria normativa pura a: (a) possibilidade do indivíduo autodefinir-se (imputabilidade); (b) potencialidade de compreender o caráter ilícito de sua demanda (potencial conhecimento da ilicitude); e (c) a possibilidade concreta do agente atuar agir de outra forma, conforme o direito (exigibilidade de outra conduta).

2. MEDIDA DA PENA: GRAUS DE CULPABILIDADE

Brevemente verificados os limites materiais à intervenção penal (princípio), tanto quanto fundamentados positiva/negativamente os requisitos da reprovação como categoria dogmática jurídico-penal, o derradeiro sentido da culpabilidade transparece na medição da pena. Na verdade, o exercício mental do julgador apresenta-se progressivo em sua dinâmica: após acertar os aspectos primários da potestade punitiva (limites à potestade estatal) e cotejados os pressupostos positivos da concreção reprovatória (fundamento da pena), resta-lhe quantificar a resposta interventiva penal. Com efeito, o parâmetro de censura imputado às condutas oscila gradualmente, cotejada a intensidade da energia delitativa perpetrada ao evento. Neste momento, a culpabilidade define

¹⁹ Para o finalismo, dolo açambarca a vontade mais a previsão (natural) do desdobramento fático (conduta+nexo+resultado). A consciência da ilicitude fica relegada à culpabilidade.

²⁰ Assis Toledo, *op. cit.*, p. 230.

o 'como/quanto' punir de acordo à situação concreta julgada - trata-se de sentido gestor da pena.

Cedição que tanto o injusto como a culpabilidade²¹ - categorias pressupostas do preceito sancionador - são conceitos graduáveis. A magnitude da infração, já em abstrato²² (e, também, na análise casuísta), comporta variações de acordo com o montante de danosidade social extrínsecas do fato-crime. Similarmente, a culpabilidade, segundo Jescheck²³, mede-se pelo grau de reprovação da situação concreta, levando-se em consideração os motivos e metas do réu, caracteres internos objetiváveis²⁴ no delito e o patamar de contrariedade ao dever nos atos culposos. Ou seja, examina-se a totalidade da situação - externa ao agente e objetivamente constatada pelo fato praticado.

Em decorrência, o Código Penal brasileiro menciona a culpabilidade como fator de graduação da pena. No art. 29, concebe-a como limite²⁵ máximo da punição, ao estabelecer que apenas sancionará o agente na 'medida de sua culpabilidade'. Tal referência ostenta a concepção unilateral da culpabilidade, advogada por Roxin, para o qual a pena não pode superar o limite

²¹ Vale reforçar que a culpabilidade não é pressuposto do crime; mas pode ser classificada, consoante Luiz Flávio Gomes (*in*: Sobre a tríplice função da culpabilidade em direito penal, *op. cit.*), como requisito do fato punível. Neste, adentram o injusto, a culpabilidade e a punibilidade.

²² Também, de acordo com a situação concreta, o grau de injusto pode ser graduado. *V. g.* a reparação voluntária do dano (atenuante ou minorante pelo CP).

²³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal - parte general**, v. II. Trad. S. Mir Puig; F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 1207.

²⁴ Seria humanamente impossível ao julgador, avaliar situações anímicas inerentes às condutas dos indivíduos. Certamente que todos desenvolvimentos voluntarísticos manifestam-se e, por decorrência, demonstram-se probatoriamente, através de 'instrumentais' objetivos sensíveis à percepção terrena. Estes caracteres conceituais 'indicadores' dos fenômenos anímicos são denominados, segundo Hassemer, de Dispositionsbegriffe - circunstâncias objetivas (externas ao agente) que indicam sua tendência anímica. *In*: **Fundamentos del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde; Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, sd, p. 227.

²⁵ Óbvio que, ao se falar em limite, está presente a noção do sentido da culpabilidade como princípio - sua função político criminal de elidir a potestade punitiva, seja em absoluto ou aos quadrantes proporcionais à conduta do agente. Outrossim, o art. 29, do CP, ao limitar, subentende a quantificação, semântica também atribuível à culpabilidade nesta terceira dimensão - a medida da resposta penal.

da culpa (*lato sensu*) do agente; todavia, antevendo necessidades preventivas, a sanção pode ser tributada em patamar inferior ao grau de reprovação. “*Sólo cuando las necesidades de prevención general y especial así lo exijan, puede la pena imponerse hasta el límite máximo que representa el grado de culpabilidad*”²⁶. Esta construção subentende a reconciliação do direito penal à política criminal, tributando-se balizas máximas ao sancionamento.

De outro lado, o mesmo CPB acolhe, no art. 59, a concepção bilateral²⁷ da culpabilidade, de mais larga aceitação no meio acadêmico - por refletir o caráter de eminência retributiva da resposta penal. Ao lado de outras circunstâncias judiciais, ‘o juiz, atendendo à *culpabilidad*’, fixará a pena-base. Significa que a extensão e a gravidade da pena não podem superar, em momento algum, o limite da culpabilidade; tampouco seria admissível se impor uma sanção inferior ao grau de reprovação examinado à conduta. Neste processo, acena Brunoni, busca-se a “aplicação de uma pena que reflita o grau de censura que recai sobre a conduta do agente, não só por ser questão de justiça, mas também porque a pena adequada à culpabilidade assegura melhor a pacificação e a vigência das normas penais”²⁸. De fato, a proporcionalidade entre pena e culpabilidade fomenta consenso social e a própria aceitação do condenado na sua nostalgia reflexiva.

Respeitável entendimento doutrinário considera esta terceira dimensão da culpabilidade como mero desdobramento dinâmico do fundamento da pena. Seriam faces cronologicamente distintas do mesmo instituto jurídico: enquanto categoria dogmática, a culpabilidade arrola os requisitos da reprovação; na derradeira perspectiva, apenas mede o grau de censura, sem distinção substancial. Paganella Boschi, ao comentar o art. 59, do CPB, aduz que “os antecedentes, a conduta, a personalidade, os motivos, as cir-

²⁶ ROXIN. Claus. Concepcion bilateral y unilateral del principio de culpabilidad - sobre la relacion entre culpabilidad y prevencion en la dogmatica jurídico-penal y en el derecho de determinacion de la pena. *In: Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. trad. Muñoz Conde. Madrid: Editorial Réus, 1981, p. 196.

²⁷ Idem, *ibidem*.

²⁸ *Op. cit.*, p. 316.

cunstâncias e as consequências do crime destinam-se a ajudar na aferição e compreensão pelo juiz de todos os aspectos inerentes à imputabilidade, à potencial consciência da ilicitude e à exigibilidade de conduta diversa, em suma, dos aspectos inerentes aos elementos estruturantes da culpabilidade”²⁹. Entretanto, o magistrado gaúcho tangencia a própria tese ao sustentar, logo a seguir, que o art. 59 projeta singularidades relacionadas ao conhecimento do “homem total”.

Justamente, esta figura de ‘totalidade’ invocada diferencia as dimensões da culpabilidade nas suas próprias essências. E por uma razão singela e flertada, *en passant*, pelo respeitável doutrinador: a culpabilidade, no âmbito da determinação da pena, é mais ampla que seu espectro como fundamento da sanção (versículo ‘2’), abarcando a totalidade das circunstâncias do fato. Leia-se, a estrutura positiva da culpabilidade (fundamento da pena) é amplamente independente do grau de reprovação. Roxin arremata: “*en la culpabilidad como fundamento de la pena se trata de si el autor debe ser castigado, es decir, de cuestiones como las siguientes: ¿pudo el autor actuar de otro modo?, ¿es necesario por razones preventivas sancionar penalmente su comportamiento? Los elementos de los que se deriva una respuesta afirmativa no se pueden, sin más, <extender> hasta el punto de que puede leerse en ellos la magnitud de la culpabilidad. Esta magnitud depende más bien de circunstancias en parte completamente distintas*”³⁰.

Daí ser corrente a majoritária defesa teórica de que fatores pertencentes à sistemática do injusto influenciam na medição da pena, ratificando a autonomia das dimensões da culpabilidade - enquanto *fundamento e medida*. A tese da ‘duplicidade do dolo’, formulada por Gallas³¹ e defendida domesticamente, entre outros,

²⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 220.

³⁰ “*Culpabilidad, prevencion y responsabilidad em derecho penal*”. In: *Culpabilidad y prevencion em derecho penal*. trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Editorial Réus, 1981, p. 180.

³¹ O elemento subjetivo possuiria dúplice função: situar-se-ia no tipo, mas também seria examinado quando do juízo de reprovação, na culpabilidade. Com efeito, Gallas questiona a separação dogmática intransigente entre o injusto e a culpabilidade, nos moldes rígi

pelo Prof. Luiz Flávio Gomes³², recolhe ao âmbito da graduação da censura os aspectos subjetivos e quantificáveis do injusto. Citando Wessels, Pierangeli sinaliza a inter-relação que, apesar de autônoma, referencia as categorias jurídico-penais: “assim como ‘injusto’ e ‘culpabilidade’ se correspondem um ao outro, subsiste uma relação de trocas entre a forma de conduta e a forma de culpabilidade do acontecimento punível. A realização dolosa ou negligente do tipo de injusto constitui, como forma de conduta, o correlato para a forma de culpabilidade estampada pelas ponderações da censurabilidade (estágios da culpabilidade), à forma de comissão dolosa ou negligente corresponde o tipo de culpabilidade dolosa ou negligente”³³. Tem-se conclusão similar numa interpretação histórica, à medida que o Código Penal, em sua redação original, não graduava a culpabilidade, mas a intensidade do “dolo”.

Desde Frank, o dolo e a culpa teriam a função de excluir ou graduar a culpabilidade. Ele serviu-se dos exemplos “do caixa que se apropria do dinheiro para despesas supérfluas e do empregado mal remunerado que o faz para debelar enfermidade da esposa (dolo) ou do cocheiro que, embora o risco de acidente, é obrigado a conduzir a carruagem sob a ameaça de ser despedido”³⁴. Cedição

dos diagnosticado pela ontologia finalista. O professor de Heidelberg, principal divulgador desta doutrina, refere que “la situación del dolo dentro del sistema no depende sólo de consideraciones ontológicas, como supone la teoría finalista, sino que constituye al propio tempo un problema de valoración”. E valoração, em termos jurídicos - ou seja, ciência atributiva/crítica por excelência -, não atine a uma específica categoria jurídico-penal, mas se imbrica a todos compartimentos da teoria penal.

Ou seja, injusto e culpabilidade não manteriam relação de coordenação aparentemente antitéticas, mas de complementariedade, apresentando graus de sucessividade incidíveis na cognição do delito. Em Gallas, o conceito de ‘dever’ seria idêntico tanto para a culpabilidade como para a caracterização do ilícito, apenas variando a perspectiva concretista da primeira em face do caráter generalizante da segunda. De outro lado, enquanto o injusto permanece afeto ao desvalor da ação e do resultado, a culpabilidade fornece subsídios à reprovação do ‘ânimo’ do autor do fato, nas circunstâncias delitivas valoradas. In: GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959, p. 62 e 63.

³² GOMES, Luiz Flávio. “Sobre a tríplice função da culpabilidade em direito penal”. In: *www.direitocriminal.com.br*, acesso em 15/04/2001.

³³ PIERANGELI, José Henrique. “Desafios dogmáticos da culpabilidade”. In: *Revista dos tribunais* n. 761, p. 452.

³⁴ *Apud* Paganella Boschi, *op. cit.*, p. 192.

que o dolo, desde o finalismo, não mais influi para exclusão da culpabilidade. Todavia, permanece latente a perspectiva teórica que afere o grau de reprovação pelas circunstâncias totais do fato - vale dizer, em se considerando a pessoa do agente, seu comportamento no evento e aspectos do injusto. Assis Toledo³⁵, referindo-se à teoria eclética (ou mista) adotada pelo CPB, ensina que a culpabilidade do art. 59 avalia-se em função da gravidade do “injusto”. Logo, o conceito da culpa quantificável é tríplice, segundo Johannes Gründel³⁶: ao mesmo tempo é culpa da ação, do autor e do todo - a primeira é incondicional, a segunda é condicionada e a terceira é difícil de julgar.

Decididamente, o termo “culpabilidade” utilizado como fator judicial do art. 59, do CPB, é infeliz. Trata-se de circunstância judicial que não se adstringe à *parcelaridade* dos demais aspectos ali mesmo elencados. Pela reflexão atravessada, neste derradeiro momento, a culpabilidade é o “todo” de censura quantificável, sem equivalência matemática aos outros sete caracteres, como supõe a leitura da indigitada regra.

Ad captadam benevolentiam, utilizo-me de conceito da psicologia, analogamente justificável à consideração da “totalidade”. O grau de reprovação fecha o “gestalt”³⁷ da conduta aferida. Isto é, a culpabilidade analisa simbioticamente não apenas as nuances do indivíduo, mas também aspectos objetivos/subjetivos do injusto, culminando na aferição de maior ou menor censura pelo evento como resultado do “todo”. Nessa perspectiva, a culpabi-

³⁵ Princípios que regem a aplicação da pena. In: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm>. Acesso: dez/2009.

³⁶ *Apud* Assis Toledo, *op. cit.*, p. 246.

³⁷ “A Psicologia da forma, Psicologia da Gestalt, Gestaltismo ou simplesmente Gestalt é uma teoria da psicologia que considera os fenômenos psicológicos como um conjunto autônomo, indivisível e articulado na sua configuração, organização e lei interna. A teoria foi criada pelos psicólogos alemães Max Wertheimer (1880-1943), Wolfgang Köhler (1887-1967) e Kurt Koffka (1886-1940), nos princípios do século XX. Funda-se na ideia de que o todo é mais do que a simples soma de suas partes.

Por volta de 1870, alguns estudiosos alemães começaram a pesquisar a percepção humana, principalmente a visão. Para alcançar este fim, eles se valiam especialmente de obras de arte, ao tentar compreender como se atingiam certos efeitos pictóricos. Estas pesquisas deram origem à Psicologia da Gestalt ou Psicologia da Boa Forma. Seus mais famosos pra-

lidade é termo “genérico” ou, segundo Mezger³⁸, ‘criterio rector determinante’ na graduação da pena, do qual são especificações perfunctórias a personalidade, os motivos, as circunstâncias, etc. Não seria absurdo referir que as circunstâncias judiciais são exemplificativas, à guisa da ‘totalidade’ concreta do culpável. Segundo Boschi³⁹, “as circunstâncias judiciais são meras coadjuvantes, colocadas pela lei à disposição do juiz para o procedimento de graduação da censura”, devendo-se ler a culpabilidade (medida da pena) como a resultante do somatório dos demais fatores regradados no art. 59, à medida que as partes formam o “todo”, porém a ele não se equiparam.

Assim, ao fixar a pena-base, o juiz deveria considerar, após análise das circunstâncias judiciais exemplificativas, o grau de censura/culpabilidade em três níveis: máximo, médio ou mínimo - aproximando-se do termo médio da pena in abstracto ou do termo médio/mínimo, conforme o caso. Referir que o agente era “imputável e atuou cômico da ilicitude” (como sói acontece em inúmeros julgados) seria repetir, agora no cálculo da pena, situação já

ticantes foram Kurt Koffka, Wolfgang Köhler e Max Wertheimer, que desenvolveram as Leis da Gestalt, válidas até os nossos dias. Com seu desenvolvimento teórico, a Gestalt ampliou seu leque de atuação e transformou-se em uma sólida linha filosófica.

Esta doutrina traz em si a concepção de que não se pode conhecer o todo através das partes, e sim as partes por meio do conjunto. Este tem suas próprias leis, que coordenam seus elementos. Só assim o cérebro percebe, interpreta e incorpora uma imagem ou uma idéia. Segundo o psicólogo austríaco Christian von Ehrenfels, que em 1890 lançou as sementes das futuras pesquisas sobre a Psicologia da Gestalt, há duas características da forma - as sensíveis, inerentes ao objeto, e a formais, que incluem as nossas impressões sobre a matéria, que se impregna de nossos ideais e de nossas visões de mundo. A união destas sensações gera a percepção. É muito importante nesta teoria a idéia de que o conjunto é mais que a soma dos seus elementos; assim deve-se imaginar que um terceiro fator é gerado nesta síntese”. In: SANTANA, Ana Lúcia. <http://www.infoescola.com/psicologia/gestalt/>, acesso em janeiro/2010.

Pelo ‘gestalt’, A+B não significa, meramente a conjunção das parcelas (A+b), mas forma-se um terceiro elemento ‘C’. Assim ocorre com a culpabilidade que, além de rele circunstância judicial, neste quadrante semântico, é a medida da censura; ou seja, o produto da simbiose das demais variáveis parciais.

Apenas num arremedo de atecnia que o art. 59, do CP, parece ter equiparado a culpabilidade aos demais coadjuvantes da pena-base.

³⁸ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, tomo II. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, p. 498.

³⁹ *Op. cit.*, p. 221.

motivada para se concluir pela condenação. Reitero o perigo da reles tautologia: ao estabelecer a pena-base, o magistrado não deve ressaltar a culpabilidade fundamento da sanção; isto desqualificaria a medida da censura e resultaria em contraditório *bis in idem* - óbvio que, para calcular a pena, precedentemente, deve ter sido estabelecida a reprovabilidade da conduta examinada.

Em termos científico-ideais, esta seria a leitura da culpabilidade como grau de censura: máxima, média e mínima. Todavia, em virtude da redação positiva do art. 59, do CP - que parece equiparar as circunstâncias parciais à culpabilidade -, a doutrina propõe solução acolhedora da tese de Gallas⁴⁰. Ou seja, fala-se em graus de 'dolo' e da 'culpa'. Daí, a 'culpabilidade' do art. 59, num chofre de artificialismo, estipula tríplice noção de censurabilidade: três noções graduáveis do elemento subjetivo - menosprezo (dolo direito de segundo grau), desprezo (dolo direto de primeiro grau) e indiferença (dolo eventual); e três ideias de culpa no sentido estrito - levíssima, comum/leve e grave. Esta correção valorativa, pretensamente, assegura a aplicabilidade da 'culpabilidade' circunstanciada, assistematicamente, no Código Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS ARTICULADAS

1. A culpabilidade exercita o *link* axiológico entre o injusto e a pena criminal. Logo, sua localização sistemática é estranha às teorias do crime e da sanção, pautando verdadeira categoria 'entre-lugares' jurídico-penal. A depender da corrente acadêmica defendida, poder-se-á aproximar o postulado normativo da reprovação à teoria do delito ou à da sanção (injusto - culpabilidade - pena).

⁴⁰ Por todos, vale ressaltar posição de Fernando Capez - "dolo e dosagem da pena: a quantidade da pena abstratamente cominada no tipo não varia de acordo com a espécie de dolo, conduta, o juiz deverá levá-la em consideração no momento da dosimetria penal, pois, quando o art. 59, *caput*, do CP manda dosar a pena de acordo com o grau de culpabilidade, está-se referindo à intensidade do dolo e ao grau de culpa, circunstâncias judiciais a serem levadas em conta na primeira fase da fixação. Não devemos confundir culpabilidade, que é o juízo de reprovação do autor da conduta, com grau de culpabilidade, circunstância a ser aferida no momento da dosagem da pena e dentro da qual se encontram a espécie de dolo e o grau de culpa". *Op. cit.*, p. 206.

A referência açodada de que a culpabilidade é pressuposto da pena não explica suas conexões semânticas precípuas. Todos fatores precedentes ao preceito/sanção - ou seja, integrantes do suporte fático abstrato da norma penal (tipicidade + ilicitude) - enquadrar-se-iam, sem distinção, como requisitos da pena. A tipicidade e a ilicitude como causas, conectam-se *pela* culpabilidade, ao predicado pena. Neste exercício, analiticamente, a reprovabilidade apresenta-se em diferentes sentidos coarctados às sua tríplice funcionalidade: (a) limita a intervenção punitiva; (b) fundamenta positiva/negativamente a subsunção do delito à modelagem normativa penal; (c) e quantifica o montante de reprovação.

2. O princípio da culpabilidade - num primeiro momento identificado pela ruptura epistemológica transacionada pela teoria psicológica da culpabilidade - representa a superação do nexo de imputação objetivo no direito penal. Contemporaneamente, sua consagração imanente nas constituições sintetiza o limite à intervenção penal aos patamares da responsabilização pelo fato voluntário e pessoal do agente.

Em seu norte, preconiza a dignidade da pessoa humana; como meta, identifica os limites à potestade punitiva estatal em todos níveis de intervenção institucionalizada (legislativa, judicial, executiva).

A categoria dogmática da culpabilidade açambarca, no transcorrer das correntes teóricas que lhe estruturam o conteúdo, diferentes pressupostos positivos e, por exclusão, negativos da imputação concreta. Além dessa função de garantia, sistematizou-se a reprovabilidade da conduta do agente como fundamento da pena, situada na intersecção das teorias do crime e da sanção.

Vale reforçar - a depender da corrente adotada-, a culpabilidade aproxima-se à categoria do delito ou da pena.

3. No derradeiro momento do raciocínio axiológico pelo julgador, a culpabilidade presta-se à medição da censura atribuível ao evento do agente. Trata-se de dimensão autônoma em relação à reprovação-fundamento, sopesado o desdobramento dinâmico conatural desta análise científica. Exemplos desta perspectiva identificam-se nos arts. 29 e 59, do CPB.

A tese de Gallas explica a duplicidade do dolo nas circunstâncias judiciais. No entanto, não apenas à guisa do elemento subjetivo é de ser adotada esta corrente, mas à vista da “totalidade” das circunstâncias do caso, o que inclui o grau de reprovação do injusto. De fato, a “culpabilidade” do art. 59 transcende a parcelaridade dos demais fatores judiciais (personalidade, motivos, etc.) - estes sim, seriam mais bem compreendidos como coadjuvantes do “todo”, a culpabilidade como medida da pena.

4. A pena criminal simboliza a intervenção máxima institucionalizada pelo direito/Estado na vida em sociedade. Tanto que a evolução das estruturas comunitárias, refletidas nas relações de poder, subentende diferentes perspectivas sancionatórias ao longo dos tempos.

A culpabilidade, nas diversas linhas semióticas, é (a) princípio de política criminal, (b) fundamento e, também, (c) medida da pena. Representa a limitação concreta e quantificável do arcabouço punitivo-interventor mais sensível do Estado perante a respectiva comunidade. Em vista destas considerações, diga-me sua concepção acerca da categoria jurídico-penal da culpabilidade que lhe direi aquilo que entende sobre a implicação metodológica do direito penal e, por decorrência, da relação/abjuração do estado e o respectivo povo.

Sobremaneira significativa que, em detrimento da natureza dos institutos jurídicos, na dinâmica globalizada contemporânea, grassa a discussão de para onde vai o direito e a conseqüência organização social⁴¹ - daí a peremptória importância do enlace teleológico da culpabilidade no cenário jurídico-penal. 📄

⁴¹ O direito é produto social; mas a sociedade, à vista da força normativa dos novos direitos e das estruturas estatais da atualidade, em várias sortes é influenciada pela cogência dos sistemas normativos. Logo, têm-se relações circulares de complementariedade que, aos sobressaltos, atingem estabilidades provisórias - a sociedade forma/influi (n) o direito, mas é por ele influenciada.