

2

A ANÁLISE DA CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

Christyano Lucas Generoso

1. INTRODUÇÃO

Dentre as várias tarefas reservadas ao magistrado por ocasião da prolação da sentença penal condenatória, uma das que ensejam mais equívocos ou debates é a respeito da análise da culpabilidade, como circunstância judicial, por ocasião da dosimetria da pena.

O trabalho da dosimetria da pena é, de certo modo, complexo, sendo realizado em três fases, sempre obedecendo aos ditames legais e, principalmente, à determinação constitucional de fundamentação das decisões. Para tanto, o artigo 59 do Código Penal traz oito circunstâncias que devem ser analisadas pelo magistrado para a fixação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, levando sempre em consideração os fins da pena, quais sejam: a reprovação e prevenção do delito. Essas circunstâncias são a baliza a ser observada pelo magistrado para fazer a pena se fixar em certo ponto dentro do máximo e do mínimo da pena cominada em abstrato.

Sete dessas circunstâncias – antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima – quando não são autoexplicativas, são de fácil compreensão, não necessitando de grande aprofundamento jurídico.

Todavia, tal não acontece com a primeira circunstância, a culpabilidade, cujo conceito não é de imediata compreensão. O que enten-

der por culpabilidade nesta ocasião? O que analisar a este respeito, na primeira fase da dosimetria da pena?

O objetivo deste artigo é lançar luzes sobre o tema, contribuindo assim para sua elucidação e compreensão, o que acarreta no melhor manejo dessa circunstância e, conseqüentemente, a uma pena mais justa e que cumpra o seu fim.

2. A CULPABILIDADE – HISTÓRICO E FUNÇÕES

A culpabilidade é o juízo de reprovabilidade da conduta. É, como ensina Luiz Regis Prado¹, “um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo”. Referido mestre arremata a sua definição, explicando que “Trata-se de uma culpabilidade pelo fato individual, que repousa sobre a conduta do autor, e não uma culpabilidade pela conduta de vida – de caráter ou de autor”.

Quando se diz que tal pessoa é culpada por tal fato, o que se está fazendo é um juízo de desvalor, de reprovabilidade, a respeito da conduta da referida pessoa. Constitui-se em tema de grande debate do Direito Penal. Todavia, seu advento abriu uma nova era no campo penal, uma era em que passou a vigor o princípio *nullum crimen sine culpa*. Nos dizeres de Francisco de Assis Toledo²:

Não se pode apontar com exatidão o momento histórico em que tal fenômeno ocorreu, mesmo porque a história do direito penal está marcada de retrocessos. Fora de dúvida, porém, é que, a partir de então, se começa a construir a noção de culpabilidade, com a introdução, na ideia de crime, de alguns elementos psíquicos, ou anímicos – a previsibilidade e a voluntariedade – como condição da aplicação da pena criminal – ‘nullum crimen sine culpa’.

Na antiguidade, não havia indagação a respeito de culpa. Uma pessoa era responsabilizada pelo simples motivo de estar causalisticamente ligada ao fato lesivo. Com o decorrer dos tempos, percebeu-se a necessidade de se indagar se o autor queria ou aos menos poderia prever a ocorrência do evento. Assim, originou-se a *Teoria psicoló-*

¹ *Curso de direito penal brasileiro*. V.1. Parte Geral. 3. ed. Saraiva, p. 342.

² *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. Saraiva, 1994, p. 219.

gica da culpabilidade. Para ela, a culpabilidade era a ligação subjetiva entre o fato delituoso e seu autor. Essa teoria, não obstante trazer avanços, não explicava algumas questões, tais como a responsabilização em caso de culpa inconsciente ou a inexistência de punibilidade em caso de coação irresistível, dentre outros casos.

Surgiu posteriormente a *Teoria psicológico-normativa da culpabilidade*, também chamada de teoria normativa, decorrente do Neokantismo. Por essa teoria, a culpabilidade passou a ser um juízo de reprovação do autor da conduta. Para tanto, além do vínculo subjetivo entre o autor e o fato, passa a ser necessária a exigibilidade de uma conduta conforme o direito, ou seja, que, no caso específico, fosse exigido do autor do fato agir conforme determinam as normas.

Com o advento do finalismo, o dolo e a culpa passaram a integrar a própria conduta, que passou a ser entendida como a ação ou omissão sempre voltada a uma finalidade. Sendo assim, eles deixaram de integrar o conceito de culpabilidade, dando origem à *Teoria normativa pura da culpabilidade*, segundo a qual esta é o puro juízo de reprovabilidade da conduta praticada, que deve ser aferido de acordo com os elementos da culpabilidade: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A culpabilidade possui duas funções. A sua primeira função é servir como fundamento da pena. Como tal ela é pressuposto para que a pena seja aplicada ao autor de um fato típico e ilícito. É a possibilidade de o autor ser reprovado. Ela determina, assim, a possibilidade de atribuição de uma pena. É o terceiro elemento que complementa o conceito de crime. Portanto, como a tipicidade e a ilicitude, a culpabilidade é, nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt³ “um predicado cujo substantivo é a conduta humana”.

A segunda função da culpabilidade é a determinação, medição ou limitação da pena. Aqui, a culpabilidade não é o fundamento da pena, e sim o seu limite. Significa, portanto, que ninguém pode receber uma pena além de sua culpabilidade, além da censurabilidade de sua conduta. Fernando Capez⁴ a denomina como “grau de culpabilidade”, um

³ *Tratado de Direito Penal*, V. 1 – Parte Geral – 8. ed. p. 278.

⁴ *Curso de Direito Penal*. V.1 – Parte Geral. 12. ed. p. 451.

autêntico “critério de dosagem da quantidade da pena a ser aplicada”, um fator orientador da dosimetria da pena.

É justamente esta segunda função a exercida pela culpabilidade no art. 59 do Código Penal. Ao se analisar tal circunstância judicial, deve-se ter em mente que o fim de tal análise é a medição, a limitação da pena.

3. A CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA: O QUE ANALISAR?

Como já mencionado, a culpabilidade, como fundamento e elemento do crime, não se confunde com a culpabilidade a ser examinada por ocasião da fixação da pena-base, conforme o comando do art. 59 do Código Penal.

Esta diferenciação deve ser levada em mente no momento da análise desta circunstância judicial. Nesta ocasião, a conclusão a respeito da existência do crime já terá ocorrido. Portanto, a existência da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade (como fundamento da pena) já terá sido feita.

No primeiro momento, o magistrado analisou se a culpabilidade ocorreu, através da existência de seus elementos. Com uma constatação positiva, juntamente com os demais elementos, constata-se a existência de um delito.

Posteriormente, já na fase de aplicação e dosagem da pena, o magistrado passa a verificar não a existência da culpabilidade, mas a sua graduação, para se chegar ao limite justo da pena. Cezar Roberto Bitencourt⁵ menciona que nesta fase, a culpabilidade, assim como as demais circunstâncias judiciais:

Não são efetivas ‘circunstâncias do crime’, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base.

Como tal, a culpabilidade deve ser aferida através da reprovabilidade da conduta do agente. É o grau de censura da ação ou omissão do mesmo. Esta função é clara no item 50 da exposição de motivos da

⁵ Ob. citada, p. 553.

Lei n. 7.209/84, que justificou a mudança dos termos “intensidade do dolo” ou “grau da culpa” por “culpabilidade”, uma vez que a censura é que é graduável. Ney Moura Teles⁶ leciona que:

A responsabilidade dos indivíduos pelos fatos da vida é mensurável, graduável, cada qual merecendo, de quem julga os seus comportamentos, maior ou menor grau de censura. Isto é culpabilidade.

Como fundamento da pena, a sua presença é imprescindível para a própria existência do crime. Já como limite da responsabilidade penal, a sua graduação é que se eleva como conceito de importância. Fernando Capez⁷ demonstra esta diferenciação, ao lecionar que:

(...) todos os culpáveis serão punidos, mas aqueles que tiverem um grau maior de culpabilidade receberão, por justiça, uma apenação mais severa.

Mas, o que analisar para se aferir esta graduação na reprovabilidade da conduta do agente? É de se lembrar que as circunstâncias judiciais são limites à discricionariedade jurisdicional, são balizas a serem utilizadas pelo magistrado para mover, objetivamente, a pena entre os limites máximo e mínimo da pena. Assim, não estão sob o livre subjetivismo judicial, devendo sua análise ser devidamente fundamentada, sob pena de infringência do princípio de fundamentação das decisões, determinado pelo art. 93, IV, da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, a referida graduação pode ser aferida através da análise de dois dos elementos da culpabilidade: o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Não se fala aqui em imputabilidade, pois a sua existência é imprescindível para a própria existência do crime, sendo que, se for mitigada, acarretará não em uma menor pena-base, mas em uma diminuição da pena, já na terceira fase da dosimetria, como determina o art. 26, parágrafo único, do Código Penal.

A consciência ou potencial conhecimento da ilicitude pode ser graduada. Assim, será ela exarcebada ou mitigada de acordo com

⁶ *Direito Penal* – Parte Geral. V.1. 2. ed. Atlas, p. 362.

⁷ Ob. citada, p. 451.

o grau de escolaridade do autor, sua condição social ou ainda pelo grau de domínio ou conhecimento que possua sobre as consequências de sua conduta. Apenas se ressalva a possibilidade do agente ter cometido o delito por erro de proibição evitável, ocasião em que poderá receber diminuição da pena, o que será analisado por ocasião da terceira fase da dosimetria, como dispõe o art. 21, *in fine*, do Código Penal.

A exigibilidade de conduta diversa talvez seja o melhor elemento de aferição da censurabilidade da conduta do agente. Ela deve ser verificada levando-se em consideração, como ensina Juliana de Andrade Colle⁸, “as características pessoais do agente dentro do exato contexto de circunstâncias fáticas em que o crime ocorreu”. Quanto maior a exigibilidade de outra conduta, maior a reprovabilidade da conduta realizada pelo agente.

4. A CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA E A ANÁLISE DO DOLO E DA CULPA

Uma questão interessante a ser esclarecida é a possibilidade ou não do uso dos elementos subjetivos para a análise da censurabilidade da conduta. Como já mencionado, com o advento do Finalismo, o dolo e a culpa passaram a integrar a conduta. Assim a culpabilidade, deixando de ser um liame subjetivo entre o autor e o resultado, passou a ser um mero juízo de reprovabilidade.

Em um primeiro momento, pode-se chegar à conclusão de que é defesa a análise dos elementos subjetivos nesta fase da dosimetria, uma vez que os mesmos são parte integrante do tipo. Este fato é ainda amparado pela própria substituição, na nova Parte Geral do Código Penal, dos conceitos de intensidade de dolo e grau de culpa pelo de culpabilidade.

No entanto, a mudança de termos não significa a impossibilidade de analisar-se a intensidade do dolo e o grau de culpa do autor. É de se ter em mente que a mudança se justificou, tal como descreve a exposição de motivos, pois é a censura que é graduável. No entanto, para

⁸ Artigo “Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena”. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 572, 30 jan. 2005.

se analisar o grau de censura, através da culpabilidade, a intensidade do dolo e o grau de culpa poderão ser utilizados, posto que estes, apresentando intensidades e graus diferentes a cada caso concreto, auxiliam no trabalho de graduação.

Não obstante alguns autores entendam que o dolo e a culpa, por serem elementos anímicos, não são graduáveis – ou estão presentes ou não – é certo que a vontade de realizar determinado fato ou de não observar o dever de cuidado pode ter intensidade e graus diferentes. Por exemplo, o dolo premeditado é diferente do dolo advindo de um delito passional. Estas diferenças são mensuráveis diante do caso concreto e, portanto, podem ser utilizadas para auxiliar na graduação da censurabilidade da conduta.

Este entendimento vem sendo citado por alguns autores, não obstante reconheça-se que existem entendimentos em contrário. Júlio Fabbrini Mirabete⁹ assim menciona a respeito da utilização da intensidade do dolo e do grau da culpa:

A expressão agora utilizada não afasta a consideração do elemento subjetivo do delito na fixação da pena. Um dolo mais intenso ou uma culpa mais grave são índices precisos de que a conduta é mais censurável. A intensidade do dolo refere-se à pertinácia ou, ao contrário, à pouca disposição em perseguir a intenção criminosa. (...) O grau da culpa (grave, leve ou levíssimo) funda-se na maior ou menor previsibilidade do resultado lesivo e nos cuidados objetivos exigíveis do agente, denunciando, por conseguinte, a maior ou menor censurabilidade da conduta culposa.

Da mesma forma Cezar Roberto Bitencourt¹⁰:

O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal – na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação – pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura.

⁹ *Manual de direito penal* – Parte Geral. V.1. 19. ed. Atlas, p. 293.

¹⁰ Ob. citada, p. 554.

E Fernando Capez¹¹:

Do mesmo modo, o dolo e a culpa integram o fato típico, sendo elementos inseparáveis da conduta. Não poderiam, por essa razão, jamais atuar na fase de fixação da pena, pois sua existência é pressuposto para que haja fato típico. No entanto, o grau de culpa e a intensidade do dolo importam na quantidade de pena que será atribuída ao acusado. Em outras palavras, todos que agem com dolo ou culpa cometem crime doloso ou culposo, mas, dependendo da intensidade dessa culpa ou desse dolo, a pena será mais ou menos branda.

Veja-se também um julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, entendendo pela possibilidade de análise da intensidade do dolo:

PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. CONDUTA SOCIAL. PROCESSO EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MORTE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO PRÓPRIO TIPO. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTAR A SANÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Justifica-se o acréscimo da reprimenda em razão da culpabilidade se foi apontada concretamente a maior reprovabilidade da conduta do paciente, que agiu com dolo intenso, utilizando dois revólveres e disparando nove tiros contra a vítima.¹²

Portanto, na análise da culpabilidade, não se fala em dolo ou culpa, cuja existência é pressuposto para que haja o delito. Mas, o grau de culpa ou a intensidade do dolo influem na quantidade de pena que deve ser atribuída ao autor do fato delituoso, podendo ser utilizados para a graduação da culpabilidade. Aqui deve ser esclarecido o conhecimento, por parte do magistrado, de que o dolo e a culpa integram o tipo, e que a sua graduação é que está sendo utilizada como um dos critérios para a mensuração da censurabilidade da conduta.

¹¹ Ob. citada, p. 451.

¹² STJ – HC n. 83066/DF – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 14.09.2009.

5. A CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA: O QUE NÃO FAZER

Necessários são também alguns esclarecimentos a respeito de práticas comuns, mas que devem ser evitadas na análise da culpabilidade como circunstância judicial. Em primeiro lugar, não se pode, nesta fase, analisar a existência dos elementos da culpabilidade. Cezar Roberto Bitencourt¹³ menciona ser “rematado equívoco, frequentemente cometido no cotidiano forense”, a afirmação de que “o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia”. Tal é uma autêntica análise da culpabilidade como fundamento da pena.

A existência dos elementos da culpabilidade já é certa por ocasião da dosimetria da pena, como já mencionado.

Também, dada importância da culpabilidade e à complexidade do trabalho, a mesma não pode ser fundamentada com expressões vazias e simplórias, que não analisam efetivamente a circunstância, tais como “culpabilidade mínima”, ou “grave”, ou “intensa”. Estas expressões devem ser acompanhadas dos motivos pelos quais elas são utilizadas. Vale dizer, o porquê a culpabilidade foi considerada dessa ou daquela intensidade.

Também não se pode analisar na culpabilidade elementos que fazem parte de outras circunstâncias que já foram ou serão analisadas, ou ainda que constituam ou qualifiquem o delito. Esta prática acarreta em dupla penalização pelo mesmo motivo, contrariando o princípio do *Nom bis in idem*, que proíbe a análise de uma mesma circunstância para agravar mais de uma vez a pena.

Ainda não se pode analisar a culpabilidade de forma desfavorável ao autor do delito, levando-se em consideração a reprovabilidade normal da conduta. Uma maior reprovabilidade só se justifica com um fundamento concreto que demonstra um fato anormalmente censurável. A simples prática da conduta não pode induzir a uma consideração desfavorável dessa circunstância, pois cada conduta delituosa já possui a sua própria censurabilidade normal.

¹³ Ob. citada, p. 553.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que a culpabilidade, como circunstância complexa que é, base do moderno direito penal e limite da pena, deve ser analisada com todo o cuidado e serenidade, para se garantir uma pena justa e dentro dos limites merecidos pelo autor do delito.

Para tanto, não se deve perder de vista que a culpabilidade significa reprovabilidade, censurabilidade da conduta do agente que, nas circunstâncias judiciais, deve ser analisada segundo o seu grau, para se concluir se o agente merece ou não maior reprovação pela sua conduta, o que ensejará ou não uma maior penalização.

Analisa-se, portanto, o grau da censurabilidade, a partir do grau da consciência ou do potencial conhecimento da ilicitude, pelo grau de exigibilidade de outra conduta, sempre levando-se em consideração não só elementos pessoais, mas fáticos da situação, inclusive intensidade do dolo ou grau da culpa.

Deve-se evitar a análise de tal circunstância com expressões vagas, equivocadas, sem fundamentação ou fundamentadas em fatos que já foram ou serão analisados para a dosimetria da pena.

Sobretudo, deve ser levado em consideração que o alvo da análise é uma vida humana, que merece o respeito e a imposição de uma pena justa, nos limites de sua culpabilidade, nem mais, nem menos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral*. V.1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – Parte geral*. V. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COLLE, Juliana de Andrade. *Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232>>. Acesso em: 13 out. 2009.

GRECO, Rogério Greco. *Curso de direito penal – Parte geral*. V. 1. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Sentença Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – Parte geral*. V.1. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1 – Parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

TELES, Ney Moura. *Direito penal – Parte geral*. V. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.