

A PENA NA MEDIDA DA CULPABILIDADE

THE PENALTY ACCORDING TO CULPABILITY

Tatiana de Oliveira Stoco

Mestre e Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP).

Recebido em: 28/02/2020

Aprovado em: 21/04/2020

Última versão do autor em: 22/04/2020

Área: Direito Penal

Resumo: O artigo aborda os principais problemas relacionados à determinação da medida da pena e enfatiza a importância do conceito de culpabilidade contido no artigo 59, do Código Penal.

Palavras-chave: Direito penal. Determinação judicial da pena. Culpabilidade.

Abstract: *The article addresses the main problems related to the establishment of penalties and emphasizes the importance of the concept of culpability contained in article 59 of the Brazilian penal code.*

Keywords: *Criminal law. Penalty sentencing. Culpability.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Os critérios de determinação da pena base: a insistência na subjetividade do agente. 3. Prevenção e repressão: duas finalidades antagônicas a serem perseguidas pelo juiz. 4. O conceito de culpabilidade para a medida da pena. 4.1. O entendimento dominante sobre a culpabilidade para a medida da pena. 4.2. Culpabilidade para a medida da pena como conceito amplo. 5. Conclusões.

1. Introdução

Um sistema jurídico-penal deve ocupar-se não apenas com os requisitos de punibilidade de fatos típicos mas, de forma séria e com-

prometida, também com os critérios de determinação das respectivas sanções aplicáveis. Por isso, não basta que doutrina e jurisprudência se dediquem a aprimorar o estudo e interpretação das categorias da teoria do delito, sem que igual esforço seja igualmente dedicado à teoria de aplicação da pena. A evolução científica da teoria de determinação da pena é fundamental para que seja possível, no caso concreto, o estabelecimento de uma *pena justa*, assim entendida como aquela pena que encontra *suficiente e legítima justificação* perante aquele que é condenado.

No Brasil, contudo, o campo da aplicação da pena é especialmente negligenciado por uma doutrina que pouco evoluiu desde a Reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984, no que é acompanhada por uma jurisprudência conservadora e, em muitos temas, nociva em termos de segurança jurídica. É possível afirmar que, se por um lado a ciência jurídico-penal brasileira vem avançando de forma significativa em temas como imputação objetiva, dolo, responsabilidade penal por omissão, dentre outros de enorme relevância, de outro lado, pouca atenção vem sendo dedicada ao tema da determinação judicial da pena.

Este estado de coisas agrava-se se observamos que nossa legislação, nessa matéria, igualmente pouco evoluiu. Em aproximadamente 80 anos, o Código Penal modificou muito pouco os dispositivos legais que prescrevem os critérios de determinação da pena-base, mantendo vivo o mesmo espírito que vigia quando predominava entre os penalistas brasileiros as ideias da Escola Positivista italiana¹. Mesmo com a importante mudança decorrente do abandono do conceito de periculosidade e a consagração da responsabilidade criminal ancorada na *culpabilidade pelo fato*², não houve uma adequada modificação dos critérios de determinação da pena, de modo que aqueles critérios estritamente ligados à subjetividade do agente, indicativos de uma maior periculosidade (a personalidade, os antecedentes, os motivos e os antecedentes.) conti-

¹ Dentre outros, João Vieira Araújo, Clovis Bevilacqua, José Higino, Paulo Egídio, Raimundo Pontes de Miranda, Viveiros de Castro, Aurelino Leal, Cândido Mota, Moniz Sodré de Araújo, Evaristo de Moraes, José Tavares Bastos, Esmeraldino Bandeira, Lemos Brito e, especialmente, Anibal Bruno, publicaram artigos e livros defendendo os principais conceitos e ideais da Criminologia e da Escola Penal Positiva. Veja-se a respeito: ALVAREZ, Marcos Cesar. Apontamentos para uma História da Criminologia no Brasil, In: KOERNER, Andrei (Org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006. v. 40. p. 138.

² Cf. a respeito: REALE JUNIOR, Miguel. Tentativa de eliminação do critério da periculosidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 12, 140 Esp, p.2-3, jul. 2004.

nuam tendo previsão em nosso Código Penal, inclusive com declarada prevalência sobre quaisquer outros critérios de natureza objetiva. Outra evidência neste sentido é a importância do critério da reincidência: é fator que sempre agrava a pena, na segunda fase da dosimetria, além de ser critério decisivo para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, mesmo quando se trate de pena fixada em patamar abaixo de quatro anos. Ocorre que a reincidência é fator que não possui outra natureza senão preventiva. Ela revela um indício de probabilidade da prática de novos delitos, portanto, um *juízo de periculosidade*³.

Em síntese, temos, de um lado, um Direito Penal da imputação de responsabilidade ancorado na *culpabilidade pelo fato*, e um Direito Penal da aplicação da pena ancorado na *periculosidade do agente*. Não fosse o bastante, conforme demonstrarei com mais detalhes a seguir, as disposições atuais do Código Penal prescrevem critérios de determinação da pena que distanciam o julgador do caso concreto, oferecem diretrizes antagônicas aos juízes e lhes atribuem tarefas impossíveis de serem cumpridas, dentro da realidade processual.

Ao apresentar este diagnóstico bastante pessimista, pretendo, ao contrário de desestimular o leitor a prosseguir no estudo deste tema, instigá-lo a percorrer, ao longo deste breve estudo, um caminho que possa levar ao encontro da *pena justa* ou, ao menos, dos meios adequados para encontrá-la. Para tanto, farei inicialmente uma análise mais detida dos fatores de determinação da pena-base previstos no Código Penal, buscando responder à pergunta sobre *se eles são suficientes para encontrar uma pena justa por determinado fato delitivo*.

2. Os critérios de determinação da pena base: a insistência na subjetividade do agente

A prática de aplicação da pena tradicional ancora-se no consagrado sistema trifásico, estabelecido no artigo 68, do Código Penal (determinação da pena-base, aplicação de circunstâncias agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena). Para a determinação da pena-base, o sistema tradicional brasileiro trabalha com as chamadas *circunstâncias judiciais* previstas no art. 59 do Código Penal. Essas circunstâncias deveriam ser capazes de traduzir, em quantidade

³ Em mais detalhes a respeito dos diversos fundamentos para a agravante da reincidência: TEIXEIRA, Adriano. *Teoria de aplicação da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 158-171.

de pena, o “valor” do respectivo injusto culpável praticado pelo autor e, sobretudo, serem passíveis de apreensão lógica e valoração prática pelos magistrados, a partir dos dados do fato delitivo em julgamento.

Quando observamos quais são as circunstâncias judiciais que devem orientar o juiz na determinação da pena-base – que irá servir de ponto de partida para a incidência de agravantes, atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena – nos deparamos com um conjunto de fatores que são, em sua maioria, estranhos aos conceitos da teoria do delito.

Das oito circunstâncias judiciais elencadas no dispositivo, cinco são consideradas “critérios subjetivos” ou critérios pessoais, pois referem-se *ao autor do fato* (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos). Apenas três circunstâncias referem-se propriamente ao fato delitivo (circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima). Este quadro nos permite uma primeira constatação: *há uma predileção do legislador pelos aspectos subjetivos, ou seja, pelas características do autor.*

Essa predileção pela subjetividade é realmente um dado histórico no Direito Penal brasileiro e de outros tantos países. Historicamente, o mundo subjetivo do criminoso sempre foi uma grande preocupação da lei penal. A denominada Escola Criminológica Positivista Italiana exerceu uma forte influência sobre a dogmática jurídico-penal dos séculos XIX e XX e contribuiu significativamente para a incorporação de instrumentos da ciência médico-psiquiátrica no discurso punitivo, nas leis penais e no pensamento jurídico-penal. Isso revela-se, na história do Direito Penal, em institutos como a classificação de criminosos segundo o seu grau de perigosidade⁴, na previsão de penas indeterminadas⁵, na ideologia da pena como tratamento, nas medidas de segurança para réus imputáveis⁶ e, especialmente, na ampla análise da personalidade do agente no momento de determinação da pena.

⁴ No Brasil, teve previsão no Projeto de Código Penal de Galdino Siqueira, de 1913, no Projeto Alcantara Machado, de 1938 e no anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria, de 1963, e foi apoiada, na doutrina, sobretudo por Theodolindo Castiglione. Cf. CASTIGLIONE, Criminosos habituais e por tendência perante o anteprojeto de código penal, de Nelson Hungria. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p.133-152, jul./set.1963.

⁵ Prevista na nossa legislação no Projeto de Código Penal de 1969 (Decreto Lei 1004/69), para réus imputáveis considerados criminosos habituais ou por tendência.

⁶ Que esteve presente no nosso ordenamento na vigência do Código Penal de 1940 até a Reforma da Parte Geral, de 1984.

Uma breve observação da história da nossa legislação penal, permite-nos constatar que a análise da personalidade do agente e o juízo de periculosidade na determinação da pena estiveram presentes em boa parte dos antigos projetos de Código Penal brasileiros e o juízo de periculosidade do agente chegou a ter previsão também como critério para a medida da pena, e não apenas como pressuposto de aplicação das medidas de segurança⁷.

O projeto de Código Penal de Alcântara Machado, da década de 1930, previa em seu artigo 43 que a fixação da pena deveria levar em conta exclusivamente a personalidade do agente e as causas legais de aumento e diminuição. Já o Código Penal de 1969 previa também uma classificação de criminosos imputáveis, de acordo sua periculosidade, e a previsão de penas por tempo indeterminado para criminosos habituais ou por tendência. A Lei 6.416/77, que alterou o Código Penal de 1940, adotou o juízo de periculosidade como centro do sistema de penas, prevendo a realização de estudos de prognose criminal pelo juiz para sua aferição. O juiz deveria analisar precisamente os antecedentes, a personalidade, os motivos e observar se, na execução do crime, o agente revelou “*torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral*” para declarar a perigosidade do acusado, salvo quando fosse presumida por lei. Essa tendência encontrou ampla aceitação na doutrina nacional. Inúmeros penalistas importantes defenderam, no passado, a realização de exame pericial antes da sentença e a especialização dos juízes criminais para possibilitar a análise da personalidade do agente, antes da fixação da pena⁸.

Atualmente, embora boa parte da doutrina seja crítica à valoração da personalidade do agente para fins de aplicação da pena⁹, ainda há autores presos a essas antigas raízes da Escola Criminológica Positiva, defendendo uma ampla análise dos sentimentos e dos valores morais do réu no momento de fixar a pena¹⁰. Assim, quanto mais desprezíveis forem o sentimento e os

⁷ Conforme dispôs a Lei nº 6.416/77, alterando o teor do art. 77, do Código Penal de 1940.

⁸ Assim: ZAFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 710; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 314 e NORONHA, E. Magalhães. *A classificação de delinquentes no Novo Direito Penal, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Ano IV, nº. 14, jul./set. 1966, p. 99.

⁹ Por todos: DE CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 54.

¹⁰ Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192.

valores do acusado manifestados no fato, maior deverá ser a pena aplicada¹¹. Esse entendimento ainda é defendido por um amplo setor da jurisprudência, que tem que operar, como visto, com critérios predominantemente subjetivos que, segundo o art. 67, do CP são circunstâncias preponderantes sobre quaisquer outras. Assim, mesmo com a evolução do pensamento jurídico-penal e as alterações legislativas, sobretudo a Reforma da Parte Geral do CP de 1984, esse discurso subjetivista não desapareceu completamente da ciência penal brasileira ou da prática judiciária.

As questões que se colocam diante deste cenário são: como é possível responder com a pena ao *mundo interior do agente*? Como é possível determinar a sanção, no caso concreto, a partir dos motivos do autor, sua personalidade, sua conduta social ou seu grau de culpabilidade – que, segundo a interpretação majoritária, é entendida como “a medida da reprovabilidade”?¹². Essa predominância de critérios subjetivos ou pessoais também levanta outras questões, que são para mim as mais importantes: pode o Estado apenar mais um réu maldoso ou agressivo? Ou que praticou o crime por motivos moralmente desprezíveis? Por que e sob quais fundamentos?

De outro lado, verificamos que as três circunstâncias objetivas de determinação da pena elencadas pelo art. 59, se bem analisadas, parecem pouco dizer a respeito do conteúdo de injusto de um fato: nem sempre o comportamento da vítima será relevante para a determinação da pena em determinado caso, e nem tudo que é decisivo para a valoração do conteúdo de injusto de um delito pode ser traduzido sob as referências “circunstâncias” e “consequências do crime”.

Portanto, a própria redação do artigo 59 parece contribuir para um significativo grau de discricionariedade que pode levar a arbitrariedades, já que aquilo que é relevante para a análise a respeito da gravidade de um delito acaba soterrado por referências ao que é inerente à esfera subjetiva do agente, levando a um *inevitável afastamento do magistrado do fato concreto em julgamento*. Por fim, um outro problema de enorme relevância para a prática judiciária: não há qualquer orientação do Código Penal a respeito da forma de valoração de quaisquer das circunstâncias judiciais, sua forma de aferição ou a respeito de quanto de pena deve ser aplicado para cada uma das circunstâncias judiciais.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 189.

¹² A respeito do conceito de culpabilidade tratarei em detalhes no item IV, *infra*.

Todas essas operações, no dia a dia da Justiça Criminal, são feitas livremente pelo juiz, que possui total discricionariedade para decidir o quanto de pena aplicará de acordo com o que ele entender estar presente na hipótese. Por exemplo: o juiz pode atribuir 2 anos a mais pela personalidade desviada, seja porque demonstrou insensibilidade com relação a suas vítimas ou porque foi especialmente cruel na execução do crime. Ou atribuir 1 ano a mais pela culpabilidade especialmente reprovável, pois o autor do crime era um funcionário que ocupava cargo relevante no Poder Público e tinha maior conhecimento da ilicitude do seu fato. Ou atribuir mais 6 meses de pena pelos motivos desprezíveis que foram identificados a partir da suposição de que visava a obtenção de lucro fácil. A quantidade de pena que o juiz atribui a cada um dos fatores e os elementos do fato sobre o quais ele se baseia para tanto são escolhidos livremente, caso a caso, sem qualquer critério de orientação.

Como se observa, os critérios de determinação da pena-base previstos no artigo 59 do Código Penal afastam o julgador da análise da maior ou menor gravidade do injusto culpável, além de não oferecerem diretrizes a respeito do que e quanto deve o magistrado valorar no caso concreto para fundamentar um aumento ou diminuição de pena, com base em determinada circunstância judicial.

E ao conferir predominância a elementos relacionados à subjetividade do agente, em especial, a personalidade, os motivos, antecedentes e conduta social, o Código Penal autoriza o magistrado a extrapolar os limites a que o próprio Direito Penal está adstrito. Afinal, se a tarefa do Direito Penal é a proteção a bens jurídicos, fundamentar a imposição de penas em razões morais e em elementos que digam respeito à esfera íntima do cidadão significa ir além da mera atribuição de responsabilidade jurídico-penal. Em última instância, o sistema penal não deve sondar as profundezas ou sutilezas morais dos crimes nem os aspectos profundos da motivação de seus autores, nem a pena pode pretender abordar o aspecto moral ou psíquico do criminoso para melhorá-lo¹³: isso representa uma *intromissão na vida privada*, que não é questão do Estado¹⁴.

¹³ Assim também: NOLL, Peter. Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts. In: GEERDS, FRIEDRICH; NAUCKE, Wolfgang. *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1966, p. 231: “Determinação da pena de acordo com a medida da culpabilidade significa, primeiramente, determinação da pena de acordo com a gravidade da lesão ao

Por essas razões, concluo que a maior parte dos critérios de fixação da pena-base previstos no artigo 59, do Código Penal mostram-se, à primeira vista, *insuficientes* para determinar uma pena que possa ser considerada *justa*.

3. Prevenção e repressão: duas finalidades antagônicas a serem perseguidas pelo juiz

Além desses problemas relacionados às circunstâncias judiciais, a redação do art. 59 nos coloca outro impasse. A análise das circunstâncias judiciais deverá levar a uma pena que seja considerada *necessária e suficiente à repressão e à prevenção de crimes*. A redação do Código Penal parece aceitar a possibilidade de conciliar finalidades da pena reconhecidamente antagônicas, adotando uma fórmula um tanto simplista¹⁵. Afinal, como é possível conciliar retribuição e prevenção na fixação da pena?

Enquanto uma pena retributiva ampara-se fundamentalmente na medida da culpabilidade e representa uma resposta proporcio-

bem jurídico, na medida em que o agente possa ser responsabilizado por isso. Somente aquelas tais características que eventualmente são referidas à proteção do bem jurídico devem aumentar a culpabilidade do autor e agravar a pena (...) Aqueles motivos oriundos da esfera do instinto, sejam eles de valor desfavorável ou não, porque agravam a motivação normal, no máximo devem ser referidos como atenuantes”. Tradução livre.

¹⁴ Cf. DUFF, R.A. Was ist Tatproportionalität und warum ist dieses Prinzip wichtig? In: FRISCH, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew, ALBRECHT, Hans-Jörg (Hrsg.). *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 42. Tradução livre. Assim também, HÖRNLE: “Independentemente de em que medida os motivos devem exercer um papel na moral, deve-se assegurar que no âmbito jurídico a eles não pode caber o aumento da culpabilidade”. HÖRNLE, Tatjana. Zur Relevanz von Beweggründen für die Bewertung von Tötungsdelikten am Beispiel sog. „Ehrenmorde“. In: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René. **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems**. *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2013, p. 661. Tradução livre.

¹⁵ A orientação nas finalidades da pena é apontada por parte da doutrina como a principal causa para o estado de subdesenvolvimento do direito de aplicação da pena em comparação com a maturidade científica que se constata na teoria do delito. Neste sentido: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik. In: FELIX, Herzog; PETER-ALEXIS, Albrecht (Hrsg.). **Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010**. Heidelberg: Müller, 2010, p. 626; *idem*, La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. **In-Dret**, 1/2007, p. 3; HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pp. 34-35.

nal e retrospectiva ao injusto culpável, penas determinadas para atingir finalidades preventivas podem desviar-se, para cima ou para baixo, da pena que seria adequada, de acordo com o princípio de culpabilidade¹⁶.

Uma pena orientada à prevenção geral negativa observa o destinatário da norma sob a perspectiva de uma relação de custo-benefício e se presta a demonstrar a outros potenciais criminosos que a criminalidade não compensa. Isso implica uma inversão da lógica da sanção: enquanto o princípio de culpabilidade orienta-se na culpabilidade do autor e no seu injusto, a prevenção geral negativa orienta-se essencialmente na *probabilidade de dissuasão*. Com isso, quanto maior for pressuposta a necessidade de dissuasão, maior a quantidade da pena¹⁷. A orientação na prevenção geral positiva, por sua vez, se presta à estabilização da confiança na norma e, nesta medida, não é mais reação ao delito, mas serve de *instrumento de prevenção contra novos crimes em terceiros*¹⁸. Já uma pena imposta exclusivamente sob considerações preventivo especiais, de outro lado, rompe com a relação de proporcionalidade entre culpabilidade e sanção, na medida em que depende da medida da perigosidade social do autor, sendo o injusto mero sintoma que justifica a imposição de medidas de neutralização¹⁹. De outro lado, a versão positiva de uma pena voltada à ressocialização viola a autonomia moral do indivíduo que é forçado coativamente pelo Estado a “melhorar” por meio da pena²⁰. Vista assim, uma pena determinada sob bases preventivas pode ser considerada uma pena que *não respeita o limite dado pelo princípio da culpabilidade*²¹, na medida

¹⁶ ERBER-SCHROPP, Julia Maria. *Schuld und Strafe. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, pp. 29-30.

¹⁷ Cf. ERBER-SCHROPP, Julia Maria. *Schuld und Strafe...op. cit.*, pp. 47-48.

¹⁸ Cf. ERBER-SCHROPP, Julia Maria. *Schuld und Strafe...op. cit.*, p. 50.

¹⁹ Cf. ERBER-SCHROPP, Julia Maria. *Schuld und Strafe...op. cit.*, p. 49-50.

²⁰ GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2009, p. 436.

²¹ FREUND, Georg. Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten“ Strafraumen für die Strafzumessung. **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)**, 1999., p. 533; PERALTA, José Milton. *Motivos Reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012., p. 133.

em que o autor é apenado já não propriamente por seu próprio fato, mas por *utilidades estatais*²².

Considerações de prevenção não seriam, portanto, fundamentos legítimos de seguimentos de pena que, dessa forma, seria considerada uma *pena injusta*²³.

Ademais, a tarefa de perseguir finalidades preventivas no momento de determinar a quantidade de pena é realmente impossível, na medida em que não há dados fiáveis à disposição dos magistrados a respeito do quanto de pena será necessário para a retribuição da culpabilidade e quanto de pena será suficiente para a prevenção de novos delitos ou para a ressocialização daquele condenado incorrigível. Não há dados objetivos sobre os quais o magistrado pode apoiar-se para justificar, por exemplo, que mais 3 anos a mais de pena é o suficiente para evitar novos delitos na comunidade ou que 10 anos a mais é capaz de ressocializar o réu.

É por essas razões que, também neste aspecto, as disposições do Código Penal não permitem encontrar uma pena justa, entendida como uma pena que corresponda à culpabilidade do autor, ou seja, àquilo que ele podia conhecer e evitar no momento do fato.

Diante do que vimos até aqui, uma coisa é certa: *uma pena justa é uma pena que corresponde e seja resposta à culpabilidade do autor*. Contudo, se a maior parte dos critérios de determinação da pena e as diretrizes a respeito das finalidades a pena oferecidas pelo artigo 59, do Código Penal são insuficientes para tanto, como então devem orientar-se os juízes no momento de determinar a medida da pena?

4. O conceito de culpabilidade para a medida da pena

4.1. O entendimento dominante sobre a culpabilidade para a medida da pena

O critério da culpabilidade previsto no artigo 59, do Código Penal possui importância central para o processo de determinação judicial da pena, apesar da pouca importância que tradicionalmente doutrina e jurisprudência lhe atribuem. Foi com a Reforma da Parte

²² GÜNTER, Hans-Ludwig. Systematische Grundlagen der Strafzumessung. *Juristenzeitung (JZ)* 22, 1989, p. 1027.

²³ FRISCH, Wolfgang. Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Grundfragen des Strafzumessungsrecht aus deutscher und japanischer Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 23.

Geral do Código Penal, em 1984, que o termo “culpabilidade” foi introduzido ao rol de circunstâncias judiciais, alterando o antigo artigo 42, do Código Penal que trazia como critérios de determinação da pena base os antecedentes e a personalidade do agente, a intensidade do dolo e da culpa, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime.

Desde a modificação legislativa, doutrina e jurisprudência consolidaram o entendimento de que a culpabilidade referida no artigo 59 é aquela mesma culpabilidade da teoria do delito (juízo de censura ou de reprovabilidade), mas com capacidade de graduação. Ainda, seguindo a tradição sempre observada em matéria de determinação da pena, a doutrina dominante passou a interpretar o critério da culpabilidade a partir de elementos predominantemente subjetivos, dando ênfase a traços da personalidade do agente e outros fatores inerentes à subjetividade do agente. É neste sentido que uma parte da doutrina passou a defender que as circunstâncias subjetivas do artigo 59 do Código Penal são critérios que indicam o conteúdo *do elemento central culpabilidade*²⁴. Tal interpretação corresponde a uma histórica referência à “censura pessoal” como uma censura ao “mundo interior” do agente²⁵, que se consolidou com força na doutrina da culpabilidade²⁶ e foi defendida, especialmente, no início do

²⁴ Neste sentido *Reale Júnior*, um dos autores do projeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal, para quem os critérios subjetivos elencados pelo artigo 59, do Código Penal, são especificações do “termo genérico” culpabilidade. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 406-407; REALE JÚNIOR, Miguel *et al.* *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, p. 160. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 171; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Editora AJURIS, 2013, p. 69.

²⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenlehre*. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 58.

²⁶ Refere-se que na evolução da doutrina da culpabilidade avançou-se para uma análise dos motivos da vontade da ação, ou seja, o motivo do autor para a prática do ilícito. A culpabilidade é então interpretada pelos defensores do conceito normativo não como vontade da ação – termo que exerce um papel importante na doutrina finalista – mas como *vontade ilícita*. Esta interpretação, que parece coincidir com a posição majoritária da doutrina brasileira, é coerente com uma abordagem que confere ênfase à subjetividade do agente, na análise da culpabilidade. Cf. BRAU-NECK, Anne-Eva. Der Strafrechtliche Schuldbegriff. **Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)** 1959, p. 264.

século XIX²⁷. Em maior ou menor medida, referências à atitude interior²⁸, à formação da personalidade²⁹, à forma de condução de vida³⁰, ao caráter do autor³¹ ganharam um espaço considerável no juízo de culpabilidade, seja como centro do juízo de censura, seja como elemento que se acrescenta à reprovação pelo injusto³². Na doutrina brasileira, de forma geral, o conceito de culpabilidade como fundamento da pena permanece atrelado, até hoje, à ideia de *censura pessoal*, que ultrapassa o mero juízo de atribuição pessoal do injusto, e aos resquícios de um conceito de culpabilidade referido à *moralidade*³³.

²⁷ Cf. a respeito: HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale...*, *op. cit.*, pp. 40-48.

²⁸ Para Gallas, a importância do juízo de desvalor da atitude interior justifica-se pelas mudanças que a doutrina finalista trouxe para compreensão da teoria do delito. A culpabilidade perdeu a contrariedade ao dever como seu objeto exclusivo. A decisão que contraria o dever é objeto tanto do juízo de ilicitude como do juízo de culpabilidade. Para justificar a culpabilidade como um juízo autônomo do juízo de ilicitude deve-se entender como fator diferencial entre ambos o fato de que quem se decidiu livremente contra o direito expressaria, com isso, uma *atitude que contradiz a ordem jurídica*. Culpabilidade seria, desta forma, a reprovabilidade do fato com relação à reprovável atitude interior. Trata-se do valor ou do desvalor da atitude do autor atualizada concretamente no fato que, em uma análise orientada aos padrões gerais de valor ético sociais deve ser extraída do fato e dos seus motivos, a partir da totalidade da atitude do autor com as exigências do direito. Cf. GALLAS, Wilhelm. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 67, 1955, p. 45. Também sobre a atitude interior como essência da culpabilidade, veja-se: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1996, pp. 887-889.

²⁹ WELZEL, Hans. Persönlichkeit und Schuld. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 60, 1941, p. 462

³⁰ MEZGER, Edmund. Die Straftat als Ganzes. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 57, 1938, p. 688.

³¹ HEINITZ, Ernst. Ernst. Strafzumessung und Persönlichkeit. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 1951, p. 71.

³² Dois grandes expoentes dessa vertente, na doutrina estrangeira, com forte influência na doutrina brasileira são: BETTIOL, Giuseppe. Sobre o Direito Penal da atitude interior. **Revista dos Tribunais, RT 442/1972** e FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 238-239. A respeito da influência de Bettiol na doutrina brasileira e sobre sua concepção do Direito Penal da atitude interior, ver: CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, Dogmática jurídico-penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, pp. 86 e ss.

³³ “O agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade

Até os dias atuais³⁴, a culpabilidade como critério de determinação da pena é interpretada por doutrina e jurisprudência dominantes como a *graduação daquela mesma culpabilidade da categoria sistemática*³⁵, por meio da fórmula geral “*culpabilidade é reprovabilidade da vontade ilícita e, quanto maior a reprovabilidade, maior a pena*”³⁶.

Na busca pelo conteúdo do que é reprovável nos casos concretos, a jurisprudência nacional, majoritariamente, também considera fatores ligados à *subjetividade do réu*. Entende-se mais reprovável a culpabilidade

(na medida em que se sujeita à livre opção), a facilitação à prática do delito. São, portanto, especificações do termo genérico “culpabilidade”, as indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos”. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal...op. cit.*, pp. 406-407; AZEVEDO, David Teixeira. *Dosimetria da pena. Causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 66; 75.

³⁴ Atualmente, críticos a este entendimento: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142; TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 134-135; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria de aplicação pena...op. cit.*, p. 126; SIQUEIRA, Leonardo. *Culpabilidade e pena: A trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena*. Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2016, p. 66.

³⁵ “A culpabilidade a que se refere o artigo 59 não é algo acidental e periférico, nem é ‘outra culpabilidade’ a ser considerada no cálculo da pena-base, mas sim a mesma culpabilidade reconhecida na fundamentação da sentença, legitimadora do juízo condenatório e que, na parte dispositiva da mesma sentença terá que ser graduada para que daí esse grau de reprovação possa projetar a pena-base em quantidade correspondente ao agente que livremente decidiu violar a norma, em desacordo com o dever jurídico que tinha que respeitá-la”. Cf. BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 347.

³⁶ JESUS, Damásio E. de. *Comentários ao Código Penal: Parte Geral*. 2. Vol. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 616; BOSCHI, José Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação...op. cit.*, p. 192.; PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*, vol. 3, Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 59. Mesmo aqueles que diferenciam a culpabilidade como critério de determinação da pena do conceito sistemático de culpabilidade, concebem-na como “o grau de reprovabilidade pessoal”, portanto, como um conceito graduável, de acordo com a reprovabilidade. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena...op. cit.*, pp. 157-158; MOTTA, André Guasti. *Concurso de agravantes e atenuantes: uma análise sobre a preponderância à luz da jurisprudência do STJ*. In: BEDÊ JUNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena. Ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017, p. 114.

de quando se observa no comportamento do autor ou na forma de execução do crime sentimentos reprováveis como frieza, agressividade contra as vítimas, crueldade, morbidez, audácia, ganância, premeditação, vingança etc. Todos esses aspectos, segundo o entendimento majoritário, são tomados como indicativos de uma *acentuada reprovabilidade*. Fala-se, inclusive, neste âmbito, em um “dolo intenso” que estaria expressado, por exemplo, na execução do crime de forma especialmente violenta.

Em alguns casos, busca-se em outros fatores o conteúdo da reprovabilidade. Por exemplo, afirma-se um maior conhecimento da ilicitude do fato quando o autor possui alguma posição ou cargo relevante, ou ainda se fala em maior reprovabilidade quando as consequências do crime são especialmente danosas.

O fato é que, segundo o entendimento majoritário sobre o critério da culpabilidade do artigo 59, do CP, não há uma orientação clara a respeito do que é *reprovável* e, portanto, à mingua de diretrizes claras, novamente ganha espaço, de forma predominante, *o mundo interior do agente*, agora, como elemento para a identificação do *conteúdo da culpabilidade*.

Contra este entendimento majoritário há três principais objeções a serem feitas. A primeira é que a fórmula “culpabilidade é reprovabilidade”, sem uma referência mínima a respeito do que é reprovável e sobre quais os critérios para determinar a medida dessa reprovabilidade, não passa de uma expressão vazia de conteúdo³⁷. Equivale a afirmar a existência de uma “culpabilidade em si”, um conceito de culpabilidade autorreferente, do qual seria possível derivar uma determinada quantidade de pena. Ocorre que exclusivamente do conceito de culpabilidade não é possível extrair uma medida de pena. *A culpabilidade do autor não pode ser medida enquanto for entendida como um critério autorreferente*.

De outro lado, a busca pelo conteúdo da reprovabilidade em elementos inerentes à subjetividade do autor, como majoritariamente se defende, carece tanto de uma justificação convincente, como de viabilidade prática. Carece de justificação porque ela se baseia em uma concepção de culpabilidade (aquela, da categoria do delito) *moralmente orientada*. Uma concepção de culpabilidade moralmente orientada baseia-se na ideia de que quem viola uma ameaça penal apresenta uma

³⁷ Cf. FRISCH, Wolfgang. Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 99, 1987, p. 385; HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung...op. cit.*, p.38; *idem*, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf...op. cit.*, p. 57.

atitude interior ilícita e isso seria suficiente para legitimar a pena contra o apenado. Como observa *Greco*, o grande problema dessa concepção é que ela não reconhece o direito dos cidadãos de autodeterminar-se e lhes recusa a possibilidade de definir quais fundamentos os motivam no sentido de um comportamento adequado ou de um comportamento ilícito, segundo suas próprias razões, ainda que seja apenas por mera utilidade pessoal³⁸. As razões que levam uma pessoa a não delinquir dizem respeito exclusivamente a ela: simplesmente para evitar que a pena estrague seu plano pessoal de vida ou porque ela entende que violar a lei penal é um pecado. Essas razões não importam ao Estado. Assim, a versão moralizante da culpabilidade, como é defendida quase que por unanimidade pela nossa doutrina, ao contrário, entende que as razões importam: a vontade ilícita do agente é o seu fundamento e é isso que se pune.

E porque a formação da vontade ilícita e suas razões não são podem ser apreendidas pelos magistrados, falta viabilidade prática a este entendimento. O juiz se esforçará, em vão, na busca por indícios que digam respeito à vontade criminosa, à atitude ilícita empregada no fato ou por traços de personalidade e sentimentos manifestados no delito que indiquem o grau de reprovabilidade da conduta, para assim justificar determinada pena perante o condenado. Uma prática de determinação judicial da pena de tal forma moralmente orientada está fadada a perder-se na busca por algo situado na esfera íntima do agente, que deve ser identificado e retribuído com a sanção³⁹. A essa busca pela pena adequada à culpabilidade não levará senão a uma *quantidade arbitrária de pena* enquanto for concebida como algo que está “presente” no interior do agente e que se “manifesta” no fato. E nesta medida, não é apenas impossível de ser estabelecida, mas também não corresponde à culpabilidade do autor, quem, aliás, sempre poderá objetar que tais fundamentos são fruto de pura presunção.

³⁸ GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht...op. cit.*, pp. 488 e ss. O que também se aplica à concepção da culpabilidade baseada no poder agir de modo diverso. Apenas porque o comportamento praticado foi errado é fundamento suficiente para a imposição da pena, o que parece não conferir espaço para uma livre motivação do indivíduo, segundo suas próprias razões. De acordo: PERALTA, José Milton. *Motivos Reprochables...op. cit.*, p. 133.

³⁹ Ideia sustentada ainda na década de 1940, sobretudo por *Dreher*. DREHER, Eduard. *Über die gerechte Strafe*. Heidelberg: Schneider, 1947, p. 82.

Finalmente, a alegada capacidade de agravamento da culpabilidade (a dita *culpabilidade acentuada*), é uma ideia absolutamente estranha às próprias disposições do Código Penal. Mesmo a culpabilidade como categoria sistemática, entendida como a capacidade de poder agir de modo diverso, somente poderá ser ou total ou reduzida, *mas nunca agravada para além de sua forma completa*⁴⁰. Portanto, mesmo segundo o entendimento majoritário, que defende que os dois conceitos de culpabilidade são sinônimos, não faz sentido interpretar que no âmbito de aplicação da pena a culpabilidade é um critério agravável para cima (culpabilidade acentuada), enquanto a culpabilidade que fundamenta a pena somente possui um limite máximo ou poderá, dependendo do caso concreto, por alguma razão, ser reduzida.

Por tais razões, eu concluo que o entendimento majoritário a respeito do critério da culpabilidade para a medida da pena, segundo

⁴⁰ Cf. HORN, Eckhard. *SK-StGB*, § 46, Rn. 41; HÖRNLE, Tatjana. Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und Lehre. **Juristenzeitung (JZ)**, 1999, p. 1080, 1084, 1086, 1087; *idem*, *Tatproportionale... op. cit.*, p. 152, 382; *idem*, Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität. In: FRISCH, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew; ALBRECHT, Hans-Jörg. *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C.F Müller, 2003, p. 125; *idem*, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat. In: FRISCH, Wolfgang. *Grundfragen des Strafzumessungsrecht aus deutscher und japanischer Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 121; ERHARD, Christopher. *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992, p. 161; FRISCH, Wolfgang. *Gegenwärtiger Stand... op. cit.*, p. 382; *idem*, *Zur Bedeutung von Schuld... op. cit.*, p. 17; STAHL, Dominik. *Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenlehre und Strafrechttheorie. Zugleich ein Beitrag zur Strafzumessungsrelevanz des Vor- und Nachverhaltens*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2015, p. 106; 235; ANDROULAKIS, Nicolaos. *Zurechnung*, Schuld bemessung und personale Identität. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 108, 1996, p. 508; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria de aplicação da pena... op. cit.*, p. 127; PERALTA, José Milton. *Motivos Reprochables... op. cit.*, p. 193. Aparentemente, também: CRESPO, Eduardo Demetrio. *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Lima: Grijley, 2008, p. 61; *idem*, *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B. de F., 2016, p. 314; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Rationale Strafzumessung... op. cit.*, p. 631; *idem*, *La teoría de determinación de la pena... op. cit.*, p. 9. Contrariamente: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Madrid: Colex, 1997, p. 183, quem, apesar de conceber a culpabilidade na medida da pena como um conceito amplo, entende a culpabilidade em sentido estrito como fator graduável também para cima (maior ou menor reprovabilidade pelo delito).

o qual “*culpabilidade é reprovabilidade*” e que sustenta que “*quanto maior a reprovabilidade, maior a quantidade de pena*” não é suficiente para fornecer qualquer medida de pena, ainda menos, uma *pena justa*.

Nos resta, então, analisar se o conceito de culpabilidade para a medida da pena *não poderia ter outro significado que não aquele sustentado pela doutrina dominante*, capaz de permitir graduar, no caso concreto, a medida da pena justa.

4.2. Culpabilidade para a medida da pena como conceito amplo

Esta hipótese é atualmente majoritária na literatura alemã de determinação da pena⁴¹. Predomina o entendimento de que a culpabilidade da medida da pena não se confunde, nem terminologicamente, nem quanto ao seu conteúdo e funções, com o termo culpabilidade empregado na teoria do delito. É amplamente difundida entre os autores a compreensão de que o termo culpabilidade apresenta três distintas acepções no Direito Penal, de acordo com os distintos níveis funcionais em que o termo é empregado⁴². Não se trata de um mesmo conceito idêntico de culpabilidade, mas, ao contrário, de *três conceitos distintos de culpabilidade*, em sua estrutura e em suas características, cuja diferenciação vê-se encoberta por uma difusa referência à “culpabilidade”⁴³.

No nível funcional da determinação da pena o conceito de culpabilidade expressa a manifestação concreta do princípio de culpabilidade: “*pena na medida da culpabilidade*”⁴⁴. Aqui se trata de um conceito

⁴¹ Na doutrina nacional, adotam já esta distinção TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena... op. cit.*, pp. 116 ss; BUSATO, Paulo César *Direito penal: Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 71 e ss. Outras referências têm um caráter mais difuso e, em geral, entendem tratar-se de um *mesmo* conceito de culpabilidade que operam de distintas formas, como “triplo sentido” da culpabilidade (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.999, pp. 44 e ss.); “três formas de instrumentalização da culpabilidade” (CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 195-198); “tríplice função da culpabilidade” (GOMES, Luiz Flávio. *Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no direito penal*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 9, n. 107, p. 10-12., out. 2001, p. 11) ou “três funções do princípio de culpabilidade” (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003, p. 97).

⁴² Distinção atribuída originariamente a: ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, pp. 5 e ss.

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 5.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 4.

de culpabilidade voltado à aplicação do Direito, mas que não descreve a culpabilidade como categoria da teoria do delito. Ele descreve a personificação do momento que é significativo para *a quantidade de pena no caso concreto*⁴⁵. Aqui têm relevância os fatores que fundamentam sistematicamente o injusto e que possuam *capacidade de graduabilidade*⁴⁶.

A partir dessa distinção é possível afirmar que há uma autonomia relativa entre cada um destes níveis da culpabilidade, de modo que o caminho na busca pela “pena adequada à culpabilidade” é, em certa medida, *autônomo* e deve contar com critérios que não são diretamente extraídos do princípio de culpabilidade ou do conceito sistemático de culpabilidade.

Essa constatação também nos permite avançar para a compreensão do conceito de culpabilidade para a medida da pena como um conceito *mais amplo do que aquele da teoria do delito*. Se a culpabilidade não é um conceito autorreferente que pode ser traduzido pela ideia circular de “reprovabilidade”; se do conceito de culpabilidade, exclusivamente, não é possível extrair uma medida de pena e, ainda, se o agente deve ser censurado pelo seu injusto, e não pela formação de sua vontade ilícita ou pela configuração do seu mundo interior, *então é o próprio injusto o elemento a conferir a medida da censura e da pena*⁴⁷.

A culpabilidade como critério de medida da pena deve ser entendida, neste contexto, *como um conceito amplo, composto pelo elemento de injusto e pela culpabilidade em sentido estrito*. O peso constitutivo da medida da pena é fornecido exclusivamente pelo elemento de injusto, com capacidade de agravamento em ambas direções (atenuante e agravante). A culpabilidade (em sentido estrito) possui capacidade de graduação tão somente para atenuar a medida da pena já dada pela carga de injusto do fato.

Este entendimento, unânime na doutrina penal alemã, representa uma modificação de ponto referencial para o juízo de culpabilidade na

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 4.

⁴⁶ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁴⁷ Neste sentido já SPENDEL, Günther. *Zur Lehre vom Strafmaß*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954, p. 225. Utilizam a mesma designação da culpabilidade como conceito vinculado ou referido ao injusto: GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 111; 281; PUPPE, Ingeborg. Der Aufbau des Verbrechens. In: DANNECKER, Gerhard et al (Hrsg.). *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*. München: Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 39.

determinação da pena que, de todo modo, não destoa da ideia comum de que um injusto mais grave representa um fato “mais reprovável” – para utilizar a expressão dominante – e, portanto, merecedor de mais pena. A diferença é que com uma referência direta ao injusto, os fundamentos para uma “maior reprovabilidade” e merecimento de pena ficam mais claros, sem necessidade de recorrer (de forma ilegítima) a elementos que se alega estarem presentes na esfera íntima do agente e manifestados no fato. Um crime especialmente grave, praticado de forma violenta e mediante inflição de grande sofrimento às suas vítimas não merecerá mais pena porque revela a “crueldade” ou a “frieza” de seu autor, mas porque *é maior o desvalor do injusto de ação*. Um crime de lesões corporais tão grave que acarrete à vítima a perda da capacidade motora e uma profunda afetação à sua qualidade de vida não merecerá mais pena porque o agente foi frio e indiferente, mas porque *maior é o desvalor do injusto de resultado*⁴⁸.

Com essa interpretação do conceito de culpabilidade para a medida da pena, resolve-se a contradição em que o entendimento dominante incorre ao sustentar que a culpabilidade para a medida da pena é um conceito “agravável”. É o injusto o elemento que pode ser mais ou menos intenso, mas não a culpabilidade em sentido estrito. A culpabilidade em sentido estrito, categoria sistemática da teoria do delito, é fator limitador da pena: sempre que houver, por alguma razão, culpabilidade reduzida, nem toda a carga de injusto será atribuída ao autor.

Concluo, assim, que a culpabilidade da medida da pena há de ser entendida, conseqüentemente, como *culpabilidade em sentido amplo*, que não se confunde nem é idêntica ao conceito sistemático de culpabilidade. E assim entendida, permite ao magistrado analisar quão grave é o injusto perpetrado para, assim, determinar a pena na medida da culpabilidade.

5. Conclusões

Levar a sério a ideia inaugurada com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984, de acordo com a qual a culpabilidade pelo fato é o fundamento da responsabilidade jurídico-penal, requer repensar nosso sistema de imposição de penas, que ainda se baseia em juízos de periculosidade.

⁴⁸ A respeito da determinação da medida de gravidade do injusto de resultado de acordo com o grau de afetação à qualidade de vida da vítima: HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung...op. cit.*, pp. 224 e ss.

Conferir predominância a critérios de determinação da pena referidos ao agente, e não ao injusto, afastam o julgador do caso concreto, fazendo-o com que saia em busca de fatores inapreensíveis e, ao mesmo tempo, ilegítimos para justificar seguimentos de pena. Isso porque a tarefa do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, e não a tutela da moralidade dos indivíduos. Uma pena exclusivamente baseada na reprovação da intimidade dos condenados é uma pena ilegítima e injustificável perante quem se apena. Da mesma forma, a imposição de penas com base em argumentos preventivos representa uma ameaça à culpabilidade pelo fato, já que não se trata mais de uma sanção estabelecida como reação a um fato delitivo, mas uma sanção que se presta a evitar delitos futuros.

Essas constatações nos apontaram para a importância que assume o critério da culpabilidade previsto no rol de circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal. Ele é o critério central de determinação da medida da pena, que garante ao condenado que somente responda por aquilo que conhecia e podia evitar, no momento do fato.

No entanto, como vimos, é necessário que se confira a este critério uma interpretação igualmente *não moralizante*. Somente a partir de uma interpretação do conceito de culpabilidade que o conceba como referido e subordinado ao elemento de injusto é que ele poderá operar como uma verdadeira barreira de contenção contra utilidades estatais, assegurando, minimamente, uma *pena justa*, ou seja, uma pena verdadeiramente na *medida da culpabilidade*.

Referências

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Editora AJURIS, 2013

ALVAREZ, Marcos Cesar. Apontamentos para uma História da Criminologia no Brasil, In: KOERNER, Andrei (Org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006

ANDROULAKIS, Nicolaos. Zurechnung“, Schuldbemessung und personale Identität. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 108, 1996, pp. 492-522

AZEVEDO, David Teixeira. *Dosimetria da pena. Causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros, 1998

BEDÊ JUNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena. Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017

BETTIOL, Giuseppe. Sobre o Direito Penal da atitude interior. **Revista dos Tribunais**, RT 442/1972, ago. 1972

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.999

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

BRAUNECK, Anne-Eva. Der Strafrechtliche Schuldbegriff. **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)** 1959, pp. 261-272

BUSATO, Paulo César *Direito penal: Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, Dogmática jurídico-penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015

CASTIGLIONE, Criminosos habituais e por tendência perante o anteprojeto de código penal, de Néelson Hungria. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p.133-152, jul./set.1963

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Madrid: Colex, 1997

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Lima: Grijley, 2008

_____. *Prevenção geral e individualização judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B. de F., 2016

DE CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008,

DUFF, R. A. Was ist Tatproportionalität und warum ist dieses Prinzip wichtig? In: FRISCH, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew, ALBRECHT, Hans-Jörg (Hrsg). *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, pp. 23-46

ERBER-SCHROPP, Julia Maria. *Schuld und Strafe. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016

ERHARD, Christopher. *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983

FREUND, Georg. Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten“ Strafraumen für die Strafzumessung. **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)**, 1999, pp. 509-538

FRISCH, Wolfgang. Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 99, 1987, pp. 349-388; 751-805

_____. Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Grundfragen des Strafzumessungsrecht aus deutscher und japanischer Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 3-26

GALLAS, Wilhelm. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 67, 1955, pp. 1-47

GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no direito penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 9, n. 107, p. 10-12., out. 2001

GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2009

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003

GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017

GÜNTER, Hans-Ludwig. Systematische Grundlagen der Strafzumessung. **Juristenzeitung (JZ)** 22, 1989, pp. 1025-1030

HEINITZ, Ernst. Strafzumessung und Persönlichkeit. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 1951, pp. 57-82

HORN, Eckhard. *SK-StGB*

HÖNRLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999.

_____. Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität. In: FRISCH, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew; ALBRECHT, Hans-Jörg. *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, pp. 99-127

_____. Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat. In: FRISCH, Wolfgang. *Grundfragen des Strafzumessungsrecht aus deutscher und japanischer Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 113-124

_____. Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und Lehre. **Juristenzeitung (JZ)**, 1999, pp. 1080-1089

HÖRNLE, Tatjana. *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenlehre*. Baden-Baden: Nomos, 2013

_____. Zur Relevanz von Beweggründen für die Bewertung von Tötungsdelikten am Beispiel sog. „Ehrenmorde“. In: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René. **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems**. *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2013, pp. 653-676

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1996, pp. 887-889

JESUS, Damásio E. de. *Comentários ao Código Penal: Parte Geral*. 2. Vol. São Paulo: Saraiva, 1986

MEZGER, Edmund. Die Straftat als Ganzes. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 57, 1938, pp. 675-701

NOLL, Peter. Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts. In: GEERDS, FRIEDRICH; NAUCKE, Wolfgang. *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1966

NORONHA, E. Magalhães. *A classificação de delinquentes no Novo Direito Penal*, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Ano IV, n.º. 14, jul./set. 1966, p. 95-104

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

PERALTA, José Milton. *Motivos Reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*, vol. 3, Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

PUPPE, Ingeborg. Der Aufbau des Verbrechens. In: DANNECKER, Gerhard et al (Hrsg.). *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*. München: Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 389-402

REALE JÚNIOR, Miguel et al. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985

- _____. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009
- REALE JUNIOR, Miguel. Tentativa de eliminação do critério da periculosidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 12, 140 Esp, p.2-3, jul. 2004
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. **InDret**, 1/2007
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik. In: FELIX, Herzog; PETER-ALEXIS, Albrecht (Hrsg.). **Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010**. Heidelberg: Müller, 2010, pp. 625-638
- SIQUEIRA, Leonardo. *Culpabilidade e pena: A trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016
- SPENDEL, Günther. *Zur Lehre vom Strafmaß*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954
- STAHL, Dominik. *Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Straftheorie. Zugleich ein Beitrag zur Strafzumessungsrelevanz des Vor- und Nachverhaltens*. Berlin: Duncker & Humbolt, 2015
- TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011
- TEIXEIRA, Adriano. *Teoria de aplicação da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2015
- WELZEL, Hans. Persönlichkeit und Schuld. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 60, 1941, pp. 428-474
- ZAFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007