

João Braga: Incongruências históricas no julgamento do HC 126.292

Após o recesso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal analisará a Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, em que o Partido Ecológico Nacional (PEN) ventila a constitucionalidade do Artigo 283 do Código de Processo Penal.

Nessa ação constitucional, o STF terá a oportunidade de fazer as pazes com a história da teoria do delito. Digo isso porque as premissas metodológicas assentadas no julgamento do HC 126.292/SP se encontram, *data venia*, atrasadas em mais de um século na evolução do conceito de culpabilidade.

A tradição anglo-americana separa o momento de afirmação da culpabilidade do da imposição da pena, nesse contexto, a pena seria uma entidade autônoma, dissociada da culpabilidade[1]. De outro lado, na tradição europeia, em que se firmou o Ordenamento Jurídico brasileiro, a pena é a consequência jurídica do delito e a culpabilidade é o *elo* entre os dois fenômenos, *crime e pena*. Modernamente, pode-se dizer que a culpabilidade é o limite e a medida da pena.

Entretanto, nem sempre, na história da dogmática penal, a culpabilidade se projetou sobre a pena, limitando-a. O sistema causal, hoje sintetizado no denominado sistema Liszt-Beling, ao formular a teoria psicológica da culpabilidade, entendia ser essa uma categoria descritiva — empírica — do elemento subjetivo do crime, não comportando qualquer espécie de graduação. De acordo com esse paradigma científico, a culpabilidade seria integrada pela: **1) imputabilidade; 2) pelo dolo; e 3) pela negligência**, representando o vínculo psicológico (subjetivo) entre a conduta e o resultado. A afirmação do vínculo psicológico entre o autor e o delito resultava de uma mera constatação de que o agente, imputável, havia atuado com dolo ou com culpa, a sua essência era composta exclusivamente de elementos empíricos sujeitos a um juízo puro de cognição. De outro lado, o vínculo causal — objetivo — estaria definido no âmbito do injusto. Assim, a estrutura dogmática do delito limitava-se à descrição dos vínculos objetivos e subjetivos entre a conduta e o resultado, empiricamente verificáveis na realidade[2].

Na regência do positivismo criminológico, típico dessa fase embrionária da teoria do delito, a graduação e a medida da pena ocorreriam a partir da *periculosidade* do agente, seguindo os parâmetros de referência utilizados no positivismo etiológico e incorporados na teoria do direito penal por meio da dogmática da pena[3].

Mais tarde, a partir do *neokantismo* e de forma inaugural na obra de Reinhard Frank, foram agregados à base empírica do sistema Liszt-Beling *elementos normativos, retratando a culpabilidade como um juízo de valor sobre o comportamento injusto, concluindo em uma reprovabilidade jurídica imposta ao autor pelo fato praticado*[4]. É com a publicação de *Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade*, ainda no início do século XX, (1907), que a culpabilidade passa a ser entendida como reprovabilidade e, assim, ocorre a *viragem normativista da categoria* [5]. É essa situação que permitirá a projeção da culpabilidade sobre o fenômeno da pena.

Ao distanciar-se do modelo naturalista, a teoria do delito procurou um fundamento autônomo, próprio das ciências do espírito, capaz de garantir ao injusto e à culpabilidade formas de interpretação da realidade a partir de determinados valores para além da limitação meramente descritiva dos fenômenos empíricos[6]. A reprovabilidade, instituída por Frank, consubstancia peça central da projeção da

culpabilidade sobre a pena, consolidando, na dogmática jurídico-penal, *o elo entre a teoria do delito e a teoria da pena*[7]. Posteriormente, a partir da obra de Goldschmidt[8], a reprovação passou a ser detalhada como infração a uma norma específica de dever, consubstanciada em um juízo sobre as características defeituosas da ação. Essa segunda contribuição possibilitou importante desenvolvimento ao conceito normativo, reforçando a função instrumental como juízo de valor. A última consequência do conceito normativo é apresentada por Freundenthal[9], como o reconhecimento da inexigibilidade de comportamento adequado à norma como causa geral de exclusão da penal.

É com o advento do finalismo, teoria adotada na reforma do Código Penal pela Lei 7.209/84, que a culpabilidade ganha o caráter mais radical quanto ao afastamento de todo e qualquer elemento empírico na formulação do conceito desse elemento do delito. Trata-se da teoria normativa pura, que, como bem lembra Juarez Tavares, buscou “*excluir desse juízo — culpabilidade — qualquer base empírica, concebendo a culpabilidade como um puro juízo de valor, decorrente de enfoques categoriais e realizado sobre o poder agir de outro modo*” [10]. O resultado do processo de normatização é a consolidação do juízo de culpabilidade como juízo de valor (reprovabilidade), como reprovação do sujeito que, embora na situação concreta pudesse agir conforme a expectativa do direito, optou pelo ilícito.

O finalismo compreende que os enunciados sobre a culpabilidade seriam consequência da ordem jurídica e não, propriamente, do fato injusto, este último já caracterizado no âmbito da tipicidade e da antijuridicidade. Nesse contexto, a culpabilidade passa a ser um *juízo de valor sobre o comportamento injusto, concludente de uma reprovabilidade jurídica imposta ao autor do fato praticado. Em face disso, a culpabilidade não seria mais somente um objeto a ser constatado, mas também a ser criado*[11].

A partir da década de 70 do século passado, a culpabilidade passou a ser percebida como o limite e a medida da pena. É bem verdade que essa concepção, decorreu do embate entre o naturalismo (teoria psicológica), neokantismo (teoria psicológica-normativa) e ontologismo-fenomenológico (teoria normativa)[12]. É a partir do modelo teórico proposto por Roxin que a moderna teoria da culpabilidade ganha nova roupagem, ela deixa de ser um juízo compreensivo dos elementos subjetivos do tipo, segundo a tradição causal, tampouco se constitui num juízo de reprovabilidade, conforme a teoria normativa e o finalismo[13]. Passa a ser um juízo de responsabilização sobre a motivação do agente.

A ampliação do sentido dogmático de culpabilidade para a ideia de responsabilidade e a harmonização desse com as perspectivas político-criminais, tal como proposto por Roxin, agrega as distintas funções de limitação e de graduação da pena. Se a teoria normativa pura, definida a partir da ideia de retribuição, firmava parâmetros inegociáveis de retribuição, no sentido de que a pena deveria corresponder exatamente ao grau de culpa, ao incorporar as perspectivas preventivas, Roxin opera uma readequação da culpabilidade às novas diretrizes político-criminais. Nesse novo contexto, é possível se concluir que: **1) o juízo de culpabilidade está sempre associado a uma determinação da responsabilidade com base na necessidade da pena**[14]; **2) se a pena é desnecessária para fins preventivos, não deverá ser imposta** [15]; **3) se o fato é de pequena gravidade, ainda que não seja insignificante, a pena pode ser extinta** [16]; **4) se as condições fáticas do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao réu, a pena deve ser reduzida abaixo dos limites fixados pela culpabilidade**[17].

A Constituição da República de 1988, ao afirmar que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, presta integral adesão aos pressupostos assentados desde o

século passado — a partir da obra de Frank —, segundo os quais a culpabilidade não é um juízo empiricamente constatado, conforme previa o modelo Liszt-Beling, mas sim um juízo criado pelo Poder Judiciário a partir da autonomia do indivíduo e do grau de lesão ao bem jurídico referenciado na norma.

Somente após o trânsito em julgado é que a pena poderia ser imposta ao indivíduo, até esse momento, deveria prevalecer o princípio da presunção de inocência. É que, como dito antes, a culpabilidade e a pena são indissociáveis na tradição do Direito Penal brasileiro, sendo que aquela é o exato limite dessa. Como a culpabilidade apenas é consolidada com o exaurimento do exercício da jurisdição, a pena também deveria ficar condicionada a esse marco temporal.

Antecipar a formação do juízo de culpabilidade à análise do processo em segundo grau, sob o fundamento de que as circunstâncias fáticas estariam definidas, parece ter como pressuposto que a culpabilidade é um elemento constatável empiricamente, segundo o qual o agente agiu com dolo ou culpa. Ocorre que essa premissa se encontra atrasada em mais de cem anos de evolução na teoria do delito, sobretudo porque modernamente a culpabilidade é entendida como um juízo normativo acerca de uma conduta humana analisada judicialmente.

Pode-se dizer que o princípio da culpabilidade, tal como concebido pela dogmática penal de hoje em dia, é um importante instrumento de proteção do indivíduo frente ao poder do Estado, notadamente porque esse princípio: **a)** restringe a responsabilidade penal apenas ao autor do delito; **b)** afasta a possibilidade da incidência da sanção penal quando inexistente um vínculo subjetivo; **c)** exclui a responsabilidade pelo resultado[18]; **d)** diferencia e valora graus de responsabilidade distintos[19]; **e)** garante a proporcionalidade da pena em relação à ação lesiva do bem jurídico. Conclui-se que a partir da perspectiva moderna, a culpabilidade passou a ser o limite e a medida da pena, esse elemento consubstancia-se hoje num juízo de valor sobre a motivação do agente, firmado a partir da verificação concreta do nível de acesso que o sujeito teve às regras que impõem condutas.

Esses elementos limitadores do poder punitivo não se encontravam presentes na antiga teoria causal. Entretanto, a partir do conceito normativo de culpabilidade, que perdura até hoje, esse juízo passou a estar submetido a uma análise mais depurada, de maneira que a culpabilidade é uma etapa significativa de proteção ao autor frente ao poder de intervenção do Estado[20].

Nesse contexto, é possível se concluir que parece historicamente atrasada, sob o ponto de vista da evolução da teoria do delito, a conclusão firmada, pelo STF, no HC 126.292/SP, de que os juízos firmados em primeiro e segundo grau, por serem soberanos na delimitação dos fatos do caso, são suficientes para a imposição da pena ao indivíduo.

A moderna teoria da culpabilidade é essencialmente normativa e o conteúdo dos argumentos judiciais que a afirmam devem ser controlados pelos órgãos judiciais superiores, sobretudo para que os espaços abertos pelas circunstâncias de instituição da pena não convertam a sentença em um mero juízo de reprovação moral, em violação ao princípio da legalidade. Daí a importância da ADC 43, que, sem dúvida, vai oportunizar ao STF reconciliar-se com a história da teoria do delito. A maioria dos estudiosos do Direito Penal e do Processo Penal aguarda ansiosamente as pazes entre o Pretório Excelso e a história da teoria do delito.

- 1 Entre os autores de tradição anglo-americana, destaca-se a obra do alemão Andrew von Hitsch. Conferir: HIRSCH, Andrew von. *Censure and sanctions*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 6 e seguintes,
- 2 TAVARES. Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: Racionalidad y Derecho Penal. p. 96.
- 3 CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015. p. 167.
- 4 TAVARES. Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: Racionalidad y Derecho Penal. p. 94.
- 5 BATISTA, Nilo. *Cem Anos de Reprovação*, p. 161.
- 6 CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015. p. 168.
- 7 CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015. p. 168.
- 8 GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de culpabilidad*, Montevideo, 2007.
- 9 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche em derecho penal*. trad. castellana de José Luís Guzmán Dalbora, Montevideo, 2003.
- 10 TAVARES. Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: Racionalidad y Derecho Penal. p. 94.
- 11 TAVARES. Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: Racionalidad y Derecho Penal. p. 126.
- 12 CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015. p. 168.
- 13 CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015. p.
-

168.

14 TAVARES. Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: Racionalidad y Derecho Penal. p. 97.

15 TAVARES. Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: Racionalidad y Derecho Penal. p. 97.

16 TAVARES. Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: Racionalidad y Derecho Penal. p. 97.

17 Daí a conclusão de Juarez Tavares: “Assim, se pode dizer que o art. 59 impõe que o julgador estabeleça na condenação dos limites máximos da pena pela determinação da culpabilidade. Delimitado o máximo pela culpabilidade, a pena somente pode ser diminuída; os elementos do art. 59 são critérios complementares, que apenas podem ser considerados a favor do réu e não contra ele”. (TAVARES. Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: Racionalidad y Derecho Penal. p. 97).

18 Esta dimensão da culpabilidade contém um critério da culpabilidade que a distingue da imputação subjetiva. Aqui se afirma e se pressupõe mais do que uma responsabilidade subjetiva, se diferenciam modos de causação. “Aqui se afirma que culpable de una lesión sólo puede ser quien por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesivo” (HASSEMER, Winfried. *¿ALTERNATIVAS AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD?*. Traduzido do alemão por Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Direito Penal da Universidade de Sevilla, Espanha. Disponível em: <<
http://www.juareztavares.com/textos/hassemer_alternativa_culpabilidade.pdf>>. p. 4)

19 Sob uma perspectiva superficial de análise, o dano infringindo à vítima pelo delito é sempre o mesmo, independentemente de o resultado ter sido causado de forma culposa ou dolosa. A partir do princípio da culpabilidade é possível diferenciar e valorar a ação dolosa e culposa.

20 TAVARES. Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: Racionalidad y Derecho Penal. p. 102.

Date Created

04/07/2016