

**APLICAÇÃO DA PENA: A CULPABILIDADE COMO
PRESSUPOSTO DA REPROVAÇÃO E A VALORAÇÃO
DAS CIRCUNSTÂNCIAS VINCULADAS AO AUTOR
(E NÃO AO FATO CRIMINOSO)**

*Milton Fontana**

INTRODUÇÃO.

A compreensão do procedimento de imposição da sanção penal é atividade de supera o entendimento da função da pena e exige a investigação da função da culpabilidade, como fundamento da resposta penal estatal.

De fato, a doutrina reconhece a dificuldade do entendimento da verdadeira função da culpabilidade, como indicativo da reprovabilidade. É por isso que a culpabilidade é “medida da pena. Quanto maior é a culpabilidade, maior a pena. Nesse sentido, a culpabilidade é instrumento de garantia individual, na medida em que limita o poder do Estado. Por mais despótico que fosse o Estado, ele não poderia punir além daquilo que merecesse o agente, além de sua quantidade de culpabilidade.” (1)

Esta necessidade de punição (2), como base numa reprovabilidade do fato, pode merecer questionamento a partir

*Professor de Direito Penal na Unisinos e Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Ciências Criminais pela PUC/RS. Promotor de Justiça.

¹ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Forense, 1ª edição, 1995, pág. 71.

² Exceto se presentes as chamadas causas de isenção de pena ou excludentes de culpabilidade, que levam à decisão absolutória (art. 386, V, do CPP).

do critério legal de sancionamento (3) O conceito aceitável de circunstância é ministrado por José Antonio Paganella Boschi (4), que esclarece que a expressão é derivada de *circum* e de *stare* e designa aquilo que está ao redor do tipo penal, sem integrá-lo, como elemento essencial (5).

A questão posta, então, é entender se o direito penal brasileiro está fundamentado no chamado *direito penal do fato* (6) e esclarecer sobre a possibilidade de valoração, no procedimento do sancionamento, de circunstâncias vinculadas ao autor, como os antecedentes e a reincidência (7).

Sobre as conseqüências da adoção do princípio da culpabilidade, Cezar Bittencourt ensina que dele se extraem três significados: não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor e a culpabilidade é medida da pena. A compreensão necessária é que “*Em primeiro lugar, a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplica-*

³ A discussão, neste aspecto, é aceitável em razão de que, no procedimento de aplicação da pena - embora esta tenha por pressuposto a reprovação pelo fato praticado - são utilizadas circunstâncias com nítida vinculação ao agente (e não ao delito), caso dos antecedentes, conduta social, personalidade, dentre outros (art. 59, caput, do CP).

⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de Aplicação. Editora Livraria do Advogado, 2000, pág. 189.

⁵ Os chamados elementos “essenciais” do tipo penal também recebem o nome de elementares do delito e a ausência implica em atipicidade do comportamento.

⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito penal, Saraiva, 2000, pág. 250. No ensinamento do autor, “...a censura deve recair sobre o fato praticado pelo agente, isto é, sobre o comportamento humano. A reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do exteriorizado por meio de uma ação ou omissão”.

⁷ Pela regra do artigo 68, do Código Penal, os *antecedentes* são valorados como circunstância judicial e a *reincidência* como circunstância agravante.

ção de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade – como elementos da determinação ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta a quem ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos, etc. E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio da culpabilidade impede a atribuição de responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado com dolo ou culpa.” (8)

O PRECEDENTE JUDICIAL.

No julgamento de um caso penal (9), o Tribunal de Justiça local, por um Órgão fracionário, entendeu que, na valoração das circunstâncias legais, algumas delas somente podem ser consideradas *em favor do agente*. O acórdão sustenta que “...CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59

* BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, Saraiva, 2000, 6ª edição, págs. 272 e 273. Necessária, aqui, distinção entre o conceito de **responsabilidade penal objetiva**, que é a proibição de reprovação sem que o agente tenha obrado com dolo ou culpa, e o conceito da **imputação objetiva**, tratada como elemento da tipicidade, a partir da construção de Claus Roxin (Strafrecht. Allgemeiner Teil-La imputacion objetiva en el derecho penal, idemsa), cujo conteúdo é esclarecido por JUAREZ TAVARES (Teoria do Injusto Penal, editora Delrey, 1ª edição, 2000, pág. 222), ao aduzir que “...para imputar-se a alguém um certo resultado, não basta que este resultado tenha sido por ele causado, consoante o critério de eliminação hipotética ou os princípios da teoria da condição. Além disso, será preciso fazer como que esse resultado seja atribuído objetivamente ao agente como obra sua, isto é, como base para uma responsabilidade pessoal...A teoria da imputação objetiva, portanto, não é uma teoria para atribuir, senão para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito...”. Sobre **responsabilidade penal objetiva** ver também ensinamento de Damásio de Jesus (Direito Penal, pág. 453).

9 Apelação-crime número 70001004530, julgada pela 7ª Câmara Criminal em 25 de maio de 2000

do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5., da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta (*lato sensu*) foi ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas os atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o.”

Afora alguma falta de critério técnico, ao definir a função das circunstâncias judiciais (10), o julgado referido enfrenta, de forma direta, a questão posta neste estudo, ao considerar a impossibilidade de, no apenamento, valorar-se, contra o agente, circunstâncias vinculadas à pessoa (*isto é, ao autor*), sendo possível, tão-somente, a consideração das circunstâncias referentes ao fato.

No citado julgamento acabou prevalecendo o entendimento do Des. Silvio Batista, no sentido de que o agente pode praticar o comportamento que eleger, pois a Carta Constitucional garante tal liberdade, não sendo lícito ao direito penal punir, ou punir duplamente (no caso dos antecedentes ou reincidência) o agente por sua conduta exterior ao fato-crime. A responsabilização, pelo aresto, deve ser fundada, exclusivamente, no direito penal do fato (11).

¹⁰As circunstâncias analisadas não tem a função de agravar a pena, vez que são *circunstâncias judiciais*, cuja função, por lei, é definir a pena-base, na forma do art. 68, em combinação com o artigo 59 do CP.

¹¹Do voto do relator: “...A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime em si.... Considerar, para os efeitos de uma maior punição, os antecedentes do réu, sua personalidade e sua conduta social, desde que não ligados ao crime em julgamento, fere, no meu sentir, o art. 5.. da Constituição Federal que estabelece os direitos e garantias individuais e afirma que ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito....., à liberdade’. No referido julgamento também foram tecidas considerações acerca de que a reincidência representa um ‘bis in idem’, e que o reincidente nem sempre tem mais culpabilidade que o primário.

A CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.

É impreciso, senão controvertido, o conceito (a posição e o objeto) da culpabilidade, no direito penal brasileiro.

A partir da concepção aceita de que a culpabilidade é a *censurabilidade da formação e da manifestação da vontade* (12) e que, na clássica lição de Wessels, o seu fundamento é constituído *pela capacidade do homem*, de se decidir livre e corretamente entre o direito e o injusto (13), a doutrina nacional diverge sobre seu posicionamento, ora localizando-a como elemento do crime, ora localizando-a como pressuposto de aplicação da pena.

DAMÁSIO DE JESUS (14) ensina que *“A culpabilidade é pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime. Como observa René Ariel Dotti, instigador da alteração do nosso entendimento a respeito da matéria, em face de seu atual desenvolvimento, a culpabilidade deve ser tratada como pressuposto da pena, merecendo, por isso, ser analisada dentro deste quadro e não mais em setor da teoria geral do delito.... Assim, a imposição da pena depende da culpabilidade do agente. Além disso, a culpabilidade limita a quantidade de pena. Quanto mais culpável o agente, maior deverá ser a quantidade da sanção penal.”*

CEZAR ROBERTO BITENCOURT (15) esclarece, a propósito, discordando do entendimento antes exposto, que “A

¹²WESSELS, JOHANNES. Direito Penal, aspectos fundamentais. Tradução de Juarez Távares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

¹³WESSELS, citado, pág. 83, no enfrentamento do conceito da culpabilidade ensina que o princípio da culpabilidade é construído com base na capacidade do homem de decidir-se, livremente, pela conduta e que somente existe sentido para a reprovação do comportamento quando houve, efetivamente, liberdade de decisão.

¹⁴JESUS, DAMÁSIO DE. Direito Penal, volume 1, editora Saraiva, 20 edição, 1997, pág. 452. A propósito, nesta passagem, o professor sustenta sua posição embasado em artigo de CLAUS ROXIN, publicado na Revista de Direito Penal, RT, 1973, com título “A culpabilidade como critério limitativo da pena.

¹⁵BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. Manual de Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 273. Para justificar sua posição, explica o professor gaúcho, estribado na lição de Fragoso, que “Crime, é assim, o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que possa ser aplicável a sanção penal. A análise revela que tais requisitos são a conduta típica, antijurídica e culpável...”. E mais:

tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime. Não nos convence o entendimento dominante na doutrina brasileira, segundo o qual, a culpabilidade, no atual estágio, deve ser tratada como um pressuposto na pena, e não mais como integrante da teoria do delito.” A crítica feita é que, não só a culpabilidade, mas também a tipicidade e a antijuridicidade são pressupostos da pena.

Em sentido diverso, FERNANDO CAPEZ, acerca da culpabilidade, adverte que não se trata de elemento do crime, mas de pressuposto para a imposição da pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se concebe, ao mesmo tempo, estar dentro do crime como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente. A informação é que *“Na culpabilidade afere-se apenas se o agente deve ou não responder pelo crime cometido. Em hipótese alguma será possível a exclusão do dolo e da culpa ou da ilicitude nessa fase, uma vez que tais elementos já foram analisados nas precedentes. Por essa razão, a culpabilidade nada tem que ver com o crime, não podendo ser qualificada como seu elemento.”* (16).

Nos seus princípios básicos (17), o Ministro TOLEDO informa que, na reforma penal de 1984, a culpabilidade deve ser tratada como um elemento do crime. É que, ao conceituar o delito, afirma que este, é uma ação típica, antijurídica e culpável. E mais: ao informar a função da culpabilidade, esclarece que *“é o terceiro elemento do conceito jurídico do crime. Nullum crimen sine culpa. Deve-se entender o princípio da culpabilidade como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apóia sobre a crença – fundada na experiên-*

citando a lição de CEREZO MIR, informa que “Os diferentes elementos do crime estão numa relação lógica necessária. Somente uma ação ou omissão pode ser típica, só uma ação ou omissão típica pode ser antijurídica e só uma ação ou omissão antijurídica pode ser culpável.”.

¹⁶CAPEZ, Curso de Direito Penal, cit., pág. 250.

¹⁷TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª edição. São Paulo, Saraiva, 1994, pag. 87.

cia da vida cotidiana – de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, ‘agir de outro modo’. A não utilização dessa faculdade, quando da prática do ilícito penal, autoriza aquela reprovação. A noção de culpabilidade está, pois, estreitamente vinculada à da evitabilidade da conduta ilícita, pois só se pode emitir um juízo de reprovação ao agente que não tenha evitado o fato incriminado quando lhe era possível fazê-lo.”

De fato, observação da lei penal (18) parece indicar que, ausentes certos elementos para a reprovabilidade do autor do fato, a hipótese é de *isenção de pena e não de exclusão do crime*, sendo a distinção bastante visível, *v.g.*, nos artigos 23 e 26 do CP. Não obstante tal distinção, processualmente, as duas hipóteses levam à absolvição do agente (19).

A APLICAÇÃO DA PENA E A FUNÇÃO DA CULPABILIDADE

Ainda que prevaleça, com variantes, a concepção de que a culpabilidade é indicativa da necessidade e da medida da resposta penal estatal, em relação ao delito, a materialização desta função também gera polêmica.

A questão toda é compreender, assim, o disposto no artigo 59 do Código Penal, que, ao tratar da aplicação da pena, assevera que esta deve ser estabelecida conforme seja *necessária e suficiente*, com a finalidade de *prevenção e reprovação do crime* (20). Ou

¹⁸O Código penal informa, com clareza, acerca da distinção entre *excludentes de ilicitude*, quando o crime não existe pela ausência de um de seus elementos e hipóteses ou *causas de isenção de pena* (*também nominadas de excludentes de culpabilidade*), quando, embora existente o injusto típico, o agente resta isento de pena.

¹⁹O Código de Processo Penal trata, de forma idêntica, quanto ao fundamento, as causas de exclusão de crime ou isenção de pena, prevendo, em ambas as situações, que a sentença será absolutória (art. 386, V, do CPP). A distinção é possível de ser feita, neste aspecto, quanto aos efeitos da sentença penal absolutória (art. 65 do CPP).

²⁰Sobre as teorias justificadoras da pena, ver em BITENCOURT, Manual, obra citada. As Teorias da Pena, pág. 65/88.

seja, a pena deve ser necessária e suficiente para reprovar o fato.

É que, dentre as chamadas *circunstâncias judiciais* (21), a culpabilidade aparece em primeiro lugar, discutindo-se hoje se a pena-base deve ser definida *em função da culpabilidade* ou se a culpabilidade é apenas *um dos elementos para a sua definição*.

Divergindo da doutrina até então praticamente unânime (22), sustenta BOSCHI (23) que a verdadeira função da culpabilidade é indicar o grau de reprovabilidade e, apoiado em doutrina de Costa Júnior, dentre outros, informa que *o certo é que, no Brasil, o legislador optou, claramente, no artigo 59, pela culpabilidade fundamentadora e limitadora da pena ao reconhecer que sua individualização precisa atender finalidades de prevenção e reprovação*.

E mais: dando corpo ao enfrentamento proposto, o mestre ensina (24): *“Sendo a culpabilidade o critério fundamentador da intervenção estatal e limitador da punição segue-se, então, que o sistema de contagem e percentualização de circunstâncias, que disciplina a individualização da pena, recomendado pelas regras pretorianas antes comentadas, pode e deve ser substituído por um novo sistema que realce a culpabilidade e seus elementos estruturantes: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de outra conduta. Desse modo, em vez de Ter peso igual e de concorrer com sete circunstâncias judiciais (personalidade, antecedentes, conduta, circunstâncias, motivos, conseqüências e comportamento da vítima) com vista ao que denominamos de singela percentualização do conjunto valioso ou desvalioso, como se extrai das recomendações pretorianas aceitas entre nós, a culpabilidade*

²¹*Circunstâncias Judiciais, na lição já citada do Prof. José Antonio Paganella Boschi, “são assim denominadas, diversamente das circunstâncias legais – agravantes e atenuantes, qualificadoras, majorantes e minorantes –, porque, embora sejam legais, por estarem definidas em lei, como o próprio adjetivo sugere, quem confere a cada uma delas a positiva ou negativa carga axiológica é o juiz, no caso concreto.” (pág. 189).*

²²No sentido de que todas as circunstâncias judiciais devam ser valoradas, de forma equivalente, para aplicação da pena-base, é a posição da doutrina sobre a aplicação da pena, a partir de Damásio de Jesus e Cezar Roberto Bitencourt.

²³BOSCHI, cit., pág. 203.

²⁴Boschi, citado, págs. 232/233.

de, associada ao conteúdo do injusto típico, isto sim, é que deveria ser posicionada (ou reposicionada?) no centro das preocupações do juiz, como legítimo e exclusivo critério de graduação da censura ou reprovação e, a partir desse posicionamento, como critério para as medições subseqüentes das penas provisória e definitiva.”

Portanto, a partir deste *reposicionamento* da culpabilidade, que passa a atuar como *fator preponderante* dentre as circunstâncias judiciais, a vinculação entre ambas (culpabilidade e pena) torna-se efetiva e visível, tratando-se as demais circunstâncias como auxiliares, na definição do grau de reprovação ao agente.

DIREITO PENAL DO AUTOR E DIREITO PENAL DO FATO

Certo é que, qualquer que seja a função desempenhada pelas circunstâncias (*judiciais ou legais*), algumas não estão vinculadas ao fato criminoso (*direito penal do fato*), mas, ao contrário, representam a reprovação direta ao autor (*direito penal do autor*).

É que, sem divergência, o conceito de determinada circunstâncias *não guarda qualquer relação com o injusto típico*, mas refere-se diretamente ao comportamento do agente, sem que este mesmo comportamento tenha previsão como conduta típica (caso dos antecedentes e personalidade ou menoridade) ou ainda quando tal conduta já mereceu resposta penal (caso da reincidência).

Assim, conceitualmente, temos que por *antecedentes* entendem-se os fatos pretéritos da vida do agente, tenham ou não sido objeto de persecução penal. BOSCHI afirma que os antecedentes “*são todos aqueles fatos anteriores que deixam prever os que hão de seguir-se.*” (25) Acerca da necessidade de sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, para reconhecimento de maus antecedentes, informa que “*A exigência da condenação defini-*

²⁵BOSCHI, já citado, pág. 205.

tiva por fato anterior para a configuração de maus antecedentes tem a ver, conforme deflui da jurisprudência, com a garantia da presunção da inocência (art. 5., inc. LVII, da CF), pois, não fosse assim, abrir-se-ia ‘...a possibilidade kafkiana de apenamento reflexo’, com o acusado recebendo, ‘em um processo punição determinada pela existência de outro, no qual poderá resultar absolvido’. Depois de muita vacilação esse entendimento é hoje dominante na doutrina e nos tribunais pátrios.”(26) ,

Em sentido contrário, sustenta CEZAR BITENCOURT que, em relação aos antecedentes, devem ser considerados os fatos anteriores, praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus (27). Ensina o ilustrado jurista que *“Admitir certos fatos como antecedentes negativos não significa uma ‘condenação’ ou simplesmente uma violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, como alguns doutrinadores e parte da jurisprudência têm entendido.”* E adverte que *“Parece-nos tratar-se de um rematado equívoco, pois ao serem admitidos como antecedentes negativos não encerram um novo juízo de censura, isto é, não implicam em condenação, caso contrário, nos outros processos, nos quais tenha havido condenação, sua admissão como ‘maus antecedentes’ representaria uma nova condenação, o que é inadmissível.”*

Em relação à personalidade do agente, como fundamento da aplicação da pena, ensina BOSCHI, baseado na lição de Roberto Lyra, que são as *influências remotas ou atávicas do acusado*, explicando que a definição da personalidade não é tarefa fácil e que, com a inclusão desta circunstância *“parece-nos que o legislador, com a providência, quis, em verdade, preservar a coerência de um código que autorizava maior agravamento da reação estatal aos indivíduos perigo-*

²⁶BOSCHI, já citado, mencionando, inclusive, decisão do STF no HC 6641 e do STJ no HC 2.22.0 (pág. 206).

²⁷BITENCOURT, CEZAR ROBERTO, já citado, pág. 516. Acerca da necessidade de distinção entre antecedentes e reincidência, sustenta correto seu posicionamento sob o fundamento que, se exigida condenação anterior, a lei deveria referir, como circunstância judicial, as ‘condenações anteriores irrecuráveis’, o que não o faz.

...*mediante imposição cumulativa de pena e medida de segurança...*" (29).

No tocante à *reincidência*, o conceito vem definido legalmente (30), exigindo-se condenação anterior à prática do fato, transitada em julgado, por crime, sendo que o fundamento da reincidência é a necessidade de reação contra o hábito de delinquir.

Portanto, nestes casos (e outros, como conduta social, menoridade), o cálculo da pena não está vinculado diretamente ao fato, mas no comportamento do seu agente.

Em todas as hipóteses acima verifica-se que a reprovabilidade é mensurada, *não a partir do fato, mas em função do agente*, embora a norma legislativa, determine que a resposta penal deva ser necessária e suficiente para a *prevenção e reprovação do crime*. É a regra da parte final, do artigo 59, do Código Penal.

Todavia, o nosso sistema penal adota o chamado *direito penal do fato, em oposição ao direito penal do autor?*

Com sua clareza habitual, Francisco de Assis Toledo ensina (31), acerca do *objeto do juízo de culpabilidade*, sustenta que, embora dominante, a sustentação teórica da culpabilidade *pelo fato*, existem respeitadas posições que questionam outras fontes de reprovabilidade, indicando a possibilidade de reprovação pela chamada *culpabilidade de caráter, culpabilidade pela conduta de vida, culpabilidade pela decisão de vida, culpabilidade na formação da personalidade e culpabilidade da pessoa*.

²⁹BOSCHI, já citado, pág. 211.

³⁰O código penal, no art. 63, define o conceito da reincidência e o art. 64 é a norma que determina a limitação dos seus efeitos, uma vez decorridos mais de cinco anos entre a extinção ou cumprimento da pena do primeiro delito e a prática do segundo.

³¹TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. ... (Pág.235). Acerca da distinção entre 'direito penal de autor' e 'tipo normativo de autor', esclarece Toledo que este sim esteve em moda durante o regime nazista, sendo uma espécie extremada do primeiro. E, citando Von Litz, explica que a expressão 'direito penal do autor' é tomada, num sentido amplo, em oposição ao chamado 'direito penal do fato'.

O mencionado Ministro ensina que *“Uma corrente de penalistas – a dominante, segundo supomos – opta pela culpabilidade do fato. Segundo essa corrente a censura de culpabilidade recai sobre o fato do agente, isto é, sobre o comportamento humano (ação ou omissão) que realiza um fato-crime. Coloca-se a tônica no agente e não no fato. Apóia-se esta concepção da culpabilidade na constatação empírica, pragmática, de que o agente sendo dotado de certa capacidade de compreensão e de escolha, é culpável por um fato ilícito, na medida em que concretiza o injusto, podendo, nas circunstâncias, Ter agido de outro modo. Com isso, o poder-agir-de-outro-modo coloca-se como pressuposto ou como fundamento do juízo de censura da culpabilidade.”*

Todavia, adverte: *“Existe, entretanto, outra corrente de penalistas, mais reduzida mas não sem menos imortância pela grande projeção e influência de seus seguidores, que não pensa exatamente assim. Partindo da premissa que em certos casos a faculdade de compreensão do injusto – portanto a possibilidade de escolha – está comprometida pela conduta de vida do agente, e, ainda, partindo da suposição de que não há meios de se verificar no agente concreto o aludido poder-agir-de-outro-modo, concluem estes penalistas que a única solução, para se salvar o juízo de culpabilidade, seria deslocá-lo do ‘fato’ para a ‘pessoa do agente’. Censurável, não seria já o agente pelo seu comportamento, pelo injusto típico, mas sim pela sua conduta de vida, pelo seu caráter, pela sua personalidade; numa palavra: pelo seu modo de ser e de viver.”*

Em linhas gerais LUIZ FLÁVIO GOMES sustenta no mesmo sentido, ao mencionar que o fato – e não o autor do fato – é o ponto de referência para a reprovabilidade, e, citando Nelson Hungria (32), ensina que a punição ao autor deve ser feita pelo que ele fez e não pelo que ele é.

³²GOMES, LUIZ FLÁVIO. Erro de Tipo e Erro de Proibição. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 1994, pág. 123, fazendo referência a Nelson Hungria (Teoria Geral do Crime, pág. 19).

O DIREITO PENAL BRASILEIRO E A VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS VINCULADAS AO AUTOR

Na doutrina sempre aceita de Toledo, a reforma penal de 1984 foi produzida aceitando-se um *direito penal do fato que considera também o autor* (33). Segundo o mestre, esta posição, que predomina também em outros países, é plenamente aceitável vez que os Códigos tipificam *atos*, mas, no momento do sancionamento, outros fatores exteriores ao fato (e alguns vinculados ao agente) são considerados, dentro de um quadro ou modelo de punibilidade.

Justificando a opção do sistema brasileiro, continua o condutor da reforma penal, explicando que um direito penal moderno é um direito penal do fato, que considera também o autor: *“A comprovação dessa afirmação pode ser feita mediante um simples exame dos códigos e das leis penais em vigor, os quais, de um modo geral, tipificam fato (modelos de condutas humanas) e não perfis psicológicos de autores. Não obstante, será fácil também ver que essa mesma legislação não despreza totalmente o autor, pois a sua personalidade e antecedentes (a habitualidade e a tendência para o crime, a primariedade ou a reincidência etc) são considerados, dentro do quadro de punibilidade do fato, no momento da quantificação da pena. Toma-se, portanto, como ponto de partida, o ‘fato do agente’, mas não se coloca, totalmente, entre parêntesis, o ‘agente do fato’. O agente, porém, vem considerado em um momento posterior, dando-se inteira precedência ao fato.”* . E arremata: *“Na culpabilidade pelo fato, que também não desconsidera o agente, conforme foi visto, não é possível esse desligar-se do fato em momento*

³³É de Toledo (já citado), o esclarecimento: “Entre essas duas posições opostas, situam-se as correntes moderadas em prol de um direito penal do fato que considere também o autor. Esta é a posição do moderno direito penal, predominantemente um moderado direito penal do fato. Assim é na Alemanha, na Itália, no Brasil e em outros países civilizados.” (Pág. 251)

algum, visto como é o fato que dará os concretos e definitivos limites para a atuação do Estado na esfera penal.” (34)

LUIZ FLÁVIO GOMES (35), por outro lado, sustenta, contrariando JUAREZ TAVARES, que a culpabilidade “*não recai sobre o caráter, sobre a personalidade do agente ou sobre a condução de vida, mas sim ‘sobre a defeituosa posição do autor para com as exigências de conduta para com a ordem jurídica, manifestada no fato antijurídico’. O agente só pode ser considerado culpado ‘por aquilo que ele fez e não por aquilo que ele é; é a culpabilidade do fato. Como diz Wessels: ‘o ponto de referência para o juízo da culpabilidade é constituído pela ação do injusto’. A culpabilidade do direito penal é a culpabilidade do fato isolado e não a ‘culpabilidade de caráter’.*”

Assim colocada a situação, cabe um último enfrentamento, a partir do aresto que serviu de base ao enfoque: a adoção, pelo sistema penal, de circunstâncias vinculadas ao autor fere o *princípio da liberdade*, previsto constitucionalmente? A resposta, parece, é negativa, a partir da compreensão do significado do referido princípio.

Por *princípio da liberdade* entende-se, ao contrário do afirmado no julgamento referido, não a possibilidade de realização de qualquer conduta, exceto aquelas proibidas penalmente, mas uma liberdade de ação (36). Esta liberdade de ação, na lição do

³⁴TOLEDO, já citado, págs. 251/252

³⁵GOMES, já citado, pág. 123. Na última parte da citação transcrita, o autor faz referência a Francisco de Assis Toledo, e, assim, é possível compreender, na linha da sustentação, que há convergência de entendimento, a partir da própria menção de Wessels de que a culpabilidade é o *ponto de referência* para a reprovabilidade, que deve ser constatada a partir do fato. E assim o é no nosso sistema penal, já que a sanção é estipulada a partir do fato (que delimita os limites do apenamento); as circunstâncias complementam, no ensinamento já transcrito de José Antonio Paganella Boschi a formação do juízo de reprovabilidade.

³⁶SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Curso de Direito Constitucional Positivo, editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1990, pág. 209. No sentido do texto, informa o citado autor que é perfeitamente possível que certas leis – ainda que não incriminadoras – limitem a liberdade de agir, sendo legítimos os limites impostos desde que as normas provenham de um Poder Legislativo formado mediante o consentimento popular e em decorrência de um processo estabelecido constitucionalmente

constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA “...constitui, por assim dizer, a ‘liberdade matriz’, a liberdade base que é a liberdade de ação em geral, a liberdade geral de atuar, que decorre do art. 5., II, da Constituição, segundo a qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. É um modo de dizer diferente daquele de Montesquieu. Para este, a liberdade consistiria no direito de fazer tudo o que as leis permitissem. O texto constitucional supra, ao contrário, prevê a liberdade de fazer, liberdade de atuar ou liberdade de agir, como princípio. Vale dizer, o princípio é que todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determine em contrário. A extensão dessa liberdade fica, ainda, na dependência do que se entende por lei. Se se considerar a lei qualquer norma elaborada pelo Poder Público, independentemente da origem desse poder, então o princípio constitucional vale bem pouco. Não é esse, porém, o sentido da palavra lei. Como vimos, a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até se pode acrescentar que ela pressupõem um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento jurídico.”.

Destarte, a garantia constitucional da liberdade importa em tutelar este bem jurídico em toda a sua extensão, sujeitando, todavia, o agente à responsabilização pelos seus atos. E, esta responsabilização é feita a partir de *graus ou escalas*, na medida em que as condutas são sancionadas, quando violadoras de regras de convivência. Exemplo claro é o apenamento administrativo por infração de trânsito, como trafegar em velocidade excessiva, que, sem constituir delito, não representa qualquer violação ao princípio da liberdade. A norma (e não necessariamente a norma penal incriminadora) pode limitar o direito à liberdade ampla, impondo conseqüências para o desatendimento.

Logo, se é permitido ao Estado restringir ou regular o direito constitucional da liberdade, parece correto que também é possível, dentre as circunstâncias que servem de base para aplicação da pena, considerar-se algumas vinculadas ao agente, sem que tal representa violação do princípio da *nulla poena sine culpa*. É que, acertadamente, na fixação da pena-base, devem ser ob-

servados os limites previstos no tipo (37); igualmente, na aplicação da pena provisória, quando valorada a circunstância da reincidência, a pena não poderá ser agravada de forma a ultrapassar a máximo cominado no tipo (38).

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Do exposto, a partir da observação de critério adotado no julgamento de caso concreto, verifica-se, inicialmente, a controvérsia existente a partir do conceito e função da culpabilidade.

Se, em doutrina, é apresentado o conceito de culpabilidade, vinculado à reprovabilidade da conduta, existe divergência acerca de sua função, vez que tratada como elemento do crime ou pressuposto de aplicação da pena.

Não obstante a ausência de consenso, no sistema penal brasileiro a sanção deve ser aplicada conforme seja necessária e suficiente à prevenção e reprovação do crime e, no procedimento de aplicação, as circunstâncias a serem consideradas estão vinculadas ao fato e também ao autor (39).

Parece aceitável a posição de Francisco de Assis Toledo segundo a qual um direito penal moderno deve estar identificado, sem dúvida, com o fato criminoso (injusto típico) praticado, sendo que, no processo de sancionamento do delito o autor não

³⁷Conforme o art. 59, II, do CP.

³⁸A súmula 231 do S'J, apesar de várias críticas, pretendeu pacificar o entendimento, ao dispor sobre os limites da operacionalização das circunstâncias atenuantes e agravantes, que não poderão ser valoradas aquém ou além do 'quantum' cominado no tipo penal.

³⁹Nesta linha de compreensão, não pode ser desprezado o fato de que a menoridade do agente (art. 65, I, do CP), considerada circunstância atenuante da pena, também está vinculada, de alguma forma, ao autor.

pode ser ignorado (40) E mais, além do autor, devem ser considerada a vítima e o entorno do crime (circunstâncias, motivos, conseqüências, dentre outros). Tal orientação, aceita doutrinária e normativamente, também é adotada em outros países, como Alemanha e Itália.

A opção legislativa brasileira não viola o princípio da liberdade, previsto constitucionalmente, vez que este tem por pressuposto certas regras comportamentais, sendo lícito limitar-se o direito amplo de ação, que se compreende no conceito de liberdade. Em verdade, o grande desafio do direito penal é, preservando o princípio da legalidade (41), este sim fundamental para as garantias individuais, encontrar alternativas para o enfrentamento da criminalidade – tradicional e a chamada “nova criminalidade” - , sendo sempre presente a lição de Hassemer de que *“...é dever das ciências penais refletir sobre alternativas ao direito penal. Não é de maneira alguma pacífico – aliás, não é nem sequer discutido abertamente – que os problemas de uma sociedade moderna poderiam ser eliminados pelo direito penal, nem mesmo se ele se ajustasse às exigências da mudança social, do modo aqui exposto. É certo que o direito penal tradicional continuará sempre tendo com que se ocupar: com roubo, corrupção, estupro. Aqui não vejo ensejo para se falar em modernização. Neste campo nuclear do direito penal, é preciso continuar procedendo com seriedade, exatidão e prudência, caso contrário os Direitos Fundamentais dos protagonistas do conflito não serão devidamente salvaguardados.”*(42).

⁴⁰TOLEDO, a propósito, em momento algum questiona acerca da necessidade de valoração das circunstâncias para a fixação da pena, asseverando que o direito penal do fato deve ser preservado no momento da construção das figuras típicas.

⁴¹No sentido de que os limites do sancionamento são estabelecidos nos tipos penais, em obediência ao referido princípio (art. 1., do CP). O procedimento de aplicação da pena – dentro dos limites – não viola o princípio da legalidade, na medida em que a valoração de certas circunstâncias, ainda que vinculadas ao agente, não poderão determinar apenamento superior ao máximo cominado. A propósito, Súmula 231 do STJ sobre os limites da pena, pela operacionalização das circunstâncias.

⁴²HASSEMER, WINFRIED. Três Temas de Direito Penal. Estudos MP, 1ª edição, 1993, pág. 59.

Nesta busca, evidentemente, não cabe desprezar a investigação criminológica e, via de consequência, o autor do delito, sendo que as condições pessoais do criminoso devem ser consideradas (43). É o que faz a lei penal – legítima e limitadora do direito amplo de liberdade de fazer tudo o que se quer -, parecendo, ao contrário do decidido no julgamento que serviu de paradigma ao estudo, que a presença de circunstâncias vinculadas ao agente (quer para agravar ou para atenuar a pena), não representa qualquer violação de garantia constitucional e também não representa qualquer violação ao chamado “direito penal do fato”, já que este é e continuará a ser o limite da atuação penal do Estado, inexistindo, em nosso sistema, previsão de penalização pelo *perfil* de determinados autores.

⁴³GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. Criminologia. Editora Revista dos Tribunais. 1992, pág. 96. Neste ponto, o autor enfatiza a necessidade da aproximação entre a criminologia e o direito penal, devendo haver a necessária investigação do caso criminoso – inclusive do agente -, para uma correta aplicação da lei penal.