

## O JUÍZO DA CULPABILIDADE

*Everards Mota e Matos (\*)*

O fato delituoso (fato típico e ilícito) somente se sujeita à punição penal se se encontrar revestido dos matizes aptos a torná-lo culpável.

Por esta razão é que existe expressivo posicionamento doutrinário considerando a culpabilidade como pressuposto da pena, ao fundamento da inviabilidade de aplicação desta em não sendo constatada aquela.

A sanção imposta deveria ser, portanto, aquela correlata com o tamanho e o alcance da culpabilidade. Em consequência, a pena justa seria aquela proporcional à medida da reprovabilidade do fato injusto.

Isto porque a culpabilidade, com os novos contornos oferecidos pelo finalismo, passou a encerrar um juízo de censurabilidade ou reprovabilidade a recair sobre o autor do fato típico.

Se este agente for portador da capacidade de entender e de querer o fato e o tivesse praticado sabendo-o ou pelo menos com possibilidade de sabê-lo ilícito quando lhe era exigido, nas circunstâncias, comportamento diverso do então praticado, a ele, naturalmente, haverá de incidir a censura ou a reprovação justificadora da imposição de uma pena.

Este juízo é, portanto, puramente normativo, pois o elemento subjetivo, antes pertencente à culpabilidade, fora deslocado para o tipo, inserindo-o no bojo do dolo que, indubitavelmente, pertence àquele pois, sem ele, nenhum autor do fato típico doloso, em regra, poderia por este transitar.

Como ao dolo pertencia antes a possibilidade de conhecimento do injusto, elemento normativo exigido para caracterizá-lo, e como fora este elemento deslocado para a culpabilidade, deixou ele, então, de fazer parte do tipo. Neste encontra-se o dolo (consciência e vontade de perfazê-lo) mas que, em razão da perda do elemento referido, passou a ser um dolo natural e não mais um *dolus malus*, isto é, portador da ilicitude ou da sua potencial consciência.

A pena, como meio de reprovação, teria de ser graduada, diante do entendimento aqui exposto, pelo tamanho, alcance e limite do juízo da culpabilidade.

(\*) *Desembargador da Justiça do Distrito Federal*

O fato delituoso exige, para sua configuração, uma “força moral”, além da física, e na moral é que se encontra a culpabilidade.

Todo crime tem sua aprovação sobretudo atrelada à “força moral” que o resultou, a orientar a apreciação das demais circunstâncias aptas à individualização da resposta penal.

Não se poderia, por exemplo, apenar igualmente dois homicídios idênticos, de dois genitores, por seus respectivos filhos, quando em um se constatou encontrar-se a vítima desenganada pelos médicos, retirada do hospital para se findar no seu rincão distante, próxima a seus familiares.

O filho, diante do sofrimento contínuo e inafastável, sem recursos minorantes, resolve abreviar o sofrimento do moribundo então com dores lancinantes e sem paliativo, como ato mais de piedade, dando-lhe uma droga fatal, em erro sobre a proibição existente cuja compaixão filial inibiu as forças possíveis de evitar o desfecho.

Aqui a força impulsionadora do evento fatal há de ter uma censura menor do que a de outra morte idêntica, porém advinda de impulsos diversos, pois, em assim não sendo, o juízo igual afrontaria os sentimentos e anseios sociais de Justiça que, no caso do Direito Penal, decorre de uma pena útil e justa, portanto, correlata à força subjetiva do impulso conducente ao resultado delituoso previsto no tipo.

Claro que a concepção de Justiça advém de um sentimento formado no íntimo do homem.

Mas, como os fatores responsáveis pela formação deste sentimento, de ordem sócio-cultural, influenciam, também, na mensuração da reprovabilidade apta à delimitação do Juízo da Culpabilidade, responsável pelo tamanho da reprovação, conclui-se que tal sentimento e, em conseqüência, a medida correlata do justo, varia, não só no tempo como também no espaço físico.

Portanto, a justa censurabilidade diversifica em decorrência dos fatores, dentre eles os advindos da aculturação de cada sociedade, cabendo ao Juiz dosá-la na medida da reprovabilidade incidente naquele meio e sobre aquele infrator da figura típica penal.

Seria, pelo visto, a aplicação do princípio da proporcionalidade na ordem punitiva no sentido já aludido na clássica obra do Marquês de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, onde se encontra: “*Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos... Se os cálculos exatos pudessem ser aplicados a todas as combinações obscuras que levam os homens a agir, seria necessário buscar e estabelecer uma progressão de penas que corresponda à progressão dos delitos...*”. Parte extraída da obra “*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade da Leis Restritas de Direitos Fundamentais*”, de autoria da douta Procuradora de Justiça do DF, Dra. Suzana de Toledo Barros que, apesar de tratar do princípio no âmbito constitucional, com propriedade lembrou haver Beccaria aludido à proporcionalidade na ordem punitiva.

Na evolução deste princípio, dentro da ordem penal, se pode colher aspectos da atual culpabilidade normativa.

Penalistas de fôlego já defendem a possibilidade de se afastar os limites mínimos da pena diante de circunstâncias advindas do juízo da culpabilidade.

Fundam-se os arautos da tese no fato de que se pode absolver o autor de um fato típico e ilícito em razão de não recair, sobre ele, a reprovação ou censura advinda do juízo da culpabilidade, por igual razão a pena deve ser minorada se não incidirem circunstâncias globais excludoras mas, parciais, com reduzida potencialização da culpabilidade. E, o juízo justo e adequado à reprovação poderia não corresponder, proporcionalmente, ao tamanho da pena mínima cominada.

As mesmas razões conducentes ao reconhecimento de uma exclusão global da pena podem viabilizar gradualmente a redução parcial desta mesma pena, obedecida a justa necessidade da resposta penal.

“A finalidade pedagógica da pena seria melhor alcançada se houvesse uma maior flexibilidade no processo de sua individualização” – neste sentido, tese de autoria do então Promotor Substituto do DF Luiz Francisco P. de Souza, exposta no II Congresso Interno do MP local, realizado na Pousada do Rio Quente, em Goiás.

Nessa tese a conclusão era dirigida para a possibilidade de se poder aplicar a pena abaixo do mínimo cominado em razão da incidência de atenuantes.

Lembro, aos menos afeitos às questões penais, que a única possibilidade de se aplicar a pena abaixo do mínimo cominado (ou acima) advém da incidência de uma causa de aumento ou diminuição, a acontecer no terceiro estágio do cálculo individualizador – art. 68 do C. Penal.

Na exposição da citada tese, registrou seu Autor:

“O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, em artigo publicado no *Correio Braziliense*, no caderno jurídico (numa segunda-feira) chegou a defender pena abaixo do mínimo somente com fundamento na análise da culpabilidade.” In Anais - fl. 45.

A graduação da pena, em razão da força do juízo da culpabilidade já é uma constante porque reconhecida no Código Penal diante da maior ou menor potencialidade da ação causadora ou contribuidora para a causação do evento, como no caso do concurso de pessoas onde a pena a cada um dos concorrentes, deve corresponder à medida de sua respectiva culpabilidade.

Se assim não fosse, poder-se-ia, com pesos iguais aos desiguais, estar diminuindo a ignominiosa responsabilidade objetiva, de há muito banida do Direito Penal que hoje é, sobretudo, proclamado como Direito Penal da Culpabilidade.

A história desta coincide com o desenvolvimento das idéias penais que, por sua vez, acompanha a evolução da pena e de sua equitativa aplicação.

A proteção do bem jurídico resguardado pelo Direito Penal e a reintegração do autor que o violou, ameaçou ou periclitou, só poderia ser mais precisamente alcançado, na busca de um aproximado ideal de Justiça, com melhor observância aos requisitos orientadores do juízo da culpabilidade.