

PENA E CULPA (*)

Heleno Cláudio Fragoso(**)

1. O princípio básico do Direito Penal da Culpa em relação à pena é o de que ela se funda a culpabilidade do réu. A culpa do condenado é o fundamento da medida da pena que lhe é imposta¹, sendo estranhos à aplicação da pena todos os elementos que não se refiram à maior ou menor reprovabilidade do ato. A vida anterior e a conduta posterior não podem aqui ser valoradas de modo autônomo, mas tão só como sintomas de maior ou menor culpabilidade na prática do delito e isto porque a medição da pena é a realização da justa retribuição no caso particular². A medida da culpa é dada pela medida da violação do dever³.

Às insuficiências da *justa retribuição* para os efeitos preventivos atende-se através do sistema do duplo binário (*double via*), com a aplicação de medidas de segurança para os criminosos habituais ou por tendência.

Construiu nessa base a doutrina alemã um sistema de grande perfeição técnica, cerrado em seus pressupostos lógico-formais, arrancando de princípios éticos altamente respeitáveis.

2. Fora da Alemanha, no entanto, com raras exceções, não encontramos na legislação e na doutrina a mesma pureza sistemática, mas, sim, no que tange à aplicação da pena, expressa referência à personalidade do réu e à sua capacidade de delinquir⁴, bem como a elementos objetivos, dificilmente relacionados com a vontade do agente.

* Comunicação apresentada ao Colóquio Internacional realizado em Santiago do Chile de 3 a 13 de abril de 1973, sob os auspícios do *Instituto de Ciencias Penales*.

** Professor Titular da Fac. Direito Candido Mendes.

¹ Projeto alemão, E. 1962, § 60(1).

² Maurach, § 63, I, 1 e segs.

³ Stooss, Lehrbuch, § 18: *Je grösser die Pflichtwidrigkeit, desto schwerer die Schuld*.

⁴ Cod. Penal italiano, art. 133.

A prevenção especial tem dominado o processo de aplicação da pena em muitos sistemas de direito, notadamente o anglo-americano, com o critério do processo penal em duas fases, a pena indeterminada, as medidas especiais de tratamento para os jovens adultos delinquentes, etc. Expressa referência à reabilitação social como fim da pena está prevista em textos constitucionais e em numerosos Códigos Penais e projetos recentes⁵.

3. Diversamente do que ocorre com os demais ramos do direito, em que o juízo se realiza no julgamento de uma relação jurídica, no Direito Penal julga-se o homem acusado da prática de um delito. A figura do réu domina o processo penal e está presente com a maior intensidade na motivação da sentença condenatória e na aplicação da pena.

A experiência judiciária revela que os juízes atendem à personalidade do réu de forma preponderante inclusive em seu processo de convencimento quanto à procedência da acusação. Embora nos faltem estudos concludentes sobre os fundamentos psicológicos do veredicto⁶, pode-se afirmar sem perigo de erro que a pena é escolhida, dentro dos limites estabelecidos pela lei, basicamente tendo-se em vista a pessoa do acusado.

4. O critério do duplo binário teve a missão histórica de possibilitar a harmonia do sistema penal, estabelecendo medidas de segurança detentivas para os imputáveis perigosos e para os semi-imputáveis, aplicadas sucessivamente à pena.

Salva-se a simetria do sistema quando se prevê ao lado da pena privativa da liberdade, que se funda e se mede pela culpabilidade do agente, a medida de segurança detentiva que se funda e se mede por sua periculosidade.

⁵ Cf. *Alternativ-Entwurf* § 1 (1). Veja-se o que prescreve o § 3005 do Projeto de Código Penal Federal americano (*Study Draft of a New Federal Criminal Code*, 1970), sobre o “presentence report” para aplicação da pena pelo tribunal.

⁶ Esses estudos remontam ao trabalho de Mittermaier e Liebmann, *Schwurgerichte und Schoffengerichte*, 1908/1910, encontrando exemplo na pesquisa sobre o júri feita pela Universidade de Chicago (*Jury Project*), desde 1953. Cf. Zeisel-Kalven-Buchholz, *Delay in Court*, 1959; Zeisel-Kalven, *The American Jury*, 166.

É forçoso reconhecer, no entanto, que o critério do duplo binário está em falência completa. Já MEZGER, em seu tempo, adludindo à Alemanha, referia-se a *Krisis der Zweispurigkeit*, com relação particularmente à custódia de segurança (*Sicherungsverwahrung*) do § 42 e StGB⁷. A pena privativa da liberdade se cumpre ou deve cumprir para a recuperação social do delinqüente, ou seja, como uma medida de segurança. Por outro lado, a medida de segurança, pelo só fato de ser detentiva, mantém o seu caráter aflitivo, algumas vezes mais grave do que o da própria pena.

Os estabelecimentos destinados ao cumprimento das medidas de segurança detentivas para imputáveis em geral não foram sequer construídos. As casas de custódia e tratamento e os institutos de trabalho, de reeducação e ensino a que alude, por exemplo, o CP brasileiro de 1940, salvo uma ou outra malograda experiência, não chegaram a funcionar, em trinta anos de vigência da lei que os instituiu.

Particularmente vulnerável era, de resto, a solução legal para os semi-imputáveis que, segundo a lei deveriam primeiramente receber tratamento (medida de segurança) e, em seguida, pena. Isso porque são em parte responsáveis e passa *parte de responsabilidade* não dispensava a pena que lhe corresponde, embora atenuada. O absurdo dessa solução, inspirada na geometria do sistema, fez com que passasse a prevalecer o critério vicariante da legislação suíça, admitindo-se que, pelo menos nessa área, pena e medida de segurança se equivalem.

5. Reconhece-se, por outro lado a crise da prisão, declarada fator criminógeno e deformante da personalidade⁸, e, pois, inadequada como solução penal, embora despida, em nosso tempo, de todo aspecto aflitivo a execução da pena privativa da liberdade.

Motins e conflitos graves nas prisões em vários países comoveram a opinião pública revelando que a população carcerária é constituída por homens e mulheres marginalizados, que sofrem o impacto de uma condição social inferior e que, nessa perspectiva, se sentem perseguidos por todo um sistema policial-judiciário dominado

⁷ Cf. MEZGER-BLEI, *Strafrecht, Ein Studienbuch*, § 110.

⁸ P. Coppola e al., *La prisonizzazione*, in *Quaderni di Criminologia Clinica*

pela ineficiência, a corrupção e a brutalidade. A *reeducação* em tais circunstâncias é simplesmente um mito.

Unificam-se as penas privativas da liberdade, abandonando-se assim toda inspiração retributiva quanto a esse tipo de pena⁹. Os países cuja legislação previa uma pluralidade de penas privativas da liberdade, em geral nenhuma distinção faziam quanto à execução entre uma e outra espécie de pena¹⁰ e isto porque a experiência penitenciária demonstrou que os presos devem ser classificados segundo a sua personalidade, e não conforme a pena que lhes tenha sido imposta.

6. O CP brasileiro de 1969 (que ainda não entrou em vigor e cujo texto será provavelmente muito alterado no que se refere ao sistema das penas e sua execução) proclamando a sua fidelidade ao Direito Penal da Culpa, manteve o critério da pluralidade de penas privativas da liberdade, reclusão e detenção (art. 36), atendendo às conseqüências jurídicas dessa distinção (fiança, suspensão condicional e livramento condicional). Previu, embora timidamente, a substituição da reclusão por detenção e a da detenção pela pena de multa (arts. 38 e 46).

Para os criminosos habituais ou por tendência estabeleceu regime de pena relativamente indeterminada¹¹, eliminando as medidas de segurança detentivas para os imputáveis. A *Exposição de Motivos* (nº 26) esclarece que isso significa “o reconhecimento de que os objetivos a que visam as medidas de segurança detentivas para imputáveis podem e devem ser alcançados através dos estabelecimentos penais”. Por mais que se pretenda justificar essa orientação em termos de um Direito Penal da Culpa, é evidente que a pena em tais casos se afasta da culpabilidade, passando a exercer também funções de segurança¹².

⁹ Particularmente significativa nesse sentido é a recente reforma alemã.

¹⁰ É o caso do Brasil onde jamais se distinguiu entre os condenados a reclusão e detenção. Na Inglaterra, que unificou as penas privativas da liberdade com o *Criminal Justice Act* de 1948, nunca se fez a separação entre os condenados às penas de diversas espécies que previa o velho *Prevention of Crime Act*, de 1908. Cf. Sieverts, *Das englische Gesetz über Kriminalrechtspflege von 1948*, 1952, pág. X.

¹¹ Inspirado no projeto Soler.

¹² Jescheck, *Strafen und Massregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika im Vergleich mit dem deutschen Recht*, Ernst Heinitz Festschrift, 1972, 727.

Para os semi-imputáveis foi adotado o critério vicariante, pena ou medida de segurança detentiva (estabelecimento psiquiátrico), devendo esta última ser aplicada quando houver necessidade de especial tratamento curativo (art. 94).

7. Parece-nos certo que o Direito Penal deste fim de século encaminha-se vigorosamente para um visão realística do crime e da pena, sem abandonar os princípios que o fundamentam e justificam num Estado democrático.

O Direito Penal é um sistema de tutela de valores da vida social, que se realiza através da ameaça penal e da efetiva imposição de pena ao transgressor. A pena é em sua essência medida retributiva.

O caráter retributivo da pena, no entanto, esgota-se no fato de ser, por natureza, a perda de bens jurídicos imposta ao autor, por sua ação antijurídica e culpável e na carga de desvalor ético-jurídico e de reprovabilidade social que acarreta.

Fundamento da pena é a realização culpável do fato punível. Mas a pena está em função da gravidade do malefício e da culpabilidade do agente somente em linha de princípio, dentro dos parâmetros fixados pela lei, com critérios de valor, como justa pena¹³.

Na aplicação da pena têm de ser necessariamente considerados critérios de utilidade social em termos de recuperação do delinqüente (modestamente aferida pela não reincidência), não se excluindo que a culpa possa funcionar como limite máximo da pena¹⁴, abstraídas as reconhecidas dificuldades de sua quantificação.

Por isso mesmo ampliam-se, em nosso tempo, os poderes discricionários do juiz na aplicação da pena¹⁵, para a realização de uma justiça material, adequando a sanção penal às exigências concretas do magistério punitivo em face do homem delinqüente em julgamento.

¹³ A lei que comina penas desproporcionadas e injustas, com critérios intimidativos, repugnando à consciência dos julgadores, só se cumpre em situações excepcionais. A aplicação da atual lei de segurança nacional brasileira proporciona numerosos exemplos que honram a justiça de nosso país.

¹⁴ *Alternativ-Entwurf*, § 1 (1).

¹⁵ Hellmuth v. Weber, *Die richterliche Strafzumessung*, 1955, 38.

A extrema inconveniência da prisão deve ser reconhecida e proclamada. O encarceramento deve ser sempre a última solução. Convém repetir que a eficácia da repressão não depende nem da gravidade da pena, nem da prisão do condenado, mas, sim, da certeza da punição. Tudo deve ser feito para afastar do cárcere o réu primário e de bons antecedentes. Nesse sentido, as leis penais modernas devem prever ao lado da pena de prisão penas restritivas da liberdade e a pena de multa de forma alternativa ou substitutiva, ampliando os casos de suspensão condicional da condenação ou da pena e do livramento condicional.