



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

LEONARDO CARVALHO TENÓRIO DE ALBUQUERQUE

**O PAPEL DA CULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE:
Elementos fundamentais de uma proposta inspirada na teoria da pena
proporcional ao fato para o direito brasileiro**

Salvador

2021

LEONARDO CARVALHO TENÓRIO DE ALBUQUERQUE

**O PAPEL DA CULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE:
Elementos fundamentais de uma proposta inspirada na teoria da pena
proporcional ao fato para o direito brasileiro**

Dissertação apresentada ao Programa de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Sebastián Borges de Albuquerque Mello.

Salvador

2021

Dados internacionais de catalogação-na-publicação

A345 Albuquerque, Leonardo Carvalho Tenório de
O papel da culpabilidade na dosimetria da pena-base:
elementos fundamentais de uma proposta inspirada na teoria da
pena proporcional ao fato para o direito brasileiro / por Leonardo
Carvalho Tenório de Albuquerque. – 2021.
156 f.

Orientador: Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, Salvador, 2021.

1. Direito Penal. 2. Culpa (Direito). 3. Processo penal. I. Mello,
Sebastián Borges de Albuquerque. II. Universidade Federal da Bahia
- Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 345.04

LEONARDO CARVALHO TENÓRIO DE ALBUQUERQUE

**O PAPEL DA CULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE:
Elementos fundamentais de uma proposta inspirada na teoria da pena
proporcional ao fato para o direito brasileiro**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em _____.

Sebastião Borges de Albuquerque Mello (orientador)

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Eduardo Viana Portela Neves

Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Tatiana de Oliveira Stoco

Doutora em: Direito Penal pela Universidade de São Paulo - USP.

Salvador, 17/11/2021

Ao meu filho, Guilherme, com o maior amor do mundo.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Sebástian Borges de Albuquerque Mello, não só pelas valiosas lições, observações e indicações bibliográficas, mas também pelo inestimável apoio durante todo o curso e pela simplicidade e generosidade com que transmitiu tanto conhecimento.

Aos colegas e professores do Mestrado, pela convivência e pelas enriquecedoras discussões acadêmicas.

Aos meus avós, João (*in memoriam*), Gustavo (*in memoriam*), Ila e Ione, pelo imenso carinho, pelos exemplos de vida e por tantos momentos de alegria que proporcionaram.

Ao meu irmão, Lucas, companheiro de sempre.

À minha querida Ana Paula, pela torcida, pelas palavras de encorajamento, pela leitura e observações feitas em relação ao trabalho, pelo amor e pela afetuosa presença durante toda a caminhada.

Por fim, aos meus pais, por tudo.

ALBUQUERQUE, Leonardo Carvalho Tenório de. O PAPEL DA CULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE: Elementos fundamentais de uma proposta inspirada na teoria da pena proporcional ao fato para o direito brasileiro. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

A atividade de aplicação da pena sofre com imprecisos fundamentos teóricos acerca dos fatores que podem ser valorados na doutrina e jurisprudência brasileiras, o que conduz à excessiva discricionariedade judicial e ao déficit de segurança jurídica para todos os envolvidos no processo penal, sobretudo para aqueles condenados. Na dosimetria da pena-base, o problema se destaca, ante aos conceitos abertos, pouco claros e majoritariamente subjetivos elencados pelo artigo 59 do Código Penal. Ademais, o forte vínculo construído ao longo da história entre a ideia de reprovabilidade e a culpabilidade enquanto categoria sistemática do delito irradia efeitos para o momento de fixação da pena, contribuindo para o decisionismo e a indeterminação na sua definição quantitativa. Uma adequada compreensão da culpabilidade, contudo, permite a identificação da função de limite ao poder punitivo do Estado como aquela primordial ao instituto e que perpassa todos os seus sentidos, inclusive aquele a ser adotado para a dosimetria da pena. Para cumprir esse mister e com o escopo de aprimorar a fixação da pena-base no direito brasileiro, então a culpabilidade deve ser concebida não simplesmente como o grau de censurabilidade do comportamento delitivo, tampouco deve ser sopesada autonomamente como apenas mais uma circunstância judicial. Seu papel é de critério reitor, um vetor interpretativo que atua em três dimensões: limite, guia e empatia. De acordo com a dimensão limite, vedam-se juízos subjetivo-moralizantes, proíbe-se o sopesamento de finalidades preventivas da pena para fins de agravar a situação jurídico-penal do condenado e se exige a cognoscibilidade dos fatores ponderáveis pelo juiz. A culpabilidade-guia, orientada à Teoria da pena proporcional ao fato, direciona objetivamente a reprovação (jurídica) primordialmente aos elementos relacionados ao injusto culpável, apreensíveis estes a partir da Teoria do Delito, conforme o desvalor do comportamento e do resultado. Já a dimensão “empatia”, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e vereda adicional de limitação do arbítrio estatal sobre a liberdade dos cidadãos, abre espaço para a diminuição quantitativa da sanção criminal a partir do exame da culpabilidade em sentido estrito e até mesmo de aspectos relevantes além do injusto culpável.

Palavras-chave: Dosimetria. Pena. Culpabilidade. Reprovabilidade. Moral. Circunstâncias judiciais. Dimensões. Limite. Guia. Empatia.

ALBUQUERQUE, Leonardo Carvalho Tenório de. THE ROLE OF CULPABILITY IN SENTENCING: Fundamental elements of a proposal inspired by the theory of proportional punishment for the Brazilian law. 155 pp. Master's Dissertation (Master's Degree in Law) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

The sentencing activity suffers from imprecise theoretical foundations about the factors that can be valued and an insufficient systematization in Brazilian doctrine and jurisprudence, which leads to excessive judicial discretion and deficit of legal certainty for all involved in criminal proceedings, especially for those convicted. In the dosimetry of the sentence, the problem stands out due to the open, unclear, and mainly subjective concepts listed in article 59 of the Penal Code. Furthermore, the strong link built throughout history between the idea of reprobation and culpability as a systematic category of crime also has repercussions to the moment of sentencing, contributing to decisionism and uncertainty in the quantitative definition. An adequate understanding of culpability, however, allows identifying limiting of the State's punitive power as its main function, which permeates all its meanings, including the one to be adopted for sentencing. To fulfill this mission and with the goal of improving sentencing in Brazilian law, then culpability must be conceived not simply as the level of reprobation of the criminal behavior, nor should it be weighted autonomously as just another judicial circumstance. Its role is that of a ruling criterion, an interpretive vector that acts in three dimensions: limit, guide, and empathy. According to the limit dimension, subjective-moralizing judgments are prohibited, the weighing of preventive purposes in sentencing to aggravate the legal situation of the convict is prohibited, and the recognizability of the factors that can be examined by the judge is mandatory. Guiding culpability, oriented to the Theory of proportional punishment, objectively directs the (legal) reprobation primarily to elements related to the crime, which can be apprehended from the Theory of Crime, according to the level of intensity of the behavior and the result. The "empathy" dimension, on the other hand, derived from the dignity of the human person principle and an additional path for limiting the state's power on the freedom of citizens, provides the possibility for the quantitative reduction of the criminal sanction based on the examination of culpability in its the strict sense and even of relevant aspects beyond the fact itself.

Keywords: Dosimetry. Sentencing. Culpability. Reprobation. Moral. Legal circumstances. Dimensions. Limit. Guide. Empathy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
A. Observações preliminares e delimitação do problema.....	09
B. Objetivos e aspectos metodológicos.....	10
C. Roteiro.....	11
1.0 CONCEITO POLISSÊMICO DE CULPABILIDADE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	12
1.1. Culpabilidade como princípio e sua atuação como limite de salvaguarda à dignidade da pessoa humana.....	15
1.2. Culpabilidade como elemento do crime: um breve esboço de sua evolução teórica, seu papel frente ao poder de punir estatal e a gênese da “reprovabilidade”.....	18
1.3. Conclusão inicial.....	34
2. CULPABILIDADE E MEDIDA DE PENA.....	35
3. DA ANTINOMIA ENTRE OS FINS DA PENA À CULPABILIDADE PROPORCIONAL AO FATO.....	52
3.1. Teorias sobre a aplicação da pena.....	53
3.1.1. Teoria da pena exata.....	54
3.1.2. Teoria do espaço livre.....	56
3.1.3. Teoria dos níveis.....	60
3.1.4. Teoria da pena proporcional ao fato.....	62
3.1.4.1. Teoria da pena proporcional ao fato no contexto anglo-americano.....	64
3.1.4.2. Teoria da pena proporcional ao fato na doutrina alemã.....	66
3.1.4.3. Críticas à teoria da pena proporcional ao fato.....	70
3.2. Conclusão intermediária.....	72
4. APLICAÇÃO TRIDIMENSIONAL DA CULPABILIDADE COMO MEDIDA DE PENA: ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DE UMA PROPOSTA PARA A DETERMINAÇÃO DA PENA-BASE NO DIREITO BRASILEIRO.....	74
4.1. Premissas fundamentais.....	76
4.1.1. Autonomia entre os fins da pena e a atividade de sua individualização pelo julgador.....	76

4.1.2. Segurança jurídica e congruência da atividade de determinação concreta da pena com a teoria do delito.....	82
4.2. As três dimensões da culpabilidade e o artigo 59 do código penal.....	88
4.2.1. Culpabilidade-limite.....	89
A. Primeira linha essencial de atuação da culpabilidade como limite: a vedação de juízos subjetivo-moralizantes.....	90
B. Segunda linha essencial de atuação da culpabilidade como limite: o não sopesamento de considerações inerentes às finalidades preventivas da pena para fins de agravar a situação jurídico-penal do condenado.....	94
C. Terceira linha essencial de atuação da culpabilidade como limite: a exigência de cognoscibilidade das circunstâncias que são significativas para a medição da pena concreta.....	95
4.2.1.1. Exceção objetiva de política-criminal: antecedentes.....	100
4.2.2. Culpabilidade-guia: desvalor do comportamento e do resultado sopesados para a dosimetria da pena.....	105
4.2.2.1. A graduação do desvalor do comportamento albergada pelo critério “circunstâncias” do artigo 59 do Código Penal.....	111
A. Grau da culpa e intensidade do dolo.....	114
B. Forma de execução.....	120
C. Infração de dever.....	123
4.2.2.2. A aferição do desvalor do resultado acomodada no critério “consequências” do artigo 59 do Código Penal.....	126
4.2.3. Culpabilidade-empatia: juízo potencialmente redutor da severidade da sanção.....	130
CONCLUSÕES.....	142
REFERÊNCIAS.....	148

INTRODUÇÃO

A. Observações preliminares e delimitação do problema

A aplicação de uma sanção penal, momento culminante da chamada persecução penal e ponto mais elevado de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, é vigorosamente influenciada pela compreensão de culpabilidade que tenha o julgador. Esta – a culpabilidade –, por sua vez, encerra diversos signos, que percorrem desde o aspecto principiológico fundamental ao Direito Penal, associado ao brocardo *nullum crimen sine culpa*, passando por seu papel enquanto categoria dogmática integrante definição tripartite de crime e alcançando, ao final, função destacada também na atividade judicial de dosimetria da pena.

A conjunção entre a importância e a complexidade do instituto da culpabilidade fazem dela tema inescapável de estudo quando se pretende uma aplicação do Direito Penal consonante com as garantias liberais e com o princípio da dignidade da pessoa.

Sucedo que, exatamente quanto à atividade de aplicação da pena – em tese, como já mencionado, aquele momento mais gravoso em relação ao cidadão –, ainda há, no direito brasileiro, insuficiente aprofundamento teórico acerca do conceito e encargo da culpabilidade, o que resulta, por conseguinte, na ausência de critérios seguros, minimamente objetivos e previamente cognoscíveis e passíveis de contestação.

Permite-se, nesse diapasão, seja trasladada pelo julgador para o campo da dosimetria da pena, sem maiores reflexões, a ideia de reprovabilidade, produzida historicamente no estudo da culpabilidade enquanto categoria dogmática, daí decorrendo um estabelecimento da medida de pena com elevado grau de discricionariedade conferido ao magistrado, não raro influenciada por compreensões de natureza subjetiva e moral acerca de aspectos inerentes à pessoa e ao modo de vida do condenado ou por juízos utilitaristas e prognoses de perigosidade, que são incompatíveis com relevantes princípios da nossa ordem constitucional democrática.

Cria-se um ambiente profícuo para que, nos julgados, sejam manifestados preconceitos, dogmas pré-concebidos a partir de um *standard* idealizado de comportamento social e impressões puramente pessoais do julgador, sem que, – a despeito dos relevantes esforços doutrinários que cada vez mais vem sendo

empreendidos –, uma base teórica se consolide na práxis jurídica brasileira a ponto de oferecer suficiente contraponto para um incremento de previsibilidade, controle, correção e segurança jurídica na atividade de aplicação da pena.

Uma rápida pesquisa na jurisprudência já é bastante para demonstrar uma abordagem um tanto quanto errática quanto ao tema da aplicação da pena, em especial sobre as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. A grande presença do subjetivismo na apreciação combinada com a falta de clareza e a amplitude dos conceitos eleitos pelo Código possibilitam valorações das mais diversas, incluindo não só a eticização da censura e a inserção de finalidades preventivas dissociadas do fato criminoso em si, como também episódios de *bis in idem* levam à mais pura insegurança jurídica e a arbitrariedades.

Além disso, importante o reconhecimento de que esse cenário de incerteza atinge mais vigorosamente, na aplicação da pena, justo o seu estágio inicial, qual seja, a fixação da pena-base, ante o grande número de conceitos abertos e majoritariamente subjetivos elencados para ponderação pelo juiz. Daí porque o problema se agrava, haja vista que a indeterminação quanto à pena-base compromete a aplicação da pena como um todo, diante do método trifásico adotado, no qual as seguintes etapas partem daquelas imediatamente anteriores.

B. Objetivos e aspectos metodológicos

A partir do problema exposto, o trabalho ambiciona ofertar um contributo teórico para fixar bases normativas mais sólidas acerca da atividade de dosimetria da pena-base no direito brasileiro. Com esse intuito, busca-se responder três questões fundamentais. Em primeiro lugar, consideramos primordial entender se o conceito de culpabilidade adotado na fase da individualização da pena se identifica com aquele desenvolvido na teoria do delito. Trata-se de passo indispensável e preliminar à abordagem da segunda questão que nos toca nesse estudo: qual a missão da culpabilidade na atividade de dosimetria da pena, notadamente no que tange à fixação da pena-base? Em seguida, estabelecidas as premissas prévias necessárias, examinar-se-á como pode repercutir uma tal culpabilidade nas demais circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

O problema, como afirmado anteriormente, tem repercussões importantes na prática judicial penal, de modo que o estudo que se apresenta almeja contribuir para a solidificação de bases teóricas acerca da atividade de dosimetria da pena-base, a

partir de uma perspectiva tridimensional do papel da culpabilidade nesta fase, inspirada nos clássicos ofícios de contenção do poder punitivo e de proteção da liberdade atribuídos ao Direito Penal, na principiologia humanista albergada pela Constituição Federal brasileira e na Teoria da pena proporcional ao fato.

A fim de cumprir o propósito, buscar-se-á, a partir de método analítico-dedutivo, examinar e identificar o que primordialmente caracteriza a expressão culpabilidade em seus diversos sentidos jurídico-penais, cotejar esse núcleo distintivo com as dificuldades verificadas quanto à sua utilização no campo da aplicação da pena, descrever e analisar os principais esforços empreendidos na doutrina, inclusive estrangeira, para melhor sistematizar essa atividade e, por fim, propor um contributo teórico-conceitual basilar para uma maior concreção, simplificação e segurança jurídica na dosimetria da pena-base no direito brasileiro.

A investigação terá destacada natureza conceitual, eis que espera aprimorar a compreensão do papel da culpabilidade na fase de aplicação da pena, face à imprecisão e vagueza com que comumente ainda é tratado, em especial na jurisprudência e nos manuais de Direito Penal.

Com o intuito de alcançar, ao final, pressupostos teóricos que sejam úteis e ao mesmo tempo coerentes em relação aos princípios que não só limitam o poder punitivo do Estado, como conformam sua atuação no sentido da maximização da dignidade das pessoas, associar-se-á à revisão bibliográfica e ao ponto de vista normativo, na medida do possível, uma interpretação *de lege lata* e o exame da jurisprudência.

Mais um esclarecimento se impõe: o trabalho não pretende tratar das questões pertinentes ao cálculo numérico da pena propriamente dito, preocupando-se tão somente com a adequação dos fatores sopesados pelos julgadores para determinação da sanção, notadamente na fixação da pena-base.

C. Roteiro

Para fazer frente à proposta anunciada, será estruturado o texto de desenvolvimento em quatro capítulos. No capítulo inicial, abordam-se os dois sentidos mais comuns e mais estudados de culpabilidade no direito brasileiro, quais sejam culpabilidade como princípio e culpabilidade como elemento do crime. Quanto ao primeiro, para além dos lineamentos básicos, ressalta-se seu ofício limitador ao poder de punir estatal. Depois, já no espectro da culpabilidade como categoria

dogmática, realizar-se-á breve apanhado do processo histórico-evolutivo da construção do seu conceito material, com o propósito de subsidiar o entendimento acerca do que é devida ou indevidamente, transportado para o sentido teórico e prático que vem sendo reconhecido à culpabilidade em sua relação com a medida de pena imposta a um condenado.

No capítulo seguinte, embrenhar-nos-emos mais propriamente no cerne do trabalho, buscando esclarecer a primeira das indagações alhures mencionadas e principiar a resposta à segunda. Com esse intento, serão exploradas as influências dos dois sentidos iniciais nesta terceira dimensão da culpabilidade, apresentadas as dificuldades e inadequações derivadas em relação ao feixe de direitos, princípios e valores abrigados pelo Estado Democrático de Direito e à promessa liberal do Direito Penal de conter o arbítrio estatal, e, ao final, será proposta uma definição básica para a culpabilidade em sua relação com o processo de fixação da pena.

No terceiro capítulo, ocupar-nos-emos dos desafios impostos a uma teoria que seja efetivamente hábil a fornecer critérios justos e adequados à atividade de aplicação da pena sob o ponto de vista dos parâmetros impostos pela culpabilidade em uma ordem jurídica democrática, dentro de um contexto de difícil conciliação entre os fins que doutrinariamente se atribuem à pena. Serão referidas, nesse momento, algumas das principais teorias sobre a aplicação da pena já desenvolvidas, em especial por autores estrangeiros, elementos de informação estes que servirão também de subsídio para as conclusões do capítulo derradeiro.

No quarto capítulo, portanto, será oferecida uma resposta acerca da atribuição da culpabilidade na atividade de dosimetria da pena-base, com posterior proposição de bases teóricas e fundamentais para a sistematização da atividade de individualização quantitativa da pena-base. Após, serão examinadas, sem pretensões exaurientes, as consequências dessa proposta face as demais circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, sugerindo algumas compreensões interpretativas, com o objetivo primordial de contribuir para o aperfeiçoamento, racionalização e maior simplificação da dosimetria da pena-base no Direito brasileiro.

Ao final, serão sintetizadas as conclusões do trabalho.

1. O CONCEITO POLISSÊMICO DE CULPABILIDADE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A culpabilidade, instituto dos mais importantes no Direito Penal, – se não o principal¹ –, é termo plurívoco e o conhecimento dos seus principais sentidos é, como se buscará demonstrar, também essencial à adequada aplicação da pena. Sua semântica acolhe tanto aspectos de natureza substantiva, decisivamente conectados ao exercício do poder de punir estatal, como noções de ordem processual. Sob esse signo, perpassam questões que concernem aos fundamentos, aos limites e até mesmo à gradação da sanção criminal. Bem compreendê-lo interessa ao “se” e ao “quanto” da pena.

Como descreveu Cássio Benvenuti de Castro²:

trata-se de palavra aparentemente singela (para os desavisados) que reúne, no mínimo, uma tríade estrutural: (a) culpabilidade como princípio, (b) categoria dogmática jurídico-penal (fundamento da pena) e, no devir analítico, (c) medida da pena”, signos estes que, continua o autor, não raro, “promiscuem-se descriteriosamente bem como se tangenciam, reciprocamente, em caracteres tecnicamente incomunicáveis entre si

Antes de tratar em específico do tríplice sentido jurídico-penal de culpabilidade e do modo como se relaciona com a sanção criminal, interessante observar que a própria expressão “culpa” também tem múltiplas origens e significados, abrangendo diversas áreas do conhecimento³, donde se denota sua histórica influência na sociedade.

Para Nietzsche, em seu *Genealogia da Moral*, originar-se-ia o conceito de culpa ou falta do direito das obrigações, do sinalagma entre aquele detém o direito de crédito e aquele que tem o dever de adimplir. Segundo o filósofo alemão, “durante todo o período mais longo da história humana, não se castigava o malfeitor porque fosse julgado responsável por seu ato”⁴, senão porque o sentimento de cólera decorrente do dano sofrido acarretaria, ao menos, a necessidade de que houvesse a compensação por meio da dor equivalente infligida ao agente do fato⁵.

¹ Nesse sentido, ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 133: “(...) nenhuma categoria do direito penal é tão controvertida quanto a culpabilidade, e nenhuma é tão indispensável”. Com efeito, para Roxin, o caráter indispensável da culpabilidade é decorrência direta do fato de que se trata do critério central de toda imputação, motivo pelo qual, para o autor alemão, “não pode existir direito penal sem princípio da culpabilidade”.

² CASTRO, Cássio Benvenuti de. Caracteres da culpabilidade enquanto medida de pena. In: *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 52, 2010, p. 226.

³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

⁴ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Genealogia da Moral*. São Paulo: Lafonte: 2017, p. 57.

⁵ Dizia NIETZSCHE: “Pelo castigo de seu devedor, o credor participa do direito dos amos: ele também tem acesso enfim ao sentimento enobrecedor de estar no direito de desprezar a maltratar um ser que lhe é inferior – ou pelo menos, no caso em que o verdadeiro poder de castigar, a

Haveria aí, então, no nascedouro, um quê de crueldade inerente ao ser humano, a quem, na sua esfera mais primitiva, segundo Nietzsche, sobreviria, a partir do sofrimento alheio, deleite hábil a servir como compensação pelas faltas alheias⁶.

Na religião cristã, por sua vez, a culpa está bastante associada ao pecado⁷, a exigir, portanto, expiação, não raro obtida através de uma punição. A respeito, diz Zygmunt Bauman⁸:

Para os nossos ancestrais, o mal nascia ou despertava no ato de pecar e retornava aos pecadores na forma de punição. Se os seres humanos seguissem firmemente os mandados divinos e preferissem rotineiramente a bondade em vez do mal, este não teria de onde sair. (...)

A presença do mal – qualquer tipo de mal, tanto os dilúvios e as pragas que afetam a todos como as infelicidades individualmente sofridas – era um problema moral, da mesma forma que moral era a tarefa de enfrentá-lo e forçá-lo a desaparecer. Com o pecado e a punição sendo os principais instrumentos na caixa de ferramentas da razão, a contrição e a expiação constituíam as rotinas naturais e seguras a empregar na busca de imunidade em relação ao mal e na luta para expulsá-lo do mundo dos humanos.

Na mesma diretriz, e ainda na ótica da Teologia, Martinho Lutero, monge alemão e um dos expoentes da Reforma Protestante, escreveu, em suas 95 Teses, no ano de 1517, que “Deus não perdoa a culpa de qualquer pessoa sem, ao mesmo tempo, sujeitá-la, em tudo humilhada, ao sacerdote, seu vigário”, bem assim que “qualquer cristão verdadeiramente arrependido tem direito à remissão pela de pena e culpa, mesmo sem carta de indulgência”⁹.

Já sob a perspectiva do Direito, Juarez Tavares identifica existir vínculo entre culpabilidade jurídica e culpabilidade moral precisamente como:

administração do castigo já tiver sido transferida à ‘autoridade’, contenta-se em vê-lo maltratado e desprezado. A compensação consiste, pois, num mandato e num título que autorizam a crueldade”. NIETZSCHE, op. cit., 2017, p. 58.

⁶ NIETZSCHE, op. cit., 2017, p. 59.

⁷ Tomaz de Aquino, ilustrativamente, assim o fazia, como relata Leonardo Siqueira. SIQUEIRA, Leonardo. *Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material da culpabilidade suas relações com a medida de pena* – Coleção Ciência Criminal Contemporânea – vol. 7 – Coordenação Cláudio Brandão – Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2016, p. 20.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Capítulo 2: O medo e o mal. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012, paginação irregular.

⁹ LUTERO, Martinho. *Noventa e Cinco Teses de Lutero*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2703>. Acesso em 13.12.2020.

um resquício da concepção religiosa de culpa, entendida como o mal que se agrega ao autor como uma mácula indelével, mas que deve ser sempre descartada em uma ordem jurídica laica¹⁰.

Para Davi Tangerino, numa abordagem de viés mais técnico, culpa é sinônimo de negligência, ao passo em que a culpabilidade seria “o juízo de responsabilidade em face da ação e das suas consequências”, isto é, “a condição de culpa” que permite impor ao responsável os resultados derivados do seu comportamento¹¹.

Justamente nesse campo da tentativa de racionalização da relação entre a ação contrária à norma e a correspondente imputação de uma pena é que, no Direito Penal, desenvolvem-se as teorias e discussões sobre culpabilidade.

1.1. Culpabilidade como princípio e sua atuação como limite de salvaguarda à dignidade da pessoa humana

A primeira e mais básica acepção do vocábulo “culpabilidade”, em Direito Penal, está ligada ao brocardo *nullum crimen sine culpa*, que veda a responsabilidade objetiva e, assim, obsta que o agente seja criminalmente responsabilizado quando não houver atuado com dolo ou, ao menos, culpa¹². Não responderá penalmente alguém por fato que não lhe pertence, derivado que tenha sido, por exemplo, de má sorte¹³.

Por força do princípio da culpabilidade, proíbe-se sejam imputados ao agente acontecimentos que escapam ao seu conhecimento ou controle¹⁴, isto é, “fatores que ele não conhecia nem podia evitar”¹⁵, o que, – como se pretende deixar claro no

¹⁰ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena, in: Nascimento, André (org.). *Cem anos de reprovção: uma contribuição transdisciplinar para a crise de culpabilidade*, Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 133.

¹¹ TANGERINO, op. cit., 2014, p. 20.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

¹³ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, William Couto de. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 100.

¹⁴ No mesmo sentido, sustenta Davi Tangerino: “(...) a primeira noção de culpa no âmbito do Direito Penal nasce com a necessidade de excluir do âmbito de responsabilidade dos sujeitos aqueles resultados gerados pelo acaso, isto é, aqueles que estão fora do âmbito de vontade do agente.” TANGERINO, op. cit., 2014, p. 19. Ainda a propósito da questão, Roxin caracteriza-a como um aspecto externo do princípio da culpabilidade, que se efetivaria, modernamente, através da teoria da imputação objetiva

¹⁵ STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida de pena: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 151.

presente trabalho –, irradia efeitos também na fase de determinação quantitativa da pena.

Tal eliminação da aleatoriedade é referenciada por Roxin como sendo o aspecto externo do princípio da culpabilidade, que atua, por sinal, já no plano do injusto, de maneira que “cursos causais só serão imputados na medida em que representem a realização de um risco não permitido criado pelo autor”¹⁶. O princípio da culpabilidade, portanto, constituir-se-ia, nas palavras do autor alemão, na espinha dorsal não só da imputação subjetiva – quando se examina se o agente é culpável e se, assim, a ele pode ser atribuída a responsabilidade pelo comportamento típico e antijurídico –, mas, antes mesmo, da própria imputação objetiva¹⁷.

Hans Achenbach, – para quem existem três níveis funcionais de culpabilidade –, designa este sentido de “culpabilidade como ideia”¹⁸. Refere, assim interpretamos, a uma concepção mais abstrata da culpabilidade, quiçá em dada medida até programática, de viés inspirador e conformador do sistema jurídico-penal, no sentido de limitar¹⁹ o aparato estatal de exercício do *ius puniendi* desde suas fases mais embrionárias até o processo penal propriamente dito, impondo-lhe barreiras que, em última análise, erguem-se, em verdade, para salvaguardar a própria dignidade da pessoa humana.

Sim, porque, estando fortemente relacionada com a pena, atua a culpabilidade, a respeito, como dique de contenção, cumprindo, portanto, a um só tempo, a função de perenemente rememorar às agências judiciais e legislativas, de que, num ordenamento jurídico pautado pelo respeito aos direitos fundamentais, não é admissível funcionalizar as pessoas em prol de agendas quaisquer através do Direito Penal, e também o decorrente papel de estabelecer a absoluta subjetivação do sistema de responsabilização criminal.

¹⁶ ROXIN, Claus, op. cit., 2008, p. 136.

¹⁷ ROXIN, Claus, op. cit., 2008, pp. 134-135.

¹⁸ O autor, citado por Tatiana Stoco, menciona, ainda, a culpabilidade fundamentadora de pena e a culpabilidade como elemento inerente à fase de determinação da pena, as quais também serão objeto de atenção mais adiante neste capítulo. ACHENBACH, Hans. *Historiche und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, pp. 5 e ss *apud* STOCO, op. cit., 2019, p. 36-42.

¹⁹ Autores como Zaffaroni, com sua concepção agnóstica da pena, compreendem que, em verdade, é função do próprio Direito Penal a contenção e redução jurídica do poder punitivo, de modo a restringir avanços autoritários do Estado de Polícia na dialética com o Estado de Direito. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: ICC/Revan, n. 14, 2004, pp. 31-32.

Segundo Pérez Manzano, essa exclusão da responsabilização objetiva, na qual primitivamente enraizado o princípio de que não há pena sem culpabilidade, contempla as premissas de pessoalidade das penas (de modo que a pena não transcenderá a pessoa daquele que pratica o ato, vedando-se responsabilização a terceiros em razão de parentesco ou dependência) e da exigência de um vínculo entre o sujeito e o resultado para que se possa impor a sanção penal²⁰.

Sebastian Mello, por sua vez, destaca que “critérios objetivos de responsabilização penal desconsideram o homem como indivíduo”²¹, abrindo as portas, desse modo, para a vulneração da dignidade do apenado a partir da imposição da pena sem que ele tenha contribuído dolosa ou culposamente para o evento criminoso, o que, essencialmente, culmina por negar-lhe a condição de indivíduo, “coisificando-o”²².

Lembra Marina Cerqueira, inclusive, que a consagração do princípio da culpabilidade encontrou importante influência histórica também na necessidade de resposta à instrumentalização do ser humano pelo Nacional-Socialismo²³, sendo esta constatação uma demonstração clara de que o princípio da legalidade, por si só, não é bastante à proteção da dignidade da pessoa humana, eis que, como mais uma vez esclarece Sebastian Mello, a ilicitude “serve para conferir uma dimensão objetiva da violação da regra jurídica, mas pouco pode dizer sobre a valoração justa do comportamento pessoal no caso concreto”²⁴.

Na mesma linha de intelecção, afirma Ferrajoli, sobre direitos fundamentais, que, no ambiente cultural e político no qual sobreveio o atual constitucionalismo – contexto em que editadas a Carta da ONU de 1945, a Declaração Universal de 1948, a Constituição Italiana de 1948 e a Lei Fundamental da República Federal Alemã de 1949 – o princípio da mera legalidade, outrora considerado bastante garantia face aos abusos da jurisdição e da administração, passava a ser valorado

²⁰ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva em la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Tese de Doutorado. Madrid: Universidad Autonoma Madrid, 1998, p. 70.

²¹ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição de pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p. 85.

²² MELLO, op. cit., 2019, p. 86.

²³ SANT'ANNA, Marina de Cerqueira. *Neurociências e culpabilidade*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 38.

²⁴ MELLO, op. cit., 2019, p. 83.

como insuficiente diante dos abusos da legislação e às involuções antiliberais e totalitárias dos órgãos decisórios supremos²⁵.

Por derradeiro, mas com igual timbre confinante, convém lembrar que a ideia de culpabilidade também inspira, sob o prisma do direito adjetivo, na forma de princípio da presunção de inocência, a regra de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil²⁶).

Reforça-se o entendimento, então, de que a culpabilidade é, nessa acepção principiológica, verdadeira estremadura ao Direito Penal, instrumento de contenção da intervenção estatal nas liberdades do qual não se pode prescindir. E de fato, conforme assinala Paulo César Busato²⁷, a culpabilidade “introjeta, na teoria do delito, uma específica e desejável dimensão do Estado: a democracia”, determinando, assim, o respeito absoluto à condição de pessoa como pressuposto básico de sua existência e, por decorrência, a repulsa a um Direito Penal voltado aos resultados²⁸. Inadmite-se, portanto, pena sem culpabilidade²⁹.

1.2. Culpabilidade como elemento do crime: um breve esboço de sua evolução teórica, seu papel frente ao poder de punir estatal e a gênese da “reprovabilidade”

Como já sinalizado no tópico anterior, a importância da culpabilidade no Direito Penal é inquestionável. Sobre a relevância da culpabilidade, enunciam Zaffaroni e Pierangeli:

Chegamos ao conceito mais debatido da teoria do delito. Até aqui, em toda a teoria tem estado presente o homem, mas na culpabilidade o enfrentamos mais do que nunca. Por outro lado, é uma espécie de coroamento da teoria, e todos os erros que tenhamos cometido nos estratos inferiores aqui terão repercussão. Quando os alicerces de um edifício são mal construídos, o problema mais árduo é

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Capítulo 2: Derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 67.

²⁶ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13/08/2020.

²⁷ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. In: *Revista Liberdades* - nº 8 - setembro-dezembro de 2011, p. 45. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47413/45319>>. Acesso em 12/08/2020.

²⁸ ROXIN, Claus, op. cit., 2008, p. 135.

²⁹ BITENCOURT, op. cit., 2004, p. 331.

conseguir que suporte os últimos andares da obra. Por essas razões, a culpabilidade é o mais apaixonante estrato da teoria do delito.³⁰

A culpabilidade constitui, pois, o ponto nevrálgico do Direito Penal num Estado de Direito pautado pela dignidade da pessoa humana como um de seus valores fundamentais³¹, e conceito chave para sua compreensão³². Nas palavras de *Hans-Heinrich Jescheck*, todo Estado que organiza o seu Direito Penal com base em modernos princípios se depara com a tarefa de estabelecer os requisitos e limites para a responsabilidade individual penal³³.

Esse papel conformador e limitador de todo sistema jurídico-penal que decorre da culpabilidade-princípio é também reproduzido, com ampliação, quando analisamos a culpabilidade enquanto categoria dogmática³⁴, elemento da definição tripartite de crime adotada pelo Código Penal e, por sua própria natureza, pressuposto *sine qua non* da pena.

Deveras, o ganho de importância da culpabilidade enquanto categoria dogmática tem íntima relação de causa e consequência com a necessidade pós-iluminista de subsidiar o Direito Penal de instrumentos de controle do poder punitivo

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*, [livro eletrônico]: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. -- 3. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-28.1.

³¹ É o caso do Brasil, como expressamente consignado na Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;”. BRASIL. *Constituição Federal*, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13/08/2020. No mesmo sentido, diz René Ariel Dotti: “No sistema jurídico-penal brasileiro, o conceito material de culpabilidade é extraído da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República”. DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. In: Nascimento, André (org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise de culpabilidade*, Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 192.

³² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, 2008. Disponível em: <<http://blog.uclm.es/areadpenalto/files/2013/10/Demetrio-Crespo-Eduardo-%C2%ABCulpabilidad-y-fines-de-la-pena-con-especial-referencia-al-pensamiento-de-Claus-Roxin%C2%BB-Revista-de-Derecho-Penal-Buenos-Aires-Instituto-de-Ciencias-Penales-2007-2-pp.-197-239.pdf>>. Acesso em 21/05/2020, p. 35.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich. El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad em el Derecho Alemán y Español. In: Eguzkilore. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 9. San Sebastián, 1995, p. 26. Disponível em: <<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2170448/05+-+El+principio+de+culpabilidad+como+fundamento.pdf>>. Acesso em 13/08/2020.

³⁴ Zaffaroni e Pierangeli falam em dois diferentes níveis do “princípio de culpabilidade”: “num deles funciona o *nullum crimen sine culpa*, ou seja, que não pode haver delito se não for ao menos culposos (...)”; “noutro opera a condição de reprovabilidade para que haja delito”. ZAFFARONI, et al., op. cit., 2019, p. RB-28.5.

estatal em atenção à condição de pessoa como fim, – e não como meio –, e ao valor fundamental da dignidade, conforme explana Sebastian Mello:

Seria, portanto, necessária a construção, no âmbito da intervenção punitiva, de critérios de imputação pessoal que respeitassem a dignidade humana. Ascende, então, um dos pilares do Direito Penal contemporâneo, um novo capítulo na história da intervenção punitiva, uma nova categoria na Teoria do Delito, um novo critério de imputação e responsabilização pessoal: a culpabilidade, que passou a ser identificada como um dos predicados do Direito Penal próprio de um Estado de Direito, um dos símbolos de respeito à autonomia e racionalidade do homem, e um limite à intervenção estatal.

Subsiste, destarte, também aqui, função negativa, de molde restrigente, que se traslada do próprio aforismo geral *nulla poena sine culpa* de modo a assegurar que tão somente aquelas condutas evitáveis e que possam ser legitimamente atribuídas ao autor do fato sejam hábeis a justificar a imposição, pelo Estado, de sanção penal³⁵. No campo da Teoria do Delito, a culpabilidade assim o faz através da exigência de que se façam presentes os seus elementos dogmáticos para que se tenha por configurada a infração penal e justificada a imposição de uma pena, prevendo, em caso negativo, causas eximentes que, se verificadas, determinam a não aplicação de pena àquele que pratica o comportamento típico e antijurídico.

Por outro lado, discute-se, ainda nessa acepção, a culpabilidade como fundamento³⁶ da pena. Para Bitencourt, – que reconhece também este papel à culpabilidade enquanto categoria dogmática integrante do conceito de crime –, tal refere-se à presença ou não dos requisitos que autorizam a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, os quais elenca como sendo “capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta”³⁷.

A matéria, no entanto, afigura-se tanto mais complexa quanto mais detidamente se examina. A pergunta que se impõe é substantiva e concerne à verificação acerca do que efetiva e materialmente justifica uma imposição racional de pena – que, inevitavelmente, é aflitiva ao ser humano – àquele que pratica um fato típico e ilícito.

³⁵ No mesmo sentido: OLIVÉ, et al., op. cit., p. 430.

³⁶ Perfilham o entendimento de que a culpabilidade também confere fundamento à pena, por exemplo, os seguintes autores: HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 54, p. 408, jan./dez. 2001. Disponível em: <file:///C:/Users/tjba/Downloads/Dialnet-LaConcepcionAnticuadaDeLaCulpabilidadEnLaJurisprud-909463%20(1).pdf >. Acesso em 30/05/2020; OLIVÉ, et al., op. cit., p. 430;

³⁷ BITENCOURT, op. cit., 2004, p. 331;

À questão sobre o porquê de se aplicar pena a quem comete um dado ato lesivo a bem jurídico e proibido por norma incriminadora, sobrevém, segundo Olivé, a seguinte resposta: “porque possui culpabilidade”³⁸.

Conquanto seja tarefa difícil e, não obstante desenvolvida há mais de um século, ainda contenha solução inacabada, é preciso, para o propósito deste trabalho, e como preparação para posterior análise do papel da culpabilidade no momento de dosimetria da pena, ao menos examinar – sem qualquer intenção de esgotamento da matéria – de onde tradicionalmente se constrói a representação de que alguém é culpável, o que autoriza valorar alguém como responsável e merecedor de pena³⁹. Isto porque, dessa evolução histórica do conceito material de culpabilidade na Teoria do Delito, irradiaram-se efeitos para a maneira como, ainda hoje, majoritariamente executa-se a atividade de dosagem da sanção criminal no Brasil.

Se, mais adiante neste trabalho, trataremos, em específico, das bases para um modelo de fixação da pena-base que seja alheio a fatores externos ao fato criminoso, avesso a juízos de valor indemonstráveis que perscrutam a personalidade, o estilo de vida ou aspectos anímicos da pessoa do autor do fato, dotado de maior previsibilidade e, por fim, mais suscetível a controle pelas instâncias de revisão, parece-nos necessário, nesse ponto, não só abordar as origens da ideia de censura que se transporta para o momento culminante da sentença penal, como também indagar o que, de fato, a partir do aludido desenvolvimento científico sobre culpabilidade ao longo dos anos, realmente deve influenciar na identificação da “pena adequada à culpabilidade”.

O desenvolvimento da culpabilidade como categoria jurídica autônoma somente foi possível, no final do século XIX⁴⁰, a partir da separação daquela do conceito de injusto⁴¹. Antes disso, conquanto já se falasse em culpabilidade, ainda que, por vezes, sob a forma de *imputatio juris*, estava ela umbilicalmente associada à ilicitude, como se fora desta um atributo⁴².

³⁸ OLIVÉ, et al., op. cit., p. 430.

³⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. *La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Thomson Civitas, 1997, p. 791.

⁴⁰ PÉREZ MANZANO, op. cit., 1998, p. 97.

⁴¹ ROXIN, op. cit., 1997, p. 794.

⁴² MELLO, op. cit., 2019, p. 105-106.

Karl Binding, por exemplo, expoente da primeira sistematização de culpa, concebia-a como elemento integrante do injusto penal, alicerçado na ideia de ação unitária já antes defendida por Adolf Merkel, de maneira que toda ação que, decorrente da vontade do agente, culminasse por violar uma norma, seria antijurídica e, como inevitável derivação, também culpável⁴³. Isto é, se antijurídica, necessariamente terá sido culpável.

Apenas com Franz Von Liszt é que a culpabilidade foi alçada à condição de categoria sistemática penal autônoma⁴⁴, elemento do crime independente da ilicitude⁴⁵, produzindo, com isso, um alargamento dos requisitos necessários para que se imponha uma pena, e evidenciando, assim, o gradativo acréscimo de novas funções ao espectro da culpabilidade em sua mais ampla acepção – para além da eliminação do *versari in re illicita* que advém de sua faceta principiológica –, a exemplo da função de fundamentação material dogmática⁴⁶ da pena de que ora se cuida.

De saída, afora o ganho de organização sistemática a partir da autonomização da culpabilidade e de sua integração à estrutura analítica do delito trazidas pela concepção psicológica de culpabilidade⁴⁷, pondera Davi Tangerino⁴⁸ que há avanço teórico em comparação à imputação da Escola Clássica:

Onde Binding exigia a expressão de uma vontade moral, o sistema Liszt/Beling demandava, para além da relação causal física, a mera existência uma relação psicológica, isto é, de vontade, entre o autor e o resultado

Pelo que se deflui que, diante de parâmetros descritivo-naturalistas que se pretendiam verificáveis na prática, conferir-se-ia maior segurança ao permitir uma constatação objetiva pelo juiz⁴⁹.

Ainda do ponto de vista de vista dogmático, ao extirpar a responsabilidade meramente objetiva, a teoria psicológica lança as bases para uma culpabilidade

⁴³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 64-65.

⁴⁴ A rigor, observa Tangerino o seguinte: “Do ponto de vista dogmático, existe relativo consenso de que a teoria do delito remonte ao sistema Liszt-Beling, em que, pela primeira vez, surgem as quatro categorias centrais (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) que se perpetuam em todas as teorias subsequentes, ainda que organizadas em combinações diversas”. TANGERINO, op. cit., 2014, p 71.

⁴⁵ SIQUEIRA, op. cit., 2016, p. 71.

⁴⁶ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva em la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Tese de Doutorado. Madri: Universidad Autonoma Madrid, 1998, p. 72.

⁴⁷ SANT’ANNA, op. cit., 2018, p. 46

⁴⁸ TANGERINO, op. cit., 2014, p. 72.

⁴⁹ PÉREZ MANZANO, op. cit., 1998, p. 98.

efetivamente afeiçoada à dignidade humana, que elege uma imputação eminentemente individual e subjetiva⁵⁰, elemento que também evidencia a vocação preponderante e primeiramente limitadora do instituto em relação ao poder de punir do Estado.

Não obstante os merecidos encômios daí decorrentes, a concepção psicológica recebeu críticas igualmente justificadas. Dentre as várias ressalvas a ela produzidas⁵¹, aponta Claus Roxin, um exemplo em que a teoria psicológica se mostra insuficiente em seu papel de contenção ao *ius puniendi*, eis que, ao propugnar que a culpabilidade se revelaria na presença do dolo ou da culpa, esgotando-se aí seu conteúdo, a teoria psicológica não era capaz de explicar o estado de necessidade exculpante, uma vez que, nessas condições, o agente também age com conhecimento e vontade⁵².

Nessa mesma linha de inteligência, adveio também de Reinhard Frank importante reparo:

O erro da concepção tradicional decorre da falta de consideração aos elementos individuais da culpabilidade. Ela considera somente o dolo e a imprudência, mas não a imputabilidade e tampouco as circunstâncias segundo as quais se levou a cabo o fato.⁵³

Frank sustenta, pois, a existência das chamadas circunstâncias concomitantes, que são, sim, fatores idôneos a atenuar e até mesmo excluir a

⁵⁰ MELLO, op. cit., 2019, p. 110.

⁵¹ Citamos, ilustrativamente, a crítica de Hans Welzel, que observou duas claras falhas na concepção psicológica de culpabilidade. A primeira delas consistia na impossibilidade de separação estanque entre elementos externos e internos nas categorias dogmáticas do conceito analítico de delito, na medida em que vislumbrava elementos de cunho subjetivo também no campo do injusto. De mais a mais, Welzel identifica a incapacidade da teoria psicológica de explicar a culpa inconsciente como outra de suas lacunas, ao questionar, de maneira retórica, qual seria, nesse caso, a relação anímica entre autor e resultado. Evidentemente, se não havia previsão, não poderia existir vínculo psicológico entre o agente e o fato. WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal [livro eletrônico]: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado; posfácio José Cerezo Mir. 1. ed. em e-book a baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, paginação irregular. O ato omissivo constitui também é tratado como uma imperfeição da teoria psicológica em sua tentativa de fundamentar dogmaticamente a culpabilidade, porque, a exemplo da culpa, tem caráter eminentemente normativo, inviabilizando sua percepção causal-naturalística. É dizer, exige-se a compreensão de que se omitiu conduta que seria devida, e, dessa forma, imprescindível uma valoração com apoio numa determinada norma que imponha aquele dever. TANGERINO, op. cit., 2014, p. 81.

⁵² No mesmo sentido, assevera Reinhard Frank: “*Si el concepto de la culpabilidad no abarca nada más que la suma de dolo e imprudência – y éstos según la consciente o imprevista causación del resultado –, podría resultar absolutamente incomprensible como puede excluir-se la culpabilidad en el caso del estado de necesidad, puesto que también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace*”. FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. 2. reimpr. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 30.

⁵³ FRANK, op. cit., 2004, p. 37.

culpabilidade, conquanto se assentem fora do dolo⁵⁴. Isto é, era possível que, do ponto de vista psicológico, o agente atuasse com dolo, mas ainda assim sem culpabilidade⁵⁵.

Por derradeiro, tem-se que o formalismo positivista consagrado na teoria psicológica falha em explicar a graduabilidade da culpabilidade – constatação também relevante para o tema da determinação quantitativa da pena –, na medida em que, presente o nexó psicológico entre o agente e o fato típico e antijurídico, não teriam qualquer repercussão eventuais excepcionalidades situacionais que, em maior ou menor medida, exercessem influência na capacidade de se motivar segundo a norma.

Fatores como embriaguez, emoções, coação irresistível ou obediência hierárquica seriam irrelevantes, seja para atenuar ou para excluir a pena⁵⁶. Em outras palavras, assim como com a inimputabilidade, não incidiriam causas de diminuição ou exclusão da culpabilidade⁵⁷. Não teriam lugar hipóteses exculpantes supralegais. Não havia terreno fértil, então, para o desenvolvimento do conceito de inexigibilidade de conduta de diversa, indicando, assim, ainda um certo grau de objetivização do ser humano – visto que sua autonomia individual não era reverenciada –, e, assim, significativa restrição à habilidade da culpabilidade, sob a concepção psicológica, de limitar o poder de punir⁵⁸⁻⁵⁹.

Em razão das apontadas deficiências da teoria psicológica da culpabilidade e do contexto sociopolítico e econômico de princípios do século XX⁶⁰⁻⁶¹, sobreveio sua

⁵⁴ MELLO, op. cit., 2019, p. 111.

⁵⁵ OLIVÉ, et al., op. cit., p. 433.

⁵⁶ BITENCOURT, op. cit., 2004, p. 342.

⁵⁷ TANGERINO, op. cit., 2014, p. 82.

⁵⁸ MELLO, op. cit., 2019, pp. 112-113.

⁵⁹ Nesse diapasão, explica Sebastian Mello: “Numa perspectiva voltada para o respeito à pessoa e a proteção à dignidade da pessoa humana, percebe-se que a culpabilidade psicológica, ainda que represente um avanço, não se compatibiliza com alguns conteúdos essenciais inerentes à dignidade, porque universaliza e engessa a culpabilidade em elementos subjetivos avalorativos, os quais, muito mais que servir para consagrar a imputação subjetiva, têm a pretensão de conferir certeza e segurança na decisão judicial. A rigidez de suas categorias sistemáticas não permite a graduação no conceito de culpabilidade, e, nessa consequência, não permite tomar em consideração o homem como um fim em si mesmo”. MELLO, op. cit., 2019, p. 112.

⁶⁰ Tratava-se, como lembra Sebastian Mello, de um ambiente de crise do modelo capitalista, especialmente no período que se segue à Primeira Guerra Mundial, com ganho de proeminência das ideias socialistas, novos e maiores anseios de igualdade material – não apenas perante a lei –, e ascensão dos chamados direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão. MELLO, op. cit., 2019, p. 114.

⁶¹ O cenário, ademais, era o do início da decadência do positivismo. No campo da filosofia, como explica Luís Roberto Barroso, o positivo representava um conhecimento científico idealizado como plenamente possível de ser apreendido apenas a partir da observação causal naturalista dos objetos

substituição por conceitos normativos de culpabilidade, ainda prevalentes nos dias hodiernos⁶². Sob a influência de tais influxos, passa, então, também o Direito Penal a adotar novos meios de aferir se é culpável o sujeito que pratica fatos típicos e ilícitos⁶³: ao invés de uma percepção eminentemente descritivo-causal, de base naturalista, inserem-se notas valorativas na culpabilidade, produzindo uma compreensão também normativa a respeito, com método próprio às ciências humanas⁶⁴.

Surgem, assim, as teorias normativas da culpabilidade, atribuindo-se à Reinhard Frank o pioneirismo teórico na inserção de elementos valorativos na culpabilidade; ficara claro para ele que o elemento subjetivo, por si só, não poderia esgotar o conteúdo da culpabilidade, uma vez que alguém poderia, sim, atuar com dolo, mas sem culpabilidade⁶⁵.

Segundo Frank, aquilo que denomina de circunstâncias concomitantes – fatores situados fora do dolo, além da psique do agente – devem integrar a culpabilidade e podem tornar um fato delituoso mais ou menos merecedor de reprovação⁶⁶, influenciando, assim, proporcionalmente, no maior ou menor grau de

de estudo, “uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana”. O positivismo jurídico, por sua parte, importava tais pretensões científicas baseadas nos métodos das ciências exatas e da natureza para o Direito, apartando-o da moral e de uma abordagem valorativa em favor da busca de objetividade científica com destaque para a observação empírica da realidade. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Rev. Dir. Adm.*, 225. Rio de Janeiro: jul/set. 2001, p. 21. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47562/44776>>. Acesso em 26/08/2020.

⁶² ROXIN, op. cit., 1997, p. 794.

⁶³ Como explica Sebastian Mello, surge o sistema neoclássico (ou neokantismo), que, conquanto não representasse um único pensamento harmônico, senão várias tendências de pensamento inspiradas no pensamento de Immanuel Kant, refletia uma oposição ao positivismo, “reintroduzindo o valor no âmbito da investigação jurídica e inserindo elementos normativos no conteúdo da culpabilidade”. MELLO, op. cit., 2019, p. 118.

⁶⁴ JESCHECK, op. cit., 2003, p. 03.

⁶⁵ Segundo OLIVÉ, PAZ, OLIVEIRA e BRITO, tal ocorre, por exemplo, numa situação de obediência hierárquica, em que pode existir o vínculo psicológico entre agente e resultado (quando o agente conhece e deseja praticar a conduta sem saber que é manifestamente ilícita), mas ainda assim lhe ser inexigível atuar de outra forma; pode suceder, ainda, a situação inversa: na culpa inconsciente, a relação psicológica com o resultado inexistente, mas a culpabilidade sim, em razão de um dever de cuidado objetivo. OLIVÉ, et al., op. cit., p. 433.

⁶⁶ Ilustra Frank: “*El cajero de un comercio y un portador de valores realizan, cada uno por su lado, una defraudación. Este último posee un buen pasar y no tiene familia, pero sí amoríos suntuosos. El primero, em cambio, se gana apenas la vida, tiene una mujer enferma y numerosos hijos pequeños. A pesar de que cada uno de ellos sabe que se apropió ilícitamente de dinero ajeno, com relación al dolo no existe diferencia alguna. Em este caso todos dirán que el cajero tiene una culpabilidad menor que el portador de valores, puesto que ella es morigerada por las circunstancias desfavorables en las cuales se encontraba; mientras que la culpabilidad del segundo (portador de*

responsabilidade que lhe pode atribuir o Estado e, por consequência, também na graduação da pena.

Isto é, para ele, a normalidade das circunstâncias dentro das quais o agente teria atuado consubstanciaria um terceiro elemento da culpabilidade, ao lado da imputabilidade e do dolo/imprudência. Por consectário lógico, se as circunstâncias concomitantes seriam capazes de atenuar a culpabilidade, então poderiam igualmente excluir essa mesma culpabilidade⁶⁷⁻⁶⁸.

Nesse diapasão, inadmitir-se-ia um reproche, por exemplo, quando as circunstâncias concomitantes tenham sido um perigo para o autor ou para uma terceira pessoa, de modo que o comportamento proibido fora um meio de salvamento. Frank anuncia, dessa forma, que é possível ter em conta o conceito de causas excludentes de culpabilidade:

(...) se a culpabilidade corresponde à normal constituição das circunstâncias concomitantes, então a presença de um perigo como aquele que pode constituir o estado de necessidade ou a defesa necessária, não é outra coisa senão a negação daquela normalidade, isto é, a negação da mesma culpabilidade.⁶⁹

O autor identifica, pois, culpabilidade com reprovabilidade (à falta de uma expressão “mais bonita”⁷⁰). Essencialmente, um juízo de valor (ou, mais precisamente, de desvalor⁷¹) quanto ao comportamento típico e ilícito, em frontal oposição, dessarte, ao que pregava a concepção psicológica, que se satisfazia com uma abordagem causal-descritiva da relação psicológica entre autor e resultado⁷².

Cruza-se, então, a fronteira de neutralidade axiológica outrora estabelecida pelo positivismo⁷³ e reproduzida no sistema Liszt-Beling, originando-se, a partir dessa nova filosofia, a teoria psicológica-normativa da culpabilidade, que, mantendo

valores), por el contrario, es agravada, gracias a su buena situación financiera y sus inclinaciones lujosas”. FRANK, op. cit., 2004, p. 28.

⁶⁷ FRANK, op. cit., 2004, p. 30.

⁶⁸ Em semelhante sentido, Berthold Freudenthal considera que as circunstâncias concomitantes podem, de fato, fazer mais do que influir na individualização da pena, podendo ser fatores determinantes para definir se o autor do fato é culpável – e, portanto, deve ser condenado –, ou inculpável, merecendo absolvição. FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche em el Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 69.

⁶⁹ FRANK, op. cit., 2004, p. 44. Tradução livre do autor.

⁷⁰ “En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conosco otra mejor.” FRANK, op. cit., 2004, p. 39.

⁷¹ MELLO, op. cit., 2019, p. 118.

⁷² TANGERINO, op. cit., 2014, p. 85.

⁷³ SANT’ANNA, op. cit., 2018, p. 49.

culpa e dolo como seus componentes, agrega-lhes elementos valorativos⁷⁴. Assim, tornava-se a culpabilidade, a um só tempo, nexos psicológico do autor com relação ao fato praticado e, também, juízo de reprovação⁷⁵.

Ademais, não obstante às críticas que sobrevieram à sua teoria, notadamente quanto à abstração do que exatamente seriam circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis, normais ou anormais⁷⁶ – e que justificaram, inclusive, fossem por Frank reestruturadas conceitualmente as suas circunstâncias concomitantes, que se transmudaram à ideia de “significação motivadora” ou “motivação normal”⁷⁷ –, não se pode deixar de reconhecer o mérito individualizante subjacente ao conceito de reprovabilidade, que, ao centrar sua mirada na pessoa e ponderar a conjuntura em que se encontrava metido o agente do fato como etapa anterior e imprescindível à censura, em mesmo nível de importância dos elementos psíquicos, culmina na valorização do ser humano⁷⁸, em alguma medida de inserção da dignidade na Teoria do Delito e, por derradeiro, também na maximização do já mencionado espectro primordial da culpabilidade: a limitação do poder de punir do Estado.

A despeito da heterogeneidade dos pensamentos que marcam o início da corrente normativista da culpabilidade⁷⁹, também noutros autores é possível vislumbrar notas de valorização do ser humano ao serem consideradas as motivações internas do agente na aferição de sua culpabilidade, propiciando, inclusive, o reconhecimento de situações excepcionais hábeis a configurar casos de anormalidade da motivação – previstos ou não em lei – e, assim, hipóteses de não vinculação do comportamento à norma de dever⁸⁰.

⁷⁴ Observa Sebastian Mello: “(...) o neokantismo preservou, no que se refere à Teoria do Delito, boa parte do sistema causal desenvolvido por Von Liszt, Belling e Radbruch. No que se refere à culpabilidade, porém, uma nova escala de valores surgiu para além das ideias de dolo e culpa, sendo a obra de Frank o marco para o surgimento das concepções normativas de culpabilidade”. MELLO, op. cit., 2019, p. 121.

⁷⁵ BITENCOURT, op. cit., 2004, p. 343.

⁷⁶ MELLO, op. cit., 2019, p. 124.

⁷⁷ FREUDENTHAL, op. cit., 2003, p. 69. Segundo Goldschmidt, inclusive, diante das objeções feitas às circunstâncias concomitantes enquanto elemento da culpabilidade, Frank não só as substituiu pela ideia de “motivação normal”, como também, posteriormente, abandonou esta última para passar a sustentar que, conquanto a motivação normal não seja elemento positivo da culpabilidade, excepcionalmente não existirá culpabilidade se concorrer uma causa de exclusão da culpabilidade. GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez, 2. ed., Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 84.

⁷⁸ MELLO, op. cit., 2019, p. 124.

⁷⁹ “El tránsito de la teoría psicológica a la normativa no es una evolución coherente y lineal hacia un objetivo previamente determinado, sino el fruto de pequeños avances y hallazgos que tiene como aglutinante la paulatina introducción de cada vez mayores dosis de valoración o normativismo em la culpabilidad”. PÉREZ MANZANO, op. cit., 1998, p. 101.

⁸⁰ MELLO, op. cit., 2019, p. 127.

Na concepção teórica de Berthold Freudenthal, por exemplo, faz-se o seguinte juízo valorativo: “se não há poder, não há, tampouco, dever. E se não há dever, não há reprovabilidade e, por consequência, não há culpabilidade”⁸¹. O autor focaliza o fundamento material de culpabilidade na existência do poder, isto é, na possibilidade de atuação diversa⁸², conforme o Direito. Para além do elemento psíquico consubstanciado na previsão e no consentimento, haveria, na representação do resultado, portanto, um momento ético onde jaz a censurabilidade do comportamento, observa o autor polonês⁸³⁻⁸⁴.

Se as circunstâncias concomitantes foram tais que qualquer um agiria da mesma forma que o autor, isto influiria não apenas na individualização da pena, mas também na possibilidade ou não de reprová-lo o comportamento, seja ele culposos ou doloso, logo igualmente na existência de culpabilidade, e, conseqüentemente, poderia culminar na absolvição do agente.⁸⁵

A partir dessas ideias, abre-se o caminho para uma maior margem de discricionariedade do julgador, que, individualizando o juízo de imputação em atenção às concretas circunstâncias nas quais envolvido o autor do fato⁸⁶ – e assim avançando no reconhecimento de seus direitos fundamentais e na valorização de sua dignidade intrínseca –, pode identificar e aplicar causas supralegais de exclusão da culpabilidade, limitando, assim, o poder de punir do Estado⁸⁷.

Isto, ademais, é consonante com o caráter humanista do pensamento de Freudenthal, inspirado no propósito de fazer justiça no caso concreto, especialmente para aquelas pessoas em situação de maior dificuldade, como expressa Sebastian Mello:

A inexigibilidade passa a ser um apanágio utilizado em benefício do acusado, moderando a intervenção penal. A margem discricionária do juiz no caso concreto e a busca em atender ao apelo popular são utilizadas sempre com o escopo de

⁸¹ MELLO, op. cit., 2019, p. 129.

⁸² Explica Freudenthal: “(...) *si para la no ejecución del hecho punible hubiese sido necesaria una medida de resistência que a nadie se puede exigir normalmente, entonces estarán ausentes, junto al poder, el reproche, y con el reproche, la culpabilidad.*” FREUDENTHAL, op. cit., 2003, p. 72.

⁸³ FREUDENTHAL, op. cit., 2003, p. 73.

⁸⁴ Essa eticização do direito estimulada pela conexão entre culpabilidade e reprovabilidade na concepção psicológica-normativa, – ainda hoje extremamente influente, notadamente no âmbito da aplicação da pena, foco desse trabalho –, foi também notada por *Goldschmidt*. Disse ele: “(...) *la exigencia de la contrariedad al deber no implica la introducción de una culpabilidad ética. Pero no se puede desconocer que el señorío típico de las normas de derecho es la conducta exterior, y que el passo de la responsabilidad por el resultado a la responsabilidad por la culpabilidad, significa una etización del derecho.*” GOLDSCHMIDT, op. cit., 2002, p. 96.

⁸⁵ FREUDENTHAL, op. cit., 2003, pp. 75-77.

⁸⁶ SANT’ANNA, op. cit., 2018, p. 56.

⁸⁷ MELLO, op. cit., 2019, p. 130.

reduzir a potestade punitiva do Estado, e garantir a individualização da imputação, não apenas para reduzir a pena, mas também para impor um juízo de absolvição em nome da impossibilidade de se exigir um comportamento conforme o Direito no caso concreto.⁸⁸

O normativismo, pois, ao enfatizar a individualização da situação concreta, oferta um obstáculo extra ao poder de punir, aperfeiçoando seu exercício e refreando compreensões utilitaristas do uso da pena. Daí que, nessa linha de inteligência, ao tempo em que comumente se entende que a culpabilidade elemento do crime fundamenta a possibilidade de imposição da sanção criminal, por outro lado certamente atua, a partir de um conteúdo mais estribado na dignidade da pessoa humana do que aquele versado nas concepções anteriores de culpabilidade, como importante avanço como fator limitador do arbítrio estatal.

Apesar disso, ao evoluir para a ideia de homem médio, representativo de um padrão idealizado de comportamento, unifica-se e universaliza a individualidade⁸⁹, algo inadmissível numa sociedade democrática, marcada pela pluralidade e multiculturalismo. Assim, conclui Sebastian Mello que se “termina por negar a condição de indivíduo e o direito de ser diferente”, pelo que, a despeito do progresso, a culpabilidade psicológica-normativa ainda ofertava solo fértil ao arbítrio e à excessiva discricionariedade do julgador – aspectos estes que entendemos comum e facilmente perceptíveis também na individualização da pena concreta em decisões judiciais contemporâneas –, desatendendo, nesse particular, ao seu múnus central de contenção ao *ius puniendi*, especialmente quando atua o *standard* referido *in malam partem*.

A permanência da ideia de censura (graduável) como central ao conceito de culpabilidade se vê também no Finalismo de Hans Welzel. Para ele, em primeiro lugar, a ação é dirigida conforme o sentido⁹⁰, e não meramente de importância mecânico-causal. Depois, a segunda estrutura lógico-objetiva de sua teoria, de caráter igualmente ontológico, seria a capacidade de autodeterminação do ser humano, designada como “poder atuar de outro modo”⁹¹. Pondera ele que o homem é um ser racional e, como tal, capaz de responsabilidade: conquanto tenha impulsos

⁸⁸ MELLO, op. cit., 2019, p. 131.

⁸⁹ O próprio *Goldschmidt* passa a utilizar a figura generalizante do homem médio como parâmetro de motivação normal, abrindo espaço para um tratamento instrumentalizado do sujeito. MELLO, op. cit., 2019, p. 127.

⁹⁰ TANGERINO, op. cit., 2014, p. 89.

⁹¹ MELLO, op. cit., 2019, p. 141.

que residem na estrutura profunda de sua personalidade, é da natureza do ser humano a capacidade de controlá-los e direcioná-los finalisticamente⁹².

A partir daí, afirma Welzel que, enquanto a antijuridicidade se identifica com o reconhecimento de que a ação foi desconforme com a norma jurídica, a culpabilidade vai mais além, qualificando-se como a reprovabilidade que decorre do fato de que poderia o autor agir de outro modo, isto é, de acordo com o Direito. A culpabilidade, então, para o autor, não é um determinado estado anímico – como entenderam predecessores –, mas uma qualidade valorativa negativa e graduável que se atribui à vontade típica e antijurídica manifestada⁹³.

Ancora-se a teoria normativa pura da culpabilidade na distinção feita por Graf Zu Dohna entre objeto da valoração e valoração do objeto⁹⁴, de modo a ficar claro que o dolo e a culpa não integram a culpabilidade; são eles, em verdade, fatores valorados pela culpabilidade, segundo a qual pode ser mais ou menos censurável aquilo que se situa no âmbito do injusto, que passa a abarcar, ao lado dos aspectos fáticos, também tais elementos subjetivos⁹⁵⁻⁹⁶.

Ao subsidiar a possibilidade de reprovação sobre um comportamento criminoso, consubstanciando-se neste juízo de valor a culpabilidade, fundamenta-se também a viabilidade de aplicação de uma pena, isto é, oferta-se justificativa racional ao exercício do direito de punir estatal. Atua a culpabilidade, nesse diapasão, como pressuposto da pena. Se é pressuposto, é também necessariamente um limite, porquanto somente se concorrem os seus elementos – o que deve ser demonstrado – é que se admite a punibilidade. E mais: se a reprovabilidade, embora presente, fosse concretamente diminuta, isso também deveria ser levado em consideração, pelo que resta claro que já vislumbrava Welzel,

⁹² WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 94-102.

⁹³ WELZEL, op. cit., 2001, pp. 91-92.

⁹⁴ WELZEL, op. cit., 2001, p. 91: “Dohna (Aufbau, 32) foi quem deu o passo decisivo para ‘a compreensão de que no juízo de culpabilidade, do mesmo modo que na constatação da antijuridicidade, nos encontramos ante o resultado de uma valoração’; separou taxativamente a *valoração* (reprovabilidade) e seu *objeto* (dolo) e reduziu o conceito de culpabilidade à *valoração* do objeto. Seguindo o caminho iniciado por Dohna, a doutrina da ação finalista situa o dolo (...) em sua lugar apropriado, como uma espécie de vontade final de ação, no tipo (subjetivo) dos delitos dolosos”.

⁹⁵ MELLO, op. cit., 2019, p. 144.

⁹⁶ Destaca Welzel, a propósito, o seguinte: “Com a inclusão do dolo no tipo não se retira deste nenhum elemento objetivo, nem fica, portanto, sequer subjetivado; de outro lado, o objeto da reprovabilidade da culpabilidade não fica reduzido, em absoluto, porque a atitude subjetiva do autor em relação ao fato é um elemento constitutivo da reprovabilidade”. WELZEL, op. cit., 2001, p. 92.

igualmente, a influência dos elementos caracterizadores da culpabilidade substrato do crime na atividade de dosimetria da pena⁹⁷.

Por outro lado, é relevante destacar que, dada a complexidade da vida e a capacidade do ser humano de incorporar as decisões tomadas anteriormente ao seu semi-inconsciente e inconsciente, Welzel pondera que aquilo que denomina de “Eu-centro”, estrato mais profundo da personalidade do sujeito, não é convocado a decidir em todos os momentos, no sentido de conter eventuais impulsos desconformes com a ordem jurídica e autodeterminar o Eu de acordo com os valores protegidos pelo Direito. A isso se denominaria caráter adquirido⁹⁸. Tratar-se-ia, como explica Sebastian Mello, de uma capa intermédia de personalidade, que acaba por sugerir que “a culpabilidade poderia ter sua raiz na estrutura defeituosa dessa capa de personalidade, de tal maneira que haveria uma culpabilidade de caráter, uma culpabilidade de autor”⁹⁹.

Isso evidencia a justeza da crítica quanto à relação próxima entre Direito e Moral que a ideia de reprovabilidade promove¹⁰⁰, como se o Estado estivesse autorizado a censurar moralmente e, além do mais, fazendo-o tão somente a partir do conhecimento sobre a pessoa do acusado que o magistrado extrai da frieza dos autos de um processo penal¹⁰¹.

Em continuidade a esse panorama geral, que não se propõe a revisar minudentemente toda a história da evolução do conceito de culpabilidade na Teoria do Delito, senão traçar linhas básicas que nos permitam, mais adiante, melhor definir o que seria a culpabilidade na fase de individualização da pena – do que se forma, quais as possíveis interpenetrações conceituais, influências recebidas, semelhanças e diferenças –, chegamos ao Funcionalismo de Claus Roxin, cujas ideias são, efetivamente, aquelas que, no Pós-Finalismo, mais inspiraram leituras, debates, escritos e novos desenvolvimentos.

Mais uma vez, o papel limitador da culpabilidade é ressaltado. O ambiente social nas décadas de 50 e 60 do século XX refletia trauma com as barbaridades da Segunda Guerra Mundial e provocava um questionamento do positivismo legalista

⁹⁷ WELZEL, op. cit., 2001, p. 143.

⁹⁸ WELZEL, op. cit., 2001, p. 105.

⁹⁹ MELLO, op. cit., 2019, p. 149.

¹⁰⁰ Matéria à qual voltaremos, de modo mais aprofundado, no capítulo 2, sobre culpabilidade e medida de pena.

¹⁰¹ TANGERINO, op. cit., 2014, p. 95.

que teria aberto portas ao totalitarismo e à instrumentalização do ser humano¹⁰², inspirando o fortalecimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais, calcada na igualdade material, na pretensão de proteção das minorias e na valorização da dignidade da pessoa humana.¹⁰³

Nesse contexto, inclusive, penalistas alemães capitaneados por Claus Roxin apresentaram, em 1966, o *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Projeto Alternativo de Código Penal, que, consoante lembram Olivé, Paz, Oliveira e Brito, “coloca em um lugar de destaque a relação do Direito Penal com as ciências sociais”¹⁰⁴, o que, por si, já sinaliza uma paradigmática mudança teórica em relação ao hermetismo finalista, passando a considerar aspectos de política criminal em matéria de culpabilidade¹⁰⁵. Nessa diretriz, resumiu Davi Tangerino:

(...) onde Welzel vislumbrava um Direito penal orientado à conformação moral dos cidadãos, Roxin encontrava a tarefa de prevenir a prática de delitos; onde Welzel imaginava um sujeito racional, Roxin se limitava a aceitar a indemonstrabilidade do livre-arbítrio; à pena como retribuição da culpa, de Welzel, Roxin ofereceu a pena orientada às finalidades de prevenção.¹⁰⁶

Segundo Claus Roxin, a culpabilidade pode ser conceituada como a realização do injusto apesar da idoneidade do agente para ser destinatário de normas – e, por conseguinte, da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer¹⁰⁷. Para ele, a ideia largamente difundida (e ainda prevalente) de que “culpabilidade é reprovabilidade” é vazia de conteúdo, nada esclarecendo quanto ao que efetivamente está sendo objeto de reprovação¹⁰⁸.

Entretanto, a culpabilidade, por si só, não autoriza a imposição de sanção criminal. Claus Roxin sustenta que “só se pode justificar a pena pela concorrência da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena”¹⁰⁹. Para ele, portanto, a terceira categoria do delito seria o que chama de responsabilidade, cuja existência depende dos dados que devem somar-se à presença do injusto (fato típico e antijurídico),

¹⁰² Olivé, Paz, Oliveira e Brito, inclusive, referem que chegava a se falar em “encruzilhada” da culpabilidade, cujo problema residiria no acúmulo de circunstâncias e contradições surgidas do debate científico e da regulação do Direito Positivo na Alemanha depois da Segunda Guerra Mundial, ocasionando inúmeras e diversas teorias que buscavam fundamentar a culpabilidade. OLIVÉ, et al., op. cit., p. 439.

¹⁰³ MELLO, op. cit., 2019, pp. 162-163.

¹⁰⁴ OLIVÉ, et al., op. cit., p. 439.

¹⁰⁵ MELLO, op. cit., 2019, p. 153.

¹⁰⁶ TANGERINO, op. cit., 2014, p. 97.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, jan./fev. 2004, p. 52.

¹⁰⁸ ROXIN, 2004, op. cit., p. 51.

¹⁰⁹ ROXIN, op. cit., 2004, p. 65.

quais sejam a culpabilidade do sujeito e a necessidade preventiva de sanção penal¹¹⁰. Trata-se, segundo afirma, de uma limitação adicional ao poder punitivo estatal¹¹¹, de modo em determinados casos concretos¹¹², para fins de proteção de direitos fundamentais¹¹³, poderia, após ponderação, haver renúncia à aplicação da pena¹¹⁴.

Considera o autor alemão, a propósito, que casos clássicos de exculpação, como o estado de necessidade exculpante e o excesso na legítima defesa são, em realidade, exemplos nos quais o que falta é a necessidade da imposição da pena, sob os prismas da prevenção especial e da prevenção geral, pois a idoneidade para ser destinatário de normas se faz presente¹¹⁵.

Sobre o pensamento de Roxin, ponderamos que há algum grau de incerteza quanto à definição de quando estaria presente a necessidade preventiva da pena, notadamente em face da valoração utilitarista-social que se opera em tal avaliação e que relega a individualidade das circunstâncias pessoais enfrentadas pelo agente a um segundo plano.

Por outro lado, importante observar que, de acordo com a concepção de Roxin, a categoria culpabilidade deixa de caracterizar fundamento da pena para,

¹¹⁰ ROXIN, op. cit., 1997, p. 792.

¹¹¹ ROXIN, op. cit., 2004, p. 67.

¹¹² Sobre a circunstância de que existência ou não de necessidade preventiva de pena deva ser verificada no caso concreto, diz Roxin: “La exclusión de la culpabilidade en sentido estricto es una matéria que sólo pertenece a la Parte general. Pues se ha de enjuiciar conforme a parámetros unitarios si alguien podía actuar de otro modo en una situación determinada, es decir, si era asequible a la norma o no. En cambio, si en determinadas situaciones de conflicto es preventivamente imprescindible la punición a menudo sólo se puede determinar conforme a las peculiaridades del concreto delito”. ROXIN, op. cit., 1997, p. 955.

¹¹³ ROXIN, op. cit., 2004, p. 71.

¹¹⁴ Roxin anota existirem casos em que, não obstante afirmada a exclusão da culpabilidade, na realidade é a responsabilidade que não se faz presente. Exemplificativamente, cita o autor o caso dos médicos que, dentro do programa de “eutanásia” nacional-socialista alemão, “participaram da ‘seleção’ de um número de doentes, tendo cometido, assim, auxílio ou cumplicidade aos homicídios”. A pretensão de tais médicos teria sido incontestavelmente a de salvar a grande maioria dos doentes, argumentando-se, ainda, que, caso tivessem recusado participação, teriam sido facilmente substituídos e, conseqüentemente, todos os doentes mentais morreriam. Segundo Roxin, a opinião atualmente dominante é de que este é um caso de excludente supralegal de culpabilidade, porém, para ele, tal compreensão não é admissível, pois os profissionais poderiam, sem perigo para si mesmos, recusar-se a participar. Conclui que agiram culpavelmente, mas que, em tal conflito, a necessidade preventiva de sanção tem de ser negada. Ibid., p. 70.

¹¹⁵ Ilustrativamente, afirma: “aquele que fere gravemente um terceiro inocente, no intuito de afastar um perigo para a integridade física de um parente seu, continua apto a ser destinatário de normas. Se precisasse, poderia agir de outra maneira”¹¹⁵. E mais, para Roxin, “aquele que realiza um tipo penal em situação de estado de necessidade é, em geral, fiel ao direito e não necessita de qualquer intervenção ressocializadora”, sendo que, de outro lado, “tampouco por motivos de prevenção geral se mostra necessária a punição do autor, uma vez que a população se mostra compreensiva em face de seu comportamento, não se precisando da pena para reestabelecer a paz social”. ROXIN, op. cit., 2004, p. 63.

influenciada decisivamente por razões de política criminal, erigir-se tão somente como limite àquela.

Cuida-se, como pondera Bernd Schünemann, de teoria que propõe a transposição de um Direito Penal eminentemente retributivo para um de caráter preventivo, o que, contudo:

Não significa de modo algum que agora se possa renunciar à reprovabilidade individual, senão que esta deixou de ser um requisito necessário e suficiente da punibilidade para converter-se tão somente em pressuposto necessário da mesma.¹¹⁶

Isto é, ao propugnar, em sua Teoria do Delito, que a culpabilidade é apenas um elemento da categoria responsabilidade, esta sim, substrato completo e adequado, e que exige a imprescindível presença acrescida da chamada necessidade preventiva da pena (especial ou geral), em linha com a funcionalização do Direito Penal para o cumprimento de sua missão de proteção de bens jurídicos fundamentais, Claus Roxin deixa claro que o papel dessa categoria é o de limitação da pena, de contenção do poder do estado de interferir na liberdade do cidadão, valor muito caro à Democracia.

Em Roxin, portanto, ao invés de subsidiar o Estado de razão para infligir um mal ao autor do fato penalmente típico e antijurídico a pretexto de expiar a reprovabilidade de sua conduta, constitui ponto central de sua teoria, que contempla um protagonismo da ponderação de aspectos de política criminal, que funcione a culpabilidade exatamente como um contrapeso, servindo de limite (superior) da pena e impedindo, desse modo, a instrumentalização do ser humano, – e com isso o atropelo de sua dignidade e da necessária individualização das sanções –, para fins (socialmente endereçados) de prevenção. Impede-se, assim, “que a liberdade do indivíduo seja sacrificada pelo interesse da intimidação geral”, bem assim acautela o cidadão contra “pretensões totalitárias de caráter especial”, preservando-se, como corolário, a sua autonomia em face de “intromissões desmedidas do Estado”.¹¹⁷

1.3. Conclusão inicial

O exame dos primeiros dois sentidos de culpabilidade no Direito Penal revela que sua função primordial está na limitação do poder punitivo do Estado, seja por

¹¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *La política criminal y el sistema de derecho penal*. In: Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLIV, f. III, set/dez., 1991, p. 710.

¹¹⁷ ROXIN, op. cit., 1973, pp. 10-11.

conduto do princípio de que não há crime sem culpa, seja a partir dos esforços realizados pela doutrina ao longo do tempo para definir o seu conceito enquanto categoria dogmática de modo a aclarar em que hipóteses se pode materialmente imputar o um fato típico e antijurídico ao seu agente.

Ademais, verificou-se que esse mesmo processo evolutivo da culpabilidade produziu a predominante associação do seu conceito com a ideia de reprovabilidade, esta que, apesar de ter o mérito de permitir a ponderação concreta e graduável das circunstâncias em que se encontrava o autor do fato quando do comportamento delituoso, abre espaço para excessiva discricionariedade por parte do julgador, possibilitando eventuais abusos. Isto é, a pretexto de respeitar a individualidade das situações e a dignidade das pessoas, ofertando desejada camada extra de contenção ao arbítrio estatal, propicia-se também, paradoxalmente, ambiente para que se faça exatamente o contrário: universalização das singularidades – como no uso da concepção de homem médio – e censura desprovida de critérios estritamente jurídicos, previamente cognoscíveis e controláveis.

Municiados por essas considerações basilares sobre a concepção de culpabilidade, bem como pelo esforço histórico sobre a evolução teórica do seu conceito material enquanto elemento do crime, passamos, na sequência, a examinar o menos perscrutado dos seus sentidos, aproximando-nos mais, nesse passo, do nosso objetivo final de ofertar um contributo para o aperfeiçoamento da atividade de individualização quantitativa da pena no direito brasileiro.

2. CULPABILIDADE E MEDIDA DA PENA

Dentro da concepção plurívoca de culpabilidade, chegamos, então, ao terceiro dos seus sentidos-função; dentre eles, claramente, o que menor desenvolvimento experimentou, e que, a nosso juízo, tamanha a importância do momento de definição do *quantum* de pena adequado face restrição do direito fundamental à liberdade, merece especial atenção.

A primordialidade da questão evidencia-se, desde logo, a partir do que estabelecem os artigos 29 e 59 do Código Penal, com redação dada após a reforma

da Parte Geral promovida pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984¹¹⁸, uma vez que alçada a culpabilidade a posição de destaque na atividade de fixação da medida adequada de sanção criminal. Com efeito, a culpabilidade aparece em primeiro lugar na cabeça do artigo 59, dispositivo que anuncia a forma pela qual deve o magistrado calcular a pena na sentença, ao passo em que, anteriormente no mesmo diploma legal, a nova redação do artigo 29 deixa claro o seu papel medular nessa fase ao instituir que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”¹¹⁹.

Nesse ponto, cumpre-nos examinar, para fins de plantear sua melhor aplicabilidade, se o conceito material de culpabilidade na fase de individualização da pena distingue-se daquele historicamente construído para a teoria do delito, bem assim qual a sua efetiva missão nesse momento processual: fundamentar uma maior ou menor gradação da sanção criminal, tão somente limitar o poder de punir estatal ou se ambas as funções se verificam em alguma medida¹²⁰.

Como visto, – fruto do triunfo das teorias normativas da culpabilidade no direito brasileiro –, é dominante a identificação de culpabilidade, enquanto categoria sistemática do delito, com a ideia de reprovabilidade da conduta antijurídica quando podia e devia o autor agir de maneira diversa, isto é, de censura ao agente pelo comportamento desconforme à norma quando lhe era exigível conduzir-se fielmente ao ordenamento jurídico¹²¹.

¹¹⁸ A redação anterior do art. 42, caput, do Código Penal, dispunha: “Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável”.

¹¹⁹ BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 27/06/2019.

¹²⁰ A esse respeito, ilustrativamente, sustenta Leonardo Siqueira: “(...) o conceito material permite afirmar uma maior ou menor culpabilidade e, conseqüentemente, influi na medida de pena, todavia, e aqui surgem grandes divergências doutrinárias, essa relação entre a culpabilidade e pena é problemática e tensa, uma que se se pode falar de um enlace de fundamentação; de limite apenas; ou, até mesmo, uma total ausência de relação”. SIQUEIRA, op. cit., 2016, p. 97.

¹²¹ Nesse sentido: DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal* [livro eletrônico]: Parte Geral. 2. ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa. Colaboração de Alexandre Knopffholz e Gustavo Britta Scandelari. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, RB-6.7; PRADO, Luiz Régis. *Tratado de direito penal* [livro eletrônico]: parte geral, volume 1. 1 ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, paginação irregular; MOTTA, Ivan Martins. *Direito Penal I* [livro eletrônico]: parte geral. Ivan Martins Motta, Regina Vera Villas Bôas. – 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, paginação irregular; BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 53; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 137.

Por outro lado, ainda carece o direito penal brasileiro de uma teorização mais aprofundada (e sólida) acerca da atividade de aplicação da pena¹²² e, no que nos interessa mais propriamente, acerca do conteúdo do conceito de culpabilidade adotado neste âmbito.

Nessas circunstâncias, produz-se um ecossistema processual propício a um decisionismo¹²³, nos moldes em que descreve Tatiana Stoco:

A ausência de critérios seguros ou diretrizes mínimas a respeito do conteúdo da reprovabilidade confere ampla liberdade ao magistrado para que qualquer fato ligado ao delito ou ao autor possa ser classificado como reprovável e justificar agravamentos de pena sob o fundamento de uma culpabilidade agravada.¹²⁴

Ou seja, aparenta claro que a íntima associação construída historicamente entre culpabilidade e a ideia de reprovabilidade no campo da Teoria do Delito é, majoritariamente, na doutrina e jurisprudência¹²⁵, transportada sem maiores desenvolvimentos para o momento da individualização da pena, espargindo seus efeitos de tal modo que se acaba por compreender, com mais indeterminação conteudística do que na fase anterior – de certificação quanto ao crime –, que tanto mais agravada será culpabilidade quanto maior o grau de censura da conduta criminosa e, por consequência, daí decorrerá também uma correspondente elevação da pena.

O próprio legislador, aliás, sobre a Projeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal, deixa clara, na Exposição de Motivos (nº 211, de 9 de maio de 1983), n. 50, essa opção, ao afirmar que é “graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena”.

¹²² TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 31; ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención em Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, S.A., 1981, p. 93.

¹²³ Para Luigi Ferrajoli, o decisionismo “é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social. Esta subjetividade se manifesta em duas direções: por um lado, no caráter subjetivo do tema processual, consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a “tipos normativos de autor” ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social; por outro lado, manifesta-se também no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato”. O decisionismo acarreta, segundo o autor, um caráter mais de potestade do que de cognição na atividade de aplicação da pena. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 36-37.

¹²⁴ STOCO, op. cit., 2019, p. 26.

¹²⁵ STOCO, op. cit., 2019, p. 26.

À luz do quanto exposto, afigura-se haver, no Brasil, pensamento dominante no sentido de que o conceito de culpabilidade referido no artigo 59 do Código Penal, coincide com aquele prevalente para a culpabilidade como fundamento da pena, que o legislador pretendeu graduável¹²⁶.

Veja-se, para ilustrar tal conclusão, que, segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, para fins de definição da pena, “ao juiz cumpre avaliar o grau de censurabilidade do réu por adotar um comportamento ilícito, tendo condições de se conduzir de acordo com o direito”¹²⁷. Cássio Benvenuti de Castro assevera, igualmente, que “o parâmetro de censura imputado às condutas oscila gradualmente, cotejada a intensidade da energia delitiva perpetrada ao evento”¹²⁸⁻¹²⁹.

Na mesma diretriz, pode-se observar que José Antonio Paganella Boschi, em tópico destinado à culpabilidade “circunstância judicial” que prevê o artigo 59 do Código Penal, discorre sobre a evolução histórica do conceito de culpabilidade – passando pelo causalismo, pela teoria psicológica-normativa e pela contribuição finalista de Welzel –, depois sobre a localização da culpabilidade – se integrante do conceito de crime ou se pressuposto para a aplicação da pena –, e trata, ainda, de crise da culpabilidade e da dificuldade de comprovar o livre arbítrio¹³⁰. Não é feita, na ocasião, nenhuma distinção entre a culpabilidade como categoria sistemática e a culpabilidade que se prevê como eixo central também da dosimetria da pena.

Interessante, ainda, a apresentação, por Cezar Roberto Bitencourt, de sua posição, uma vez que, malgrado sinalize que a acepção de culpabilidade como elemento de determinação da pena seria distinta daquela concepção historicamente construída para a culpabilidade enquanto categoria dogmática do crime, culmina, na verdade, por dissociá-las apenas em seu aspecto formal, mantendo, contudo, a

¹²⁶ STOCO, op. cit., 2019, pp. 30-31.

¹²⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Aplicação da Pena. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, out./dez. 2000, p. 953.

¹²⁸ CASTRO, op. cit., 2010, p. 234.

¹²⁹ Ainda para exemplificar, compartilha do mesmo entendimento Ricardo Augusto Schmitt: “Em suma, podemos atribuir à culpabilidade dois vetores distintos, um de caráter estrito e outro lato. A culpabilidade a ser aferida pelo juiz sentenciante na motivação do julgado é aquela correspondente ao sentido estrito, ou seja, como elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida, enquanto a culpabilidade a ser analisada e eventualmente valorada como circunstância judicial (art. 59 do CP) corresponde ao sentido lato, isto é, a reprovação social que o crime e seu autor merecem pela conduta criminosa praticada, o que constitui fundamento idôneo para exasperação da pena na primeira etapa do processo de dosimetria”. SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 127-28.

¹³⁰ BOSCHI, op. cit., 2011, pp. 161-165.

utilização do mesmo conceito material de culpabilidade predominantemente reconhecido na Teoria do Delito, que se baseia, ao fim e ao cabo, na reprovabilidade do comportamento¹³¹.

Verifica-se, em arremate, que, verdadeiramente, tal posicionamento doutrinário “considera esta terceira dimensão da culpabilidade como mero desdobramento dinâmico do fundamento da pena”, ou mais claramente, como prossegue na descrição Cássio Benvenuti de Castro:

Seriam faces cronologicamente distintas do mesmo instituto jurídico: enquanto categoria dogmática, a culpabilidade arrola os requisitos da reprovação; na derradeira perspectiva, apenas mede o grau de censura, sem distinção substancial¹³².

Importante crítica encontra-se em Juarez Cirino dos Santos, para quem constitui impropriedade metodológica a inclusão da culpabilidade enquanto circunstância judicial para a quantificação da reprovação do agente pelo cometimento do injusto, eis que, para ele, “o juízo de culpabilidade, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples circunstância judicial de informação do juízo de culpabilidade”¹³³.

De fato, a mera identificação da culpabilidade como medida da pena com o dimensionamento da censura já feita em momento anterior – quando se afirma a existência de fato típico, ilícito e culpável que subsidia a condenação –, encerra dois problemas.

O primeiro deles, é que configura *bis in idem*. Com efeito, considerar que a culpabilidade mencionada no artigo 59 é a mesma que integra o conceito sistemático de delito implica, necessariamente, como clarifica Juarez Tavares, que:

¹³¹ Diz o autor: “(...) constitui rematado equívoco, frequentemente cometido no cotidiano forense, quando, na dosagem da pena, afirma-se que “o agente agiu com culpabilidade, pois tinha consciência da ilicitude do que fazia”. Ora, essa acepção de culpabilidade funciona como fundamento da pena, isto é, como característica negativa da conduta proibida, e já deve ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo-se pela condenação. Presume-se que esse juízo tenha sido positivo, caso contrário nem se teria chegado à condenação. Na verdade, impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta”. BITENCOURT, op. cit., 2004, pp. 607-608.

¹³² CASTRO, op. cit., 2010, p. 236.

¹³³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 518.

O juiz, ao individualizar a pena, não pode novamente invocá-la, porque estaria violando o princípio do *ne bis in idem*, ao valorar duas vezes o mesmo objeto sob o mesmo critério¹³⁴.

Tal qual afirma Rodrigo Roig:

Não raramente se constata no cotidiano judicial a precipitada interseção, em regra em prejuízo do réu, entre o juízo de reprovabilidade utilizado para a caracterização da culpabilidade e a fundamentação relativa à culpabilidade no momento de aferição¹³⁵.

Mencionar, no momento de dosar a pena, que o agente era capaz de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento, bem assim que era viável conhecer o caráter ilícito do seu comportamento e, por fim, que se lhe exigia conduta diversa – em conformidade com o direito –, é repetir a valoração de idênticos fatores que possibilitaram a condenação¹³⁶, o que se revela inadmissível, notadamente porque se faz *in malam partem*.

O segundo obstáculo à utilização do mesmo conceito sistemático de culpabilidade na fase de individualização da pena podemos verificar mais claramente com apoio na jurisprudência, que também participa da predominante compreensão de que a culpabilidade como medida de pena refere exatamente ao grau (maior ou menor) de reprovabilidade do comportamento delitivo, como bem verificou Tatiana Stoco¹³⁷.

Em julgados do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, podem-se encontrar traços consequenciais dessa forte ligação entre culpabilidade e reprovabilidade, assim como do espraiamento dessa associação – e de suas repercussões – para a dosimetria da pena. Deveras, quando pretende o Tribunal valorar negativamente a culpabilidade, por considerar justificável censura acentuada, não é incomum que se lance mão de qualificações marcadas por subjetivismos, inferências acerca da personalidade do condenado, sua motivação interior ou modo de vida. É o que ocorre quando do emprego de expressões como “frieza”¹³⁸, “crueldade”¹³⁹, “periculosidade”¹⁴⁰, “intensidade do dolo”¹⁴¹, “desprezo”¹⁴²,

¹³⁴ TAVARES, op. cit., 2011, p. 123.

¹³⁵ ROIG, op. cit., 2015, p. 137.

¹³⁶ CASTRO, op. cit., 2010, p. 241.

¹³⁷ STOCO, op. cit., 2019, p. 31.

¹³⁸ STJ, HC 297904/RS.

¹³⁹ STJ, AgRg no HC 389008/RS; STJ, AgRg no HC 389008/RS.

“insensibilidade”¹⁴³, “egoísmo”¹⁴⁴, “ousadia”¹⁴⁵, “repugnância”¹⁴⁶, “covardia”¹⁴⁷, ou “perversidade”¹⁴⁸.

Como assinala Adriano Teixeira, existe, no direito brasileiro, “uma tendência histórica de privilegiar a utilização de critérios subjetivos, ligados à pessoa do condenado, na aplicação da pena”¹⁴⁹⁻¹⁵⁰, à míngua, ainda, de uma sistematização teórica consolidada que forneça ao julgador ferramentas adequadas para mensurar o que se deve entender, no caso concreto, por sanção criminal adequada à culpabilidade.

O conceito material de culpabilidade assentado na ideia de censura neokantista e finalista, até então predominante e influenciadora do Código Penal brasileiro, portanto, transvasa para a atividade de dosimetria da pena um juízo de natureza subjetivo-moralizante que é incompatível com princípios da nossa ordem constitucional democrática.

Por certo, realizar o julgador uma censura de caráter moral como critério na fixação da medida de pena adequada profana, de saída, o princípio da impessoalidade, que se pode compreender aplicável ao Direito Penal como decorrência da própria garantia do juiz natural positivada no texto constitucional. Ora, se se proíbem juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII), afigura-se evidente a necessidade de que se manifeste o Estado-juiz de modo imparcial¹⁵¹ e independente de favoritismos, preconceitos e interesses privados. Daí porque a teoria processual prevê regras de competência, suspeição e impedimento e donde

¹⁴⁰ STJ, HC 533397/PA; STJ, HC 297904/RS; HC 389105/DF.

¹⁴¹ STJ, HC 297904/RS; STJ, HC 389105/DF; STJ, HC 539240/SP.

¹⁴² STJ, HC 443581/SP.

¹⁴³ STJ, HC 448811/PR; STJ, HC 220382/MS.

¹⁴⁴ STJ, REsp 1511988/AC: “Referências vagas à banalidade, mesquinhez e extremo egoísmo, desprovidas de elementos concretos que denotem maior censurabilidade da conduta do réu, não são aptas a agravar da pena-base, porquanto a repressão mais severa ao delito de latrocínio, roubo seguido de morte, já foi contemplada pelo legislador, ao prever a pena mínima de 20 anos de reclusão”.

¹⁴⁵ STJ, HC 505435/SP; STJ, HC 497243/ES.

¹⁴⁶ STJ, HC 296258/RJ.

¹⁴⁷ STJ, AgRg no HC 430031/PE; STJ, RHC 57371/MS.

¹⁴⁸ STJ, AgRg no REsp 1635784/RO;

¹⁴⁹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 31.

¹⁵⁰ Salo de Carvalho sustenta existir, nesse caso, violação ao princípio da secularização. Diz ele: “(...) juízos valorativos (potestativos) sobre a interioridade do réu/condenado são produzidos, criando mecanismo retórico incontrolável, e por isso inquisitivo (antigarantista), que, via de regra, opera desfavoravelmente ao sujeito”. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 47.

¹⁵¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 58.

se pode declarar, por consequência lógica, que juízos *ad personam* são inconciliáveis com o devido processo legal e com o Estado de Direito.

Uma culpabilidade pessoal, como observa Tatjana Hörnle, pode representar “uma porta de entrada a valorações morais, pouco claras, derivadas de preferências pessoais”¹⁵².

Deflui-se, então, que, tal qual no Direito Administrativo, em que se impõe aos agentes públicos atuação voltada exclusivamente para o interesse público, dispensando tratamento sem privilégios ou prejuízos conforme o destinatário¹⁵³ – princípio que deve inspirar toda e qualquer ação do Poder Público –, também no Direito Penal não são admissíveis, especialmente quando da mais grave das intervenções estatais na liberdade, a pretexto de mensurar a culpabilidade, apreciações pessoais do julgador sobre aspectos subjetivos ao condenado, sendo “ilegítimas incursões na esfera íntima do agente que representem mera imposição de moralidade”¹⁵⁴.

Também o princípio da legalidade objetiva que fatores imputáveis à personalidade do agente, à sua motivação interior ou aos seus sentimentos sejam equipados para fins de recrudescer a sanção criminal sob o argumento de maior censurabilidade¹⁵⁵.

Lembra Juarez Tavares, ao sustentar que a individualização da pena deveria observar estrita legalidade e defesa dos direitos fundamentais, de modo que o juízo de culpabilidade fosse aperfeiçoado com “a exclusão de juízos morais e finalidades estranhas”, que, na exposição de motivos do Projeto Livingston¹⁵⁶, de 1826, já se

¹⁵² HÖRNLE, op. cit., jan./dez. 2001, p. 410.

¹⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

¹⁵⁴ STOCO, op. cit., 2019, p. 137.

¹⁵⁵ Sobre essa (indesejada) aproximação entre Direito e Moral na esfera penal, *Luigi Ferrajoli* identifica o que chama de princípio da mera legalidade como a regra segundo a qual apenas as leis penais (e não fontes externas como a moral) devem ser objeto da ciência penal. E prossegue o autor: “(...) somente separando o direito da moral, e reconhecendo-se o caráter inteiramente artificial, convencional e contingente das figuras legais de caráter penal, pode-se evitar o artifício ideológico de superpor ao desvalor jurídico um apriorístico desvalor moral, natural, ou em qualquer caso substancial, e, por conseguinte, de subordinar as investigações criminológicas e, por outro lado, os juízos ético-políticos ao ponto de vista interno dos juízos de desvalor jurídico que constituem objeto de umas e de outros”. FERRAJOLI, op. cit., 2002, p. 302.

¹⁵⁶ Monica Duarte Dantas discorre, em artigo, sobre a importância dos Projetos de Código Penal e Processual Penal de Edward Livingston – advogado e político norte-americano (Nova York, 1764–1836), além de conhecido proponente de leis pelo estado da Luisiana –, para o movimento codificador do período imperial brasileiro. Na década de 1820, diz a Autora, Livingston escreveu seu *System of Penal Law for the State of Louisiana*, que, embora nunca tenha sido aprovado, despertou o interesse de representantes do legislativo brasileiro à época e influenciou os Códigos Criminal e de Processo Criminal de 1830 e 1832, respectivamente. DANTAS, Monica Duarte. *Da Luisiana para o Brasil*:

consignava que “a lei penal não poderia acobertar a vingança, somente a prevenção das ofensas, na medida em que essas não possam ser compensadas por outros meios menos gravosos”¹⁵⁷.

Aqui uma explicação se faz necessária. Atua o princípio da legalidade, nesse ponto, como manifestação inerente ao próprio Estado de Direito, importando-nos em sua face de contenção ao arbítrio estatal, de proteção à liberdade do cidadão¹⁵⁸. Este, portanto, deve poder compreender com suficiente clareza quais exatamente as sanções que lhe podem ser imputadas numa sentença ou acórdão criminal e deve ser capaz de antecipar o que pode sofrer como consequência.

Compreendendo o *nulla poena sine lege certa* – um dos cânones da legalidade¹⁵⁹ – como também direcionado ao juiz¹⁶⁰, então cabe ao magistrado agir como elemento concretizador desse mandado de determinação. Nesse diapasão, à míngua de bastante clareza de conteúdo quanto ao que efetivamente pode ser valorado na fixação da pena (do ponto de vista qualitativo)¹⁶¹, notadamente quanto ao conceito de culpabilidade neste âmbito, o princípio da legalidade constringe e conforma a ação interpretativa do julgador, impedindo-lhe que, a partir de excessiva discricionariedade, aprecie moralmente o comportamento do autor do fato e, por

Edward Livingston e o primeiro movimento codificador no Império (o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832. Jahrbuch fur Geschichte Lateinamerikas (1998) / Anuário de História da América Latina, 2015, p. 173-205. Disponível em: <https://www.academia.edu/25064750/Da_Louisiana_para_o_Brasil_Edward_Livingston_e_o_primeiro_movimento_codificador_no_Imp%C3%A9rio_o_C%C3%B3digo_Criminal_de_1830_e_o_C%C3%B3digo_de_Processo_Criminal_de_1832_From_Louisiana_to_Brazil_Edward_Livingston_and_the_First_Codification_Movement_of_the_Empire>. Acesso em 08/11/2020.

¹⁵⁷ TAVARES, op. cit., 2011, p. 152.

¹⁵⁸ Nessa diretriz: VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. In: *Revista Científica do CPJM*, Vol.1, n.02, p. 96-125. Rio de Janeiro: 2021, p. 100-101. Disponível em: <<http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/36/54>>. Acesso em 20/10/2021; GIACOMOLLI, Nereu José. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente. In: *Revista Direito GV*, p. 565-582. São Paulo: Jul-Dez 2010, p. 574. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24149/22920>>. Acesso em 20/10/2021.

¹⁵⁹ Os outros conhecidos corolários do princípio da legalidade são os seguintes: *nulla poena sine lege scripta* (vedação da incriminação por meio dos costumes); *nulla poena sine lege praevia* (vedação à retroatividade); *nulla poena sine lege stricta* (proibição da analogia). Nesse sentido: TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 108.

¹⁶⁰ Cf. VIANA, op. cit., 2021, p. 103.

¹⁶¹ Segundo Salo de Carvalho, “a indeterminação quanto às diretrizes que orientam a quantificação das sanções penais é uma variável constante nos países de tradição romano-germânica”. CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). *Sentença Criminal e aplicação da pena*: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 607.

consequente, imponha uma repreensão deste tipo, ao mesmo tempo em que orienta sua atividade retrospectivamente ao fato e à lei penal¹⁶².

Desse modo, se o magistrado realiza censura subjetiva de caráter moral em relação ao condenado, ao argumento de que assim procede para individualizar a medida de pena adequada à culpabilidade, perfaz, com isso, a imposição de um tipo de pena adicional, não prevista de forma prévia, clara e determinada em lei – como se exige às sanções criminais –. É, igualmente, o entendimento que se pode sacar da doutrina de Juarez Tavares, para quem “a norma criminalizadora não pode se estender a outras consequências fora daquelas especificadas no tipo, porque isso implicaria diretamente uma ofensa ao princípio da legalidade e seu corolário de taxatividade”¹⁶³⁻¹⁶⁴.

Em arremate, temos que assiste razão a Nilo Batista, cujas palavras transcrevemos:

(...) o juiz certamente pode constatar a culpabilidade do acusado, e nos limites dessa constatação aplicar-lhe a pena. Não tem ele, contudo, o direito de censurar, de repreender o condenado, e, sempre que o fizer, estará atuando com abuso de poder.¹⁶⁵

Como decorrência lógica da não previsão legal da possibilidade de uma penalização de caráter moral ao condenado e, ainda, da falta de clareza no que tange ao conteúdo de uma tal reprovabilidade ancorada marcadamente em fatores subjetivos como personalidade, sentimentos e modo de ser, propicia-se indesejado espaço à arbitrariedade judicial ante a larguíssima discricionariedade que se acaba reconhecendo ao julgador.

Nessas circunstâncias, permite-se, na realidade, a imposição de uma pena que seria sentida pelo juiz como adequada¹⁶⁶ e não efetivamente uma que seja ajustada ao fato criminoso sob apreciação. E assim, na falta de “critérios

¹⁶² Em semelhante sentido, aponta Adriano Teixeira: “(...) a atividade jurisdicional tem que cumprir a função de complementar a determinabilidade da lei penal”. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 111.

¹⁶³ TAVARES, op. cit., 2011, p. 146.

¹⁶⁴ Também em Cesare Beccaria se encontra argumento semelhante: “Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado”. BECCARIA, Cesare Bonsana. Dos delitos e das penas. Livro Eletrônico. Cap. III. Paginação irregular.

¹⁶⁵ BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*. In: *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Nilo Batista e André Nascimento (Orgs.). Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 179.

¹⁶⁶ STOCO, 2019, op. cit. p. 45-68.

transparentes e reconduzíveis à lei”¹⁶⁷, sonega-se ao autor do fato a possibilidade de conhecer que tipo de pena se lhe pode impor e em que medida¹⁶⁸, representando igualmente menoscabo aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Veja-se que uma das faces essenciais do contraditório é o direito à informação, com vistas a possibilitar a reação (ampla defesa)¹⁶⁹. Ora, para que se assegure ao acusado ampla de defesa dos seus direitos, é preciso ofertar segurança jurídica e previsibilidade, notadamente, no processo penal, acerca das consequências que se lhe podem infligir. Noutros termos, exige-se que os acusados possam, de fato e concretamente, impugnar e reagir ao *quantum* de sanção imposto e, para tanto, a culpabilidade como medida de pena não pode se restringir a uma apreciação subjetivo-moralizante da maior ou menor censurabilidade da conduta, baseada em critérios abertos, não conhecidos e externalizados e, portanto, de difícil impugnação.

Pode-se argumentar, ainda que analogicamente, que os princípios da ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos corroboram a incompatibilidade constitucional da utilização – como motivo para agravar a pena –, de um sentido de reprovabilidade baseado em perspectivas subjetivas referentes ao autor do fato, aos seus sentimentos, seu modo de vida ou sua atitude interior.

Segundo Claus Roxin, a missão do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos, sendo estas:

Circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos¹⁷⁰.

A partir daí, e considerando que, pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, “não compete ao Direito Penal tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos”¹⁷¹⁻¹⁷², infere-se que não pode ser admissível, nem mesmo para fins de dosimetria da pena, qualquer interpretação¹⁷³ pelo julgador que represente uma

¹⁶⁷ TEIXEIRA, 2015, op. cit., p. 111.

¹⁶⁸ TEIXEIRA, 2015, op. cit., p. 109.

¹⁶⁹ CINTRA, et. al., op. cit., 2006, p. 63.

¹⁷⁰ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, pp. 18-19.

¹⁷¹ BITENCOURT, op. cit., 2004, p. 22.

¹⁷² Também Claus Roxin é assertivo ao afirmar: “(...) las meras inmoralidades no lesionan ningún bien jurídico y por ello deben quedar impunes”. ROXIN, op. cit., 1997, p. 56.

¹⁷³ Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Nuñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito identificam no princípio da ofensividade o que chama de função crítica (ou político-criminal), segundo a qual “pode-se questionar a atividade legislativa e jurisdicional, objetando as interpretações

exclusão “das liberdades constitucionais de pensamento, de consciência e de crença, de convicções filosóficas e políticas ou de expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação”¹⁷⁴.

De mais a mais, agora sob um prisma quantitativo¹⁷⁵, tem-se que o princípio da ofensividade ou lesividade impede a criminalização de lesões irrelevantes de bens jurídicos ou de casos nos quais não exista, minimamente, um perigo real e efetivo¹⁷⁶.

Ora, associando-se ambas as vertentes – aquela que se preocupa com a natureza e importância do bem ou interesse tutelado e aquela que exige a presença de ofensa atual ou iminente –, forçoso reconhecer que, se não se pode criminalizar condutas que não atendam tais pressupostos pertinentes ao caráter de ultima ratio¹⁷⁷ do Direito Penal, então, com ainda mais razão, também não podem ser empregadas para fundamentar uma maior reprovabilidade da conduta e, portanto, uma culpabilidade justificadora de elevação da pena-base¹⁷⁸.

A mesma compreensão se pode extrair, a título ilustrativo, dos argumentos de Tatjana Hörnle quando, na perspectiva do direito penal alemão, advoga entendimento segundo o qual a culpabilidade como medida de pena deve estar vinculada à teoria do delito e ao fato típico e antijurídico praticado, de modo que os elementos valorados para majorar a pena tenham referência no mundo exterior, repercutindo negativa e efetivamente na situação da vítima ou de um terceiro¹⁷⁹.

Para concluir o argumento – no sentido de que o pensamento de que a culpabilidade na atividade de fixação da pena seria a simples medida da reprovação gestada a partir de Frank e de sua concepção psicológico-normativa enseja juízos subjetivo-moralizantes incompatíveis com o Direito Penal de um Estado de Direito

ou postulando a derrogação dos preceitos penais puramente formais, isto é, sem lesividade possível”. OLIVÉ, et al., op. cit., p. 94. Em semelhante sentido, Cezar Roberto Bitencourt argumenta sustenta existir uma função interpretativa ou dogmática do Direito Penal, que se configura em “limitação ao próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz”, constringendo-o a certificar a existência, nos casos concretos, da imprescindível lesividade ao bem jurídico tutelado. BITENCOURT, op. cit., 2004, p. 21.

¹⁷⁴ SANTOS, op. cit., 2012, p. 26.

¹⁷⁵ SANTOS, op. cit., 2012, p. 26.

¹⁷⁶ BITENCOURT, op. cit., 2004, p. 20.

¹⁷⁷ BITENCOURT, op. cit., 2004, p. 22.

¹⁷⁸ Nessa mesma diretriz, Tatiana Stoco assevera: “Se o Direito Penal se destina à proteção de bens jurídicos e prescreve normas de comportamento que protegem as relações humanas contra lesões ou ameaças àqueles bens, então trata-se de um âmbito no qual não deveria haver lugar para exigências éticas que extrapolem aquela tarefa fundamental, ou que incrementem a escala de valores normatizada”. STOCO, 2019, op. cit. p. 66.

¹⁷⁹ HÖRNLE, op. cit., 2001, pp. 427-428.

pautado por princípios democráticos –, muito se falou, em linhas anteriores, sobre a relação entre as teorias sistemáticas da culpabilidade e a dignidade da pessoa humana, e, mais especificamente, acerca da necessária busca por uma definição de culpabilidade que se compatibilizasse com tão crucial postulado.

Também aqui, quando examinamos a culpabilidade na dosimetria da pena, a dignidade humana conserva prestigioso papel¹⁸⁰. Sim, porque a realização de um reproche moral pelo julgador no momento de estimar a culpabilidade atinge o direito à autodeterminação moral das pessoas muito além do que se admite numa ordem social democrática pautada pelo pluralismo, pelo objetivo de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, pelas liberdades fundamentais de consciência, crença, pensamento e expressão e, por fim, pela inviolabilidade da intimidade e da vida privada¹⁸¹⁻¹⁸².

Como explica Maria Auxiliadora Minahim, apesar de sua natureza pública e endereçada à proteção de bens jurídicos cuja seleção subentende um interesse relevante de toda a comunidade acerca de sua preservação, “o direito penal abre espaços importantes para que o indivíduo exerça sua autonomia em face dos

¹⁸⁰ Aliás, como bem observa Tatiana Stoco, talvez, ante a maior proximidade da efetiva imposição de pena criminal, as preocupações quanto ao uso de uma reprovabilidade subjetivo-moralizante sejam ainda mais importantes neste momento processual. Diz a autora: “As objeções no plano da culpabilidade fundamentadora da pena não se alteram quando se transporta a ideia de imposição de moralidade para o plano da concretização da sanção, ao contrário, elas se agravam quando se sai do plano da ameaça para o plano da inflicção da sanção penal”. STOCO, 2019, op. cit. p. 61.

¹⁸¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)V - o pluralismo político. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 5º 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 vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; BRASIL. *Constituição Federal*, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08/11/2020.

¹⁸² No mesmo sentido, sumariza Nilo Batista: “A Constituição da República Federativa do Brasil, que tem um de seus fundamentos na ‘dignidade da pessoa humana’, garantiu-lhe autonomia moral a partir da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, da proibição de toda privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, da livre manifestação de pensamento e expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada. A primeira consequência disso é a absoluta interdição, para o Estado, de impor qualquer moral; aí reside um indescartável compromisso do Estado secularizado”. BATISTA, 2011, pp. 173-174.

imperativos da norma”¹⁸³. Essa autonomia deve ser reconhecida não só à vítima, mas, de forma igualmente equilibrada, também ao réu.

Pondera Sebastian Mello, com razão, que respeitar a dignidade humana exige análise individualizada “das circunstâncias particulares presentes no sujeito e na situação, que interferem na sustentação da imputação e na sua graduação”¹⁸⁴.

Porém, esse “individualizar a pena” certamente não se identifica com uma atividade classificatória de indivíduos¹⁸⁵, que os rotule de acordo com o maior ou menor distanciamento de seu comportamento em relação ao padrão idealizado de modo de vida que compreenda adequado o julgador, tampouco autoriza, numa violação estatal ao espaço privado das pessoas¹⁸⁶, sejam utilizados aspectos pertinentes à intimidade e personalidade do acusado para agravar o período de privação de liberdade mensurado. Fazê-lo representa instrumentalização do ser humano, degradando-lhe em sua condição de pessoa¹⁸⁷ e retoma uma responsabilidade pelo caráter ou pela condução de vida *à la Mezger*¹⁸⁸, além de traços de uma estigmatizante culpabilidade de autor¹⁸⁹⁻¹⁹⁰.

Desse modo, a individualização da pena, da qual é parte essencial a atividade de dosimetria da medida de sanção aplicável, dessarte, não é compatível com um

¹⁸³ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

¹⁸⁴ MELLO, op. cit., 2019, p. 304.

¹⁸⁵ TEIXEIRA, 2015, op. cit., p. 33.

¹⁸⁶ STOCO, 2019, op. cit. p. 66.

¹⁸⁷ MELLO, op. cit., 2019, p. 187.

¹⁸⁸ “(...) Mezger, que, com base no pensamento de Aristóteles, desenvolveu um conceito de culpabilidade em que o juízo recai sobre o modo com o qual o sujeito adquiriu componentes culposos no próprio caráter. O juízo de valor negativo sobre a conduta do agente já não teria como barema apenas o fato produzido, se transformaria, em contrapartida, numa culpabilidade pela condução de vida. A culpabilidade, conforme Mezger, seria uma espécie de responsabilidade pelo caráter da pessoa, e a reprovação seria motivada por ter o indivíduo se descuidado de sua direção vital. Surge a culpabilidade por condução ou decisão defeituosas da vida”. MELLO, op. cit., 2019, p. 185.

¹⁸⁹ A respeito, referem OLIVÉ, PAZ, OLIVEIRA e BRITO: “(...) em épocas não muito distantes, sustentou-se (doutrinária e legislativamente) a necessidade de se analisar a culpabilidade – e a aplicação de autênticas penas – a sujeitos que não levaram a cabo comprovadamente fatos penalmente antijurídicos, mas que ao longo de sua vida realizaram comportamentos antissociais e imorais. Destarte, e à margem do fato cometido, a culpabilidade do autor considerou elementos alheios à dita conduta, como a forma de vida ou personalidade do autor. Assim, sancionaram-se penalmente pensamentos, ideologias, manifestações de rebeldia ou qualquer conduta incômoda para o poder público ou alguns setores sociais. Em síntese, deste ponto de vista, a pena não se fundamenta no ter feito algo, mas em ser de determinada maneira. Essas propostas somente tem aplicação no marco de sistemas penais de perigo e autoritários, que substituem a culpabilidade pela ideia de periculosidade social”. OLIVÉ, et al., op. cit., p. 448.

¹⁹⁰ Oportuna, também, quanto à questão, a lembrança de Nilo Batista: “Quando se habilita o poder punitivo a partir de uma consideração moral sobre o sujeito, está-se, na verdade, penalizando o ser; está-se, na verdade, praticando uma culpabilização de autor não muito diferente daquela baseada na perigosidade; está-se, na verdade, regressando à Inquisição”. BATISTA, 2011, p. 180.

conceito de culpabilidade identificada com uma reprovação de tom moralista e aspecto invasivo da subjetividade alheia.

A culpabilidade enquanto medida de pena deve, com ainda mais razão – dada a seriedade das consequências criminais –, afastar-se de uma conceituação que a caracterize, meramente, como o nível de censurabilidade do comportamento delitivo, como se fosse apenas acessória à presença dos requisitos próprios à Teoria do Crime.

Um conceito de culpabilidade na dosimetria da pena que respeite os princípios do *ne bis in idem*, da impessoalidade, da legalidade, da ampla defesa e do contraditório, da ofensividade, da exclusiva proteção de bens jurídicos e da dignidade da pessoa humana deve centrar-se – especialmente quando se pondera uma majoração da sanção em relação ao patamar mínimo abstratamente previsto –, em critérios objetivos, controláveis e necessariamente alusivos ao fato *sub judice*. Se assim não for, abre-se brecha à arbitrariedade judicial¹⁹¹, à imposição ética pelo Estado e aos juízos prospectivos de perigosidade, tudo isso que, a nosso juízo, é inconciliável com valores democráticos e republicanos¹⁹².

A concepção de culpabilidade na fase de dosimetria da pena, portanto, não só se distancia de uma mera reprodução daquele conceito construído na teoria do delito, como entendemos que sequer admite continência à função de gradação que comumente se lhe atribui.

Entendemos, contudo, que o afastamento entre uma concepção e outra não é total, como inquietava a Juarez Tavares. Com efeito, lembra o autor que, com o escopo de atender às finalidades preventivas que se passou a reconhecer inerentes à sanção criminal, “a doutrina teve a pretensão de se dissociar, no momento de sua individualização, dos limites impostos pela culpabilidade, o que implicaria fazer da pena uma entidade autônoma em relação às normas incriminadoras”¹⁹³.

Culpabilidade como elemento do crime e culpabilidade como medida da pena, porém, encontram convergência exatamente no ofício que a essa categoria jurídica

¹⁹¹ Sobre concepções eticizantes no normativismo, anota Sebastian Mello, de maneira tal que compreendemos também absolutamente pertinente à culpabilidade como medida de pena, que “a referência a juízos de valor moral – não determinados – deixa a decisão a cargo exclusivo do magistrado, sem nenhum barema normativo, de tal forma que a referência a valores terminaria num decisionismo não vinculado a tipificações”. MELLO, op. cit., 2019, p. 119.

¹⁹² Como acertadamente observa Rodrigo Roig, “Democracia e republicanismo são, portanto, juntos e de uma só vez, os elementos basilares do Estado de Direito brasileiro e os parâmetros a serem seguidos na aplicação da pena privativa de liberdade”. ROIG, op. cit., 2015, pp. 20-21.

¹⁹³ TAVARES, op. cit., 2011, p. 128.

é mais primordial – e que originalmente lhe dá sentido principiológico no seio de um Direito Penal liberal –, qual seja o de proteger o cidadão em face do poder estatal¹⁹⁴.

Um dos efeitos dessa compreensão é que, como afirma Roxin, a culpabilidade como medida de pena não exige uma sanção de determinada magnitude, senão “determina qual é o limite que a pena não deve ultrapassar”¹⁹⁵.

Sobre a definição de culpabilidade nas tarefas que a ela se reconhecem – como elemento do delito e enquanto agente na determinação da medida de pena –, esclarece Juarez Tavares:

(...) o conceito de culpabilidade, como elemento da definição do delito e como critério de individualização da pena, não comporta uma separação radical, e, sim, apenas momentos de determinação funcional. Em um primeiro momento, como elemento do delito, a culpabilidade deve servir como fator negativo de reconhecimento da capacidade de motivação e, a contrário sensu, caso não possa ser negada, como reconhecimento da sua completude. Em um segundo momento, como critério de individualização, a culpabilidade deve ser concretizada em termos quantitativos, de acordo com as características do injusto penal que lhe corresponde.¹⁹⁶

Alceu Corrêa Junior e Sérgio Salomão Shecaira também sugerem uma atribuição delimitadora para a culpabilidade em relação à aplicação da pena, aduzindo que somente deveria ser imposta a sanção criminal quando necessária e útil, considerando sua relevância pública¹⁹⁷.

A fixação da pena, portanto, não é livre. É essencialmente limitada precisamente por ser guiada pela culpabilidade. Não é “uma tarefa de conveniência, para mais ou para menos, conforme as circunstâncias sejam favoráveis ou desfavoráveis a uma afirmação de eficácia dos meios dissuasórios ou ressocializantes”¹⁹⁸, pois, se a medida de pena deve observar a culpabilidade, como determina o artigo 29 do Código Penal Brasileiro, então a interpretação que necessariamente se extrai é a de que está obrigado o julgador a observar parâmetros (objetivos) de contenção do poder punitivo, utilizando, em sua

¹⁹⁴ TAVARES, op. cit., 2011, pp. 134-135.

¹⁹⁵ ROXIN, op. cit., jul-dez/73, p. 14.

¹⁹⁶ TAVARES, op. cit., 2011, p. 151.

¹⁹⁷ CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal* / Alceu Corrêa Junior, Sérgio Salomão Shecaira. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

¹⁹⁸ TAVARES, op. cit., 2011, pp. 140-141.

fundamentação¹⁹⁹, critérios e categorias que inclusive sejam controláveis e permitam a impugnação da quantidade de pena imposta aos condenados²⁰⁰.

Compreendemos, desse modo, que a culpabilidade não pode ser entendida simplesmente como um juízo de reprovação e mais adiante transportada para a fase de dosimetria na forma de mera gradação daqueles elementos justificadores da censura. Em absoluto, não deve ser assim restringido o (essencialíssimo) papel da culpabilidade.

A culpabilidade é, sim, uma barreira protetora, endereçada não a justificar, mas a repressar o poder punitivo penal do Estado²⁰¹, permitindo que passem pelas comportas apenas o quanto estritamente necessário para a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais caros à sociedade. Essa, a sua função primordial.

Mesmo quando também ostenta o papel de elemento sistemático do crime – no sentido de que, se presentes excludentes de culpabilidade, delito não haverá –, seu múnus principal e imprescindível está na contenção de eventuais excessos estatais contra a liberdade e a dignidade dos cidadãos.

Isto é, os elementos formais da culpabilidade, majoritariamente reconhecidos como sendo imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, assim como o próprio conceito material da culpabilidade – cujos esforços teóricos de definição foram, não exaustivamente, tratados no item 1.2. supra –, em verdade, como visto, mais limitam o *ius puniendi* ao exigir a verificação de sua indispensável presença pelos magistrados, previamente à conclusão pela condenação do réu, do que efetivamente justificam a imposição de uma pena.

Nessa diretriz, transcrevem-se, mais uma vez, pela acuidade dos argumentos que, nesse particular, acolhemos, as palavras de Rodrigo Roig:

¹⁹⁹ Sobre a aplicabilidade do princípio da fundamentação à atividade de aplicação da pena, sustenta Salo de Carvalho: “A necessidade de exposição clara e precisa do ‘como’ e do ‘porquê’ da pena é revigorada, conforme exposto anteriormente, a partir das diretrizes constitucionais de fundamentação dos atos judiciais (art. 93, inciso IX, Constituição) e individualização da pena (art. 5, inciso XLVI, Constituição). Trata-se, portanto, de um dever do julgador, estabelecido na Constituição, apresentar as razões (‘como’ e ‘porque’) que o levaram a fixar determinada quantidade (‘quanto’) de pena”. CARVALHO, op. cit., 2021, p. 609.

²⁰⁰ TAVARES, op. cit., 2011, p. 137.

²⁰¹ Em semelhante sentido, Salo de Carvalho: “Correta, portanto, a constatação de que hoje, a tese da culpabilidade como fundamento da pena foi substituída pela tese da culpabilidade como limitação do poder de punir, com a troca de uma função metafísica de legitimação da retribuição por uma função política de garantia da liberdade individual. Instrumentalmente, a culpabilidade, além de ser categoria imprescindível para constatação e auferição do delito, adquire importância fundamental na aplicação (limitação) da sanção como critério dosimétrico”. CARVALHO, et. al., op. cit., 2002, p. 47.

A par de todas as particularidades e minúcias que envolvem a compreensão da culpabilidade, uma constatação se faz imperiosa em um novo horizonte constitucional: todas as dimensões da culpabilidade constituem vertentes de um mesmo fenômeno (reductor), oferecendo cada qual importantes subsídios de contenção do poder punitivo por parte da agência judicial.

Não há falar, portanto, em uma culpabilidade fundamentadora e outra limitadora da intervenção penal. Ambas desempenham funções distintas, em momentos distintos, todos porém convergentes no sentido de reduzir o espectro e a intensidade da intromissão estatal.²⁰²

E essa incumbência de controle, que é premente à culpabilidade, sim, é transportada para o momento de dosimetria da sanção criminal, culminando por definir, neste ponto, a “culpabilidade medida de pena” não como o nível de censurabilidade do comportamento delitivo, mas como critério reitor de tão relevante atividade, uma bússola que tanto impede a extrapolação quantitativa da reprimenda com base em juízos subjetivos-moralizantes e prognósticos de perigosidade, como endereça objetivamente a reprovação (jurídica) para os elementos relacionados ao injusto penal, conforme a sua maior ou menor intensidade no caso concreto²⁰³.

No seguinte capítulo, avançando nas questões problemáticas atinentes à determinação final da medida de pena a ser imposta a um condenado, abordaremos os esforços doutrinários para, dentro de um contexto de tensão entre os diversos fins que se atribui à pena, desenvolver um modelo teórico capaz de sistematizar a atividade de concreta determinação da sanção criminal de maneira racional, justa e consentânea com as balizas postas pela culpabilidade.

3. DA ANTINOMIA ENTRE OS FINS DA PENA À CULPABILIDADE PROPORCIONAL AO FATO

Explorados, anteriormente neste trabalho, os três sentidos de culpabilidade no Direito Penal e estabelecidas as premissas fundamentais de uma culpabilidade como medida de pena que seja compatível com a ordem constitucional democrática vigente – de maneira que, a um, sua função primordial reside na contenção do poder punitivo estatal, e, em segundo lugar, vedam-se juízos sobre aspectos subjetivos à pessoa do condenado e que se utilizem de valorações morais para fins de recrudescer a sanção criminal fixada –, cumpre-nos agora estudar as principais teorias desenvolvidas com o intuito de metodizar a atividade judicial de aplicação da

²⁰² ROIG, op. cit., 2015, p. 142.

²⁰³ TEIXEIRA, 2015, op. cit., p. 135.

pena, para, no capítulo posterior, tomar uma posição a propósito e, então, esmiuçar como opera, sob tais princípios, a culpabilidade no campo da determinação da pena-base e de que forma, em específico, deve ser lida e compreendida a sua inserção no artigo 59 do Código Penal.

3.1. Teorias sobre a aplicação da pena

No campo da aplicação da pena, não há, como referimos alhures, tão relevante teorização sistemática no Brasil²⁰⁴, tampouco a jurisprudência oferece parâmetros claros e objetivos acerca do que efetivamente pode ser objeto de mensuração no seio do Direito Penal de um Estado de Direito²⁰⁵.

O tamanho do desafio na contribuição de uma teoria da aplicação da pena que seja alheia a intromissões do Estado em aspectos da vida privada e intimidade do condenado, assim como avessa a avaliações morais que potencialmente apenas refletirão o standard de comportamento social majoritário ou, quiçá, meros juízos de adequação ética do julgador, refletem-se – dado o grau em que impregnadas essas concepções –, ilustrativamente, no modo como o tema é trabalhado em manuais, tal qual se percebe na seguinte passagem de Guilherme de Souza Nucci:

Quanto mais se cercear a atividade individualizadora do juiz na aplicação da pena, afastando a possibilidade de que analise a personalidade, a conduta social, os antecedentes, os motivos, enfim, os critérios que são subjetivos, em cada caso concreto, mais cresce a chance de padronização da pena, o que contraria, por natureza, o princípio constitucional da individualização da pena, aliás, cláusula pétrea.
Como se pretende individualizar a pena sem subjetivismo?²⁰⁶

Para além da grande indeterminação conceitual dos critérios elencados no Código Penal para normatização da atividade de aplicação da pena²⁰⁷,

²⁰⁴ Américo Bedê Júnior qualifica a questão da fixação da pena como “um dos temas mais importantes e esquecidos da doutrina brasileira e mundial. BEDÊ JÚNIOR, Américo. *Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: a dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica*. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). *Sentença Criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 78.

²⁰⁵ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 31.

²⁰⁶ NUCCI, Guilherme. *Individualização da Pena*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 177.

²⁰⁷ A respeito, Gabriel Campos diagnostica que, não obstante extensa normatização no Código Penal, “as regras legais de aplicação da pena claramente priorizam a individualização e não a consistência”, utilizando-se de linguagem vaga e pouco clara que propicia o problema da indeterminação da pena-base, cujos critérios de mensuração não são fornecidos no artigo 59, tampouco, para piorar, são disponibilizadas métricas quantitativas para cada vetor. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós.

especialmente quanto à fixação pena-base – donde parte o método trifásico adotado e que influencia decisivamente o curso desse processo –, a elevada discricionariedade que se confere aos juízes e tribunais decorre também da falta de uma consolidada teoria da aplicação da pena no Brasil que pudesse subsidiar a correção dessa falta de clareza e de mecanismos adequados de constrição interpretativa. Esta conjuntura, como afirmado, dá azo à compreensão de individualização da pena “como valoração do indivíduo, e não atendimento às singularidades da realização típica”²⁰⁸, e coloca no centro da fundamentação utilizada pelos julgadores para agravar a pena valorações subjetivo-moralizantes²⁰⁹.

Mesmo no vanguardista contexto dos estudos em Direito Penal na Alemanha, já alertava Claus Roxin:

Quando os tribunais, na atualidade, estão sujeitos amiúde a flutuações consideráveis, isso não se deve à impossibilidade fundamental, mas sim à desatenção e à falta de desenvolvimento científico, até o presente, de uma teoria racional de determinação da pena, que trabalhe com o princípio da culpabilidade.²¹⁰

Nada obstante, algumas teorias foram, sim, desenvolvidas a respeito, embora sem grande influência na práxis jurídica brasileira. Objetivava-se, como observa Adriano Teixeira, deslindar uma importante questão: a chamada antinomia dos fins da pena. Como compatibilizar, com amparo em teorização científica, no momento de individualização da sanção criminal aplicável, os distintos fins atribuídos à pena, ao mesmo tempo em que se respeitam os limites impostos pela culpabilidade de modo a conferir tratamento justo e proporcional ao condenado²¹¹.

Vejamos, então, sinteticamente, os lineamentos que caracterizam as principais delas.

3.1.1. Teoria da pena exata

Aplicação da pena e o Problema da Discricionariedade Judicial: Breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de Sentencing Guidelines Norte-Americano e Inglês. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 82.

²⁰⁸ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 33.

²⁰⁹ STOCO, Tatiana. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 99-101.

²¹⁰ ROXIN, jul-dez/73, p. 12.

²¹¹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 35.

De acordo com a Teoria da pena exata (*Punktstrafetheorie*), existiria tão somente uma pena adequada à culpabilidade em cada delito, sendo todas as outras incorretas. Na aferição dessa pena única, desconsideram-se finalidades outras para além do intuito retributivo²¹², isto com o escopo de extrair aspectos que possam gerar parcialidade em relação ao condenado²¹³.

Esclarece Eduardo Demetrio Crespo que, para essa teoria, seria viável calcular de forma precisa no caso concreto qual a pena que corresponde à culpabilidade do autor do fato. Ademais, embora dentro de certos limites seja possível ter uma opinião diferente sobre a pena aplicável no caso concreto, “isso se deve à limitação do conhecimento humano sobre o problema da culpabilidade”, o que não significaria indeterminabilidade da pena, tampouco que se mova ela dentro de um espaço de jogo²¹⁴.

Baseia-se apenas na valoração dos elementos do delito praticado e, dessa forma, consubstanciaria um primeiro passo em relação à atual teoria da proporcionalidade pelo fato²¹⁵.

Dentre as críticas, destaca-se, inicialmente, o argumento de que inexistiria uma quantidade de pena que possa corresponder perfeitamente à culpabilidade do agente, na medida em que não se trata de um conceito metafísico²¹⁶. Em realidade, o problema da determinação da pena residiria na busca de critérios adequados para subsidiar o julgador nesse mister, menos importando se, ontologicamente, poder-se-ia falar na existência e na possibilidade de chegar a um patamar de pena ideal²¹⁷. Aliás, a respeito, refere Tatjana Hörnle que “inevitáveis inseguranças na valoração dos processos quantificadores excluem a cognoscibilidade e a revisabilidade de uma única pena pontual correta”²¹⁸.

De mais a mais, também é alvo de reprimendas por inadmitir que finalidades preventivas repercutam na pena adequada à culpabilidade, sopesando-se, por

²¹² DEMETRIO CRESPO, op. cit., 2008, p. 31.

²¹³ ROIG, op. cit., 2015, p. 37.

²¹⁴ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Notas sobre la dogmática de la individualización da pena. In: *Derecho Penal y Criminología*, ISSN 0121-0483, ISSN-e 2346-2108, Vol. 21, Nº. 67, 1999, p. 31-50. Disponível em: <file:///C:/Users/TJBA/Downloads/Dialnet-NotasSobreLaDogmaticaDeLaIndividualizacionDeLaPena-5312212.pdf>. Acesso em 04/03/2021, p. 44.

²¹⁵ TEIXEIRA, op. cit., 2015, pp. 36-37.

²¹⁶ DEMETRIO CRESPO, op. cit., 1999, p. 44.

²¹⁷ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 36.

²¹⁸ HÖRNLE, op. cit. 2001, p. 404.

exemplo, com potencial redutor da sanção criminal no caso concreto, a personalidade do condenado²¹⁹, culminando num “imobilismo político-criminal”²²⁰.

Em nossa visão, a despeito de considerarmos inatingível uma pena única adequada para cada delito específico que tenha sido cometido, é meritório que da Teoria da pena exata se possa extrair um caminho que se afasta de apreciações subjetivo-moralizantes e de prognósticos de perigosidade na atividade de individualização da pena, na medida em que, como alhures defendido, critérios objetivos, passíveis de revisão e vinculados ao fato delituoso são essenciais na empreitada de estabelecer uma medida de pena adequada à culpabilidade no Estado Democrático de Direito.

3.1.2. Teoria do espaço livre

Escorado na ideia de uma teoria unificadora ou mista da pena – que contemplaria razões de justiça e de prevenção para a sua existência –, Albert Berner é considerado o precursor da teoria do espaço livre (*Spielraumtheorie*)²²¹. Já adotada na Alemanha²²², formula-se da seguinte maneira:

A pena adequada à culpabilidade não pode ser determinada exatamente. Existe um espaço de jogo, que está delimitado, na parte superior, pela pena já adequada à culpabilidade, e, na parte inferior, pela pena ainda adequada à culpabilidade. O juiz não pode extrapolar o limite superior. Não pode impor uma pena tão severa quanto ao tipo e quantidade que não mais seja, segundo sua apreciação, adequada à culpabilidade. O juiz pode, contudo, decidir segundo seu critério em que medida deve aplicar a pena dentro desse espaço de jogo.²²³

Dito de outra forma, para a Teoria do espaço livre, não haveria uma única pena correta e ajustada com exatidão à culpabilidade do agente no caso concreto, mas uma margem dentro da qual define o julgador o *quantum* de pena a ser imposto. Isto é, existiria, como enuncia Tatjana Hörnle, um espectro de penas

²¹⁹ ROIG, op. cit., 2015, p. 38.

²²⁰ DEMETRIO CRESPO, op. cit., 1999, p. 44.

²²¹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 37.

²²² HÖRNLE, op. cit. 2001, p. 402.

²²³ Tradução livre do autor quanto aos termos em espanhol da decisão citada (BGHSt. BD. 7. 1954. Pp. 28 y ss., esp. P. 32; 20, 264, 266, 24, 133, 27, 3. DEMETRIO CRESPO, op. cit., 1999, p. 45.

adequadas à culpabilidade, que se preencheria através de considerações de prevenção especial e de prevenção geral²²⁴.

Esse espaço livre, no entanto, seria mais estreito que o intervalo entre as penas máxima e mínima abstratamente cominadas²²⁵. Não por outra razão, já se disse que esse marco da culpabilidade seria em verdade uma fase intermediária no caminho para a determinação final da pena, esta sim que deveria ser exata²²⁶.

Embora não contemplasse a rechaçada ideia de uma pena única adequada ao caso concreto, a Teoria do espaço livre tampouco esteve imune a críticas. Questionou-se, principalmente, a indeterminabilidade da margem de culpabilidade²²⁷, dado o não desenvolvimento de critérios específicos para o seu atingimento²²⁸, o que conferiria alto grau de discricionariedade ao juiz e abriria indesejado espaço para uma culpabilidade de autor – pelo caráter ou pela condução de vida ²²⁹.

Ademais, também a concepção de uma prevenção no marco da culpabilidade²³⁰ foi objeto de censura. É que, conquanto permanecesse preponderante a finalidade retributiva da pena no âmbito da Teoria do espaço livre, a consideração de fatores de prevenção geral e especial na determinação da pena dentro da margem de culpabilidade não se acomodaria à realidade da prática judiciária²³¹, não oferecendo a segurança necessária como método.

Rodrigo Roig aponta, a propósito, e com razão, ser “impossível que os juízes realizem esses juízos de maneira cientificamente séria, uma vez que devem confiar em intuições pessoais”²³². Tal afirmação está em linha, ademais, com as preocupações quanto à controlabilidade das decisões judiciais que se utilizem de um marco teórico desprovido de parâmetros claros²³³.

Apreciações pessoais como aquelas baseadas em argumentações morais, supostas consequências anormais do fato, alegado clamor público, confiança da ordem jurídica ou das instituições, desrespeito a autoridades e outros aspectos

²²⁴ HÖRNLE, op. cit. 2001, pp. 402-403.

²²⁵ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 39.

²²⁶ DEMETRIO CRESPO, op. cit., 1999, p. 45.

²²⁷ DEMETRIO CRESPO, op. cit., 1999, p. 47.

²²⁸ TEIXEIRA, op. cit., 2015, pp. 40-41.

²²⁹ ROIG, op. cit., 2015, p. 36.

²³⁰ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 39.

²³¹ HÖRNLE, op. cit. 2001, p. 403.

²³² ROIG, op. cit., 2015, p. 36.

²³³ DEMETRIO CRESPO, op. cit., 1999, p. 47. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 42.

externos ao injusto ferem, a um só tempo, o princípio da legalidade²³⁴ e a dignidade da pessoa humana²³⁵.

Quanto à primeira mácula, deve-se à utilização, na atividade de dosimetria da sanção criminal, de fatores estranhos à norma penal e ao fato *sub judice* – nos quais deve ser basear o julgador –, conforme explica Adriano Teixeira:

(...) quando o juiz, diante de dados contingenciais, circundantes do caso concreto, que não se reconduzem diretamente ao fato praticado e que na maioria das vezes não são plenamente reconhecíveis e evitáveis pelo autor, aumenta a pena, a sanção final imposta não pode ser prevista, nem mesmo de um modo grosseiramente aproximado, com base em um parâmetro legal.²³⁶

Depois, como já fartamente defendido neste trabalho, o respeito à dignidade da pessoa humana é sempre um aspecto a examinar e, em nosso entender, condição *sine qua non* para que uma construção teórica acerca da determinação da medida de pena adequada à culpabilidade possa e deva prosperar. Com isso em mente, parece-nos claro que o sopesamento de finalidades preventivas na atividade de determinação da medida de pena adequada à culpabilidade, ao menos quando para agravar a sanção criminal que se aplica ao condenado, representa sua instrumentalização²³⁷ para satisfação de fins alheios ao fato e ao seu controle²³⁸, o que, afinal, profana a sua dignidade.

De mais a mais, para além da ausência de clareza e cientificidade de critérios que permitam seja contestada a eventualmente revisada a determinação judicial da pena e da ofensa aos princípios da legalidade e da dignidade humana, a utilização de considerações preventivas reflete-se num potencial e até provável desengate de proporcionalidade entre fato e sanção²³⁹.

²³⁴ Nesse sentido: TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 48. TAVARES, op. cit., 2011, p. 146.

²³⁵ Nessa diretriz: TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 47.

²³⁶ TEIXEIRA, op. cit., 2015, pp. 48-49.

²³⁷ Como afirma Tatjana Hörnle, “a fixação de uma pena adequada à culpabilidade significa forçosamente a negação de uma medição da pena orientada de imediato à prevenção”. Por isso, continua a autora, “o Direito Alemão de medição da pena protege o apenado de penas drasticamente elevadas em função de finalidades de intimidação ou de garantia, com as que foram propostas, por exemplo, no âmbito jurídico americano no contexto da análise econômica do direito ou da estratégia de “incapacitação seletiva”. HÖRNLE, op. cit. 2001, p. 406. Tradução livre do autor.

²³⁸ Em semelhante sentido, Tatiana Stoco: “(...) uma pena determinada sob bases preventivas poderia ser considerada uma pena que não respeita o limite dado pelo princípio da culpabilidade, na medida em que o autor é apenado já não propriamente por seu próprio fato, mas por utilidades estatais”. STOCO, op. cit., 2019, p. 95.

²³⁹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 46.

Com efeito, razões dissuasórias, por exemplo, poderiam justificar penas excessivamente altas a um crime de bagatela, ou, por outro lado, penas demasiadamente brandas quando, a despeito do reconhecimento da gravidade concreta do delito, não exista risco real de reiteração na mesma prática criminosa por outras pessoas. No mesmo sentido, uma medida de pena ajustada a partir de considerações orientadas à prevenção geral positiva possivelmente careceria de equilíbrio em relação ao delito em si, uma vez que as preocupações estariam direcionadas à afirmação da confiança e da estabilidade da norma em relação à sociedade. Já alguém considerado perigoso, que se imagina reincidirá na prática criminosa, poderia ter a sanção criminal elevada em flagrante descompasso com o injusto pelo qual responde, dado que argumentos não conectados ao fato (na hipótese, uma alegada necessidade de neutralização) se somariam para fins de individualização da pena²⁴⁰.

Por derradeiro, observe-se que da compreensão – a nosso ver, correta – de que inexiste uma única pena adequada à culpabilidade no caso concreto, mas que, ao revés, há uma margem de discricionariedade fundamentada ao julgador para definição do *quantum* imposto ao condenado, não advém como decorrência lógica necessária que devam ser sopesados, para essa individualização, aspectos estranhos ao injusto culpável²⁴¹.

Eduardo Demetrio Crespo, inclusive, vai mais além e faz dois questionamentos que expõem a insustentabilidade lógica da ideia de um intervalo de culpabilidade adequada a ser preenchido por consideração finalísticas de prevenção geral e especial: i) e se, por hipótese, não existirem necessidades preventivas em um caso concreto, então não seria possível especificar, dentro da aludida margem, uma específica pena a ser imposta ao condenado? Ademais, ii) como argumentar que é impraticável precisar uma única pena exata, se, logo em seguida, defende a Teoria do espaço livre que ao julgador caberia estabelecer não só uma, mas três penas adequadas à culpabilidade: um piso, um teto e a fixação da pena intermédia efetiva?²⁴²

Afigura-se, portanto, que também carece de sustentável racionalidade jurídica e de exequibilidade prática a tentativa da Teoria do espaço livre de harmonizar

²⁴⁰ STOCO, op. cit., 2019, pp. 94-95.

²⁴¹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 42.

²⁴² DEMETRIO CRESPO, op. cit., 1999, p. 46.

reprovação e prevenção. De um lado, não são dados os métodos da fórmula proposta, não é demonstrado de onde extrair empiricamente os fatores a ponderar, nem mesmo é esclarecido de que maneira aplicar os possíveis parâmetros que, supostamente, permitiriam estipular o grau das necessidades preventivas que incidiriam no caso concreto ou o que fazer caso razões dessa natureza não estejam presentes. De outro, ao magistrado não é viável²⁴³, – e tampouco eficiente –, levar a cabo a complexa atividade de definir uma margem de penas adequadas à culpabilidade somente para depois escolher, dentro deste intervalo e com base em cogitações teleológicas de prevenção, uma única pena a aplicar.

3.1.3. Teoria dos níveis

Também conhecida como teoria do valor posicional²⁴⁴⁻²⁴⁵ ou teoria do valor hierárquico do emprego²⁴⁶, trata-se de construção criada por Heinrich Henkel que se opõe à ideia de prevenção no marco da repressão²⁴⁷.

Sustenta-se que a atividade de aplicação da pena se divide em dois degraus²⁴⁸: no primeiro deles, define-se o *quantum* de pena adequado à culpabilidade, sem que, neste momento, possam interferir considerações atinentes à finalidade preventiva das penas; depois, quando da determinação qualitativa da sanção criminal (modalidade da pena) e da análise acerca da possibilidade ou não de suspensão da pena, entra em cena a valoração de aspectos preventivos.

²⁴³ Sobre este aspecto, Tatjana Hörnle anota que, na prática, a medição da pena determinada pela prevenção somente desempenharia um papel marginal, o que, para ela, não surpreende. Argumenta que, no âmbito da criminalidade leve ou média, seja por razões de organização ou de tempo, seria impossível efetuar de forma séria comprovações acerca de uma eficácia preventivo-geral e especial, e mesmo quanto aos delitos mais graves considerações de prevenção são levadas muito menos em conta do que se poderia esperar pela teoria do espaço e jogo. HÖRNLE, op. cit. 2001, p. 403.

²⁴⁴ Adriano Teixeira refere que já se propuseram diversas traduções, especialmente espanholas, para o termo alemão *Stellenwerttheorie*, que é o mais utilizado para a teoria naquele idioma. Todos eles, contudo, seriam, em sua visão, insatisfatórios em relação ao que se quer descrever, motivo pelo qual adotou outro nome pela qual é conhecida a Teoria, qual seja *Stufentheorie*, traduzindo-o como teoria dos níveis. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 51.

²⁴⁵ Denominação apresentada, por exemplo, em: MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal: Parte General. Barcelona, Editorial Reppertor, 2016, p. 770; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*: El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. In: *InDret* (www.indret.com), 01/2007, p. 11; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: *InDret* (www.indret.com), 2/2007, p. 5; ROIG, op. cit., 2015, p. 38.

²⁴⁶ DEMETRIO CRESPO, op. cit., 2008, p. 28.

²⁴⁷ STOCO, op. cit., 2019, p. 98.

²⁴⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, 01/2007, op. cit., p. 11.

É dizer, para os defensores dessa teoria, a prevenção especial deveria desenvolver-se em um segundo momento da atividade de aplicação da pena – ao qual denominam individualização judicial em sentido amplo –, cujo objeto, segundo Eduardo Demetrio Crespo, seria “decidir a eleição do tipo de pena, a aplicação ou não de substitutivos penais, mas não para definição da quantidade de pena em si”²⁴⁹. Buscar-se-ia, nesta segunda fase, a evitação da dessocialização do condenado²⁵⁰⁻²⁵¹.

A teoria, contudo, não teve acolhida, pois, de um lado, notadamente na Alemanha, entendia-se que aspectos de prevenção especial sempre deveriam ser sopesados na determinação da medida de pena²⁵², em consonância com a fórmula de que “a pena adequada à culpabilidade deve orientar-se pela gravidade do fato e pelo grau de culpabilidade pessoal do autor”²⁵³.

Claus Roxin é um dos que não renuncia a considerações preventivas no momento da determinação da medida de pena a ser imposta ao condenado. Diz ele que “na determinação da pena, deve-se ter em conta, no que for possível, preferentemente a prevenção especial, antes da geral”, de modo que se obtivesse a máxima ressocialização possível e prevenção geral no limite do necessário, “porém ambos aquém do grau de culpabilidade do fato delituoso em que se insere o caso individual”²⁵⁴⁻²⁵⁵.

Além disso, o entendimento de que não incidem aspectos preventivos como razões para o agravamento quantitativo da pena é, de fato, contraditório com a defesa de que, num segundo momento da individualização judicial, ponderar-se-iam tão somente critérios de prevenção, como se aqui uma absoluta desconexão com o fato criminoso em si não merecesse críticas ante, por exemplo, o caráter também gravoso de uma potencial negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, do *sursis* ou do livramento condicional²⁵⁶.

²⁴⁹ DEMETRIO CRESPO, op. cit., 2008, p. 29.

²⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, 01/2007, op. cit., p. 11.

²⁵¹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 53.

²⁵² Nesse sentido: ROIG, op. cit., 2015, p. 36.

²⁵³ HÖRNLE, op. cit. 2001, pp. 408-409.

²⁵⁴ ROXIN, op. cit., jul-dez/1973, p. 14.

²⁵⁵ Segundo Adriano Teixeira, o próprio Roxin afirma que a sua concepção “poderia ser denominada de algo como ‘teoria dos níveis modificada pela prevenção especial’”, em referência à defesa de que fossem sopesados aspectos de prevenção especial positiva já na definição do quantitativo de pena a ser imposto. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 54.

²⁵⁶ TEIXEIRA, op. cit., 2015, pp. 53-54.

Tatiana Stoco, por seu turno, compreende que a crítica mais importante que se pode fazer à teoria dos níveis diz respeito à sua destacada base retributiva na definição da medida de pena, consubstanciando uma culpabilidade que se faria compensatória ao mal causado, pensamento que se distanciaria do ideal predominante reconhecido ao Direito Penal de proteção de bens jurídicos. É dizer, se a missão do Direito Penal tem esse caráter preventivo em relação aos direitos e interesses mais caros à sociedade, então uma construção teórica que pretendesse sistematizar a atividade de determinação da medida de pena não poderia escorar-se tão somente numa justificativa retributiva, especialmente quando se sabe que o ideário retributivista, ademais, associa-se, não raro, “à tradicional concepção moralizante de culpabilidade, que se vale de elementos individuais ligados à atitude interior do acusado, sua personalidade e condução de vida, o que já restou amplamente rejeitado”²⁵⁷.

A discussão é relevante sobretudo quando se imagina a possibilidade de trasladá-la à aplicação da pena no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, que, em teoria, ampara, no artigo 59 do seu Código Penal, tanto ponderações retrospectivas de reprovação em relação ao fato praticado, como um exame prospectivo com vistas à prevenção de novos crimes²⁵⁸.

Antes, contudo, de ponderar aspectos teóricos à luz do sistema jurídico-penal brasileiro e de propor, em linhas gerais, singela contribuição no sentido de uma vereda de maior de segurança jurídica ao processo de individualização judicial da pena, resta-nos, ainda, examinar os traços característicos da teoria da pena proporcional ao fato.

3.1.4. Teoria da pena proporcional ao fato

Atribui-se aos defensores da teoria da pena proporcional ao fato (ou teoria da proporcionalidade pelo fato), de origem anglo-saxã e escandinava²⁵⁹, a alcunha de neoclássicos ou de neoproporcionalistas. A primeira delas em referência à pretensão de restabelecer a vinculação com os princípios liberais clássicos (associados tradicionalmente à teoria da prevenção geral) de previsibilidade, segurança jurídica,

²⁵⁷ STOCO, op. cit., 2019, pp. 100-101.

²⁵⁸ ROIG, op. cit., 2015, p. 41.

²⁵⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, 01/2007, op. cit., p. 7.

igualdade e estrita proporcionalidade. Insurge-se como teoria, segundo Bernardo Feijoo Sánchez, diretamente contra “os efeitos perniciosos de uma prática judicial orientada à prevenção especial”²⁶⁰.

Pressupõe a teoria, ainda segundo o autor, o abandono da ideologia ressocializadora exclusiva e o combate à ideia “de que a medida de pena pudesse ser incrementada em função de prognósticos que se possa fazer sobre acontecimentos e evoluções futuras com base no tratamento do delinquente”²⁶¹. Daí a defesa da proporcionalidade – que justifica a designação precitada –, a partir da parametrização da atividade de determinação da pena concentrada nas características do fato, de maneira a atenuar uma discricionariedade excessiva conferida aos órgãos judiciais e, de outro lado, permitir que, antes mesmo da prática do crime e da execução da sentença, seja possível prever a pena adequada²⁶².

Sinteticamente sobre a teoria da pena proporcional ao fato, define Bernardo Feijoo Sánchez:

Nos encontramos diante de um modelo de determinação da pena orientado retrospectivamente e não prospectivamente, que representa uma das mais sérias tentativas de desenvolver uma teoria da determinação da pena relacionada com a ideia de uma prevenção geral limitada pela culpabilidade e pela proporcionalidade com o fato delitivo. A ideia essencial é que se trata de buscar qual é a pena justa que o autor deve suportar pelo que fez mais do que se concentrar em buscar com a pena influências no próprio autor ou em terceiros.²⁶³

Trata-se, como coloca Jesús-María Silva Sánchez, de um reflexo da necessidade de sistematização das variáveis de fato que se encontram nos casos concretos, com o escopo de viabilizar uma “individualização dogmática da pena”²⁶⁴, o que, por conseguinte, evitaria o intuicionismo e o decisionismo²⁶⁵.

Diversas são as versões de uma teoria da pena proporcional ao fato, como explica Tatiana Stoco²⁶⁶. A preocupação consensual entre elas, no entanto, segue sendo o estabelecimento de uma sistematização teórica que coloque em primeiro plano a necessidade de que a sanção seja proporcional ao fato praticado, com “caráter hierarquicamente superior a considerações preventivas” que, embora sejam

²⁶⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, 01/2007, op. cit., pp. 5-6. Tradução livre do autor.

²⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, 01/2007, op. cit., p. 6. Tradução livre do autor.

²⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, 01/2007, op. cit., pp. 5-6.

²⁶³ FEIJOO SÁNCHEZ, 01/2007, op. cit., p. 7. Tradução livre do autor.

²⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, p. 6.

²⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, pp. 4-5.

²⁶⁶ STOCO, op. cit., 2019, p. 103.

admitidas excepcionalmente e de modo contido em algumas vertentes, devem observância, em todo caso, à primordialidade da proporcionalidade com o fato²⁶⁷. Vejamos, então, alguns de seus lineamentos gerais e históricos.

3.1.4.1. Teoria da pena proporcional ao fato no contexto anglo-americano

Sob um ideário retributivista e como reação frontal à ineficiência atribuída à abordagem correcional, *Andrew Von Hirsch*, ainda na década de 70, trouxe o conceito de justo merecimento (“Just Deserts”)²⁶⁸. Para o autor inglês, “o critério para julgar se uma pena é merecida é se ela reflete de forma justa a gravidade da conduta criminal pela qual o réu foi condenado, ao invés de sua eficácia em prevenir futuros crimes pelo réu ou por outros potenciais criminosos”²⁶⁹.

Na mesma diretriz, o mesmo Von Hirsch afirma que é possível adotar noções de proporcionalidade e merecimento para explicar o quanto punir, sem que isso signifique estar obrigado a usar essas mesmas noções para justificar a existência da punição²⁷⁰. Segundo ele, a instituição pena pode existir para dissuadir assim como para censurar na medida “merecida”; a punição, por outro lado, uma vez que esteja estabelecida, deveria respeitar proporcionalidade para com o grau de culpa do criminoso condenado²⁷¹.

Neste modelo, que Adriano Teixeira denomina, dentro do contexto das teses de origem anglo-americana, de teoria da proporcionalidade pelo fato positiva, aspectos pertinentes à finalidade preventiva da pena não teriam qualquer espaço na determinação da sanção criminal, especialmente com o objetivo de evitar um tratamento desigual para aqueles que, tendo cometido o mesmo delito, mereceriam o mesmo castigo²⁷².

²⁶⁷ STOCO, op. cit., 2019, p. 104.

²⁶⁸ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 60.

²⁶⁹ VON HIRSCH, Andrew. Commensurability and crime prevention: evaluating formal sentencing structures and their rationale. In: *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 74, n. 1, 1983, p. 211. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=6362&context=jclc>>. Acesso em 22/03/2021. Tradução livre do autor.

²⁷⁰ VON HIRSCH, Andrew. Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory. In: *Maryland Law Review*, vol. 42, issue 1, article 6, 1983, p. 25. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/56356636.pdf>>. Acesso em 22/03/2021. Tradução livre do autor.

²⁷¹ VON HIRSCH, Andrew. *Commensurability and crime prevention: evaluating formal sentencing structures and their rationale*, op. cit., 1983, p. 211. Tradução livre do autor.

²⁷² TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 62.

Já a teoria da proporcionalidade pelo fato negativa, advogaria um “retributivismo limitado”, ao permitir desvios em relação aos parâmetros impostos pelo proporcionalismo com base em considerações preventivas. Desse modo, “o princípio da culpabilidade ou o ‘merecimento’ (desert) não desempenha uma função positiva de determinação, mas sim de limitação”, consubstanciando uma “proibição de punir desproporcionalmente no lugar do imperativo de punir estritamente de modo proporcional”²⁷³.

Com efeito, Norval Morris, um dos arquitetos desse pensamento “retributivista limitado”, elenca três princípios que são, segundo ele, aplicáveis em especial para auxiliar o juiz na definição quanto ao tipo de pena (prisão ou sanções menos restritivas), mas também para avaliação da duração adequada do encarceramento. Conforme Morris, a parcimônia determina que deve ser escolhida a pena menos severa necessária para o atingimento dos fins sociais. Depois, argumenta que parâmetros de perigosidade são injustos e, por fim, afirma que não devem ser impostas sanções mais gravosas do que aquelas “merecidas” pelos crimes²⁷⁴.

Considera-se, nessa vertente, que os extremos, – uma teoria puramente retributiva ou uma teoria puramente utilitarista –, não são opções realistas, porque falham em conferir papéis apropriados aos principais propósitos da punição²⁷⁵.

Vista a teoria do “*limited retributivism*” (LR) como excessivamente maleável tal qual sustentada inicialmente por Norval Morris²⁷⁶, no sentido de que conferia demasiada discricionariedade ao julgador – inclusive comparável àquela da teoria do espaço livre –, um de seus adeptos, Richard S. Frase, propôs uma versão modificada, que a aproximaria do modelo do “justo merecimento” (*desert model*)²⁷⁷, permitindo os chamados *departures* (desvios em relação à culpabilidade proporcional à gravidade do delito) apenas excepcionalmente²⁷⁸.

²⁷³ TEIXEIRA, op. cit., 2015, pp. 62-63.

²⁷⁴ MORRIS, Norval. The Future of Imprisonment: Toward a Punitive Philosophy. In: *Michigan Law Review*, vol. 72, issue 5, 1974, p. 1162. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/270045938.pdf>>. Acesso em 22/03/2021. Tradução livre do autor.

²⁷⁵ FRASE, Richard S. Limiting Retributivism: The Consensus Model of Criminal Punishment. In: *The Future of Imprisonment in the 21st Century (Michael Tonry, edit.)*. Oxford Univ. Press, forthcoming 2003, p. 40. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=420324>>. Acesso em 22/03/2021. Tradução livre do autor.

²⁷⁶ Richard S. Frase anota que o próprio Morris, em escritos posteriores, aparentemente passou a sustentar faixas de merecimento mais estreitas, inclusive avalizando “*sentencing guidelines*” dos estados federados americanos. FRASE, op. cit., 2003, p. 34.

²⁷⁷ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 63.

²⁷⁸ FRASE, op. cit., 2003, pp. 34-39.

Argumenta o precitado autor que as delimitadas *sentencing guidelines* (diretrizes de sentença) dos estados federados americanos – inclusive inspiradas pelo modelo de “*limited retributivism*” –, seriam a melhor escolha para um modelo consensual. Diz ele:

Ele acomoda valores retributivos (especialmente a importância de limitar a máxima severidade da sanção), torna as sentenças previsíveis o bastante para permitir que a política de condenação seja coordenada com os recursos disponíveis, e dá o peso adequado a todos os tradicionais fins não retributivos da sentença, incluindo dissuasão, incapacitação, reabilitação e reprovação. Como a versão original de Morris, o modelo LR modificado também promove parcimônia e fornece flexibilidade suficiente para incorporar a vítima e a participação da comunidade, valores locais e limitações de recursos e programas de justiça restaurativa.²⁷⁹

3.1.4.2. Teoria da pena proporcional ao fato na doutrina alemã

Na Alemanha, destacam-se duas correntes da teoria da proporcionalidade pelo fato: uma baseada na prevenção geral, cujo expoente é Schünemann, e outra baseada na teoria expressiva da pena, capitaneada por Tatjana Hörnle.

De acordo com Adriano Teixeira e Tatiana Stoco, naquele país, o primeiro a propor uma teoria de aplicação da pena proporcional ao fato foi Schünemann. O jurista alemão contrapunha-se à teoria do espaço livre adotada pelo BGH, reconhecendo à culpabilidade uma função tão somente de limitação da pena – não de fundamentação –, e, defendendo, ademais, que a dosimetria da pena deveria ser alicerçada exclusivamente no desvalor do crime praticado²⁸⁰.

O autor, que defende um moderno direito penal preventivo²⁸¹, refuta tanto que a determinação da pena se apoie numa concepção meramente retributiva de culpabilidade, considerada obsoleta, como em finalidades preventivo-especiais, estas que, segundo ele, para além de não possuírem confiabilidade empírica – seja do ponto de vista positivo (ressocialização), seja quanto ao prisma negativo (segurança) –, seriam inconciliáveis com o propósito de proteção de bens jurídicos²⁸².

²⁷⁹ FRASE, op. cit., 2003, pp. 46-47.

²⁸⁰ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 64. STOCO, op. cit., 2019, p. 104.

²⁸¹ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. ¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! – Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho –. Trad. Ángela De La Torre Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

²⁸² STOCO, op. cit., 2019, pp. 104-105.

Para Schünemann, o sistema jurídico-penal não pode prescindir da igualdade e proporcionalidade com relação ao fato²⁸³. Somente em harmonia com esses princípios é que as finalidades de prevenção geral negativa (dissuasão) e positiva (integradora) – as únicas que o autor considera legítimas –, poderiam ser promovidas, tendo em vista que a pena, por constituir a mais grave das intervenções estatais em direitos fundamentais, deve também legitimar-se em face do condenado²⁸⁴.

Noutros termos, consolida Tatiana Stoco, com apoio no próprio Schünemann:

A teoria da pena proporcional sustentada por Schünemann fundamenta-se, em resumo, sobre as bases de “uma prevenção geral através da justa retribuição” de acordo com a qual o desvalor quantificado do fato ou a gravidade do injusto fornece o critério decisivo da determinação da quantidade de pena. No ato de imposição da pena, portanto, considerações preventivas estariam, como regra, fora de consideração.²⁸⁵

Como consequência, permitir-se-ia a “redução do número dos fatores relevantes para a fixação da pena e a exclusão do processo de todos os elementos imponderáveis referentes à personalidade do agente”, viabilizando, ademais, o controle da determinação da pena pelos Tribunais em grau de recurso²⁸⁶.

Tatjana Hörnle, por seu turno, sustenta uma teoria da proporcionalidade pelo fato escorada na teoria expressiva da pena, pela qual a censura comunicada ao autor, vítima e sociedade constitui elemento central de legitimação²⁸⁷. É dizer, a imposição da pena representaria inevitavelmente a expressão de um juízo de desvalor que faz saber ao autor o caráter indevido do comportamento culpável pelo qual fora condenado, transmite a terceiros a advertência de que fatos que tais não são admitidos e, por fim, indica à vítima que a ofensa por ela sofrida é considerada um injusto e é reprovada pela ordem jurídica²⁸⁸.

Essa expressão de censura consubstanciada pela aplicação da pena criminal seria o fator distintivo com relação a outras sanções que igualmente representam a inflicção de um “mal” pelo Estado, como a imposição de medidas de segurança ou

²⁸³ SCHÜNEMANN, op. cit., 1991, p. 693-714.

²⁸⁴ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 64.

²⁸⁵ STOCO, op. cit., 2019, pp. 106-107.

²⁸⁶ TEIXEIRA, op. cit., 2015, pp. 64-65.

²⁸⁷ TEIXEIRA, op. cit., 2015, pp. 65-67.

²⁸⁸ STOCO, op. cit., 2019, p. 107.

exações tributárias²⁸⁹. Da conexão entre comunicação da reprovação ao autor do fato e infligência do mal, por aquela justificada, decorreria o argumento de que a gravidade da pena deve refletir proporcionalmente essa medida de censura²⁹⁰.

Daí porque, para a autora alemã, o injusto de fato é o fator determinante da medida de pena²⁹¹, ao passo em que “finalidades preventivas que sempre possuíram um papel proeminente na tradição de terminação judicial da pena, não devem ser perseguidas no ato de concretização da pena no caso concreto”²⁹². O valor quantitativo da sanção criminal imposta deve ser obtido, de acordo com sua construção teórica, portanto, exclusivamente com supedâneo na gravidade do delito²⁹³, sendo esta a razão, inclusive, pela qual já escreveu que ao invés de pena adequada à culpabilidade, seria, para ela, preferível designar apenas de injusto culpável de fato ou de pena adequada ao injusto e à culpabilidade²⁹⁴.

Como premissas básicas de seu pensamento, oportuno salientar, a autora considera que a culpabilidade na medição da pena não é idêntica à culpabilidade da teoria do delito²⁹⁵ – o que, repise-se, também já foi defendido previamente neste trabalho –, bem assim que, nesta seguinte fase, a da determinação da medida de pena adequada, não repercutem de modo relevante as polêmicas pertinentes ao conceito material de culpabilidade enquanto categoria sistemática do crime, sendo suficiente compreender que se trata da “imputação subjetiva do fato ao autor, que se deve afirmar, afirmar atenuadamente ou negar”²⁹⁶.

Partindo dessa relativa independência que sustenta existir, a autora também enfatiza que a culpabilidade como medida de pena não deve incorporar, exatamente no momento culminante do sistema de imposição de normas jurídico-penais, as já abandonadas concepções de culpabilidade pelo caráter ou pela condução de vida que outrora foram defendidas na teoria do delito, no que se revelaria um injustificado retorno à valoração da atitude interna do agente²⁹⁷ em detrimento da ponderação dos comportamentos exteriorizados no injusto. Nessa diretriz, arremata a autora:

²⁸⁹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, pp. 65-66. STOCO, op. cit., 2019, p. 107.

²⁹⁰ STOCO, op. cit., 2019, pp.107-108.

²⁹¹ HÖRNLE, op. cit., 2001, p. 424.

²⁹² STOCO, op. cit., 2019, p. 108.

²⁹³ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 67.

²⁹⁴ HÖRNLE, op. cit., 2001, p. 424.

²⁹⁵ HÖRNLE, op. cit., 2001, p. 408.

²⁹⁶ HÖRNLE, op. cit., 2001, p. 412.

²⁹⁷ HÖRNLE, op. cit., 2001, p. 418.

(...) é mais complicado desenvolver critérios compreensíveis intersubjetivamente e que possam ser utilizados de modo uniforme para valoração da personalidade, do carácter ou da atitude interna do que chegar a um consenso sobre a pedra angular da valoração do injusto. Com a decisão de situar claramente o injusto de fato em um primeiro plano e de limitar a valoração da culpabilidade às excepcionais situações de sua diminuição, fomenta-se uma medição de pena previsível e trasladável à prática de maneira uniforme.²⁹⁸

Para Hörnle, então, devem ser ponderados, em específico, para a determinação da pena, tão somente o desvalor do resultado, o desvalor da ação e a culpabilidade em sentido estrito, eliminando-se a intromissão de aspectos estranhos ao injusto culpável nesse processo²⁹⁹. Assim, como observa Feijoo Sánchez, elimina-se a arbitrariedade “ao vincular-se os critérios de determinação da pena (o como) aos mesmos critérios que servem para decidir se se impõe a pena ou não”³⁰⁰.

Os elementos do injusto seriam, pela teoria de Tatjana Hörnle, grandezas graduáveis tanto para cima, como para baixo, isto é, permitiriam, dentro dos limites abstratamente cominados, tanto um agravamento da sanção, como uma diminuição da sua severidade; por outro lado, o mesmo não poderia ser dito da culpabilidade em sentido estrito, que só admitiria valoração para atenuar a pena, quando presentes causas de diminuição, jamais para majorá-la³⁰¹⁻³⁰².

Acrescenta a autora que, para que se possa valorar com mais precisão a medida de pena com olhar retrospectivo ao injusto culpável, deve-se adotar a perspectiva da vítima como filtro, no sentido de que somente circunstâncias inerentes ao mundo exterior que tenham repercutido negativamente na situação da

²⁹⁸ HÖRNLE, op. cit., 2001, p. 424.

²⁹⁹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 67. STOCO, op. cit., 2014, p. 111.

³⁰⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, 01/2007, op. cit., p. 7. Tradução livre do autor.

³⁰¹ HÖRNLE, op. cit., 2001, p. 413.

³⁰² Hörnle refere, inclusive, comparativamente, que se adotada fosse uma culpabilidade pelo carácter ou orientada à atitude interior do agente, admitir-se-ia ilimitado aumento da severidade da pena. Diz ela: “*Si el reproche de culpabilidad se basa en un modelo de diferencia, que indaga si las actitudes internas se alejan de un tipo ideal -como quiera que se determine-, esto implica la posibilidad ilimitada de cuantificar esa diferencia. La desviación es graduable en ambas direcciones, hacia abajo hasta la ausencia de culpabilidad pasando por el estadio de la culpabilidad disminuida; pero, sobre todo, no se establece ningún límite hacia arriba a la reprochabilidad de la actitud interna. Estas ideas se van a caracterizar aquí como concepción personalizada de la culpabilidad, porque lo característico en ella es que la medida de la culpabilidad solo puede ser constatada en cada caso si se conoce la actitud interna individual del autor. La moderna teoría del delito no presupone, por el contrario, una indagación de las actitudes internas del autor para un reproche de culpabilidad, sino que se conforma con la comprobación de la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad*”. HÖRNLE, op. cit., 2001, p. 415.

vítima ou de terceiros (caso de crimes geradores de perigo coletivo) são aptas a agravar a pena³⁰³.

Assim, facilitar-se-ia uma valoração com base em critérios racionais, eis que seria de difícil viabilização prática partir de um prisma coletivo, seja porque não se poderia medir o grau de perturbação da ordem social e legal por parte de um delito, seja porque o conceito de comunidade é de complicada definição, principalmente quando são diversos os interesses e opiniões dentro de uma população³⁰⁴.

A jurista alemã, como se vê, repele a adoção de parâmetros associados a considerações preventivas e à pessoa do agente do fato na determinação quantitativa da pena, criticando, mormente, o incremento da pena sob tais razões. No entanto, “admite ser possível prestar atenção a certas circunstâncias especiais na vida do delinquente e do delito, porém, dentro de uma teoria da proporcionalidade”³⁰⁵. Sobre a chamada cláusula social, constante do Código Penal Alemão (§ 46 I 2 StGB), por exemplo, *Hörnle* defende que não se cuida de um acesso para considerações de prevenção especial na aplicação da pena; em realidade, restringir-se-ia sua influência “à escolha ou substituição da modalidade de pena e à possibilidade de atenuação do montante sancionatório por conta de uma elevada sensibilidade em relação ao impacto da pena”³⁰⁶.

3.1.4.3. Críticas à teoria da pena proporcional ao fato

Dentre as críticas feitas aos neoproporcionalistas, merece destaque aquela referida por Feijoo Sánchez, segundo a qual seria excessivamente individualista que se leve em consideração somente a perspectiva da vítima, na forma de valoração desvalor do resultado ou da afetação do bem jurídico, para a determinação da pena, “descuidando da dimensão do fato para a ordem social”. Diz ele:

A teoria da proporcionalidade pelo fato, ao conceder um peso excessivo à afetação de interesses individuais, não pode explicar muitos fatores de determinação da pena existentes em nosso ordenamento nem fatores que resultam decisivos na prática judicial e aos quais parece que não se deveria renunciar.³⁰⁷

³⁰³ HÖRNLE, op. cit., 2001, pp. 427-428.

³⁰⁴ STOCO, op. cit., 2014, p. 109.

³⁰⁵ STOCO, op. cit., 2014, pp. 108-109.

³⁰⁶ HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 332, 336, 339, *apud* TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 68.

³⁰⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, 01/2007, op. cit., p. 8. Tradução livre do autor.

Em seguida, o mesmo autor faz mais uma objeção à teoria da proporcionalidade pelo fato, qual seja, sua falta de sustentação a partir de uma teoria sobre a função social da pena, sob o argumento de que seria inviável determinar a medida da pena se esta não se encontra referida a um fim³⁰⁸.

Tangenciando este mesmo último aspecto, Adriano Teixeira elenca outras duas oposições à teoria da proporcionalidade pelo fato. Primeiro, segundo ele, em especial no que tange à vertente baseada na teoria expressiva da pena, questiona-se que se fundamente a determinação da pena na ideia (e na medida) de reprovação à gravidade do delito e, quanto à finalidade da sanção penal, paradoxalmente, refute-se o caráter reprobatório. Isto é, “o elemento de censura da pena seria verdadeiro enquanto descrição da sanção criminal, mas não teria necessariamente relevância para a sua legitimação”³⁰⁹.

Ademais, cita-se também, em semelhante sentido, a contradição de que não se poderiam adotar razões teleológicas para fundamentar a existência e a imposição de uma pena ao mesmo tempo em que se advoga a compreensão de que, no momento da aplicação da pena, considerações de ordem preventiva/utilitarista estejam alijadas da possibilidade de exercer qualquer influência³¹⁰.

Não concordamos com as críticas. Em primeiro lugar, porque, como bem anota Silva Sánchez, a reprimenda quanto a um suposto descuido acerca da repercussão do fato para ordem social não depõe propriamente contra a teoria da pena proporcional³¹¹, eis que ela não se ocupa da definição do conceito de injusto, senão dele se utiliza, tal qual formulado pela Teoria do Delito e de acordo com o entendimento que se perfilhe na doutrina e jurisprudência. Voltarei a isso no capítulo seguinte.

De mais a mais, em consonância com o que abordaremos mais adiante, o não sopesamento dos fins da pena no momento de sua quantificação em concreto não significa que não tenha ela um propósito relacionado à missão do Direito Penal que a legitima socialmente, mas apenas que tal é valorado em momento anterior, pelo legislador, e não pelo magistrado.

³⁰⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, 01/2007, op. cit., p. 8.

³⁰⁹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 68.

³¹⁰ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 69.

³¹¹ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, nota de rodapé, p. 7.

3.2. Conclusão intermediária

Examinados os traços marcantes daquelas que considero as principais teorias sobre a aplicação da pena desenvolvidas, concluo que a teoria da pena proporcional ao fato é aquela cujas bases oferece as melhores condições para sustentar uma proposta de aplicação da pena no direito brasileiro que, mesmo *de lege lata*, amenize os problemas da elevada discricionariedade neste âmbito conferida aos julgadores e da indeterminação do *quantum* de sanção criminal que daí decorre, em especial na definição da pena-base.

Sob uma perspectiva de investigação conceitual, focada em prover aqueles envolvidos num processo penal, notadamente os magistrados – aos quais compete dosar a pena –, de instrumentos teóricos adequados à superação, em concreto, dos obstáculos impostos por um sistema de aplicação da pena escorado marcadamente em conceitos jurídicos abertos e termos vagos, e ao afastamento de valorações subjetivo-moralizantes derivadas da ideia de reprovabilidade construída na Teoria do Delito, temos que elementos centrais à teoria da pena proporcional ao fato, em suas diversas vertentes são, até então, os melhores contributos ao atingimento do objetivo.

Menos importa se a pena será, ou não, a (única) ideal, senão que os critérios de sua definição, como dito, sejam minimamente previsíveis, revisáveis e consistentes com os elementos de fato e de direito disponíveis.

Se o que se quer é munir o julgador de critérios idôneos, transparentes, razoavelmente objetivos, cognoscíveis e, ademais, passíveis de contraditório e de controle pelas instâncias julgadoras superiores, então a preponderância conferida aos aspectos inerentes ao fato na dosimetria da pena-base – e mais especificamente ao injusto culpável – constitui ponto de partida fundamental.

Verdadeiramente, ao inadmitir, como regra, a consideração de finalidades preventivas e guiar a atividade de valoração do julgador para os aspectos de fato que caracterizaram (tempo passado) o injusto, proporciona-se sustentáculo teórico básico que, em tese, impedirá juízos prognósticos referentes à perigosidade social do autor do fato ou o sopesamento de razões utilitaristas gerais e individuais como justificativas para exasperar a pena-base.

Se o juiz, em seu íntimo, imaginar que o réu voltará a praticar crimes ou que é preciso dar uma resposta à sociedade e que, por isso, é necessário fixar uma pena mais elevada, trata-se de algo que não se pode em absoluto evitar, mas cujos efeitos se pode dificultar. Quando se associa uma imprescindível retrospectiva aos fatos como base teórica essencial na dosimetria da pena ao dever de fundamentação das decisões judiciais constitucionalmente estabelecido³¹², tem-se, a um só tempo, a imposição de um ônus argumentativo ao magistrado, a possibilidade de conhecimento (e impugnação) dessas razões pelo condenado e a viabilização de controle pelas instâncias superiores.

O mesmo pode ser dito quanto à indevida ponderação de fatores subjetivos, pertinentes à personalidade, ao modo de vida ou às motivações interiores do autor do fato, tal qual uma graduação de caráter. Os elementos fundamentais da teoria da pena proporcional ao fato são idôneos à correção dessas nuances de reprovação moral na atividade de determinação da pena, pois obrigam o julgador a vincular argumentos de exasperação da pena-base utilizados à gravidade do injusto, e, para tanto, aos elementos a este vinculados que se reconduzem à legislação penal.

Por outro lado, buscar inspiração nas bases da teoria da pena proporcional ao fato não precisa ser, como visto, incompatível com uma interpretação redutora do poder punitivo estatal baseada em situações especiais externas ao fato em si, inclusive referentes a eventuais circunstâncias sensíveis da vida do condenado. Amplia-se a segurança jurídica e a previsibilidade – e isso já é bastante –, sem precisar engessar a individualização da pena pelo magistrado quando, em consideração a particularidades do caso ou da pessoa, verifique legitimada uma diminuição quantitativa da sanção criminal, em consonância com o papel central de contenção do *ius puniendi* e de proteção à liberdade inerente à culpabilidade, associado à perene atenção à dignidade que deve caracterizar uma culpabilidade democrática.

Por último, compreendemos que a teoria da pena proporcional ao fato, a rigor, dispensa uma tentativa de harmonização entre os fins da pena pelo juiz no momento da sua dosimetria. Retornarei à questão no capítulo derradeiro, porém, de logo, adianto que ao magistrado não compete ponderar os fins da pena para definir sua

³¹² Sobre o dever de fundamentação, esclarece Salo de Carvalho: “Não basta, pois, o magistrado suscitar um elemento categórico, encobrindo-o por termos vagos e imprecisos. O requisito constitucional da fundamentação das decisões impõe a explicitação dos critérios, métodos e conceitos utilizados”. CARVALHO, op. cit., 2002, 56.

medida e tampouco é desejável que o faça. Com isso em mente, os marcos fundamentais da teoria da pena proporcional ao fato, se não convertem o julgador num ente absolutamente puro, neutro e desprovido de opiniões em relação aos fins da pena diante da realidade social, permitem-lhe um caminho de maior objetividade, estabelecendo pressupostos teóricos acerca do que pode ser valorado que limitam, simplificam e tornam mais previsível a atividade de dosimetria da pena, e que, ademais, prescindem das finalidades da pena para legitimarem-se, uma vez que sustentados na principiologia constitucional cuja observância uma culpabilidade que primordialmente limita o poder punitivo determina.

Em seguida no presente trabalho, quando sustento a aplicabilidade de uma proposta de individualização quantitativa da pena-base alicerçada na teoria da proporcionalidade pelo fato no direito brasileiro, restarão ainda mais claras as razões pelas quais o caminho metodológico adotado nos parece o mais adequado ao Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

4. APLICAÇÃO TRIDIMENSIONAL DA CULPABILIDADE COMO MEDIDA DE PENA: ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DE UMA PROPOSTA PARA A DETERMINAÇÃO DA PENA-BASE NO DIREITO BRASILEIRO

Ao longo do presente trabalho foram lançadas as bases para a proposta que ora pretendemos ofertar. Sem fins exaurientes, procedemos, previamente, considerações preliminares sobre o conceito plurívoco de culpabilidade, examinando, inicialmente, aqueles mais conhecidos e sobre os quais mais linhas foram escritas na doutrina nacional: a culpabilidade como princípio e a culpabilidade como elemento sistemático do crime na teoria do delito.

Em seguida, vimos o menos desenvolvido, do ponto de vista teórico-dogmático, dentre os signos de culpabilidade: a culpabilidade como medida de pena. Neste ponto, concluímos que a compreensão acerca do que constitui a culpabilidade enquanto medida de pena não coincide com o conceito material que se adote em relação à culpabilidade elemento do crime e, mais importante, não pode representar mera quantificação de uma reprovabilidade subjetivo-moralizante.

Decerto, porém, que a concepção de culpabilidade que se defende para a fase de individualização da pena não pode estar absolutamente isolada dos seus antecessores sentidos; por isso, afirmou-se que possuem um ponto fulcral em

comum, que perpassa transversalmente todas as fases da persecução penal, qual a seja a sua função essencialmente limitadora do *ius puniendi*.

Essa contenção do poder do Estado, papel nevrálgico da culpabilidade em todos os seus signos, deve ocorrer também – e com ainda mais razão – na fase de individualização da pena. Não se intromete, não é “penetra”, porque é este seu lugar, é esta sua função, a todo o tempo, no processo penal democrático.

Ademais, a principal marca distintiva que se pode reconhecer à culpabilidade, o seu caráter restringente, influi tanto em termos materiais, como procedimentais nesse máximo momento da persecução penal. Determina que a interpretação judicial na individualização da pena respeite este mandado de controle do arbítrio, ao tempo em que igualmente impõe que os métodos sejam condizentes com esse espírito e idôneos para a tarefa. Assim, se o poder deve ser limitado, a atividade de determinação judicial da pena no caso concreto também precisa sê-lo.

A culpabilidade, então, é, em realidade, a regente maior da atividade de determinação da pena no caso concreto. É a maestrina desse processo. Para isso, são necessários critérios que atendam à sua responsabilidade reitora da tarefa do julgador e que, a um só tempo, pela sua só existência, contribuam também para a própria efetivação e maximização da razão de ser última do instituto: a tutela da liberdade em face do arbítrio potencial, a proteção do cidadão frente ao Estado.

As bases que entendemos adequadas para essa indispensável parametrização da operação de fixação da medida de sanção criminal a ser aplicada ao condenado, dentro de uma proposta de pena proporcional ao fato, – muitas delas, inclusive, já referidas no decorrer da presente exposição –, serão colocadas adiante, sem pretensão, no entanto, de desenvolver um modelo original e completo de dosimetria da pena, senão de apresentar um singelo contributo para o aprimoramento, nesse particular, da atividade dos julgadores na práxis brasileira.

Antes de chegar a esse estágio mais propositivo, contudo, ainda passamos em revista, no capítulo anterior, por aquelas que considero as principais teorias sobre a aplicação da pena já concebidas, com o desígnio de subsidiar, inclusive em termos comparativos, os argumentos que em seguida se propõem como pilares de uma sistematização teórica da atividade de individualização da pena – e mais especificamente da pena-base – para o direito brasileiro.

Continuemos, então.

4.1. Premissas fundamentais

Duas são, em nosso entender, as premissas básicas fundamentais para uma proposta de individualização quantitativa da pena-base inspirada na Teoria da pena proporcional ao fato e coerente com o papel limitador do arbítrio estatal que opera a culpabilidade como vetor interpretativo desta atividade: a sua autonomia em relação aos fins da pena e o dever de congruência em relação aos elementos da teoria delito. Vejamos cada uma delas, em separado.

4.1.1. Autonomia entre os fins da pena e a atividade de sua individualização pelo julgador

Muito se discute, até hoje, acerca das finalidades da pena, tendo sido desenvolvidas muitas teorias, seja para afirmar razões legítimas de existência do instituto ou para negar-lhe justificabilidade. Não está, porém, dentro do escopo deste trabalho enveredar por tão tormentoso tema, que exigiria estudo específico. E nem é necessário fazê-lo, como se argumentará a seguir, uma vez que acolhemos a tese da separação entre os campos de justificação e de distribuição da pena sustentada por H.L.A. Hart ³¹³.

Em linha com o que é defendido também por Tatjana Hörnle, compreendemos que inexistente uma vinculação necessária entre o processo de individualização da pena e o fim ou os fins que com ela se pretende atingir³¹⁴. Uma coisa é justificar a cominação e a imposição de uma pena, empreitada importante e válida para o

³¹³ HART, H.L.A. *Punishment and Responsibility. Essays in the philosophy of law*. Oxford University Press: Oxford, 2008. Paginação irregular.

³¹⁴ Como explica Tatiana Stoco, para Hörnle, “os fins que justificam a existência da pena não devem ser necessariamente perseguidos na concretização da medida de pena”. STOCO, op. cit., 2019, p. 108. Importante consignar, por outro lado, que há aqueles que, como visto, não abdicam da consideração de finalidades preventivas da pena no momento da sua individualização pelo juiz. É o caso, por exemplo, de *Jesús-María Silva Sánchez*, que afirma: “*Ahora bien, el hecho de que la única política criminal que deba realizar el juez sea la que discurre por el cauce de las categorías dogmáticas no implica dejar de atender a los criterios preventivos. Ello, porque precisamente dichas categorías dogmáticas pueden y deben ser reconstruidas em clave político-criminal considerando las finalidades preventivas y de garantía que legitiman el recurso al Derecho penal. La teoría del delito se configurará así como un sistema de reglas que permiten establecer con la mayor seguridad posible el sí o no de tales merecimiento y necesidad de pena. Y la teoría de la determinación de la pena como teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho implicará, a la vez, el establecimiento del quantum de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de pena*”. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, p. 6. Também *Bernardo Feijoo Sánchez* e *Eduardo Demetrio Crespo* não vislumbram a atividade do juiz de determinação da medida de pena sem que se pondere os seus fins sociais. FEIJOO SÁNCHEZ, 01/2007, op. cit., p. 8; DEMETRIO CRESPO, op. cit., 2008, p. 28.

aperfeiçoamento dos sistemas de justiça criminal e, em última análise, da própria sociedade. Outra não obrigatoriamente afiliada, tampouco subordinada, é o estabelecimento de parâmetros para determinação em concreto de uma pena justa que sejam cognoscíveis, justificáveis e passíveis de ulterior controle.

Nesse sentido, explica *Hörnle*:

Uma medição da pena proporcional ao fato não pressupõe a perseguição de nenhum fim com a imposição de uma pena particular. (...) O ato de confundir teoria teleológica da pena com a teoria teleológica da aplicação da pena ignora a necessária distinção entre a razão de existência de uma instituição social e os princípios que regulam o seu modo de funcionamento.³¹⁵

Evidentemente que perquirir quanto às finalidades da pena não é só relevante, como é impositivo. Tal qual assevera Tatjana Hörnle, em um Estado de Direito moderno, não se admite punição pela punição, sem necessidade de fundamentação. Isto se deve porque, de um lado, “a imposição da pena constitui uma intervenção muito considerável em direitos fundamentais, tanto em forma de juízo ético-social de desvalor, como nos efeitos sobre a liberdade ou o patrimônio”. Noutra quadrante, também é necessário, segundo a autora, explicar racionalmente, perante a sociedade contribuinte, o motivo pelo qual desembolsar tanto dinheiro na manutenção de uma justiça criminal³¹⁶.

Mas não é disso que se trata. O ponto é que limites ao *ius puniendi* sempre devem existir e independem de qual a justificativa que se adota para a existência da pena³¹⁷. Tais limites decorrem da nossa ordem constitucional democrática³¹⁸ e do já anunciado papel primordial de contenção que reconhecemos à culpabilidade, do qual deriva, ainda, sua função conformadora da atividade de determinação da pena, temas sobre os quais retornaremos mais à frente.

Apesar da independência ora afirmada entre os âmbitos de justificação filosófica e de individualização concreta da pena, cumpre-nos assentar, muito

³¹⁵ HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999 *apud* TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 69.

³¹⁶ HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena* (Spanish Edition). Capítulo IV: ¿Qué sentido tienen las condenas de los tribunales penales? – 1. Teorías absolutas. Traducción de Nuria Pastor Muñoz; con la colaboración de Nathalia Elena Bautista Pizarro. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015, paginação irregular.

³¹⁷ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 97.

³¹⁸ Sobre os influxos da ordem jurídica constitucional no Direito Penal, salienta *Sebastian Mello*: “(...) o Direito Penal, como subsistema integrante do ordenamento jurídico, subordinado hierárquica, lógica, axiológica e teleologicamente aos princípios constitucionais, deve retirar dos mesmos sua pauta valorativa, enfim, deve concretizar os princípios estruturantes, na medida do sentido de limitação e complementaridade mútua”. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Direito Penal: sistemas, códigos e microsistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 103.

sucintamente, nossa posição quanto ao tema da finalidade essencial da existência de uma sanção criminal. Fazemo-lo porque o afastamento entre os supracitados campos não é total, admitindo-se, como se sustentará, conexões em dados momentos da atividade de aplicação da pena.

A nosso juízo, como já referido anteriormente, incumbe ao Direito Penal, como missão, a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais caros à sociedade, ou, nas exatas palavras de Claus Roxin, compete ao Direito Penal “garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas”³¹⁹.

Fundamentalmente e sem pretensão de nos aprofundar no tema neste espaço, como já advertido, derivamos daí a compreensão de que a teoria da prevenção geral negativa, segundo a qual a finalidade da pena é produzir efeitos dissuasórios sobre a generalidade das pessoas de maneira a desestimular o cometimento de crimes³²⁰, é aquela que se revela mais legítima no seio de um Estado Democrático de Direito e à luz de um Direito Penal de cunho liberal.

Modernamente, a teoria da prevenção geral intimidadora adquire, inclusive, um caráter mais normativo, como anota Teixeira, afastando-se do psicologismo de Feuerbach centrado na transmissão do temor da sanção a um indivíduo que se supunha sopesaria prós e contras do comportamento criminoso antes de decidir agir. Em seu lugar, passa a considerar-se que o que se apresenta, em realidade, ao cidadão, é uma “razão prudencial adicional para que ele observe a norma de comportamento”³²¹.

De forma sintética, prefere-se a teoria preventiva em relação às teorias absolutas ou retributivas, notadamente porque estas, como sinaliza Juarez Tavares, implicariam “associar à pena uma natureza puramente repressiva, sem qualquer utilidade”³²², isto é, sem que se tenha norte justificador um objetivo no futuro. Castigar não é algo intrinsecamente bom do ponto de vista moral, não podendo estar desassociado de um fim que legitime a intervenção em direitos fundamentais³²³.

³¹⁹ ROXIN, Claus, op. cit., 2008, p. 32.

³²⁰ CORRÊA JUNIOR, op. cit., p. 131.

³²¹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 77.

³²² TAVARES, op. cit., 2011, p. 123-124.

³²³ HÖRNLE, op. cit., 2015, Capítulo IV: *¿Qué sentido tienen las condenas de los tribunales penales?* – 1. Teorías absolutas, paginação irregular.

Em relação à prevenção especial, entendemos que não serve como justificativa geral para a existência da pena criminal. Pretensões individualmente direcionadas de intimidação, inocuização ou ressocialização não são hábeis a legitimar a manutenção de todo um (custoso) aparato estatal para persecução penal³²⁴.

Há, de um lado, dúvidas, do ponto de vista empírico, quanto à eficácia preventiva negativa da pena em relação ao condenado para que não volte a delinquir³²⁵, notadamente diante do efeito dessocializador da realidade carcerária brasileira³²⁶. Noutro quadrante, tanto a pretensão orientada especificamente a um condenado, como aquela de sua neutralização para proteção da sociedade aproximam-se sobremaneira de um direito penal do autor, distanciando-se dos aspectos tangíveis e de fato em relação ao delito pelo qual sentenciado³²⁷.

Ademais, voltando à prevenção especial positiva, para além do aspecto prático, há óbice anterior derivado da principiologia jurídico-constitucional. É que, como apontam Shecaira e Corrêa Júnior, “pode representar uma ideia absolutista, arbitrária, ao querer impor uma verdade única, uma determinada escala de valores e prescindir das divergências, tão cara às modernas democracias”³²⁸. Numa ordem constitucional democrática que intenta, como postulado primordial, promover a dignidade das pessoas, que assegura as liberdades de pensamento, consciência, crença e expressão, bem como garante a inviolabilidade da intimidade e da privada, não está o Estado legitimado a promover ressocialização por coação. Quando se “respeita cada um como ser autônomo e autorresponsável”³²⁹, então a possibilidade de ressocialização, com acesso aos meios educacionais para tanto, deve ser um direito, não uma obrigação³³⁰.

Logicamente que, conquanto não nos pareça adequada enquanto finalidade geral da pena criminal, uma vez aplicada a sanção, sua execução deve se dar em ambiente digno e adequado a propiciar ao apenado a ulterior reinserção social.

³²⁴ HÖRNLE, op. cit., 2015, Capítulo IV: *¿Qué sentido tienen las condenas de los tribunales penales?* – 1. Teorías absolutas, paginação irregular.

³²⁵ HÖRNLE, op. cit., 2015, Capítulo IV: *¿Qué sentido tienen las condenas de los tribunales penales?* – 2. Prevención de delitos futuros, paginação irregular.

³²⁶ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 85. BOSCHI, op. cit., pp. 101-102.

³²⁷ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 86.

³²⁸ CORRÊA JUNIOR, op. cit., p. 133.

³²⁹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 85.

³³⁰ BOSCHI, op. cit., p. 99.

Porém, como adverte Adriano Teixeira, “esta é uma finalidade acessória da pena, que de modo algum constitui a razão de sua existência”³³¹.

Encerrando este breve parêntesis acerca da razão de existir da pena, afirmamos que tampouco a prevenção geral positiva legitima-se suficientemente como tal. Semelhantemente à pretensão ressocializadora, aqui também há que se afirmar que um Estado de direito liberal “não pode desempenhar uma função pedagógica através da força”³³², o que sucederia com a pretensão de transmitir o valor do bem jurídico protegido e exigir fidelidade à norma de comportamento.

Distinto, veja-se, é o propósito da prevenção geral negativa. Tem o Estado o dever de proteger seus cidadãos, promover a paz social. Para fazê-lo, obviamente é necessário definir previamente comportamentos proibidos e, quanto aos interesses sociais mais relevantes, vedá-los sob cominação de pena criminal. Isso não requer imposição de razões éticas ou moralidade de conduta, mas pragmatismo e objetividade na tutela daqueles bens jurídicos mais caros ao convívio social. É bastante, então, de modo minimalista, que se fundamente a legitimidade da *ameaça* de pena sob essa finalidade preventivo-geral negativa, com o único escopo de “motivar o indivíduo a ater-se dentro dos limites impostos pela ordem jurídica”³³³.

Nesse ponto, oportuno referir à distinção feita por Adriano Teixeira entre os planos de ameaça e de inflição concreta da pena³³⁴, porque, em nosso entender, naquele não atua o julgador. Como afirma H.L.A. Hart, não é esperado que juízes se ocupem de discussões filosóficas acerca dos princípios que tornam tolerável “enviar pessoas para a força ou para a prisão”, porquanto “uma bancada judicial não é e não deve ser uma cadeira de professor”³³⁵.

Não compete ao juiz, mas ao legislador – ao definir as penas máxima e mínima abstratamente cominadas –, considerar aspectos de prevenção geral na quantificação da pena. Não detém o julgador dados empíricos confiáveis que o habilitem a fazer considerações teleológicas macro acerca dos reflexos práticos de uma pena mais ou menos rigorosa em termos quantitativos nos casos que aprecia. E nem deve possuí-los. Tal é matéria da Política Criminal e da Criminologia³³⁶, que

³³¹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 86.

³³² TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 75.

³³³ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 77.

³³⁴ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 74.

³³⁵ HART, op. cit., 2008. Tradução livre do autor.

³³⁶ Como explica *Eduardo Viana*, a criminologia se ocupa do estudo empírico da criminalidade e as respectivas teorias (criminológicas) tem com principal objetivo “(tentar) explicar os fenômenos

orientam e subsidiam o Parlamento para uma decisão de caráter político, estratégico e geral que não concerne ao específico âmbito das atividades jurisdicionais, tampouco ao cargo de magistrado³³⁷.

Como lembra *Rodrigo Roig*, “captar as necessidades e temores sociais é função afeta ao legislador, que somente pode fazê-lo abstratamente”³³⁸.

Isso não significa, de modo semelhante ao que observa Jesús-María Silva Sánchez, que a atividade do juiz, quando da individualização da pena a ser infligida, não tenha reflexos político-criminais. O que não cabe ao magistrado é centrar-se em fundamentos dessa natureza, considerando-os direta e imediatamente, com olhos voltados para o futuro, na determinação da medida de pena aplicada a um condenado específico³³⁹.

No campo da inflicção da pena, este em que, sim, efetivamente opera o julgador, portanto, finalidades preventivas não devem ser sopesadas na quantificação da medida de pena a ser imposta (salvo, excepcionalmente, em favor do condenado, como argumentaremos mais adiante).

Não é, então, que a pena criminal seja desprovida de um fim que a legitime. O propósito geral intimidador – com o escopo, ao final, de proteção subsidiária dos bens jurídicos – justifica a ameaça de pena. E isso é bastante. Quando aplica a pena, o juiz apenas confirma, em concreto e na prática, a ameaça feita pelo legislador, de modo geral e abstrato, em momento anterior. Essa atuação do magistrado não é – e nem pode ser, como se tem sustentado –, teleologicamente direcionada. Como arremata Adriano Teixeira, “a punição não busca produzir

criminais, mirar e iluminar o caminho para o desenvolvimento de novas estratégias de controle do fenômeno criminal. VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2021, p. 24-25.

³³⁷ Interessante, nessa mesma linha de intelecção, a seguinte passagem de Rodrigo Roig: “(...) a utilização, pelo juízo aplicador, do alarme social como instrumento político-criminal subverte sua função judicante em prol de considerações abstratas acerca da gravidade do delito, fazendo do magistrado legislador. Em segundo lugar, porque não há como se aferir empiricamente o grau de alarme social, não apenas pelo fato de a sociedade ser plúrima e multiforme, mas também porque a dimensão de um suposto alarme pode variar desde a inquietação até o pânico, além de depender do pensamento, idade, formação sociocultural, temperamento e experiência de cada um de seus provadores”. ROIG, op. cit., 2015, p. 126-127.

³³⁸ ROIG, op. cit., 2015, p. 128.

³³⁹ Diz o autor espanhol: “*No puede dudarse de que el juez hace política criminal; de modo especial, en la individualización de la pena, donde en principio dispone de más libertad. Pero debería huirse de la tentación de pensar que ésta há de ser uma política criminal directa, esto es, en la que se consideraran de modo imediato los fines del Derecho penal*”. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, p. 4.

quaisquer efeitos externos ambiciosos e estranhos às razões pelos quais ela foi ameaçada”³⁴⁰.

Se, diante de um caso concreto específico, o magistrado, por exemplo, expõe fundamentos de prevenção geral com a finalidade de justificar um agravamento da sanção, seja compreendendo necessário projetar efeitos intimidatórios à generalidade da sociedade, seja eventualmente por entender imperiosa a proteção da consciência social da norma³⁴¹, estará, em verdade, tão somente transportando impressões subjetivas suas para a atividade de aplicação da pena, o que, como já se discorreu, não se pode admitir.

Isto posto, as bases de uma teoria da proporcionalidade pelo fato, ao pregarem o distanciamento de uma concepção subjetivo-moralizante de culpabilidade, endereçada à valoração da personalidade, modo de vida e atitude interior do autor do fato, colocando, em seu lugar, a apreciação do injusto culpável – como se verá no seguinte tópico –, contribuem para a superação da tensão entre as finalidades da pena no momento processual de sua determinação em concreto³⁴².

4.1.2. Segurança jurídica e congruência da atividade de determinação concreta da pena com a teoria do delito

Apoiada nossa tese sobre as bases de uma proposta para a determinação da pena proporcional ao fato no direito brasileiro na primeira premissa de que a individualização judicial da pena é (relativamente) independente em relação à justificação filosófica perfilhada para a sua existência e de que, além disto, não cabe ao julgador, no momento da determinação concreta da sanção criminal, sopesar considerações preventivas – mormente se o faz para agravar sua severidade –, cumpre-nos agora examinar o que, de forma geral, pode (e deve) estar dentro da esfera de ponderação do juiz no momento da dosimetria da pena.

Se, no tópico anterior, abordou-se a legitimidade da pena em si, enquanto instituto de natureza punitiva dentro de um Direito Penal de orientação liberal, ocupar-nos-emos, nesse ponto, da necessária legitimação em concreto do *quantum* de pena a ser imposto. Deve o juiz justificá-lo racionalmente, notadamente perante o

³⁴⁰ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 89.

³⁴¹ CORRÊA JUNIOR, op. cit., 2002, p. 132.

³⁴² STOCO, op. cit., 2019, p. 113.

condenado, afastando-o, ainda, de inconstitucionais excessos no poder de punir estatal.

É preciso, portanto, num sistema jurídico penal de um Estado Democrático de Direito, em que vigem os princípios da legalidade, da impessoalidade, do contraditório e da ampla defesa e da dignidade, estabelecer de forma clara quais critérios podem ser estimáveis pelo juiz para determinação da medida de pena a ser imposta a um condenado, bem assim que tais fundamentos estejam ancorados em elementos conectados ao fato criminoso, sejam passíveis de prévio conhecimento pelo agente e de posterior contestação nos Tribunais³⁴³, e, ainda, que se apartem em absoluto da utilização, com vistas a piorar a situação jurídico-penal da parte, de invasivas e abusivas conjecturas finalísticas de prevenção.

Nessa diretriz, Jesús-María Silva Sánchez argumenta que deve o juiz guiar-se na determinação concreta da medida de pena por categorias dogmáticas extraídas da Teoria do Delito. Diz o autor que a teoria do delito se configura como um sistema de regras que conferem maior segurança para aferir o merecimento e a necessidade de aplicar a pena, ao passo em que a teoria da determinação da pena se constitui como teoria de concretização do conteúdo delitivo do fato, cabendo-lhe, a seu turno, estabelecer o *quantum* desse merecimento e necessidade de pena³⁴⁴⁻³⁴⁵.

³⁴³ Como ilustração comparativa, citamos Adriano Teixeira, que observa que a já abordada teoria do espaço de jogo, ou teoria do espaço livre – como prefere –, “não serviria para promover um procedimento mais previsível e uniforme na prática judicial da determinação da pena”, e que, em verdade, seria hábil apenas a “indicar quando uma decisão é grosseiramente inadmissível”. TEIXEIRA, op. cit., 2015, pp. 42-43. Em semelhante sentido, Tatjana Hörnle aponta que a teoria do espaço de jogo mais acaba servindo ao juiz de cassação do que àquele aprecia o caso em primeiro grau de jurisdição; para este, a tarefa é eleger uma pena individual concreta e desde a perspectiva do controle recursal não se pode desenvolver uma teoria de medição da pena que lhe seja útil. HÖRNLE, op. cit. 2001, p. 404.

³⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, p. 6.

³⁴⁵ Com mais detalhes, esclarece Silva Sánchez, na seguinte passagem, o seu esforço teórico de estabelecimento de critérios conectados com a Teoria do Delito para a concreta atuação do juiz com vistas à quantificação de uma pena proporcional ao fato: “Em primeiro lugar, que o marco penal abstratamente previsto se configura como a resposta pré-constituída a um conjunto de fatos que coincidem na constituição de um certo tipo de injusto penal, culpável e punível, no qual estão contidos os elementos que fundamentam o merecimento e a necessidade daquela pena-marco. Em segundo lugar, que injusto e culpabilidade (assim como punibilidade) constituem grandezas materiais graduáveis. Por isso, o marco penal abstrato pode ser visto como a união de um conjunto de cominações penais mais detalhadas (submarcos) que atribuem diferentes medidas de pena às distintas subclasses de realizações (subtipos), mais ou menos graves, do injusto culpável e punível expresso no tipo. E, em terceiro lugar, que, sob esta perspectiva, o ato de determinação judicial da pena se configura essencialmente como aquele em virtude do qual se constata em concreto o conteúdo de injusto, culpabilidade e punibilidade de um determinado fato, traduzindo-o em certa medida de pena. O que reitera o que já foi manifestado de forma concisa: a única política penal que o juiz deve realizar é aquela que transcorre pela via das categorias dogmáticas”. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, p. 5. Tradução livre do autor.

Similarmente, Adriano Teixeira, que apoia sua teoria da proporcionalidade pelo fato nos princípios da culpabilidade e da legalidade – os quais entende serem “as barreiras mais fortes e adequadas contra a intervenção estatal consubstanciada na pena”³⁴⁶ –, afirma que “a aplicação da pena é a continuação, a quantificação das categorias dogmáticas da teoria do delito”³⁴⁷⁻³⁴⁸. Segundo ele, adotar o injusto culpável como ponto de referência nessa tarefa permite que as penas sejam determináveis, diminui o espaço para arbitrariedades e favorece a isonomia na imposição de sanções criminais³⁴⁹.

A questão principal, também por nós assinalada, é que, como assevera Tatjana Hörnle, uma teoria sobre a medição da pena não pode ser livre, pois precisa ter a capacidade de responder às exigências de legitimidade dos seus critérios de decisão. Justamente quando se concretiza quão grave será a maior intervenção que pode o Estado realizar em direitos fundamentais do cidadão, devem ser repelidos intuicionismos e arbitrariedades, como aqueles derivados de uma valoração da personalidade do autor. Por essa razão, enfatiza a autora alemã que “a justificação do critério de decisão é facilitada se a decisão sobre o ‘quanto’ da pena puder referir-se ao critério do ‘se’ da pena”³⁵⁰⁻³⁵¹.

Concordamos com os autores citados³⁵². Ancorar a atividade de determinação da pena nos elementos da teoria do delito afigura-se a medida mais idônea a propiciar critérios seguros, previsíveis e passíveis de contestação por aqueles que se sentirem prejudicados. Essa amarração permite-nos desfrutar do desenvolvimento teórico-dogmático já experimentado pelas categorias da teoria do delito, reduzindo sobremaneira a discricionariedade judicial, adelgaçando as

³⁴⁶ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 104.

³⁴⁷ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 120.

³⁴⁸ Perfilhando o mesmo entendimento, afirma Silva Sánchez: “*Según lo indicado, la determinación de la pena constituye, pues, la continuación cuantitativa de la teoría del delito. Como señala FRISCH, ‘la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad (...) no es sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito’. Depende pues, básicamente, de las categorías del injusto objetivo (de la acción y ‘del resultado’), del injusto subjetivo y de la culpabilidad*”. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, p. 8-9.

³⁴⁹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 121-122.

³⁵⁰ HÖRNLE, op. cit., 2001, pp. 423-424.

³⁵¹ Em semelhante sentido, afirma Adriano Teixeira: “(...) a aplicação da pena é a continuação, a quantificação das categorias dogmáticas da teoria do delito. Portanto, o ‘se’ e o ‘como’ ou ‘quanto’ não são dois planos independentes, estanques, mas sim funcionam como vasos que se comunicam”. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 120.

³⁵² A propósito, cumpre lembrar que, especificamente quanto à culpabilidade na fase de dosimetria da pena, já havíamos pontuado no capítulo 2, supra, que, embora não se identifique com a definição de culpabilidade enquanto categoria sistemática, há interseções entre as respectivas concepções, e não uma separação estanque. Naquela ocasião, reconhecemos o fato de que em ambas tem como papel nevrálgico a contenção do *ius puniendi* estatal.

chances de descomedimento, injustiças ou autoritarismo³⁵³. Nesse sentido é que, semelhantemente ao que assevera José Peralta, na determinação judicial da pena, compreendemos que os elementos relevantes da teoria do delito cumprem também uma função de garantia³⁵⁴.

Esse também o entendimento de Tatiana Stoco, que declara que a manutenção da coerência entre teoria do delito e aplicação da pena é o que mais importa e, de resto, que é possível fazê-lo “independentemente dos conceitos dogmáticos que se adote”³⁵⁵.

Não se desconhecem, pois, ademais dos esforços teóricos realizados historicamente acerca da definição de culpabilidade enquanto categoria sistemática do delito, as discussões também existentes acerca do conceito material de injusto, do qual se partiria para fins de graduar a pena em concreto. Silva Sánchez, por exemplo, proclama que o método de quantificar o injusto tem a ver com o conceito de injusto do qual parte, tal como ocorre com a culpabilidade, de sorte que, a depender da definição inicial acolhida, “algumas circunstâncias ou outras adquirirão relevância quantificadora (ou o farão em grau diferente)”³⁵⁶.

Nesse passo, Tatjana Hörnle, como alhures mencionado, adota como ponto de partida para conceituação de injusto a lesividade social compreendida desde a perspectiva da vítima (conceito empírico). Trata-se de uma definição clássica, marcadamente relacionada com o positivismo jurídico e com o naturalismo, que descreve o delito como “o menoscabo de um bem jurídico protegido descrito tipicamente reconduzível a um movimento corporal voluntário que se apresenta com injusto culpável do autor”³⁵⁷.

³⁵³ Não é, no entanto, o que se observa no Direito Brasileiro, em que, como constata Adriano Teixeira, são preponderantes na aplicação da pena fatores subjetivos, que remontam a uma concepção que não confere “à realização do tipo uma importância central na aplicação da pena, posto que ela apenas indicaria a dimensão da culpabilidade (em sentido amplo)”, – o que, tal qual amplamente exposto no presente trabalho, é incompatível com um Direito Penal de um Estado Democrático de Direito –. Trata-se, segundo o autor, de uma ideia outrora defendida por Hans-Jürgen Bruns, para quem haveria “uma ‘ruptura sistemática’ entre os planos dos pressupostos de imputação ou da punibilidade e o da aplicação da pena”, de sorte que a pena “justa” só poderia ser encontrada se ajustada à personalidade do culpado. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 119.

³⁵⁴ PERALTA, José. Elementos Subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* - ADPCP, ISSN 0210-3001, VOL. LXIII Tomo 63, Fasc/Mes 1, 2010, p. 268. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3842893>>. Acesso em 15/07/2021.

³⁵⁵ STOCO, op. cit., 2019, p. 129.

³⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, p. 8-9.

³⁵⁷ FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema del delito en transformación. In: *InDret* (www.indret.com), 3/2014, p. 4. Tradução livre do autor.

Outros utilizam um prisma diferente para concepção adequada de injusto, qual seja “a norma ou o ordenamento de normas que o comportamento do autor contradiz”³⁵⁸ (conceito ideal, comunicativo ou expressivo). O delito, então, consubstanciaria, para essa (nova) concepção, segundo Wolfgang Frisch, um “não reconhecimento ou um questionamento da vigência da norma (infringida), ou é compreendido como um menosprezo à norma infringida ou ao próprio Ordenamento jurídico”³⁵⁹.

No primeiro caso, portanto, a caracterização do injusto estaria relacionada à lesão ou ao perigo de lesão a um bem jurídico, com caráter acentuadamente fático-objetivo³⁶⁰, ao passo em que, nesse último, “teria a atitude interna contrária ao direito por parte do agente como eixo central”³⁶¹⁻³⁶², atribuindo-se ao delito um certo conteúdo de sentido e sua relação com o Direito³⁶³.

Por derradeiro, fala-se ainda num conceito real ou material de injusto, que incorporaria ambas as dimensões – empírica e comunicativa –³⁶⁴. É esse o entendimento de Silva Sánchez, que assim argumenta:

Por um lado, a negação do Direito tem a ver com a lesão ao bem jurídico abarcada pelo dolo, com a periculosidade das condutas, com a corresponsabilidade da vítima etc, o que implica que o injusto empírico atende a muitos critérios de medição da pena. Mas, por outro lado, o conceito empírico de injusto tem sérias dificuldades para explicar todos os casos de injustos penalmente relevante. Isso provavelmente nos obriga a aceitar um conceito real de injusto que incorpore, junto com a dimensão empírica, também a dimensão comunicativa (ou de negação da norma). Esta última é, aliás, a única que pode dar

³⁵⁸ FRISCH, op. cit., 3.2014, p. 5. Tradução livre do autor.

³⁵⁹ FRISCH, op. cit., 3.2014, p. 5. Tradução livre do autor.

³⁶⁰ FRISCH, op. cit., 3.2014, p. 4.

³⁶¹ ROIG, op. cit., 2015, p. 41.

³⁶² Para o conceito ideal-comunicativo de injusto, segundo Wolfgang Frisch, “*el delito se concibe como un no reconocimiento o un cuestionamiento de la vigencia de la norma (infringida), o bien se comprende como un menosprecio de la norma infringida o del mismo Ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, se le atribuye al delito un determinado contenido de sentido (Sinngesamt) en relación con el Derecho, es concebido como una expresión de sentido*”. FRISCH, op. cit., 3.2014, p. 5. Na mesma linha de intelecção, afirmam Peñaranda Ramos, Suárez González e Cancio Meliá, sobre o entendimento de Günther Jakobs, o seguinte: “*O dado decisivo da conduta finalmente relevante não consiste, portanto, em seu juízo, em constituir um desencadeante de processos causais nocivos, senão em sua capacidade para expressar um determinado sentido: ao sujeito que atua de um modo contrário à norma, mediante uma conduta evitável, se lhe imputa a formulação de uma máxima de comportamento, incompatível com aquela, que a desautoriza como modelo geral de orientação no contato social. O rompimento da norma consiste, pois, nesta contradição, com o que ela estabelece, e na desautorização que ela mesmo implica*”. PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. Um novo sistema de direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. Trad. Org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. – 2. ed. rev. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 20.

³⁶³ FRISCH, op. cit., 3.2014, p. 5.

³⁶⁴ ROIG, op. cit., 2015, p. 41.

conta da relevância na determinação da pena de uma série de fatores (por exemplo, os motivos do agente ou a violação de deveres por parte deste) que, sem ela, ficariam vazios de fundamento categorial.³⁶⁵⁻³⁶⁶

Reiteramos, entretanto, que discutir o mais adequado conceito de injusto para fins de medição da pena não é objeto essencial deste trabalho – e precisaria, a nosso sentir, ser alvo de uma pesquisa autônoma para que bem abordado fosse –. Tampouco nos parece relevante para o momento, isto é, para o propósito deste estudo que consiste em ofertar um contributo de sustentáculos teóricos para uma determinação da pena proporcional ao fato no direito brasileiro a partir do papel da culpabilidade como vetor interpretativo. O tema do conceito de injusto do qual partir para mensurar de maneira retrospectiva e conectada ao fato pode, inclusive, ser trabalhado e consolidado pela doutrina e pela jurisprudência. Mais nos parece significativo, inicialmente, contribuir para munir os juízes das bases de um racional adequado de aplicação da pena.

Não se quer um conceito perfeito, mas uma sistematização mais segura. Não se pretende a eliminação de toda e qualquer discricionariedade, senão dos riscos de abusos, excessos e despotismo. É dever da democracia e da postura republicana que se exige no trato com o que é público prover o sistema jurídico-penal de procedimentos, critérios e mecanismos de controle ao menos razoáveis. Essa razoabilidade é o objetivo. Ainda que margens de discricionariedade sempre venham a subsistir nas lidas com as coisas humanas.

E como observa Jesús-María Silva Sánchez, é inevitável a admissão de margens de plausibilidade³⁶⁷. O que se propõe é dotar o julgador de critérios de aproximação razoavelmente mensuráveis, previamente cognoscíveis e suficientemente conectados com o injusto culpável que inaugura e motiva a persecução penal, reconhecendo que segue não se tratando de disciplina matemática, mas separando-nos, quando da definição do *quantum* de sanção criminal, de valorações subjetivo-moralizantes da personalidade e de aspectos

³⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, p. 10-11. Tradução livre do autor.

³⁶⁶ No mesmo sentido, Wolfgang Frisch: “Seria verdadeiramente grotesco reduzir o fato punível e a pena a um processo comunicativo entre o autor do crime e o Estado que lhe responde e, por exemplo, ocultar completamente os danos e o sofrimento da vítima ínsitos ao delito. O conceito de crime deve ser capaz de incorporar (e reproduzir) também este último aspecto, dado que, e isto não é de pouca importância, seria relevante para a medição da pena e para a outorga de direitos no âmbito do processo para a vítima”. FRISCH, op. cit., 3.2014, p. 6-7. Tradução livre do autor.

³⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, p. 7.

interiores ao condenado, assim como de prognósticos de perigosidade ou de juízos intuitivos sobre necessidade preventiva da pena.

Ambiciona-se, portanto, como assevera Adriano Teixeira, “encontrar um caminho através do qual se possa garantir um grau satisfatório de determinabilidade da pena, sem perder a necessária flexibilidade”³⁶⁸. Para tal mister é que se adota uma teoria da proporcionalidade pelo fato, na qual a culpabilidade é protagonista do processo, como abordaremos a seguir.

4.2. As três dimensões da culpabilidade e o artigo 59 do Código Penal

Afirmei previamente que o papel fulcral da culpabilidade em todos os seus sentidos consiste na limitação do poder do Estado em face da liberdade dos cidadãos. Argumentei que, paralelamente a essa preocupação com a contenção do *ius puniendi*, a defesa de uma culpabilidade harmoniosa em relação à dignidade das pessoas também esteve presente durante a evolução histórica do instituto, sobretudo no campo da Teoria do Delito, e que é aspecto do qual não se pode dispor, inclusive no campo da aplicação da pena. Asseverou-se, ademais, que este entendimento é convergente com a principiologia albergada pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

A culpabilidade, por outro lado, aparece, como já dito, em posição de destaque nos artigos 29 e 59 do Código Penal, ambos essenciais à definição da quantitativa da pena. Quando o legislador estatui que quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade, isto, embora constante do título que cuida do concurso de pessoas, precisa ser lido como uma referência à “culpabilidade medida de pena” e um indicativo do seu papel central nesse mister. De modo ainda mais claro, o dispositivo que inicia o capítulo III da parte geral do código – que versa sobre a aplicação da pena –, é liderado exatamente pela culpabilidade, reforçando sua missão dirigente dessa atividade.

Também revelador do caráter proeminente do encargo da culpabilidade é o fato de que, neste último caso – ou seja, no artigo 59 –, regula-se a fixação da pena-

³⁶⁸ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 113.

base, que principia o método trifásico³⁶⁹ e que, portanto, se executada de modo excessivamente discricionário, sem parâmetros teóricos minimamente objetivos que imponham uma vinculação da dosimetria da pena ao injusto e à lei penal, conduz à inadequada intromissão do Estado em aspectos subjetivos ao condenado, à indeterminação das penas, à falta de previsibilidade, à insegurança jurídica, e, ao fim e ao cabo, ao arbítrio que não se pretende admitir. É precisamente este o problema que motiva o presente trabalho.

Desse modo, a fim de cumprir o mandato que lhe é outorgado na dosimetria da pena, defendo que a culpabilidade tem a atribuição vetor interpretativo medular, de critério reitor dessa tarefa, operando, para tanto, em três dimensões: limite, guia e empatia.

4.2.1. Culpabilidade-limite:

A primeira das dimensões da culpabilidade na fase de aplicação da pena é a mais importante dentre elas, da qual todas as outras decorrem. Trata-se da já largamente mencionada tarefa de contenção do poder punitivo estatal em face dos cidadãos, que é inerente à culpabilidade em todos os seus sentidos (princípio, categoria sistemática da teoria do delito e critério reitor da atividade de dosimetria da pena)³⁷⁰ e que, deveras, relevantíssimo espaço deve ocupar também no momento culminante da persecução penal, em que se define o grau de restrição ao direito fundamental à liberdade que se imporá ao condenado.

Podemos destrinchar a atuação da culpabilidade como limite na fase de determinação da medida de pena em três linhas essenciais, – que se relacionam entre si –, todas elas já abordadas ao longo deste trabalho, mas que, por razões de organização e ênfase de sua importância, retomam-se em seus aspectos principais neste ponto. São elas: a) a vedação de juízos subjetivo-moralizantes; b) o não

³⁶⁹ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 07/05/2021.

³⁷⁰ Nessa diretriz, mas tomando como referência o papel da culpabilidade no âmbito da Teoria do Delito, assevera Demetrio Crespo: “*La función de la culpabilidad es en primer término, como categoría del delito, una de carácter garantista, que sirve a un propósito indiscutible, que no puede pervertirse por motivos de utilidad social (antinomia prevención-culpabilidad). Este es al mismo tiempo el núcleo que guía el sistema de doble vía en las consecuencias jurídicas, y que permite afirmar que en un Derecho penal propio del Estado de Derecho no cabe castigar por ejemplo a enfermos mentales*”. DEMETRIO CRESPO, op. cit., 2008, p. 37.

sopesamento de considerações inerentes às finalidades preventivas da pena para fins de agravar a situação jurídico-penal do condenado; c) e a exigência de cognoscibilidade das circunstâncias que são significativas para a medição da pena concreta.

A. Primeira linha essencial de atuação da culpabilidade como limite: a vedação de juízos subjetivo-moralizantes

Sobre a primeira linha essencial de atuação da culpabilidade como limite na fase de dosimetria da pena, argumenta-se que juízos subjetivo-moralizantes não se coadunam com a teoria proporcional ao fato a que nos filiamos. Não se conforma, a nosso juízo, com um Direito Penal Liberal de um Estado Democrático de Direito. Já referimos, no capítulo 2 deste trabalho, que proceder o juiz uma repreensão moral ao condenado viola, a um só tempo, vários princípios de nossa ordem constitucional.

Em primeiro lugar, quando da fundamentação da dosimetria da pena, uma censura não estritamente jurídica, mas de natureza pessoal e desconectada do fato delitivo *sub judice*, representa menoscabo ao princípio da impessoalidade. O magistrado, enquanto agente público, e, portanto, atuando na condição de representante do Estado, também deve agir sem favoritismos ou preconceitos com relação a concepções de vida, modos de ser ou de pensar daquelas pessoas cujas ações estão submetidas ao seu julgamento na seara criminal.

Depois, esse tipo de reproche ataca a própria dignidade da pessoa, princípio fulcral da República Federativa do Brasil, eis que, como disse Nilo Batista, a autonomia moral dos indivíduos é sua pedra angular³⁷¹. O Estado, a partir da atuação de seus representantes eleitos, pode até pautar-se por determinados valores na definição de políticas públicas e na edição de leis, entretanto somente se respeitadas as liberdades fundamentais derivadas da Constituição Federal, dentre elas o direito à autodeterminação moral das pessoas. Não podem estar sujeitas, portanto, a uma censura ideologizada ou politizada pelo julgador num processo criminal.

Tal como argumenta Maria Auxiliadora Minahim, a autonomia integra o núcleo do Direito, “que se identifica pelo conjunto de normas que estabelecem fronteiras

³⁷¹ BATISTA, 2011, op. cit., p. 180.

para que o exercício da conduta humana se faça harmonicamente³⁷². Se isso é verdade para o ordenamento jurídico como um todo, igualmente deve sê-lo para o Direito Penal, no qual está em jogo outro dos mais caros eixos da Democracia: a liberdade.

Não pode o julgador transportar, então, juízos pessoais seus, – que naturalmente possui, porque cada um tem seus valores e não é neutro ou axiologicamente imune ao que o circunda –, acerca do que é moral ou imoral, do que é socialmente aceitável ou inaceitável, e menos ainda motivar recrudescimento de pena a partir da sua própria gradação de repugnância, desprezo ou qualquer outra manifestação de censura em relação a aspecto da atitude interior ou da personalidade do autor do fato.

Para ilustrar, tomem-se os exemplos a seguir. No julgamento de uma Apelação Criminal referente a condenação no Tribunal do Júri pelo crime de homicídio qualificado, apresenta-se, no voto do Relator, o seguinte argumento:

O fato de o réu ter mandado a vítima correr, nas circunstâncias apresentadas, se afigura mais como um ato de prazer sórdido de simular alguma espécie de caçada ou de ver a vítima implorar pela vida, enquanto se assegurava de que esta não lhe escaparia, do que um ato de generosidade ou de permitir que a vítima se defendesse (...).³⁷³

Noutro julgado, o seguinte reproche é manifestado em voto:

In casu, os fatos apurados na presente ação penal, ainda que não haja laudo técnico, revelam ser o autor sujeito dotado de índole bastante covarde e insensível. Não é exagero taxar o agente dessa forma, porquanto comprovado que agrediu, reiteradamente e excessivamente, a vítima, na presença do filho menor (...).³⁷⁴

Em ambos os casos, parece-nos clara a intromissão do Estado-juiz em aspectos que concernem ao interior do condenado, que não são expressamente manifestados, senão intuídos pelo julgador a partir do comportamento exteriorizado associado aos valores que ele, magistrado, carrega como próprios e adequados. Tratam-se, ademais e a toda evidência, de afirmações indemonstráveis; não são passíveis de comprovação incontestes nos autos de um processo penal aquelas

³⁷² MINAHIM, op. cit., 2015, p. 44.

³⁷³ TJ-CE - APR: 00201483320198060128 CE 0020148-33.2019.8.06.0128, Relator: ANTONIO PADUA SILVA, Data de Julgamento: 23/04/2021, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/04/2021

³⁷⁴ TJ-SC - APR: 20110627484 Concórdia 2011.062748-4, Relator: Paulo Roberto Sartorato, Data de Julgamento: 10/12/2013, Primeira Câmara Criminal

afirmações nas quais se imputa ao autor do fato, por exemplo, um prazer sórdido no sofrimento alheio ou insensibilidade, frieza, indiferença, incapacidade de experimentar sentimentos de afeição, de amor, de piedade ou pena.

Mais uma demonstração de violação à dimensão limite da culpabilidade se depreende de trecho de sentença condenatória por crime de roubo, na qual se afirma, sobre a personalidade do réu, tratar-se, no mínimo, de alguém inadaptado socialmente, “com forte tendência ao desrespeito a qualquer regra que normatize a vida em sociedade, além de índole voltada para a prática de delitos”³⁷⁵.

Ora, à luz de tudo quanto exposto a respeito, fica evidenciado que o argumento de que alguém não está adaptado para a vida em sociedade não passa de uma impressão pessoal do julgador, que, para além de muito dificilmente encontrar base probatória nos autos de um processo penal – nos quais não são comumente empreendidos estudos com cientificidade acerca da personalidade do condenado –, não tem caráter jurídico, não encontrando respaldo na lei penal ou na Constituição Federal.

A fundamentação da decisão de primeiro grau mencionada nada refere acerca da personalidade do agente. Como não raramente ocorre, a questão é trazida no texto pela primeira vez exatamente no momento de dosar a pena. Não é absurdo inferir, então, que a classificação do condenado como “inadaptado socialmente” pode ter sido derivada tão somente dos fatos criminosos, sem nada ter sido acrescentado pelo julgador além daquilo que já havia justificado o julgamento procedente da denúncia. Sendo este o caso, como refutar um reproche como esse? Como antecipar que poderá ser transmitida uma admoestação deste jaez? E de onde decorre essa suposta legitimidade do Estado-juiz para avaliar (e censurar) a aptidão ou inaptidão dos cidadãos para conviver socialmente para além daquilo que estritamente proíbe o tipo penal?

Trata-se de uma crítica eminentemente subjetiva, que, pelo seu teor, não está vinculada a elementos efetivamente concernentes ao injusto culpável, porque o exame do fato típico sob comento, da ilicitude e da culpabilidade (em sentido estrito) não contemplam esse sentido leigo de “adaptação social”. E, como já assentado, cumpre ao juiz corrigir, tanto quanto possível, os defeitos decorrentes do caráter vago, impreciso e aberto das circunstâncias judiciais, bem assim está ele obrigado

³⁷⁵ TJ-PA - Processo nº 0003146-92.2013.814.0013, Diário de Justiça do Estado do Pará (DJPA) de 06.03.2018, p. 1018-1020.

zelar por uma interpretação e aplicação da lei penal conformada aos objetivos, princípios e direitos constitucionalmente albergados, como pluralismo, autodeterminação moral, dignidade, legalidade, impessoalidade, ampla defesa e contraditório.

Assim, uma reprimenda com teor moralizador, como a citada, que normalmente revela somente uma crença do julgador baseada em seus próprios valores e opiniões pessoais, não pode, em absoluto, ser adotada para agravar a pena.

Tal como afirma Eduardo Demetrio Crespo, o Direito Penal, num Estado de Direito “não ordena nem proíbe modos de pensar, desejos ou intenções das pessoas, maneiras de ser, etc., senão fatos externos dirigidos pela vontade (dolosa ou imprudente) de vulnerar bens jurídicos, que efetivamente os lesionam ou põem em perigo”³⁷⁶. Vê-se aqui, em acréscimo aos princípios anteriormente referidos, que juízos subjetivo-moralizantes igualmente vilipendiam os princípios da ofensividade e da exclusiva proteção jurídicos, como mais detidamente examinado anteriormente (vide capítulo 2).

Já nesse ponto é importante deixar claro que, com tais ponderações, não se quer significar que fatos delitivos dessa natureza, com superiores ou destacados graus de violência e menoscabo ao bem jurídico tutelado, não justifiquem um agravamento da pena em relação ao mínimo abstratamente fixado no tipo penal. Não é disso que se trata. A pena pode e precisa ser elevada quando o que se extrai da exteriorização do fato assim o exige, como imperativo dos princípios da individualização e da culpabilidade.

Lembremos que, a teor do artigo 29, caput, do nosso Código Penal, quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Se é assim, se a incidência das sanções deve se dar na medida da culpabilidade do agente, e se a culpabilidade que defendemos, na fase de dosimetria da pena, é uma orientada à pena proporcional ao fato, então necessariamente o recrudescimento da pena deve manifestar-se a partir das categorias da teoria do delito, da valoração dos elementos inerentes ao injusto culpável sob exame.

³⁷⁶ DEMETRIO CRESPO, op. cit., 2008, p. 35-36.

Daí porque, na linha do que temos sustentado, tem a culpabilidade como medida de pena um papel central na dosimetria da pena, enquanto critério reitor que, para que possa cumprir a função primordial de limite que se lhe incumbe no seio de um Direito Penal Liberal, exerce também o encargo de guia, de bússola acerca dos aspectos que podem – e devem – ser valorados pelo julgador nesta fase, dentre os quais não se incluem, portanto, razões inerentes à pessoa do condenado que representem uma censura subjetivo-moralizante.

B. Segunda linha essencial de atuação da culpabilidade como limite: o não sopesamento de considerações inerentes às finalidades preventivas da pena para fins de agravar a situação jurídico-penal do condenado

Em continuação, inadmite-se também, na determinação da medida de pena adequada que sejam manifestados pelo juiz prognósticos de perigosidade a respeito do condenado ou feitas considerações de necessidade preventiva com o escopo de justificar uma majoração da sanção a ser concretamente imposta. Esta segunda linha essencial da culpabilidade-limite, como se vê, dialoga muito estreitamente com a primeira, até porque derivam da mesma concepção basilar. Reconhecendo a aludida conexão, explica Juarez Tavares:

A decisão acerca da medida da pena efetuada sobre os estritos limites legais, sem levar em consideração, em desfavor do sujeito, condições ideologizadas de sua recuperação social, ou prognósticos acerca de seu comportamento posterior ao fato, ou ainda juízos morais acerca de sua conduta, corresponde fielmente ao sentido que deve ser imprimido a uma sociedade democrática, pluralista, multicultural e inclusiva.³⁷⁷

A questão foi abordada no item 4.1.1 supra. Cabe-nos cá observar, contudo, na esteira dos efeitos que se irradiam para todo o processo de dosimetria da pena a partir de uma culpabilidade orientada à teoria da proporcionalidade pelo fato que funciona como reitora mor desta atividade, que também nesta segunda linha essencial de atuação se identificam o intento e a exigência de que sejam respeitados os princípios da impessoalidade e da dignidade da pessoa humana.

A penetração destes como elementos restringentes é evidente, uma vez que, igualmente, impende reconhecer que ancorar o endurecimento da sanção criminal

³⁷⁷ TAVARES, op. cit., 2011, p. 141.

em considerações acerca da finalidade preventiva da pena representa não só uma inferência meramente intuída pelo julgador e empiricamente indemonstrável, como, possivelmente também, imiscuição do Estado em questões internas e subjetivas ao condenado, protegidas pelo seu direito à autodeterminação moral.

Daí porque podemos estipular, em concordância, neste particular, com a doutrina de Eduardo Demetrio Crespo, que, antes mesmo da definição do *quantum* de sanção penal a aplicar, a culpabilidade estabelece um limite (superior) que não pode ser superado por razões de prevenção geral ou especial, pelo que se pode falar, afinal, numa absoluta proibição de ultrapassar a medida de pena adequada à culpabilidade com fulcro em considerações que tais³⁷⁸, alheias ao injusto culpável que justificou a deflagração da persecução penal em primeiro lugar.

Também distinguindo a contenção do poder punitivo estatal enquanto função primeira da culpabilidade no âmbito da atividade de aplicação da pena, aduz Claus Roxin:

É certo, evidentemente, que não é possível uma exata quantificação da culpabilidade, de tal modo que para um fato determinado lhe corresponda uma pena matemática e univocamente calculável. Mas isto tampouco é necessário. Já que a função político-criminal do princípio da culpabilidade consiste, sobretudo, como vimos, em impedir abusos da pena, de caráter geral ou especial preventivos, e estes abusos (nos quais a pena está fora de relação com respeito à culpabilidade do agente) podem ser reconhecidos perfeitamente.³⁷⁹⁻³⁸⁰

C. Terceira linha essencial de atuação da culpabilidade como limite: a exigência de cognoscibilidade das circunstâncias que são significativas para a medição da pena concreta

Por último, a cognoscibilidade dos aspectos que efetivamente influenciam a medida da sanção que pode ser imposta a um condenado é mais uma defluência do desempenho, pela culpabilidade, do seu papel confinante neste estágio do processo penal, e, mais especificamente, reflexo dos já mencionados princípios da ampla

³⁷⁸ DEMETRIO CRESPO, op. cit., 2008, p. 38.

³⁷⁹ ROXIN, op. cit., jul-dez/73, p. 12.

³⁸⁰ Um exemplo de abuso na dosimetria da pena praticado a pretexto de considerações de prevenção geral se extrai da mesma sentença condenatória por crime de roubo referenciada algumas páginas atrás, quando tratamos da primeira linha essencial da culpabilidade em sua dimensão "limite". Com efeito, o julgador prevê que haveria, por parte do condenado, uma forte tendência ao desrespeito às regras de convivência social e prenuncia futuros delitos, uma vez que seria de sua índole praticar crimes. À parte o caráter subjetivo-moralizante da valoração, tem ela também claro perfil de prognose, defluindo daí que a elevação da pena-base operada com fulcro também nesses motivos tem fins de prevenção, notadamente neutralização do condenado. TJ-PA - Processo nº 0003146-92.2013.814.0013, *Diário de Justiça do Estado do Pará* (DJPA) de 06.03.2018, p. 1018-1020.

defesa, do contraditório e da legalidade que informam uma culpabilidade orientada à teoria da pena proporcional ao fato e consonante com o Estado de Direito erigido pela Constituição Federal de 1988.

Inequívoco, como já sustentamos alhures (vide capítulo 2), que são essenciais ao processo penal o contraditório e a ampla defesa. Por aquele princípio, ademais da oportunidade de manifestação a respeito dos aspectos que podem influir na dosimetria da pena, é preciso também assegurar a capacidade do réu de influenciar essa decisão do juiz. Nesse passo, se não estão munidos os julgadores de critérios seguros, objetivos, passíveis de serem objetados pelo autor do fato e de serem controlados pelas instâncias superiores, então está claro que, ao fim e ao cabo, o direito de manifestação resta, no mínimo, atrofiado, e o direito de influenciar a deliberação acerca da medida de pena não passa de uma quimera.

De fato, como pode o acusado manifestar-se sobre critérios não claramente estabelecidos acerca do que pode repercutir na medida de pena em seu desfavor? Como influenciar uma sentença criminal que, no seu instante máximo, pode ser largamente sugestionada por valores pessoais do decisor a respeito de aspectos subjetivos à pessoa do condenado ou quanto a conjecturas acerca dos efeitos preventivos, gerais ou especiais, da pena? Parece-nos claro que, sem uma construção teórica consolidada acerca dos limites e parâmetros ponderáveis na dosimetria da pena, ambas as perguntas teriam como resposta “impossível” ou, ao menos, “extremamente difícil”.

E se não há real contraditório, tampouco haverá defesa verdadeiramente ampla, afinal, como aponta Ada Pellegrini Grinover, mantém eles íntima ligação³⁸¹. Embora distintos, há entre eles evidente relação dialógica e de alimentação recíproca, na medida em que o direito de defesa se manifesta destacadamente através do contraditório, ao passo em que a existência deste, isto é, do direito a condições ideais de fala e de oitiva no processo penal, é garantida exatamente pelo direito de defesa enquanto contraponto necessário ao direito de ação³⁸².

Ao tratar da função bloqueadora da Teoria Geral do Processo, Fredie Didier Jr. tangencia precisamente as preocupações que ora manifestamos quanto à necessidade de que as soluções jurídicas sejam veiculadas por intermédio de uma

³⁸¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., 2006, p. 61-62.

³⁸² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro digital. Paginação irregular.

pauta conceitual conhecida e consolidada, gerando segurança jurídica a partir do cumprimento de uma das mais relevantes funções do conhecimento dogmático, qual seja “institucionalizar a tradição jurídica”³⁸³. Compreendemos perfeitamente adequada a transposição da lição do autor ao âmbito do nosso trabalho, que almeja justamente ofertar um contributo para o aprimoramento metodológico da práxis de dosimetria da pena pelos juízes, com supedâneo em critérios jurídicos basilares derivados de uma culpabilidade que atue como elemento central, limitador e conformador, dessa atividade.

Já o princípio da legalidade, – que também dialoga com as duas primeiras linhas essenciais da atuação da culpabilidade como limite na fase de determinação da medida de pena ao vedar a majoração desta com amparo em considerações subjetivo-moralizantes ou preventivas que não mantém uma conexão com o injusto típico e culpável que justifica a persecução penal –, da mesma maneira exige a construção de parâmetros objetivos mínimos, claros e previamente postos acerca do que pode ser sopesado para dosar a sanção criminal, de maneira a conferir “previsibilidade e calculabilidade”³⁸⁴ ao exercício do *ius puniendi*.

Como anota Adriano Teixeira com base na doutrina e jurisprudência alemãs, reconhece-se que “o princípio da legalidade incide não só sobre os pressupostos de incriminação de comportamentos, mas também sobre as consequências jurídicas do delito”³⁸⁵, ou seja, também no tocante à definição do *quantum* da pena a aplicar, protegendo o cidadão de abusos no exercício desse poder pelo Estado-juiz. Nesse passo, prossegue o autor com adequados esclarecimentos:

(...) vem ganhando força a ideia segundo a qual o mandato de determinação não possui somente a função de orientar a ação do legislador, mas também de limitar a atuação do magistrado. Este, ao executar a tarefa de verificar a punibilidade de determinada conduta e fixar a sanção, tem de pautar sua atuação por critérios transparentes e reconduzíveis à lei.³⁸⁶

Efetivamente, ao princípio da legalidade, num Estado Democrático de Direito, é imperioso reconhecer esse papel balizador também da atuação do julgador, com

³⁸³ DIDIER Jr., Fredie. *Teoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 134.

³⁸⁴ TEIXEIRA, 2015, op. cit., p. 109.

³⁸⁵ TEIXEIRA, 2015, op. cit., p. 108.

³⁸⁶ TEIXEIRA, 2015, op. cit., p. 111.

ainda mais razão na atividade de quantificação da pena adequada e, em especial, quando fundamenta a medida de pena concreta imposta a um condenado.

Não se cuida de tolher completamente a discricionariedade do magistrado, reduzindo a dosimetria a um processo mecânico-fábril, tampouco estabelecer o tabelamento de penas *à la* “*sentencing guidelines*” do direito norte-americano³⁸⁷. Julgar a conduta típica, antijurídica e culpável de uma pessoa é tarefa que jamais se pode qualificar de simples, sendo patente a existência de nuances que devem, sim, ser observadas e sopesadas pelo julgador, mas dentro de *limites* e *guiado* por critérios que se extraem de uma culpabilidade orientada à proporcionalidade em relação ao fato delituoso e à limitação do poder punitivo do Estado. Nesse diapasão, se é o injusto culpável o único fator que autoriza a deflagração de um processo penal democrático, não há justificativas que validem a ponderação (desfavorável) de aspectos estranhos neste momento sem que violado seja o *nulla poena sine lege praevia* e *certa*, sem resvalar em alguma medida de arbitrariedade.

O julgador é imprescindível para manejar essa culpabilidade reitora da atividade de aplicação da pena, seja pela consideração individualizada dos elementos inerentes ao injusto típico que se verifiquem em maior ou menor intensidade no caso concreto, com todos os matizes que são inerentes à heterogeneidade das situações, seja em razão do aspecto humano que, como sustentaremos adiante, pode influenciar (em benefício do acusado) a dosagem da sanção, repugnando-se, nesse diapasão, dentro de uma ordem constitucional que se funda na dignidade da pessoa humana, acolhe o pluralismo, e objetiva uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação, um juízo robotizado, desprovido noções de singularidade, alteridade e empatia.

Só que é condição *sine qua non* para que se confira essa adequada margem de discricionariedade ao magistrado a certeza de que seja apenas isso: uma janela de escolha fundamentada, não portas escancaradas e sem chaves. O código de acesso a essa relativa discricionariedade passa primordialmente pela valoração das categorias dogmáticas da teoria do delito na medida em que se manifestam no fato delituoso, pela manutenção de perene contato com elementos apreendidos da lei, do

³⁸⁷ TEIXEIRA, 2015, op. cit., p. 112.

injusto culpável, viabilizando, assim, que alguém previamente conheça o que pode pesar contra si da definição concreta da pena.

Portanto, ao dispor que deve o juiz fixar a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime³⁸⁸, o artigo 59 do Código Penal deve ser interpretado como um mandado de vinculação do processo de individualização “a um juízo prévio de culpabilidade como delimitador da sua medida”³⁸⁹.

A alusão à reprovação e à prevenção merece ser compreendida como mero aceno de reafirmação à sociedade quanto às finalidades da pena que, bem ou mal³⁹⁰ elegeu o Parlamento para o sistema jurídico-penal brasileiro – e algumas considerações, *ad argumentandum tantum*, já foram anteriormente tecidas a respeito (vide item 4.1.1) –. Não deve, destarte, ser lida com uma mensagem ao juiz para que as considere na dosimetria da pena. Já restou assentado a respeito, inclusive, que, tomando emprestadas as palavras de Rodrigo Roig, “a atividade de aplicação concreta da pena não pode ser reduzida a uma tarefa de racionalização finalística da sanção penal, alheia às disposições constitucionais que alicerçam nosso Estado de Direito”³⁹¹.

Em seguida, no mesmo artigo 59 do Código Penal, quando o legislador refere “necessário”, deve-se entender que está a convocar a ação da culpabilidade enquanto limite, por via das três linhas essenciais expostas. Já ao mencionar “suficiente”, demanda que a valoração seja norteadada retrospectivamente ao injusto culpável e, paralelamente, autoriza a supressão de excessos punitivos em consideração às particularidades do caso (e da pessoa do condenado), aspectos estes sobre os quais nos debruçaremos adiante ao tratarmos da dimensão guia e da dimensão empatia da culpabilidade como medida de pena.

³⁸⁸ BRASIL. *Código Penal*, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 07/05/2021.

³⁸⁹ TAVARES, op. cit., 2011, p. 123-124.

³⁹⁰ Há autores, como Rodrigo Roig, que chegam a sustentar a própria inconciliabilidade entre a Constituição Federal e as finalidades de reprovação e prevenção. Diz o autor, ilustrativamente: “Com razão, portanto, que a Constituição não tenha trazido em si qualquer fator legitimante do retribucionismo ou utilitarismo punitivo – ou da combinação de ambos –, atuando, precisamente em sentido oposto, como instrumento de contenção do poder punitivo e fundamento maior de deslegitimação das finalidades transcendentais emprestadas à pena. Assim é que, em uma nova perspectiva de aplicação da pena, entende-se por constitucionalmente incompatíveis (e não recepcionadas) as finalidades de reprovação e prevenção do crime, traçadas pelo art. 59 do Código Penal. ROIG, op. cit., 2015, p. 132.

³⁹¹ ROIG, op. cit., 2015, p. 129.

Antes, cumpre-nos examinar o que para nós é uma única ressalva à impossibilidade de apreciar considerações inerentes às finalidades preventivas da pena para fins de agravar a pena-base.

4.2.1.1. Exceção objetiva de política-criminal: antecedentes

O artigo 59 do Código Penal prevê, dentre as circunstâncias judiciais que devem ser ponderadas para fixação da pena, os antecedentes do agente. Os antecedentes permitem conhecer, de acordo com José Antonio Paganella Boschi, “a vida ante acta do acusado, ou seja, a sua folha corrida, certificada por servidor judiciário, com base nas informações cartorárias”³⁹².

Em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, consolidou-se no Brasil o entendimento expresso na Súmula nº. 444 da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser considerados maus antecedentes³⁹³.

Lembra Adriano Teixeira que “não é só no Brasil que as condenações anteriores do acusado constituem fator relevante na aplicação da pena, seja na composição do quantum, seja na determinação do regime prisional, substituição ou escolha da modalidade sancionatória etc.”³⁹⁴. A vida criminal pretérita é também objeto de consideração para fins de aplicação da pena, com maior ou menor peso, por exemplo, na Espanha³⁹⁵, nos Estados Unidos, na Austrália, no Reino Unido e na Suécia³⁹⁶.

A escolha, no entanto, é objeto de importante discussão, tanto no Brasil como no exterior. Os questionamentos versam, direta ou indiretamente, acerca da

³⁹² BOSCHI, op. cit., 2011, p. 166.

³⁹³ O mesmo entendimento foi fixado em tese de repercussão geral firmada pelo Supremo Tribunal Federal: A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena (Tema 0129, Paradigma RE 591054, Data Tese 17/12/2014).

³⁹⁴ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 153-154.

³⁹⁵ Vide VADILLO, Enrique Ruiz. La dosimetria penal em el Código español. In: Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 30, Fasc/Mes 2, 1977, p. 351-408. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2789420>>. Acesso em 16/05/2021.; BESIO HERNÁNDEZ, Martín. Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Livro eletrônico. Paginação irregular.

³⁹⁶ Cf. BAGARIC, Mirko. The punishment should fit the crime - not the prior convictions of the person that committed the crime: na argument for less impact being accorded to previous convictions in sentencing. In: San Diego Law Review, Vol. 51, No. 2, 2014. Disponível em: <<https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=sdlr>>. Acesso em 16/05/2021.

aproximação a um indesejado Direito Penal de autor. Mirko Gabaric, sobre a matéria, lembra que, embora punir reincidentes mais gravosamente do que criminosos primários seja intuitivamente atraente, não se pode perder de vista que a punição deve precipuamente ser compatível com o crime, notadamente, segundo ele, com a extensão de danos impostos aos interesses da vítima, não com as ações antecedentes do agente. Ele rememora, ainda, que essa noção de proporcionalidade é de grande relevância para inúmeras áreas do Direito e que, dentro do Direito Penal, é nuclear para institutos como legítima defesa e estado de necessidade³⁹⁷.

Rodrigo Roig, por sua vez, advoga posição contrária à aceitação dos antecedentes. Para além da crítica ao que chama de “arraigado juízo preventivo-especial quanto à pena, legitimando um incremento sancionatório pelo fracasso – imputado ao apenado – do objetivo reformador moral (ou ‘ressocializador’) da sanção anterior”, o autor argumenta, primeiramente, que protrair no tempo os efeitos de uma condenação pretérita de modo a influenciar (negativamente) uma nova pena violaria o princípio do *ne bis in idem*. Segundo ele, uma concepção ampliada do princípio da anterioridade, uma das facetas da legalidade penal, exigiria não apenas prévia cominação legal para as penas, mas impediria que estas fossem influenciadas por “qualquer apreciação deletéria oriunda de imputações ou fatos prévios”³⁹⁸.

Contudo, diferentemente de outras circunstâncias judiciais relacionadas à pessoa do condenado, como “personalidade” e “conduta social”, por exemplo, na valoração dos antecedentes, pelo juiz, a objetividade prepondera. Não se ignora a conexão entre os antecedentes e a finalidade preventivo-especial da pena que se pode extrair do artigo 59 do Código Penal³⁹⁹, ancorada num prognóstico de perigosidade que, evidentemente, carrega forte subjetivismo, inegável carga de censura moral e que, como já dissemos, não incumbe ao magistrado fazer.

³⁹⁷ BAGARIC, op. cit., p. 345-349.

³⁹⁸ ROIG, op. cit., 2015, p. 145.

³⁹⁹ A respeito, Rodrigo Roig afirma: “Ao falar em prevenção, o legislador não se ateve somente à sua vertente geral, primando também pela persecução de finalidades preventivo-especiais. A própria exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal evidencia tal opção, ao estabelecer que ‘a progressiva conquista da liberdade pelo mérito substitui o tempo de prisão como condicionante exclusiva da devolução da liberdade’ (item 37), além de concluir que a resposta penal, norteadada pela integração entre qualidade e quantidade, ‘será tanto mais justificável quanto mais apropriadamente ataque as causas da futura delinquência. Promove-se, assim, a sentença judicial a ato de prognose, direcionada no sentido de uma presumida adaptabilidade social’ (item 38)”. ROIG, op. cit., 2015, p. 129.

O julgador, de fato, não só não tem legitimidade para tal exercício de futurologia, ainda que baseada em indícios representados pelos antecedentes, como não dispõe de elementos empíricos que permitam traduzir essa finalidade de prevenção em grandezas de tempo (de pena) cientificamente seguras e que sejam comparáveis e acessíveis à mensuração por alguém (juiz, promotor, advogado, réu, vítima etc.) que muito possivelmente será um leigo em áreas do conhecimento importantes para que se cogite (ou para que se possa contestar) uma tal prognose, a exemplo de política criminal, sociologia, antropologia e psicologia.

Porém, o ponto aqui é que não cabe especificamente ao magistrado fazer o juízo de valor primordial quanto à adequação ou não das finalidades preventivas que se pretende atingir com a valoração dos antecedentes. A sua parte da tarefa é preponderantemente objetiva. A aludida valoração já foi feita, pelo legislador, aí sim com margem de discricionariedade muito maior, à semelhança daquela que possui ao fixar, em abstrato, patamares mínimos e máximos no preceito secundário das normas penais ou ao definir quais crimes serão considerados hediondos. Não há nada de novo nesse ponto, em nosso entender. Trata-se de resultado de uma análise político-criminal, feita em tese, sem olhos voltados a fatos e agentes concretos. Pauta-se por um exame macroscópico do contexto socioeconômico, por informações multidisciplinares, por estatísticas, e até mesmo, potencialmente, por interesses e ideologias que porventura defendam os representantes do povo legitimamente eleitos.

Por outro lado, conquanto alguns contestem a compatibilidade com a ordem jurídica-constitucional da inserção de finalidades preventivas dentre aquelas que justificam a previsão e inflicção da pena – tema que, para os propósitos deste trabalho, somente podemos tangenciar –, é um fato que os antecedentes são circunstância judicial positivada no Código Penal e, ademais disso, plenamente passível de preenchimento conteudístico pela doutrina e jurisprudência, de modo a atender às exigências dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da ampla defesa, do contraditório e da dignidade da pessoa humana. Não pode, portanto, ser ignorado.

Compreendemos, até mesmo pela pluralidade valorativa que encerra nossa Carta Magna, que, observados os limites nela expressos, não há, de *per si*, inconstitucionalidade na previsão dos antecedentes como circunstância judicial a ser valorada na fixação da pena-base num processo judicial. É que, dada a abstração

da norma legislativa, não há que se falar, aqui, em imiscuição pelo Estado na atitude interior, no modo de ser e na personalidade do condenado, tampouco em prognose de perigosidade particularmente direcionada. A lei se põe em tese.

Assim, então, subsistiria o respeito à dignidade dos réus, o direito à sua própria autodeterminação e a necessária impessoalidade no julgar, porque aspectos subjetivos não são apreciados em concreto. Também não haveria violação ao princípio da legalidade – se adotados, com anterioridade, critérios claros e objetivos de quantificação estabelecidos pela jurisprudência – reflexo da compreensão de que o mandado de determinação é orientado igualmente o intérprete da lei –, assim como limites bem definidos acerca do que configura e do que não configura antecedente, o que, a nosso juízo, é perfeitamente possível quanto a esta circunstância judicial.

Ao juiz incumbirá, portanto, levar a cabo o sopesamento dos antecedentes em cumprimento à lei⁴⁰⁰ e conforme parâmetros que podem ser estipulados, especialmente pelos Tribunais, para garantir a conformidade constitucional de sua execução.

Daí porque consideramos que os antecedentes são válida exceção objetiva de política criminal que – observados padrões mínimos de julgamento e vedados excessos no incremento das sanções que as desassociem em absoluto da gravidade dos crimes subjacentes⁴⁰¹⁻⁴⁰² –, não compromete a atuação reitora da

⁴⁰⁰ Refutando o argumento de que a ponderação da reincidência violaria o princípio da individualização da pena, pondera Adriano Teixeira: “(...) isso não impede que possa haver regras na lei que antecipem e guiem a atuação do juiz. É o caso justamente das agravantes e atenuantes – ao lado das causas de aumento e diminuição –, que, na verdade, são instrumentos ou reforços da ideia de individualização da pena (...)”. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 156.

⁴⁰¹ Nessa mesma diretriz, Mirko Bagaric argumenta que um aumento de pena para reincidentes é justificado em circunstâncias e doses limitadas, reconhecendo que existe uma conexão entre ofensas passadas e futuras, notadamente em relação àqueles que estiveram presos mais de uma vez. No entanto, Bagaric faz uma advertência, com a qual concordamos: “(...) *the length of the premium needs to factor in the crudeness of the process and the fact that depriving offenders of their liberty is a considerable impost. Hence, the recidivist premium in such cases should not be excessive—no more than, say, twenty to fifty percent. Any premium that is accorded to recidivists beyond this is a concession to group instinct in the form of intolerance towards those who transgress the criminal law*”. BAGARIC, op. cit., p. 415-416.

⁴⁰² A propósito, Adriano Teixeira faz válida reflexão que, a nosso juízo, só reforça a compreensão de que não há descompasso insuperável entre a valoração de condenações prévias e a aplicação de uma pena proporcional ao fato, uma vez que podem, sim, existir justificativas excepcionais de política criminal – ponderáveis apenas pelo legislador, não pelo juiz –, que, se equilibradamente aplicadas – aí sim pelo juiz –, não levariam a penas necessária e desarrazoadamente desproporcionais. Veja-se: “(...) creio que a ideia de prevenção geral como fundamento da majoração pela reincidência não é de todo descabida, desde que aplicada racional e moderadamente. A eficiência do incremento punitivo passa a ser intuitivamente mais plausível quando se imaginam grupos de casos ou delitos nos quais

culpabilidade em direção a uma dosimetria da pena-base proporcional ao injusto culpável, senão confirma a regra e, paralelamente, respeita os ditames do princípio da separação dos poderes.

De mais a mais, pode-se inclusive sustentar, como refere Martín Besio Hernández, também uma eficácia atenuatória da ausência de antecedentes penais⁴⁰³.

Pelas razões que já expusemos, não concordamos integralmente com o autor espanhol em relação à questão que ora examinamos: a possibilidade de valorar antecedentes na atividade de dosimetria da pena. Isto porque, compreendendo inadmissíveis prognósticos especulativos de perigosidade futura que caracterizariam uma culpabilidade de autor, rechaça ele que a existência de antecedentes possa agravar a pena. Só que, a rigor, como argumentamos, o juiz não precisa, – e não deve –, operar este tipo de prognose, senão apenas fazer cumprir a exceção objetiva de política-criminal posta pelo legislador, como normalmente faz com tantas outras normas penais que levam em consideração razões desta natureza para definir criminalização de comportamentos, possibilidade de substituição e suspensão da pena, hipóteses de perdão judicial, efeitos da condenação, livramento condicional, dentre outros institutos do Direito Criminal.

Noutro quadrante, tem razão Besio Hernández quando contempla que a inexistência de antecedentes penais do condenado poderia justificar uma diminuição da magnitude da pena. Segundo ele, embora igualmente represente um juízo especulativo de prognose baseado em indícios, esta especulação seria admissível porque “não opera em prejuízo ao delinquente, senão em seu benefício, o que constitui a diferença chave que determina sua legitimidade”⁴⁰⁴.

Também Juarez Cirino dos Santos abraça a possibilidade de uma ação redutora do quantum de sanção criminal a partir da valoração dos antecedentes. Com efeito, o autor define os antecedentes como “acontecimentos anteriores ao fato, relevantes como indicadores positivos ou negativos da vida do autor e capazes de influenciar a aplicação da pena-base”⁴⁰⁵, e arremata citando que a jurisprudência

a pena se afigura para o criminoso como um ‘preço facilmente pagável’, um ‘mero custo operacional’ para a empreitada criminosa”. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 164.

⁴⁰³ BESIO HERNÁNDEZ, op. cit., 2011. Paginação irregular.

⁴⁰⁴ BESIO HERNÁNDEZ, op. cit., 2011. Paginação irregular.

⁴⁰⁵ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., 2012, p. 520.

alemã, em semelhante sentido, compreende existir efeito atenuante da pena decorrente dos chamados “bons antecedentes”⁴⁰⁶.

Assim como na avaliação acerca da possibilidade de agravamento da pena em função de condenações pretéritas, também a primariedade em nada interfere na gravidade do delito. Razões outras como a falibilidade humana e os efeitos deletérios do cárcere é que são estimáveis⁴⁰⁷. Isso precisa ficar claro. Se admitimos a diminuição da pena face à ausência de antecedentes criminais⁴⁰⁸, isso nada tem a ver com o injusto culpável. Trata-se, aqui, da aplicação, caso a caso, de um juízo de empatia autorizado pela culpabilidade como medida de pena que defendemos e ao qual, mais adiante, dedicar-nos-emos mais demoradamente, sendo, ademais, consonante com o papel de conter o poder punitivo estatal.

4.2.2. Culpabilidade-guia: desvalor do comportamento e do resultado sopesados para a dosimetria da pena

Chegamos, então, à segunda das dimensões da culpabilidade como medida de pena. Aqui, a culpabilidade guia o julgador quanto ao que pode ser considerado como justificativa para elevar a pena-base de um condenado, adotando como respaldo teórico os elementos fundamentais a teoria da proporcionalidade pelo fato.

Como ponto nevrálgico da tese, compreendemos que qualquer valoração que fundamente uma ampliação das consequências do exercício do *jus puniendi* em relação ao agente – exceção feita aos já examinados antecedentes –, deve reconduzir-se ao injusto culpável, precisa ser retrospectiva ao fato que motivou a deflagração da persecução penal. Não pode se basear em elementos pressupostos, perigos imaginados ou consequências não presentes, tampouco significar reflexão, como já amplamente debatido, acerca de aspectos íntimos e subjetivos ao cidadão processado. A reprovação direcionada ao acusado deve, enfim, ser estritamente jurídica, inadmitindo-se que a pena decorrente espelhe “considerações moralmente

⁴⁰⁶ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., 2012, p. 521.

⁴⁰⁷ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 170.

⁴⁰⁸ Imagine-se a hipótese em que, por exemplo, as circunstâncias e consequências tenham sido valoradas negativamente pelo juiz. Nesse caso, nada obsta que considere o magistrado a ausência de antecedentes criminais como um elemento favorável ao réu na dosimetria da pena, um fator redutor capaz de fazê-la volver ao mínimo abstratamente cominado ou ao menos aproximar-se deste.

intolerantes ou discriminatórias, capazes de violar a intangibilidade da identidade da pessoa humana e seu legítimo direito de dissidência”⁴⁰⁹.

Como já expressamos alhures, “todas as dimensões da culpabilidade constituem vertentes de um mesmo fenômeno (reductor), oferecendo cada qual importantes subsídios de contenção do poder punitivo por parte da agência judicial”⁴¹⁰. Parece-nos claro, nesse passo, que também essa dimensão mais propriamente balizadora da atividade de mensuração da pena cumpre, indiretamente, a função primordial de limitar o poder punitivo estatal, protegendo o cidadão de abusos e arbitrariedades. Isto é, ao demarcar os terrenos nos quais pode trabalhar o julgador ao partir da pena mínima abstratamente cominada no processo de individualização, há, por conseguinte, claro – e desejado – efeito de controle do *ius puniendi*.

Pois bem. Essa delimitação, como já afirmamos, é feita a partir de uma ancoragem do que será objeto de ponderação nos institutos da teoria do delito. Independentemente das possíveis divergências a respeito das suas categorias sistemáticas e até mesmo da constante evolução por que passa o Direito, o só fato de estribar a dosimetria da pena em elementos que conectam legislação, doutrina e jurisprudência traçam um rumo para a atividade que pode ser previsto, acompanhado e controlado⁴¹¹.

Por conta disso, da dimensão guia da culpabilidade como medida de pena derivamos que os elementos inerentes ao fato típico e aqueles pertinentes à antijuridicidade é que podem ser objeto de graduação⁴¹² (para cima e para baixo⁴¹³) conforme a intensidade com que se verificam no caso concreto. E isso, é bom que se diga, não significa *bis in idem*, uma vez que não será a só presença daqueles elementos o objeto de valoração, mas o nível, a força ou a extensão com que efetivamente se manifestam⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ ROIG, op. cit., 2015, p. 124.

⁴¹⁰ ROIG, op. cit., 2015, p. 142.

⁴¹¹ STOCO, op. cit., p. 129.

⁴¹² Explica Adriano Teixeira, sobre os elementares dos tipos penais, que “não são unidades estáticas que apenas constituem os pressupostos básicos da incriminação, mas sim conceitos graduáveis, ou seja, também constituem objeto da aplicação da pena”. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 122.

⁴¹³ HÖRNLE, op. cit., 2001, p. 413.

⁴¹⁴ Nesse sentido, exemplifica Adriano Teixeira: “o autor de um estupro não pode ter sua pena aumentada porque usou de violência, pois o uso de violência já é pressuposto, elementar do tipo de estupro. No entanto, o grau de violência pode (e deve) ser considerado na composição do quantum da pena”. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 123-124.

Nesse diapasão, o desvalor do comportamento e o desvalor do resultado exsurtem como os fatores específicos a ponderar no que tange ao grau de manifestação dos elementos do injusto para fins de dosimetria da pena-base⁴¹⁵. *De lege lata*, propomos enquadrar tais fatores dignos de mensuração, no âmbito do artigo 59 do Código Penal⁴¹⁶, dentro, respectivamente, de circunstâncias e consequências.

Nesse ponto, façamos um importante parêntesis. São oito as circunstâncias judiciais positivadas no supracitado artigo 59. A primeira delas, culpabilidade, como vimos defendendo, tem, na fase de aplicação da pena, um papel central, reitor dessa atividade. Até mesmo o fato de ser a primeira dentre as circunstâncias judiciais legalmente previstas, paralelamente à prescrição do artigo 29 do mesmo diploma legal – no sentido de que quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade –, permite-nos interpretar, de modo congruente com o sistema jurídico-penal de bases democráticas brasileiro, que não se trata apenas de mais uma circunstância judicial. Nem deve ser sopesada como tal.

Afirmações como culpabilidade acentuada⁴¹⁷ ou dolo intenso⁴¹⁸⁻⁴¹⁹ não tem lugar numa dosimetria da pena proporcional ao fato, eis que carregadas de fortes

⁴¹⁵ Em semelhante sentido, veja-se a opinião de Juarez Tavares: “(...) a teoria penal mais recente procura relacionar a individualização da pena à gravidade objetiva do fato, e não a juízos objetivos de conveniência, de clamor público ou de realização da moralidade. Em consonância com essa exigência e atendendo, especificamente, ao sentido empreendido pelo injusto penal, pretende essa teoria fundar a avaliação da culpabilidade exclusivamente sobre fatores relacionados ao desvalor do fato e ao desvalor do resultado, o que implicaria obedecer fielmente ao princípio da proporcionalidade entre fato e pena. Com isso, a culpabilidade, em lugar de constituir um elemento diverso na aplicação da pena, seria tratada como um injusto culpável individualizador (*verschuldetes Strafzumessungs-Unrecht*), ou seja, a culpabilidade não seria medida conforme um juízo autônomo de reprovação sobre o agente, e, sim, em face dos elementos do próprio injusto em função do agente”. TAVARES, op. cit., 2011, p. 134-135.

⁴¹⁶ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...) II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). BRASIL. *Código Penal*, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 27/06/2019.

⁴¹⁷ STJ - HC: 101743 DF 2008/0052680-4, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 24/11/2008, T5 - QUINTA TURMA, DJe 15/12/2008; STJ - AgRg no HC: 444312 SC 2018/0079543-4, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 22/05/2018, T5 - QUINTA TURMA, DJe 30/05/2018.

⁴¹⁸ Inacio de Carvalho Neto lembra que a Lei nº 7.210/1984, que realizou a reforma da Parte Geral do Código Penal substituiu as expressões intensidade do dolo e grau de culpa pela culpabilidade, sob a justificativa explicitada na Exposição de Motivos de que “graduável é a censura cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena”. CARVALHO NETO, Inacio de. *Aplicação da pena*. São Paulo: Método, 2013, p. 50.

contornos valorativos subjetivos⁴²⁰, de cunho social e caráter eticizante, associados à primitiva ideia de censura⁴²¹ que se construiu no curso histórico da busca por um conceito material de culpabilidade enquanto categoria delitiva⁴²².

A culpabilidade do autor, para efeito de fixação da pena, é o que é. Não é elevada, nem suave. Tampouco intensiva ou diminuta. É a culpabilidade adequada, proporcional, que o julgador alcança pela ponderação objetiva e retrospectiva dos elementos inerentes ao injusto culpável concretamente postos à sua apreciação, fundamentada circunstanciadamente a partir da gradação dos institutos da teoria do Delito, vinculados à lei em sentido amplo e (sempre) reconduzidos ao fato em si.

Há grande indefinição e, a nosso ver, também em muitos casos, especialmente na jurisprudência, um mau uso da circunstância culpabilidade⁴²³, a despeito de alguns esforços doutrinários de oferta de compatibilização teórica que já vem sendo empreendidos. Ilustrando tal empenho, José César Naves de Lima Júnior sugere que a culpabilidade conteria em si, além dos elementos subjetivos do tipo, todas as demais circunstâncias judiciais, as quais, conjuntamente consideradas, permitiram a definição da medida de reprovabilidade⁴²⁴⁻⁴²⁵.

⁴¹⁹ STJ - AgRg no HC: 467366 MS 2018/0226315-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 02/10/2018, T5 - QUINTA TURMA, DJe 11/10/2018; STJ - AgRg no REsp: 1579289 RN 2016/0025416-0, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 05/06/2018, T5 - QUINTA TURMA, DJe 13/06/2018.

⁴²⁰ Nesse diretriz, sobre “dolo intenso”, afirma Tatiana Stoco: “Somente uma concepção de dolo que dá relevo à ‘vontade má’ é capaz de sustentar que a gravidade do crime demonstra sempre a maior intensidade do dolo”. STOCO, op. cit., 2019, p. 129.

⁴²¹ A propósito, opina José César Naves de Lima Júnior: “(...) no sentido social, a culpabilidade dificilmente conseguirá superar a acepção de censura ou reprovabilidade, traços advindos da vingança privada que outrora foi absorvida pelo contrato social”. E conclui: “(...) é preciso evitar os extremos, e admitir a reprovabilidade de certas condutas apenas quando imprescindível à manutenção da vida harmoniosa em sociedade e preservação de seus valores essenciais”. LIMA JÚNIOR, José César Naves de. *Dosimetria da culpa*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 38-39. Concordamos em linhas gerais com a parte final, mas no sentido de que evitar os extremos, cumprindo o princípio penal da intervenção mínima e respeitando o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, significa ter como absolutamente primordial o papel de contenção da culpabilidade em todas as suas vertentes, especialmente enquanto critério reitor na aplicação da pena, e, por conseguinte, guiar a reprovação para um sentido estritamente jurídico, que deverá expurgar qualquer apreciação (negativa) de natureza moral.

⁴²² Vide capítulo 1.

⁴²³ Interessante, nesse diapasão, a menção de Juarez Cirino dos Santos a uma pesquisa empírica a respeito do uso das circunstâncias judiciais na práxis forense. Diz ele: “a culpabilidade é a circunstância judicial mais frequente, determinando pena-base superior ao mínimo legal em 76,5% dos casos, com frequente fundamentação inerente ao tipo – um método ilegal consistente na repetição do tipo legal imputado: no furto, porque o autor subtraiu o bem de outra pessoa; no homicídio, porque o autor tirou a vida de alguém etc.”. CIRINO DOS SANTOS, op. cit., 2012, p. 520.

⁴²⁴ LIMA JÚNIOR, op. cit., 2018, p. 43-44.

⁴²⁵ Em semelhante sentido, sustenta José Antonio Paganella Boschi: “A culpabilidade referida pelo artigo 59 é a reprovação em grau objetivamente mensurável, e as circunstâncias judiciais são as ferramentas colocadas pela lei à disposição do juiz para a realização desse trabalho segundo o

Já Juarez Tavares defende que a culpabilidade delimita a pena em seu patamar superior e, a partir daí é que atuam as demais circunstâncias judiciais, na condição de critérios complementares de individualização e tão somente a favor do réu⁴²⁶.

Outros, como Juarez Cirino dos Santos, simplesmente sustentam a existência de erro metodológico do legislador na inserção da culpabilidade entre as circunstâncias judiciais, concluindo, em todo caso, que permaneceria ela relacionada tão somente aos elementos que perfazem o conceito sistemático de delito, isto é, ao grau de verificação em concreto da consciência da ilicitude e ao nível de exigibilidade de outra conduta⁴²⁷.

De nossa parte, compreendemos, coerentemente ao que vimos sustentando neste trabalho e tal qual já afirmamos noutra oportunidade, que a culpabilidade não deve ser valorada como circunstância judicial autônoma na fixação da pena-base, demandando, em realidade, interpretação no sentido de que se trata de uma bússola que, a um só tempo, rememora o julgador de que seu papel primordial é limitar o poder punitivo estatal e “direciona a reprovação estritamente aos pressupostos de fato que justificam a punibilidade, conforme o grau de sua manifestação no caso concreto”.⁴²⁸

Portanto, nossa posição é ligeiramente distinta daquela que advoga Adriano Teixeira. É dizer, assim como o autor, sustentamos um papel central da culpabilidade na aplicação da pena⁴²⁹; não se trata apenas de mais uma

itinerário preestabelecido (pena-base, pena provisória e pena definitiva) e não como dimanam das regras pretorianas categorias com carga valorativa e função equivalente à da culpabilidade”. E mais adiante, arremata o autor: “Nesta perspectiva, os antecedentes, a conduta, a personalidade, os motivos, as circunstâncias do crime, as consequências e o comportamento da vítima, como importantes ferramentas, estão, isto sim, a serviço da culpabilidade, e não em concurso com ela”. BOSCHI, op. cit., p. 190-191.

⁴²⁶ E acrescenta o autor: “Se assim não for, estar-se-á criando uma pena dissociada do fato e, ademais, introduzindo-se, na sua medida, fatores morais, que nada têm a ver com a reprovabilidade jurídica”. TAVARES, op. cit., 2011, p. 129.

⁴²⁷ Afirma o autor: “Esse conceito de culpabilidade constitui, em conjunto com o conceito de tipo de injusto, o conceito de fato punível – e, por essa razão, não é redutível a simples circunstância judicial, equivalente a outros elementos informadores da pena-base, como os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos do autor, ou como circunstâncias ou consequências do fato, ou, ainda, como o comportamento da vítima, de valor evidentemente inferior”. CIRINO DOS SANTOS, op. cit., 2012, p. 518-519.

⁴²⁸ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; ALBUQUERQUE, Leonardo Carvalho Tenório de. Limites à censura moral e uma defesa da culpabilidade pelo fato como guia ao julgador na dosimetria da pena. In: Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 108.

⁴²⁹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 135.

circunstância judicial a ser sopesada concorrentemente com as outras sete previstas no artigo 59 do Código Penal, tampouco com igual nível de influência na atividade de dosimetria da sanção.

No entanto, divergimos quando Teixeira, compartilhando dos entendimentos de Juarez Tavares e de José Antonio Paganella Boschi, compreende a culpabilidade como “fator conglobante, representante do conjunto de todas as circunstâncias judiciais” que a concretizam ou especificam⁴³⁰.

Com efeito, a função da culpabilidade na fixação da pena-base não é agregadora das demais circunstâncias judiciais, mas conformadora de seu sentido e limitadora de sua eficácia. As outras circunstâncias positivadas no artigo 59 do Código Penal não são critérios complementares; elas são, em atenção ao princípio da legalidade, os parâmetros únicos a serem contemplados na fixação da pena-base que parte do mínimo abstratamente cominado. O que sucede é que essas circunstâncias precisam ser ressignificadas e terem escopo ajustados em consonância com uma culpabilidade orientada primordialmente a uma pena proporcional ao fato⁴³¹, de bases democráticas e liberais, que atua como elemento reitor da atividade de dosimetria da pena, de modo que algumas delas poderão ser ponderadas como fator de agravamento da sanção criminal em relação ao patamar mínimo legal, enquanto outras somente admitem consideração com fins contentores do poder punitivo estatal.

⁴³⁰ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 129-130.

⁴³¹ Culpabilidade proporcional ao fato que impedirá, por exemplo, o sopesamento de elementos estranhos à conduta criminosa desfavoravelmente ao condenado. Nessa diretriz, confira-se o julgado a seguir ementado: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO E FALSA IDENTIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO EQUIVOCADA. PENA REDIMENSIONADA. PROVIMENTO. 1- A culpabilidade a que alude o art. 59 do Código Penal não se confunde com aquele pressuposto de aplicação da pena ou elemento configurador do crime, tratando-se, na verdade, de um plus no juízo de reprovação da conduta do agente, pelo que impossível valorá-la negativamente com base em fatos estranhos à conduta em espeque, que não revela grau de culpabilidade extra, sendo de rigor o decote de tal circunstância, ausente análise idônea acerca do maior ou menor grau de reprovabilidade. 2- Apelo conhecido e provido, com redimensionamento das penas aplicadas. (TJ-TO - APR: 00033778820198270000, Relator: CELIA REGINA REGIS). Em sentido contrário, isto é, demonstrativo do sopesamento de elemento não relacionado especificamente ao injusto em desfavor do condenado, veja-se a seguinte ementa de julgado: *Furto qualificado*. Pena. Individualização. Culpabilidade. Personalidade. Condenações definitivas anteriores. 1 - Admite-se a valoração negativa da culpabilidade, se o réu comete o crime durante benefício concedido na execução de pena anterior, o que revela maior reprovabilidade de sua conduta e demonstra descaso com a punição estatal e com a possibilidade de ressocialização. 2 - Condenações definitivas anteriores, alcançadas ou não pelo período depurador de 5 anos, não servem para macular a personalidade. 3 - Apelação provida em parte. (TJ-DF 00037800620198070003 DF 0003780-06.2019.8.07.0003, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 16/04/2020, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 25/04/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada).

Feita essa necessária digressão, examinemos, agora, dentre os critérios remanescentes do artigo 59 do Código Penal, “circunstâncias” e “consequências”, que, respectivamente, “são os critérios objetivamente aferíveis para fundamentar uma reprovação à ação e ao resultado que seja inteiramente reconduzível aos fatos”⁴³².

4.2.2.1. A graduação do desvalor do comportamento albergada pelo critério “circunstâncias” do artigo 59 do Código Penal

Segundo Cezar Bitencourt, as circunstâncias a que se refere o artigo 59 do Código Penal são aquelas que “defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes”⁴³³.

Já Paganella Boschi afirma que elas “têm natureza objetiva, porque dizem respeito aos aspectos laterais, periféricos, que circundam o fato propriamente dito e fornecem a este um colorido especial”⁴³⁴.

Rodrigo Roig, por seu turno, critica a confusão que, segundo assevera, frequentemente se observa, na prática, quando consideradas as circunstâncias do crime, “seja com elementos constitutivos do tipo, seja com agravantes obrigatórias, ou ainda, com causas de aumento de pena, em flagrante bis in idem”, assim como refuta a possibilidade de majoração da pena-base escorada na “evocação de elementos que integram a gravidade imanente do próprio delito objeto de apreciação”, porque tais aspectos já teriam sido graduados pelo legislador ao definir as penas máximas e mínimas no preceito secundário do tipo penal⁴³⁵⁻⁴³⁶.

Como argumentamos ao longo deste trabalho, entendemos que uma dosimetria da pena-base que se pretenda segura, impessoal, suficientemente previsível, passível de contradita e obsequiosa ao princípio da legalidade deve ser

⁴³² MELLO; ALBUQUERQUE, op. cit., 2020, p. 109.

⁴³³ BITENCOURT, op. cit., 2004, pp. 611.

⁴³⁴ BOSCHI, op. cit., p. 178.

⁴³⁵ ROIG, op. cit., 2015, p. 174-175.

⁴³⁶ À luz dos argumentos defendidos, sugere, em posição pessoal não majoritária na doutrina, Rodrigo Roig: “A superação dos obstáculos à legalidade é alcançada de maneira simples, invertendo-se o sentido penal até então empregado. No instante em que as circunstâncias do delito não são mais empregadas para a majoração da reprimenda, porém tão somente de forma redutora, todas as considerações acerca da maior gravidade do delito, preventivas ou posteriores à infração penal, perdem sentido e aplicabilidade, aclarando-se quais dados efetivamente dizem respeito às circunstâncias do evento delitivo”. ROIG, op. cit., 2015, p. 177.

conectada aos institutos da teoria do delito que, reconhecidos pelo Juízo, fundamentaram a condenação em primeiro lugar. Não há outra coisa a ponderar para individualizar a sanção – notadamente para agravá-la em relação ao mínimo abstratamente cominado –, senão exatamente aquilo que justifica a sua imposição, isto é, os caracteres do injusto.

Nesse diapasão, concordamos que sim, as “circunstâncias” do artigo 59 defluem do fato delituoso e igualmente compreendemos que possuem um caráter objetivo. Isso não significa que demandem uma valoração mecanizada, estanque, ou tabelada, senão que os parâmetros a serem ponderados na dosimetria da pena base são determináveis e se extraem do comportamento exteriorizado.

Por outro lado, não há falar que sejam essas “circunstâncias” do artigo 59 do Código Penal tão somente aspectos que rodeiam o fato delituoso ou a ele suburbanos. Cuida-se, em verdade, de elementos diretamente relacionados ao injusto, graduados conforme a intensidade em que se verificam no caso concreto e que, por decorrência, representam o maior ou menor desvalor do comportamento.

Martín Besio Hernández faz importante ponderação – também aplicável à dosimetria da pena no Brasil –, que, inclusive dialoga bem com a teorização que vimos defendendo, quando afirma que a consideração de elementos que agravem a pena somente pode ocorrer se abrangidos pelo tipo legal concreto e se reconhecidos previamente pelo juiz na decisão. Quando isso ocorre, diz ele, então é possível fazer repercutir na pena o maior ou menor desvalor do injusto, tendo em vista seu caráter graduável que permite diferenciar hipóteses mais ou menos intensas dos pressupostos factuais em cada caso⁴³⁷.

Transportando a tese para o nosso âmbito, de fato, deve o julgador fundamentar em sua decisão a existência daquela circunstância que agrava a pena, inclusive por exigência constitucional expressa⁴³⁸. Não nos parece adequado, no entanto, restringir a vinculação da “circunstância” idônea a ser ponderada na dosimetria da pena base à tipicidade, podendo ser legitimamente sopesados pelo

⁴³⁷ BESIO HERNÁNDEZ, op. cit., 2011. Paginação irregular.

⁴³⁸ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. BRASIL. *Constituição Federal*, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08/11/2020.

magistrado, nesse ponto, aspectos relacionados ao injusto como um todo, sejam fatores que integram o fato típico, sejam componentes do exame da antijuridicidade.

De mais a mais, inexistente *bis in idem* na valoração, dentro das “circunstâncias” do artigo 59 do Código Penal, de aspectos que dizem respeito ao injusto, inclusive os elementos constitutivos do tipo penal, na medida em que a própria existência de um intervalo entre mínimo e máximo legalmente cominados reconhece os diversos níveis de desvalor comportamental possíveis e, numa dosimetria da pena-base regida por uma culpabilidade proporcional, esse preenchimento é feito, com primordialidade, exatamente pela análise retrospectiva do fato delituoso balizada pelos institutos da Teoria do Delito.

Em termos mais simples, para arrematar, uma mesma norma penal que proíbe o comportamento criminoso pode ser violada por ações (ou omissões) de gravidades e intensidades diferentes; no primeiro momento do processo penal, o juiz perquire acerca da presença de um fato típico e ilícito; ao final, para determinar a medida adequada da pena base, o julgador, então, indaga quanto ao nível, maior ou menor, de verificação de tais substratos do crime.

Assim, ilustrativamente, é sabedor o magistrado que a conduta típica “matar alguém” pode ser empreendida com um soco, uma pedrada, por enforcamento ou por quinze disparos de arma de fogo à queima roupa, dentre inúmeros outros modos de execução, e cada um deles terá um desvalor próprio a ser mensurado, seja qual for a base parametrizadora que se adote (abalo à validade da norma – conceito ideal de injusto; danosidade social sob a perspectiva da vítima – conceito empírico de injusto; ou o conceito real de injusto que incorpora ambas as dimensões).

Portanto, propomos que, dentro da análise, pelo magistrado, das “circunstâncias” previstas no artigo 59 do Código Penal, com fins de definição da pena base, pondere o julgador aspectos referentes ao injusto de ação, afira o desvalor do comportamento.

Sabe-se, como observa Adriano Teixeira, que “as circunstâncias reais de um crime que podem fornecer um índice da gravidade da realização típica são tão inúmeras e diversas” que é impossível enumerá-las, menos ainda prevêê-las todas; por isso, incumbe ao magistrado “identificá-las e apreendê-las de modo a indicar sua relevância para a valoração dos componentes do injusto culpável”⁴³⁹.

⁴³⁹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 136.

Nada obstante, examinaremos aqui algumas questões pertinentes, em esforço que tenciona demonstrar brevemente possíveis repercussões da aplicação de uma culpabilidade-guia da atividade de dosimetria da pena-base no critério circunstâncias.

A. Grau da culpa e intensidade do dolo

Não é difícil encontrar na jurisprudência referências à gravidade da culpa como fator a considerar na mensuração da pena. No HC nº 405524/SP, por exemplo, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou:

Para fins do art. 59 do CP, a culpabilidade deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o maior ou menor grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Decerto, para a tipificação da conduta, pouco importa ao julgador se o agente agiu com dolo intenso ou culpa grave. Tais circunstâncias, contudo, deverão ser analisadas na primeira fase da dosimetria a título de culpabilidade, em atendimento ao princípio da individualização da pena. Nesse passo, conquanto se trate de crime culposos, é lícito ao julgador exasperar a pena-base pelo vetor "culpabilidade", desde que seja declinada motivação idônea, conforme se depreende na hipótese em análise.⁴⁴⁰

Ainda ilustrativamente, desta feita no âmbito da doutrina, transcrevem-se as palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Para compor o fato típico, verifica o magistrado se houve dolo ou culpa, pouco interessando se o dolo foi "intenso" ou não, se a culpa foi "grave" ou não. Assim, estabelece-se ter havido crime, com dolo direto ou eventual, culpa grave ou leve. Em seguida, na aplicação da pena, o elemento subjetivo do crime, inserido que está na tipicidade, não deve servir de guia para o juiz, se analisado em contexto isolado, pois o importante é a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso.

(...)

Não se despreza, no entanto, a denominada intensidade do dolo ou o grau da culpa. Mas, para tanto, é curial inserir essa verificação no cenário da personalidade do agente. Se atuou com culpa grave, demonstra ser pessoa de acentuada leviandade no modo de ser.⁴⁴¹

Contudo, assiste razão a Tatiana Stoco quando pondera que a graduação da violação do dever de cuidado objetivo, associada à valoração da previsibilidade inerente aos crimes culposos, pode "conduzir a juízos genéricos com relação à capacidade individual do agente de prever o resultado, moralizações indevidas

⁴⁴⁰ STJ - HC: 405524 SP 2017/0153976-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 10/10/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/10/2017

⁴⁴¹ NUCCI, op. cit., 2015, p. 158-159.

(maior ‘reprovabilidade’) ou a recursos incompatíveis com uma pena proporcional ao fato”⁴⁴². Daí porque a autora considera mais adequada a utilização de critérios de imputação objetiva nesse particular.

A teoria da imputação objetiva, de fato, oferece maior precisão para apreensão das hipóteses de culpa⁴⁴³, afastando o decisor de intuições subjetivo-moralizantes a respeito das ideias de violação do dever de cuidado objetivo, previsibilidade e evitabilidade.

Sobre a teoria da imputação objetiva, explica Délio Lins e Silva Júnior:

(...) para que seja satisfatoriamente exercida a tutela penal na moderna sociedade dos riscos, impõe-se, basicamente, a criação pelo autor de um risco juridicamente proibido e que esse risco seja a causa do resultado juridicamente relevante provocado, e, obviamente, que seja alcançado pelo tipo penal incriminador.⁴⁴⁴

Assim, ao ponderar o critério do perigo juridicamente proibido, tem o julgador uma base muito mais sólida e objetiva para subsidiar a quantificação da pena-base nos crimes culposos, dentro do espectro do desvalor do comportamento.

A mesma compreensão pode, em linhas gerais, ser trasladada para os crimes dolosos. Vejamos.

Já antecipamos, em linhas anteriores, uma contrariedade à expressão “dolo intenso”, largamente utilizada na jurisprudência como fator supostamente revelador de maior reprovabilidade⁴⁴⁵. Aqui cabe um aprofundamento.

Por vezes a expressão é associada à mera presença dos componentes majoritariamente⁴⁴⁶ reconhecidos ao dolo (volitivo ou cognitivo)⁴⁴⁷, em evidente – e indevida – dupla ponderação dos mesmos aspectos que caracterizaram o próprio

⁴⁴² STOCO, op. cit., 2019, p. 147.

⁴⁴³ ROXIN, op. cit., 2008, p. 116-117.

⁴⁴⁴ SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e a conduta da vítima*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 80.

⁴⁴⁵ Apesar de majoritário, no Brasil, o entendimento doutrinário segundo o qual o dolo (assim como a culpa) integra o fato típico, primeiro dos substratos do conceito sistemático de delito, e não a culpabilidade, não raro é valorado na fase de aplicação da pena. Nesse sentido, diz Cezar Bitencourt: “O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal – na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação – pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura”. BITENCOURT, op. cit., 2004, p. 608.

⁴⁴⁶ Cf. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto et ali, *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 888.

⁴⁴⁷ “(...) tendo agido o réu com dolo intenso, ao adquirir folhas de cheques que tinha conhecimento serem objeto de crime, justifica a elevação da pena-base diante da maior culpabilidade” (STJ - HC: 86418 PR 2007/0156520-1, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 06/11/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2008); “”.

fato típico⁴⁴⁸. Noutras, é confundido, por exemplo, com o modo especialmente violento da execução da conduta delituosa ou com uma situação de maior vulnerabilidade da vítima⁴⁴⁹, aspectos que, como veremos a seguir, tem a ver com a forma de execução, não com o elemento subjetivo do tipo.

Há, ainda, hipóteses nas quais a vontade do agente é que desaprovada em maior medida nos julgados⁴⁵⁰, eis que revelaria um desejo de grau superior quanto ao cometimento do crime, destacada crueldade ou simplesmente indicaria que se trata de alguém mais perigoso, daí decorrendo a exasperação da pena-base.

Sobre essa última fundamentação, uma série de objeções pode ser feita. A primeira e mais basilar de todas é que um juízo valorativo depreciativo acerca da vontade não deve ser admitido, porque revela intromissão do Estado, carregada de forte tom moralizantes, em aspectos subjetivos ao condenado, inverificáveis na prática. Não nos estenderemos neste ponto, uma vez que bastante explorado neste trabalho e assentada nossa posição a respeito.

Vale acrescentar apenas que, mesmo quanto ao reconhecimento do dolo enquanto elemento subjetivo do tipo – essencial à configuração do fato típico e à caracterização do crime –, há relevante discussão doutrinária acerca da real

⁴⁴⁸ Concepção normativa de culpabilidade, majoritariamente adotada no direito brasileiro. Cf. BITENCOURT, op. cit., 2004, p. 348-357.

⁴⁴⁹ “O paciente teve sua pena-base fixada acima do mínimo legal de forma fundamentada, apontada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, caracterizadas pelo dolo intenso em cometer o crime- o acusado desferiu 4 golpes de faca em sua ex-companheira quando ela estava de costas, de forma a impossibilitar qualquer reação – (...)” (STJ - HC: 196360 ES 2011/0023470-2, Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Data de Julgamento: 02/06/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2011); “Os vários golpes de faca desferidos pelo apelante contra a vítima são elementos de convicção concretos a autorizar a reprovação do referencial da culpabilidade, configurando autêntico ‘plus’ no comportamento criminoso que ultrapassou os limites originais da conduta delituosa descrita em lei” (TJ-MT 00167140920128110042 MT, Relator: RONDON BASSIL DOWER FILHO, Data de Julgamento: 24/02/2021, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: 03/03/2021).

⁴⁵⁰ “(...) o réu agiu de forma premeditada e com dolo intenso, realizando diversos disparos contra a vítima em regiões letais, como as costas, bem como pelo fato de ter cometido o crime nas adjacências de um posto policial, o que denota sua ousadia e desrespeito à segurança pública” (TJ-DF 20160310162800 0032883-05.2012.8.07.0003, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Data de Julgamento: 09/12/2016, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 13/12/2016. Pág.: 121/131); “Age com intenso dolo em matar aquele que desferiu 25 (vinte e cinco) golpes de faca contra sua companheira, demonstrando verdadeiro desprezo contra a vida daquela com quem convivia, o que autoriza a análise desfavorável da culpabilidade” (TJ-DF 20130510014396 DF 0001416-65.2013.8.07.0005, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Data de Julgamento: 11/12/2014, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/01/2015. Pág.: 350); “A culpabilidade é desfavorável, pois a quantidade de disparos realizados contra a vítima indica intenso dolo de matar, evidenciando maior grau de reprovabilidade da conduta do réu” (TJ-DF 20170910039057 DF 0003791-85.2017.8.07.0009, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 29/08/2019, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 04/09/2019 . Pág.: 82-100).

existência de um componente volitivo⁴⁵¹. A complexidade e vastidão do tema não nos permite dele tratar neste trabalho. Pode-se de logo vislumbrar, contudo, que a concepção de um dolo puramente cognitivo⁴⁵² potencialmente traz benefícios para uma dosimetria da pena orientada à teoria da proporcionalidade em relação ao fato, ante a diminuição do espaço de conjecturas acerca de elementos internos ao condenado.

Uma segunda contradita em relação à reprovabilidade da vontade como justificativa para a elevação da medida de pena decorre do entendimento de que um delito de maior gravidade concreta não implica necessariamente que o autor do fato teve um dolo mais intenso, isto é, não significa que um querer superior. Como explica Luís Greco, “o que torna a ação objetivamente mais perigosa, a rigor, não é a vontade, e sim a maneira como a ação é externamente executada”⁴⁵³. O mesmo autor apresenta um exemplo muito claro: um caso em que o agente, face a grande vontade de matar alguém, efetua disparo de arma de fogo à queima roupa, ao invés de fazê-lo à distância⁴⁵⁴⁻⁴⁵⁵. De fato, numa hipótese como essa, não terá sido o nível de querer a elevar o risco (ou a afetação) para o bem jurídico tutelado, senão a maneira como executado o núcleo do tipo⁴⁵⁶.

Ainda para ilustrar, uma comparação entre extremos: um determinado agente pode estar obcecado, tomado por uma vontade fervorosa de caluniar a vítima. Outra pessoa, por outro lado, pode ter acabado de decidir praticar um latrocínio, sem muito pensar a respeito, tampouco possuindo um ímpeto relevante direcionado à prática do crime. Ao ver a vítima transitar com um telefone móvel de última geração, imaginou, naquele exato momento, que a subtração do bem poderia lhe ser útil no futuro, seja para ganhar dinheiro com a venda, seja para o próprio uso. Ainda não sabia. Ora, aquele primeiro delito normalmente configura um crime de menor potencial ofensivo segundo as leis brasileiras e não se torna concretamente mais grave em função do inflamado querer do autor do fato. O latrocínio, por sua vez, é reconhecidamente um crime de especial gravidade e, a depender da forma de execução, pode justificar uma reprovação (jurídica) ainda maior na individualização

⁴⁵¹ Sobre o tema, na doutrina brasileira, com aprofundada abordagem: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

⁴⁵² GRECO, op. cit., 2009, p. 902.

⁴⁵³ GRECO, op. cit., 2009, p. 899.

⁴⁵⁴ GRECO, op. cit., 2009, p. 899.

⁴⁵⁵ Para investigação mais minuciosa e outros exemplos, cf. VIANA, op. cit., 2017, p. 150-151.

⁴⁵⁶ VIANA, op. cit., 2017, p. 152.

da pena-base. Noutras palavras, as características exteriores do fato é que podem ser mais ou menos graves e isso independe do dolo.

De igual maneira, tampouco a cogitação acerca de uma maior vontade de praticar o crime por parte do agente autoriza o julgador a considerá-lo mais perigoso⁴⁵⁷. Considerações preventivas desfavoráveis ao condenado no momento da dosimetria da pena-base já foram amplamente refutadas neste trabalho e, como conclui Eduardo Viana, “toda teoria que recorre a fundamentos subjetivos para justificar maior punibilidade abona o direito penal do fato para firmar alguma sintonia com o direito penal do autor”⁴⁵⁸.

Mais tormentosa parece a questão do dolo eventual. Segundo o artigo 18, I do Código Penal, o crime é doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”⁴⁵⁹. Ambas as hipóteses configuram o dolo. Não é prevista no Código uma diferença de intensidade, sendo o tratamento legislativo é uniforme nesse particular. Mas haveria entre eles uma diferença de grau capaz de interferir quantitativamente na pena?

Como já referido, não estamos aptos, dentro do escopo deste trabalho, a enfrentar com profundidade os problemas dogmáticos inerentes ao dolo, tampouco os questionamentos em relação à concepção clássica. Partamos, no entanto, da compreensão doutrinária predominante de que o dolo tem como componentes a representação e o querer. No dolo eventual, o agente não quer o resultado, mas, representando-o como possível, “sustenta a relação psíquica de conformidade e/ou aprovação em relação à sua eventual ocorrência”⁴⁶⁰. Os componentes da vontade e do conhecimento estão presentes, então, em menor escala em relação ao dolo direto⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ “(...) o recorrente atuou com dolo intenso, na companhia de seu comparsa, expôs as vítimas a sofrimento exacerbado para perpetração do intento criminoso, veja, após disparar contra a vítima V., resultando sua morte, retornou ao local, agrediu, com coronhadas, o genitor, pessoa idosa com 71 anos de idade na época, e subtraiu o aparelho celular do ofendido, que, nesse momento, estava caído no chão, sangrando e inconsciente, o que denota frieza, ousadia, personalidade desvirtuada e perigosa (...)” (TJ-SP - APR: 00009001520168260586 SP 0000900-15.2016.8.26.0586, Relator: Tetsuzo Namba, Data de Julgamento: 27/05/2020, 11ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 27/05/2020).

⁴⁵⁸ VIANA, op. cit., 2017, p. 159.

⁴⁵⁹ BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 25/10/2021.

⁴⁶⁰ VIANA, op. cit., 2017, p. 73-74.

⁴⁶¹ Há, como define Eduardo Viana, um “duplo enfraquecimento dos elementos psíquicos”. VIANA, op. cit., 2017, p. 75.

Pois bem. Daí vem a questão: em razão da “relação menos intensa de dependência existente entre a representação do autor e a possibilidade de ocorrência do resultado, bem assim a ausência direta do conteúdo volitivo”⁴⁶², poder-se-ia afirmar que um crime praticado com dolo eventual é menos grave do que um cometido com dolo direto? Dito de outra forma e sob a perspectiva inversa: a presença mais destacada da vontade e do domínio com relação ao resultado significa que o comportamento do agente é juridicamente mais reprovável e, por isso, justificada estaria uma pena mais elevada em relação àquele que atua com dolo eventual?

Tatiana Stoco, reconhecendo a dificuldade da questão, considera que, uma vez admitida uma distinção qualitativa entre dolo direto e dolo eventual, tal deveria gerar reflexos quantitativos na pena⁴⁶³. Eduardo Viana, embora sem tratar especificamente do tema da aplicação da pena – mas sobre a clássica posição e estrutura do dolo –, lembra que, em comparação às suas demais formas, tradicionalmente se concebe que “o dolo eventual não transmite a mesma intensidade de injusto”⁴⁶⁴.

José Peralta, por sua vez, defende a irrelevância dos elementos subjetivos do tipo para o desvalor da ação⁴⁶⁵ e, por conseguinte, para a fixação da pena. Se assim não fosse, diz o autor, o que estaria sendo objeto de maior castigo seria, em realidade, a atitude interna do agente que o julgador desaprova⁴⁶⁶.

Concordamos com este último posicionamento, coerentemente ao que vem sendo defendido ao longo desse estudo.

De fato, parece-nos instintivo afirmar que aquele que tem maior conhecimento quanto às consequências e maior vontade de lesar o bem jurídico protegido merece uma maior pena. Porém, esse conteúdo cognitivo e volitivo interno ao agente não é necessariamente transportado para o mundo exterior. Não há uma obrigatória relação de causalidade entre um maior querer ou uma melhor representação e uma afetação superior ou um risco ampliado ao bem jurídico ou à vítima⁴⁶⁷. Um crime praticado com dolo eventual pode ser, na prática, mais gravoso do que um mesmo

⁴⁶² VIANA, op. cit., 2017, p. 75.

⁴⁶³ STOCO, op. cit., 2019, p. 143.

⁴⁶⁴ VIANA, op. cit., 2017, p. 75.

⁴⁶⁵ PERALTA, op. cit., 2010, p. 254.

⁴⁶⁶ PERALTA, op. cit., 2010, p. 261.

⁴⁶⁷ STOCO, op. cit., 2019, p. 142.

comportamento com dolo direto e essa análise somente pode ser feita *à posteriori*, a partir da ponderação do desvalor da ação e do resultado.

De mais a mais, examinar a maior ou menor censurabilidade do que foi representado ou querido, além de não contribuir com a simplificação e previsibilidade dos parâmetros basilares a serem adotados na determinação quantitativa da pena-base, representam, em consonância com o que argumentou Peralta, uma inescapável valoração subjetivo-moralizante.

Por essas razões, na mesma linha do que dissemos em relação ao grau da culpa, parece-nos inapropriado, para fins da dosimetria da pena, graduar o dolo, seja *de per si* – “intensidade da vontade” –, seja quanto à distinção qualitativa (dolo direto x dolo eventual). Relevância tem os caracteres exteriores do crime, reconduzíveis ao injusto, como a forma de execução, que veremos a seguir.

B. Forma de execução

No Brasil, observa-se, como aponta Tatiana Stoco, que o exame do modo de execução do crime, para fins de fixação da pena-base, costuma oscilar “entre o campo da culpabilidade, como expressão de ‘reprovabilidade’ e as circunstâncias do crime”⁴⁶⁸.

Sob as bases de uma culpabilidade retrospectiva ao fato reitor da atividade de dosimetria da pena, compreendemos que essa confusão largamente influenciada por valorações morais sobre o que é mais ou menos censurável não pode ser admitida.

Expressões comumente utilizadas para justificar a exasperação da pena-base como crueldade, perversidade, frieza, insensibilidade, desprezo, egoísmo, covardia, repugnância e audácia, portanto, precisam ser ressignificadas – inclusive *de lege lata*⁴⁶⁹ – e devem encontrar um referente fático correspondente a um maior desvalor do injusto de ação.

⁴⁶⁸ STOCO, op. cit., 2019, p. 148.

⁴⁶⁹ A expressão “meio cruel”, por exemplo, é utilizada nos artigos 61, II, alínea “d” e art. 121, §2º, III, ambos do Código Penal e, em princípio, precisa passar por um filtro corretor do intérprete, que lhe confira maior clareza, determinabilidade e capacidade de vinculação retrospectiva ao injusto. O tema, no entanto, foge do espectro deste trabalho, precisando ser trabalhado noutra oportunidade. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 27/06/2019.

Adotando, ilustrativamente, a perspectiva do portador do bem jurídico como critério de valoração do injusto, é suficiente que o magistrado afira a intensidade de violação ao bem jurídico tutelado, na medida em que diferentes são os graus de violência, ameaça, dano, abuso ou ofensa que se podem verificar no caso concreto, assim como diversos são os meios e condições possíveis para realização do mesmo núcleo do tipo.

Assim, por exemplo, quando, no julgamento do HC nº 598856/SC, a Sexta Turma do STJ afirma a “brutalidade” da forma de execução do delito, o que efetivamente importa e deve repercutir na dosimetria da pena-base é a parte em que os julgadores descrevem por que razão a prática do núcleo do tipo, naquele caso concreto, revelou-se mais intensa (e atingiu mais fortemente o bem jurídico tutelado) do que aquela que seria suficiente para apenas configurar a prática delitiva. Com efeito, confira-se excerto do aludido julgado, com destaques nossos:

(...) No caso, tendo em vista que o acusado não cometeu apenas violência doméstica contra sua companheira, mas o fez de maneira anormal e brutal – jogou a vítima no chão, desferiu socos e chutes em várias partes do seu corpo, inclusive na cabeça, além de ter lançado diversos objetos e desferido marretadas contra ela, causando-lhe lesões no braço, dorso, nariz, mama, lombar, couro cabeludo e outras regiões do corpo.⁴⁷⁰

No precitado julgamento, os aspectos referidos foram valorados negativamente, no entanto, no âmbito da culpabilidade, circunstância judicial positivada que, como afirmamos, não deve ser sopesada autonomamente, senão entendida como critério central limitador e conformador da atividade de determinação da medida concreta de pena.

Ainda a título ilustrativo, outro ponto interessante do julgado mencionado acima, também inerente ao desvalor do comportamento e que deve ser ponderado nas “circunstâncias” do artigo 59 do Código Penal, é o seguinte: “(...) o acusado foi até o carro, pegou uma marreta e desferiu marretadas contra ela, sendo que, nas palavras da ofendida, ele apenas não a matou porque os vizinhos chamaram a polícia”.

O julgado citado, a despeito do trecho final da passagem transcrita, não reconheceu tratar-se de uma tentativa de homicídio. Nada obstante, ainda assim é

⁴⁷⁰ STJ - AgRg no HC: 598856 SC 2020/0179551-0, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 04/05/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/05/2021.

um aspecto reconduzível aos fatos, com amparo legal, que justifica procedimento de valoração semelhante àquele que determina o crime tentado enquanto causa de diminuição da pena⁴⁷¹. É dizer, quanto mais próximo da consumação do fato mais grave, maior o desvalor do injusto de ação, de sorte a permitir a exasperação da pena-base. Inversamente, quanto menor o percurso feito no *iter criminis*, menor será o desvalor do comportamento neste particular, autorizando-se, inclusive, observado o patamar mínimo de pena abstratamente cominado, que funcione como elemento redutor da pena-base.

Assim, voltando ao caso concreto anterior, a quantidade e a violência dos golpes desferidos, associado ao instrumento posteriormente utilizado (uma marreta), bem assim à diversidade de lesões podem ser compreendidos como reveladores de um comportamento que superou a simples adequação típica do crime de lesão corporal, gerando um risco efetivo à vida da vítima. Poder-se-ia imaginar que um ou dois golpes a mais, quiçá um que atingisse mais fortemente a cabeça, por exemplo, levassem ao óbito. Sendo assim, no quesito “circunstâncias”, restaria, em tese, autorizada uma valoração negativa e, por conseguinte, uma elevação da pena-base em relação ao mínimo abstratamente cominado.

Tatiana Stoco cita, outrossim, a possibilidade de agravar a pena quando se verificam circunstâncias que restringem concretamente a capacidade de defesa da vítima, tornando-a mais vulnerável, com criação de maior perigo concreto e efetivamente facilitando o cometimento do crime. Elenca, nesse passo, as seguintes hipóteses: “(...) condições de tempo e lugar que restringem a capacidade de defesa, em coautoria, com efetiva redução de possibilidade de opor resistência ou com quebra de relação de confiança entre autor e vítima”⁴⁷².

Concordamos com a autora. De fato, a prática do delito em concurso de pessoas, durante o repouso noturno, mediante emboscada, ou aproveitando-se do acesso privilegiado que a convivência com a vítima porventura confere, *exempli gratia*, são elementos hábeis a uma valoração negativa quando da fixação da pena-base. Assim o são por força da maior fragilização do bem jurídico e do seu portador

⁴⁷¹ Art. 14 - Diz-se o crime: (...) II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11/06/2021.

⁴⁷² STOCO, op. cit., 2019, p. 151.

que decorrem do meio adotado, não por insensibilidade moral, desrespeito a deveres éticos ou covardia.

No mesmo sentido, o cometimento do crime violento em local público – como num *shopping center* –, no qual presente grande quantidade de pessoas, em pleno horário comercial, utilizando-se de explosivos e arma de fogo, não justifica um recrudescimento da pena-base devido ao destemor, à ousadia ou ao desprezo para com o sistema de justiça do agente, senão em razão do grau de perigo comum e concreto criado.

Isto sem prejuízo, é claro, da necessária observância da vedação ao *bis in idem*, de modo que, quando também arroladas como circunstâncias legais que agravam a pena (artigos 61 e 62 do Código Penal⁴⁷³), ou ainda quando constituem ou qualificam o crime, não devem ser sopesadas no momento da fixação da pena-base⁴⁷⁴.

C. Infração de dever

A pena fixada em relação a um crime praticado por um Juiz de Direito, exemplificativamente, deve ser agravada em função da posição profissional do agente? O relevante cargo público ocupado e o conhecimento mais profundo das leis e normas são elementos que justificam uma elevação da reprovação jurídica? Intuitivamente, a resposta seria positiva.

⁴⁷³ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgracia particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada. Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11/06/2021.

⁴⁷⁴ BITENCOURT, op. cit., 2004, pp. 611.

Também a jurisprudência tem admitido a exasperação da pena base em casos que tais, sob o argumento de maior reprovabilidade da conduta. Vejam-se os seguintes fragmentos de julgados do STJ:

No caso, a pena-base do agravante foi exasperada pelo fato do réu ser funcionário público e pela quantidade de artefatos apreendidos. Sobre a questão, cabe destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite que o cargo ocupado pelo condenado exaspere a pena-base pela maior reprovabilidade da conduta⁴⁷⁵.

O exercício do cargo de Policial Civil, por ocasião da prática do crime, constitui fundamento idôneo para a exasperação da pena-base do acusado, por evidenciar uma maior reprovabilidade da conduta⁴⁷⁶.

Algumas observações, contudo, precisam ser feitas. A primeira delas, em harmonia com o quanto exposto ao longo deste trabalho, é que se a censura não pode ser moral, tampouco pode sê-lo o dever (violado) que fundamenta a exasperação da pena.

Em segundo lugar, nos crimes próprios, praticados “por sujeitos portadores de qualidades descritas ou pressupostas no tipo legal, como a qualificação de funcionário público no peculato (art. 312), na concussão (art. 316), na corrupção passiva (art. 317) etc”⁴⁷⁷, temos que não é bastante referir ao cargo ocupado como fator legitimador do aumento da pena. Neste caso, haveria não só *bis in idem*, como direito penal de autor e violação ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Por outro lado, como elemento do injusto que é – do tipo penal, na hipótese –, a gradação é, sim, possível, quando o julgador conecta a relevância do dever violado com uma facilitação do cometimento do crime, uma maior capacidade de vulnerabilizar o bem jurídico tutelado ou ainda, agora dentro do âmbito do injusto de resultado, uma dimensão qualificada dos resultados⁴⁷⁸⁻⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ (STJ - AgRg no HC: 507006 SP 2019/0120333-9, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 25/08/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/09/2020)

⁴⁷⁶ (STJ - AgRg no HC: 626476 RJ 2020/0299508-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 09/03/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2021)

⁴⁷⁷ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., 2012, p. 520.

⁴⁷⁸ Nessa diretriz: STOCO, op. cit., 2019, p. 151.

⁴⁷⁹ Sobre o tema, em nota de rodapé, *Jesús-María Silva Sánchez* afirma: “*En la doctrina sólo se admite la concurrencia de una mayor culpabilidad por el hecho -con la consiguiente agravación de la pena- por la ostentación de una determinada condición profesional cualificada cuando existe una relación interna (innere Beziehung) entre la profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo*”. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2/2007, p. 4.

Assim, hipoteticamente, se um magistrado, valendo-se do acesso privilegiado que tem, em razão do cargo, ao sistema de alvará judicial eletrônico do respectivo tribunal, subtrai quantia depositada judicialmente e vinculada a um dado processo, transferindo-a para conta bancária sua, parece-nos claro que, sendo ele o agente público a quem, ao fim e ao cabo, é confiada a movimentação de contas judiciais, e diante não só da facilitação da conduta delitiva, como da posição de destacada vulnerabilidade que ficam o patrimônio público e a probidade administrativa, exasperar a pena é medida de rigor.

Raciocínio semelhante pode ser feito em relação aos crimes comuns. Só que neste caso, porque valorados deveres extratípicos, isto é, não previstos no tipo penal, o maior desvalor do injusto deve ser ponderado na segunda fase da aplicação da pena, com base na circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal⁴⁸⁰.

A respeito da questão, sustenta Tatiana Stoco:

Nos crimes contra bens jurídicos individuais, somente um dever que esteja em ligação estrita com a situação de vulnerabilidade da vítima e que se caracterize como uma relação de confiança qualificada do agente deveria prestar-se a fundamentar a aplicação do aumento. Em alguns crimes contra bens jurídicos coletivos, um dever que coloque o autor em uma posição de dever de proteção ao bem jurídico, também tem relevância para fundamentar um maior aumento do injusto.⁴⁸¹

De nossa parte, podemos ilustrar o agravo quantitativo na pena em decorrência do aumentado desvalor do injusto, constatado a partir de uma valoração factual retrospectiva, com a seguinte situação hipotética: caso um Promotor de Justiça que atua perante uma Vara de Execuções Penais, em inspeção funcional que realiza em um determinado estabelecimento prisional, promova, sem autorização legal, a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel no local (art. 349-A, CP⁴⁸²), afigura-se, em nosso entendimento, também evidente que, conquanto o tipo penal não refira deveres próprios de funcionários públicos, ao

⁴⁸⁰ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II - ter o agente cometido o crime: (...) g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11/06/2021.

⁴⁸¹ STOCO, op. cit., 2019, p. 154.

⁴⁸² Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11/06/2021.

membro do Ministério Público, que comparece ao local exatamente para zelar pela ordem jurídica, pelos interesses sociais e, mais especificamente, pelo adequado cumprimento das penas, justificar-se-ia a exasperação do *quantum* da sanção criminal.

4.2.2.2. A aferição do desvalor do resultado acomodada no critério “consequências” do artigo 59 do Código Penal

Um ponto frequente nas posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o critério “consequências” é o argumento conceitual de que é interdita a consideração de resultados típicos do crime cometido, sob pena de dupla valoração⁴⁸³⁻⁴⁸⁴. A respeito, Bitencourt sustenta:

É um grande equívoco afirmar – no crime de homicídio, por exemplo – que as consequências foram graves porque a vítima morreu. A morte da vítima é resultado natural, sem o qual não haveria o homicídio. Agora, podem ser consideradas graves as consequências, porque a vítima, arrimo de família, deixou ao desamparo quatro filhos menores, cuja mãe não possui qualificação profissional, por exemplo. Importa, é verdade, analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime.⁴⁸⁵

Como visto, o autor vai além da não admissão de uma mera reprodução da consequência típica como fator ponderável na quantificação da pena, elaborando seu entendimento para compreender passíveis de consideração resultados extratípicos. Da mesma forma, Juarez Cirino dos Santos: “As consequências do fato designam outros resultados de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pelo crime, dotados de significação para o juízo de reprovação, mas inconfundíveis com o resultado do próprio tipo de crime”⁴⁸⁶.

⁴⁸³ BOSCHI, op. cit., p. 179.

⁴⁸⁴ “(...) 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.” (STJ - AgRg no AgRg no AREsp: 1814644 PA 2021/0011003-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 18/05/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2021). Na mesma linha de inteligência, v.g.: STJ - AgRg no Ag: 1139707/RJ; REsp: 1368671/MG; AgRg no REsp: 1733902/CE; AgRg no AREsp: 1635033/PA; HC: 516232/SP.

⁴⁸⁵ BITENCOURT, op. cit., 2004, p. 611.

⁴⁸⁶ CIRINO DOS SANTOS, op. cit., 2012, p. 525-526.

Divergimos do cerne dos posicionamentos citados. Não nos parece necessariamente incompatível com uma culpabilidade proporcional ao fato reitora do processo de dosimetria da pena-base que sejam sopesadas consequências do evento delitivo que já estejam contempladas no tipo legal, na medida em que, como vimos defendendo, são graduáveis⁴⁸⁷, nessa fase, os institutos da teoria do delito que justificaram a condenação em primeiro lugar, sob a premissa que a sua realização no mundo prático difere no modo e na intensidade em cada caso concreto. É aspecto primordial à individualização da pena reconhecer tais nuances a fim de adequar a pena-base dentro do intervalo legalmente estipulado. Nesse sentido, fundamenta e exemplifica Adriano Teixeira:

Relativamente não problemático é considerar as consequências do crime ainda abrangidas pelo tipo, como a intensidade da lesão ao bem jurídico. Por exemplo, o valor do bem subtraído no crime de furto, o tamanho do dano para a integridade física da pessoa na lesão corporal (desde que não usado para fundamentar as qualificadoras dos parágrafos 1 a 3 do art. 129), o tempo em que a vítima é mantida privada de sua liberdade no delito de cárcere privado (art. 148), e assim por diante.⁴⁸⁸

Mais complicada, em verdade, é a imputação ao condenado, na forma de fundamento para exasperação da pena, de resultados extratípicos.

Rodrigo Roig, a propósito, identifica problemas que considera insuperáveis na valoração das consequências do delito em casos que tais. Destacamos os seguintes apontados pelo autor: i) fundam-se em considerações abstratas ou conjeturais, a exemplo da dor causada pela morte de um ente querido em familiares ou da falta que faz do dinheiro subtraído para uma necessidade da vítima; ii) associam indevidamente as consequências do crime a considerações de ordem preventiva; iii) imputam resultados que não ingressaram na esfera cognitiva do condenado; iv) atribuem responsabilidade objetiva e violam o princípio da intervenção mínima ao serem tratadas pelo Direito Penal; v) penalizam decorrências reflexas dos crimes à mingua de autorização legal; vi) permitem seja suplantada a culpabilidade inerente ao fato típico⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Também adotando essa linha de pensamento, explica Tatiana Stoco: “Valorar o injusto de resultado de um delito na determinação da pena, ao contrário do que com alguma recorrência afirma-se na jurisprudência brasileira, trata-se precisamente da graduação qualitativa e quantitativa da concreta manifestação do conjunto de elementos típicos de um tipo penal”. STOCO, op. cit., 2019, p. 154.

⁴⁸⁸ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 137.

⁴⁸⁹ ROIG, op. cit., 2015, p. 178-181.

Sem dúvida, os argumentos contrários à admissão de consequências extratípicas como elementos hábeis a agravar a pena são fortes e ponderáveis. Ademais, uma pena proporcional ao fato realmente exige sejam observados limites.

Concordamos, nesse passo, que “fundamentos ligados à prevenção geral como, por exemplo, a grande repercussão ou publicidade do delito ou ainda a descrença na lei gerada pela prática do crime não são argumentos válidos”⁴⁹⁰. Igualmente, compreendemos que a previsibilidade é condição *sine qua non* para que se apurem e se considerem os resultados como justificadores da exasperação da pena.

Os limites sobreditos, no entanto, não são impeditivos absolutos para que consequências não diretamente albergadas pelo tipo sejam objeto de consideração na dosimetria da pena-base. Não são obstáculos intransponíveis, mas balizas. E existem outras.

Assim, se exteriorizadas tais consequências secundárias ou aprofundadas do delito praticado (não podem, por exemplo, ser efeitos deletérios tão somente intuídos ou supostos em função da gravidade do fato, como sentimentos de falta do ente querido, danos psicológicos presumidos em função da ausência de um pai na vida de filhos menores ou prejuízos sociais futuros, ainda que prováveis), comprovadas no processo penal após instrução com defesa plena e contraditório, e objetivamente imputáveis ao condenado, reputamos possível a sua admissão.

O que a culpabilidade proporcional ao fato e o princípio da legalidade exigirão – para além da cognoscibilidade já referida e da presença, ao menos, da violação de um dever de cuidado⁴⁹¹ –, é que as consequências extratípicas possam ser reconduzidas ao injusto, restringindo-se esse processo, porém, pela Teoria da Imputação Objetiva.

Nesse diapasão, se o tipo penal admitir a forma culposa, então as consequências previsíveis são, sim, ponderáveis pelo magistrado, desde que guardem, efetivamente, uma vinculação para com o comportamento criminoso e possam ser imputadas ao autor do fato. Para tanto, parece-nos adequado o critério

⁴⁹⁰ STOCO, op. cit., 2019, p. 157.

⁴⁹¹ No tocante às consequências típicas, Tatiana Stoco admite como “suficiente a culpa quando a circunstância for reconhecível pelo agente e quando o fato for punível na forma culposa” para fins de valoração do desvalor do injusto de resultado. STOCO, op. cit., 2019, p. 157.

da criação ou aumento de risco não permitido, com a realização desse risco em um resultado que é alcançado pelo tipo⁴⁹².

Assim, exemplificativamente, temos que a conduta típica “matar alguém”, prevista no art. 121 do Código Penal Brasileiro, representa, quando ausentes causas excludentes de ilicitude, um risco não permitido em relação às consequências possíveis do crime, tais como o eventual desamparo financeiro de uma família que perde seu único provedor de subsistência ou um trauma psicológico causado em filhos menores.

Em continuação, é sabido que o crime de homicídio admite forma culposa (art. 121, §3º, CP). Consequências extratípicas como as anteriormente citadas, por sua vez, estão, em nosso entendimento, albergadas pelo tipo penal, o qual, ao tutelar o bem jurídica “vida”, não o faz tão somente em função do seu valor para a vítima individualmente, mas também para seu núcleo familiar. A importância da família, inclusive, é reconhecida pelo legislador constituinte como base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado (art. 226, *caput*, CF). Se é assim, então, numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico, afigura-se absolutamente defensável a compreensão de que as repercussões negativas em relação à família da vítima são, sim, previsíveis. E, embora eventualmente imprevistas, revelam-se imputáveis ao autor do fato que, com relação a elas, tenha violado o dever de cuidado correspondente.

Pois bem, se esse risco não permitido criado se realiza no resultado, isto é, se efetivamente consequências extratípicas culpáveis como as mencionadas se verificam no mundo real – e são efetivamente comprovadas no processo penal –, então elas podem ser objeto de ponderação (negativa) pelo julgador quando da dosimetria da pena-base, eis que incrementam o desvalor do resultado.

De mais a mais, o próprio Código Penal confessa a juridicidade da consideração de danos extratípicos pelo Estado-juiz, mesmo no âmbito de *ultima ratio* criminal, ao tratar da reparação com efeitos na individualização pena (e no seu cumprimento), somente na parte geral, nos seguintes artigos: 16, 33, §4º; 65, inciso III, alínea “b”; 78, §2º; 81, inciso II; e 83, inciso IV.

⁴⁹² Segundo Claus Roxin, de acordo com a teoria da imputação objetiva, “um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3)”. ROXIN, op. cit., 2008, p. 104.

Concordamos, por derradeiro, com *Grosse-Wilde*, quando afirma que o reconhecimento do direito de terceiros à indenização na esfera cível por um crime cometido contra um familiar – possibilidade também albergada no direito brasileiro⁴⁹³ –, permite sustentar que danos causados a terceiros também admitem sejam sopesados como “causa agravante da culpabilidade pelo fato”⁴⁹⁴.

Ademais, o enfrentamento pelo julgador de tais consequências se depreende também do art. 387, IV do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.719/08, que estabelece que o juiz, ao proferir sentença condenatória fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração⁴⁹⁵.

Trata-se, como dito alhures, e se bem delimitado – o que propusemos esboçar –, de aspecto da individualização da pena plenamente reconduzível aos fatos, para cuja apreensão é bastante uma aferição objetiva, sem traços de pensamento prospectivo ou de considerações preventivas, e que dependerá, sempre, para sua admissão como elemento idôneo a representar maior desvalor do injusto e agravar a pena, de efetiva comprovação no processo penal.

4.2.3. Culpabilidade-empatia⁴⁹⁶: juízo potencialmente redutor da severidade da sanção

⁴⁹³ A respeito, dispõe o Código de Processo Penal: “Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. (...) Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil”. BRASIL. Código de Processo Penal, 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 18/06/2021.

⁴⁹⁴ GROSSE-WILDE, Thomas. Erfolgzurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre. Tübingen: Mohr, Siebeck, 2017 *apud* STOCO, op. cit., 2019, p. 162.

⁴⁹⁵ Igual proceder observará o juiz presidente do tribunal do júri, consoante art. 492, I, alínea “d” do Código de Processo Penal.

⁴⁹⁶ A inspiração para a denominação dessa última dimensão da culpabilidade como medida de pena advém das aulas de *Sebastian Mello* no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia e estão afinadas, em nosso entender, com o que defende em sua obra “*O Novo Conceito Material de Culpabilidade*”, isto é, uma culpabilidade que valoriza a pessoa humana, respeita os direitos fundamentais inerentes à sua dignidade e considera possíveis situações pessoais de vulnerabilidade a que esteja submetido o sujeito. Para além disso, o mesmo autor utilização a expressão em artigo recente, ao defender, ainda que não propriamente acerca do momento de aplicação da pena, que “*o juízo de culpabilidade, que, na verdade, deve ser um juízo de empatia*”. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Crítica ao chamado “homem médio” como barema de uma culpabilidade moralizante. In: Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA, e-ISSN: 2358-4777, Volume 31, n. 1, p. 140-166, Jan-Jun 2021, p. 161.

Chegamos, enfim, à última das dimensões da culpabilidade como medida de pena. Aqui, entra em cena, mais uma vez, em consonância com a linha mestra de limitação do poder punitivo estatal compreendida em todos os sentidos da culpabilidade, a atividade potencialmente redutora da severidade da pena.

Trata-se do espaço para a diminuição quantitativa da sanção criminal que se abre a partir do exame da culpabilidade em sentido estrito e até mesmo de aspectos além do injusto culpável, enquadrando-os, em específico, nas circunstâncias judiciais “personalidade”, “conduta social”, “motivos” e “comportamento da vítima”. Nesta ocasião, desde que favoravelmente ao condenado, compreendemos que podem ser apresentadas, inclusive, razões de prevenção especial pelas quais a pena-base deve ser diminuída.

De logo e a propósito do tema, cumpre registrar que concordamos com o pensamento de Tatjana Hörnle, quando, sobre o § 46, parr. 2.º, inciso 2.º do StGB (Código Penal Alemão), a autora enxerga, mesmo para fatores não estritamente relacionados ao injusto, um âmbito de aplicabilidade à margem de uma concepção personalizada de culpabilidade. Diz ela:

As circunstâncias estabelecidas no § 46, par. 2.º, inciso 2.º podem ser pertinentes ou para a medida do injusto ou na forma de causas de diminuição da culpabilidade. Isso é evidente tanto para a circunstância do modo de execução, que determina o injusto de ação, quanto pelos efeitos culpáveis do fato, que compõem o injusto de resultado. Mas as outras circunstâncias tampouco carecem de significado: os motivos e fins do autor podem traduzir-se numa diminuição da culpabilidade, assim como sua vida anterior ou as circunstâncias pessoais e econômicas (...).⁴⁹⁷

Assim entendemos: mesmo circunstâncias judiciais não relacionadas ao fato previstas no artigo 59 do Código Penal, como são “personalidade”, “conduta social”, “motivos”, podem encontrar, *de lege lata*, uma função no marco da culpabilidade como medida de pena que vimos sustentando, qual seja um papel redutor do *jus puniendi*, de diminuição da graveza da punição a ser infligida ao condenado. Esse é único ofício passível a tais circunstâncias e é um que não fere as premissas básicas de uma culpabilidade proporcional ao fato em um Estado Democrático de Direito, eis que se pauta pelo princípio do favor rei⁴⁹⁸ e, ao fim e ao cabo, abre mais uma vereda para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, na

⁴⁹⁷ HÖRNLE, op. cit. 2001, p. 425. Tradução livre do autor.

⁴⁹⁸ Também nesse sentido, Adriano Teixeira: “(...) a princípio, deve o juiz olhar somente para trás, para o delito cometido. Exceções a essa máxima somente podem ser implementadas a favor do réu”. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 113.

realidade, a admissão também dessa dimensão de “empatia” à culpabilidade contribui para a efetiva concretização do seu múnus primordial: a limitação do arbítrio estatal sobre a liberdade dos cidadãos.

Nessa linha de entendimento, *Tatjana Hörnle* afirma que nem todos os elementos relacionados à atitude interior do autor do fato são problemáticos, porque a alguns deles somente corresponde um papel de limitação da punibilidade, não de elevação da pena⁴⁹⁹.

Podemos ir mais além, contudo, para afirmar que aspectos inerentes à pessoa do condenado, ao seu modo de vida e de ser, são, sim, passíveis de sopesamento pelo julgador quando da dosimetria da pena-base, utilizando, *de lege lata*, as circunstâncias judiciais já positivadas do artigo 59 do Código Penal – personalidade, conduta social e motivos –; para tanto, é bastante que se lhes confira uma interpretação conforme a Constituição Federal, a partir de uma aproximação conceitual liberal e condizente com os valores plurais de um Estado Democrático de Direito, respeitando a dignidade das pessoas e o seu direito à intimidade, à vida privada e à autodeterminação moral. Nesse passo, podemos apontar como requisitos básicos e preliminares para consideração de tais aspectos a existência de postulação expressa do autor do fato no âmbito do processo penal e o reconhecimento de eficácia tão somente redutora da pena.

Precisamente nessa ordem de ideias – que inspira não só a interpretação das circunstâncias judiciais estranhas ao fato criminoso, mas todas as consequências dessa dimensão da culpabilidade como medida de pena –, comecemos a examinar o primeiro dos fatores potencialmente redutores da severidade da sanção: a culpabilidade em sentido estrito.

Por culpabilidade em sentido estrito, entenda-se, para esse fim, aquela culpabilidade que integra o conceito analítico do crime e permite a atribuição da responsabilidade pelo fato ao seu autor, cujos elementos são majoritariamente elencados como imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Sobre a graduação da culpabilidade em sentido estrito no âmbito da atividade de determinação da pena, esclarece Tatiana Stoco que “devem importar os pressupostos que possam justificar uma menor carga de atribuição da carga de

⁴⁹⁹ HÖRNLE, op. cit. 2001, p. 427.

injusto do fato em razão do cumprimento apenas parcial de determinados requisitos de imputação penal⁵⁰⁰.

A potencial influência jurídica da culpabilidade enquanto elemento constitutivo do crime também na fase de determinação concreta da medida de pena resta evidenciada na reflexão que faz Adriano Teixeira: “(...) o sujeito que atua com imputabilidade reduzida, em erro de proibição evitável ou em uma situação em que dificilmente poderia agir de outro modo (embora não a ponto de exculpá-lo inteiramente), deve receber uma pena mais branda”⁵⁰¹.

Como se pode perceber, o máximo de atributibilidade jurídica já é pressuposto pela norma penal, ou seja, a plena verificação de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa cumprem tão somente o papel de configurar o crime, nada representando em termos negativos quanto à pena ser imposta. Por outro lado, uma presença minorada de qualquer destes elementos integrantes da culpabilidade sistemática – objetivamente valorada pelo julgador⁵⁰² – a despeito de permanecer suficiente para caracterização do delito, justificará a redução do *quantum* da pena.

Assim, cumpre-se na prática a premissa fundamental de todos os elementos a serem considerados na dimensão “empatia” da culpabilidade que rege a atividade de dosimetria da pena: sua ação exclusivamente atenuante da sanção criminal⁵⁰³.

Por vezes, como sabido, fatores demonstrativos de uma menor culpabilidade em sentido estrito já se encontram previstos como atenuantes⁵⁰⁴ ou causas de

⁵⁰⁰ STOCO, op. cit., 2019, p. 179.

⁵⁰¹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 132.

⁵⁰² Como observa Tatiana Stoco, aqui a carga de moralidade historicamente relacionada ao juízo de culpabilidade é – e deve mesmo ser – irrelevante: “(...) não se julga, a partir do ponto de vista moral de um terceiro se o comportamento do agente, com sua opção contrária ao direito, é reprovável nem o quanto o é. Julga-se se é possível atribuir completamente o injusto do fato ao seu autor, ou se uma eventual redução desta medida merece ser considerada, ou seja, uma eventual redução da capacidade de imputabilidade, de potencial conhecimento do injusto ou da possibilidade de conduta diversa”. E acrescenta a autora, externando entendimento que também perfilhamos: “(...) também a análise a respeito do cumprimento parcial de todos estes requisitos deve ser livre de moralizações e subjetivismos (...)”. STOCO, op. cit., 2019, p. 179.

⁵⁰³ Nesse sentido, sustentando a diferença entre a gradação do injusto e da culpabilidade em sentido estrito, afirma Tatjana Hörnle: “A diferença decisiva entre o juízo de injusto e o reproche da culpabilidade é que o juízo de injusto pode ser graduado tanto para baixo até um valor de zero como ilimitadamente para cima, enquanto o último é impossível no que diz respeito à censura da culpabilidade. No caso normal, a pergunta sobre “quanto” poderia ter agido de forma diferente é absurda. As graduações da medida de culpabilidade só são possíveis em uma direção: no caso de concorrência de causas de diminuição da culpabilidade, mas não na forma de um aumento da medida de culpabilidade”. HÖRNLE, op. cit. 2001, p. 413.

diminuição de pena⁵⁰⁵. No entanto, ante a complexidade da vida e impossibilidade de prever todas as situações que possivelmente envolvem ou caracterizam um determinado fato delituoso, quando não positivadas elas em lei para avaliação na segunda ou terceira fases da aplicação da pena, pode ser ponderada uma eventual culpabilidade em sentido estrito minorada na fixação da pena-base, dentro do espectro das circunstanciais judiciais “personalidade”, “conduta social” e “motivos”.

Nesse sentido, tomemos como exemplo uma situação que se aproxima de uma inexigibilidade de conduta diversa. Imagine-se o caso citado por *Freudenthal* do caixeiro viajante que se vê forçado a usar quantias pertencentes à empresa para custear despesas de viagem face ao insuficiente valor das diárias que lhe eram pagas⁵⁰⁶. O próprio Tribunal, no caso descrito, impôs uma pena atenuada, não reconhecendo propriamente a inexigibilidade de outra conduta. E, de fato, a suficiência dos pressupostos de fato para configurar a causa de exculpação supralegal (no caso, a grande dificuldade econômica experimentada pelo acusado) sujeita-se à avaliação do julgador. Não é certo que todo juiz compreenderá presente uma excludente de culpabilidade, até mesmo pelas nuances de cada caso concreto. Eventualmente, portanto, poderá, por aplicação da dimensão empatia da culpabilidade reitora do processo de dosimetria da pena, optar por valorar os motivos favoravelmente ao condenado e, assim, atenuar quantitativamente a pena-base.

Em semelhante sentido, concebamos uma situação de erro quanto aos pressupostos objetivos de uma causa de exculpação. Ilustrativamente, uma coação irresistível imaginária. Segundo Olivé, Paz, Oliveira e Brito⁵⁰⁷, o Código Penal Alemão (§35 do StGB, número 2) prevê que a isenção de responsabilidade num erro desta natureza somente se daria se inevitável. Ao revés, se pudesse ter sido evitado, a solução seria a atenuação da pena. No Brasil, contudo, o Código Penal

⁵⁰⁴ “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) cometido o crime sob coação a que podia resistir (...)”. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11/06/2021.

⁵⁰⁵ V.g., o erro de proibição evitável: “Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”. Ainda ilustrativamente, a semi-imputabilidade: “Art. 26. (...) Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11/06/2021.

⁵⁰⁶ FREUDENTHAL, op. cit., 2003, p. 87.

⁵⁰⁷ OLIVÉ, et al., op. cit., p. 401.

não dispõe expressamente a respeito. O *caput* e o parágrafo 1º do seu artigo 20, versam, respectivamente, sobre erro de tipo e discriminantes putativas⁵⁰⁸, não sobre o campo da culpabilidade. O artigo 21, por seu turno, acerca de erro de proibição, no qual se perquire acerca da consciência de ilicitude, não sobre o poder agir de outro modo. A solução no direito brasileiro, então, pode, igualmente, ser uma avaliação positiva da circunstância judicial “motivos” do réu, influenciando favoravelmente na fixação da pena-base.

Evidentemente que uma incursão aprofundada na psique do condenado, numa tentativa de apreender fielmente as sensações, os sentimentos, os impulsos ou as razões de um momento passado – aquele do crime – não apenas é inviável na prática, como tampouco é autorizada em nossa ordem jurídico-constitucional conformada pelo princípio da dignidade humana. Nada obstante, se, como dito, há *pedido* da parte para que fatores que potencialmente reduzem a sua culpabilidade em sentido estrito sejam considerados e o efeito daí decorrente somente lhe pode favorecer, então é possível, por exemplo, “deduzir, de forma indiciária, uma limitação da capacidade de compreensão e autodeterminação, a partir de situações concretas que circundam o fato”⁵⁰⁹, bem assim adotar semelhante técnica quanto a eventuais óbices à (potencial) consciência da ilicitude do fato e à exigibilidade de conduta conforme a norma.

Em continuação ao estudo da culpabilidade-empatia, também potencialmente atenuará a severidade da pena, ao interferir na graduação do injusto, o comportamento da vítima. A respeito de sua importância, como aproximação inicial à questão, observa Rodrigo Roig:

O comportamento da vítima em diversos casos influi na prática delitiva, merecendo, por conseguinte, não apenas a devida apreciação dogmática, como judicial. Em determinadas hipóteses, possui o condão de afastar a responsabilização criminal do agente, atuando como eximente da tipicidade, seja pelo acordo, caracterizador de um elemento normativo capaz de eliminar a tipicidade formal (por exemplo, a concordância quanto ao ingresso em sua residência), seja pelo consentimento excludente da lesividade necessária à tipicidade conglobante (tal como se verifica na aquiescência de ações lesivas ou perigosas por parte do ofendido, excludentes da lesividade). Em outros casos, a

⁵⁰⁸ “Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei; § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 25/10/2021.

⁵⁰⁹ STOCO, op. cit., 2019, p. 181.

conduta do ofendido será objeto de análise em sede de determinação judicial da pena.⁵¹⁰

Interessa-nos, nesse ponto, o comportamento da vítima que influencia a dosimetria da pena e, em especial, a pena-base. Com efeito, hipóteses há nas quais o comportamento do ofendido configura minorante⁵¹¹ ou atenuante⁵¹². Noutras situações não previstas na lei penal, no entanto, o comportamento da vítima pode e deve ser apreciado, como fator redutor da intensidade da punição, na primeira fase da aplicação da pena. Pode-se imaginar, nesse diapasão, uma situação quase caracterizadora de legítima defesa⁵¹³ (reflexo de uma provocação⁵¹⁴ do ofendido, portanto) ou de consentimento⁵¹⁵⁻⁵¹⁶ como circunstâncias deste tipo que, conquanto não se revelem suficientes para excluir a ilicitude ou a tipicidade, autorizam ação redutora da pena-base⁵¹⁷.

⁵¹⁰ ROIG, op. cit., 2015, p. 183.

⁵¹¹ Vide homicídio privilegiado, art. 121, §1º, CP: “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11/06/2021.

⁵¹² Vide art. 65, III, alínea “c”, CP: “cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima”. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11/06/2021.

⁵¹³ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 137.

⁵¹⁴ Observa Tatiana Stoco que, nessa hipótese, “mesmo tratando-se, ainda, de um comportamento ilícito, ele possui uma carga de injusto menor do que um comportamento no qual não há uma situação próxima da legítima defesa”. E continua a autora: “Em tais casos seria possível utilizar como critério de redução da pena, por analogia, a disposição do Código Penal relativa ao estado de necessidade exculpante, previsto no art. 24, §2º, do Código Penal: diante de um excesso menor, diminuir a pena em dois terços, no caso de um excesso maior, em um terço”. STOCO, op. cit., 2019, p. 176.

⁵¹⁵ Há casos, por exemplo, em que não há capacidade para consentir, de modo que não se poderá reconhecer eficácia justificante ao consentimento, como explica José Henrique Pierangeli. No entanto, o próprio autor ressalva a existência de hipóteses nas quais o consentimento determinará uma redução da pena, citando, em relação à eutanásia, o homicídio piedoso. PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido: na teoria do delito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 144-145. Seguindo semelhante raciocínio, não descartamos, portanto, à míngua, noutros casos, de previsão legal expressa de causas de diminuição da pena ou atenuantes, que possa um consentimento inválido ou não perfeitamente caracterizado ser sopesado como fator redutor da severidade da pena-base.

⁵¹⁶ Nesse sentido, Tatiana Stoco: “Seria possível afirmar um consentimento com alcance apenas parcial, por exemplo, em casos nos quais, embora a vítima seja portadora do bem jurídico protegido, um consentimento total está descartado, pois não se trata de um valor protegido pela lei que esteja exclusivamente na sua esfera de disposição”. STOCO, op. cit., 2019, p. 175.

⁵¹⁷ Também admitindo uma justificação parcial idônea a reduzir a gradação da pena, José Peralta: “(...) debe considerarse la posibilidad de atenuación del disvalor del tipo en virtud de un valor de justificación. Si existe un segmento de justificación, se debe atenuar aún más el reproche. La existencia de una justificación parcial deberá ser entendida como la justificación de alguno de los subtipos que se le pueden imputar al sujeto al nivel del tipo penal”. PERALTA, op. cit., 2010, p. 271.

Ainda sobre a ponderação do comportamento do ofendido na dosimetria da pena, lembra Adriano Teixeira da vitimodogmática, ponderando, a propósito, que eventual cenário em que a vítima “deliberadamente renunciar a qualquer tipo de proteção pode excluir, ou ao menos atenuar a gravidade do injusto contra ela praticado”⁵¹⁸.

Com efeito, Lucas Gabriel S. Costa, com apoio em Niklas Luhmann, observa que tais riscos são cada vez maiores na pós-modernidade e gozam de aceitação da sociedade, que os incorpora em sua vida cotidiana. Diz ele:

(...) a relação habitual e contínua da pessoa humana com os novos ou ampliados riscos que se incorporam como adequados ao sistema social, normaliza a construção de fatos sociais que possuem como conteúdo central a autoexposição do titular do bem jurídico.⁵¹⁹

Nesse cenário é que, por exemplo, Cancio Meliá desenvolve o princípio da autorresponsabilidade – para nós também passível de consideração na fixação da pena-base – como um ponto de partida para uma nova abordagem dogmática que confira adequado tratamento aos reflexos do comportamento da vítima na tipicidade penal. Para ele, as pessoas têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade e tal autonomia acarreta, como consequência, a compreensão de que essa pessoa deve assumir de modo preferencial a responsabilidade pelos resultados lesivos que porventura decorram do seu comportamento⁵²⁰.

Décio Lins e Silva Júnior, com base nos ensinamentos do supracitado autor mexicano, observa que o fator decisivo para a determinação quanto à possibilidade de imputar o resultado ao âmbito de responsabilidade da vítima “consiste em determinar se houve uma ação conjunta entre a vítima e autor do fato”, organização conjunta esta que existiria quando a vítima empreende a atividade em função de sua

⁵¹⁸ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 137.

⁵¹⁹ COSTA, Lucas Gabriel S. Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 24.

⁵²⁰ Sobre isso, explica o autor: “*The opposite would mean denying this person’s organizational freedom, and would impose on the other people a sort of ‘guardian duty’ that, incidentally, is not specifically defined in the law and therefore does not exist*”. MELIÁ, Manuel Cancio. Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective. In: Buffalo Criminal Law Review. 7., 2004, p. 530-531. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/259731740_Victim_Behavior_and_Offender_Liability_A_European_Perspective>. Acesso em: 20/04/2019.

própria autonomia e os riscos provenientes são inerentes e essenciais à atividade em questão⁵²¹.

Exemplos de corresponsabilidade hábil a atenuar a medida do injusto podem ser identificados, nos delitos imprudentes de trânsito, nos quais “um comportamento inesperado da vítima ou uma atitude imprudente que tenha restringido a previsibilidade do agente e colaborado para o resultado, embora não afaste a responsabilidade penal do autor, pode refletir-se na medida da pena”⁵²².

Tal qual afirmado anteriormente, inúmeras podem ser as características de um fato delituoso, assim como dos eventos e aspectos que o circundam e sobre ele exercem influência, sendo despidendo, porque de pouca utilidade, qualquer esforço no sentido de abordar todos os cenários possíveis. Isto vale para o exame da culpabilidade em sentido estrito, como dito, para avaliação da contribuição do comportamento da vítima para a produção do resultado (v.g., compensação de culpas, vitimodogmática, auto e heterocolocação em perigo, autorresponsabilidade e imputação à vítima⁵²³), e, a rigor, para toda a atividade de dosimetria da pena-base.

Precisamente por esse motivo é que vislumbramos, exclusivamente nessa dimensão empatia da aplicação tridimensional da culpabilidade como medida de pena, a possibilidade de considerar, com eficácia tão somente atenuante – reiteramos –, circunstâncias externas ao injusto culpável na dosimetria da pena-base⁵²⁴, podendo o julgador, inclusive, para tanto, observar razões de prevenção

⁵²¹ SILVA JÚNIOR, Délio Lins e, op. cit., 2010, p. 157-163.

⁵²² STOCO, op. cit., 2019, p. 177.

⁵²³ MINAHIM, op. cit., 2015, p. 85.

⁵²⁴ Em sentido contrário, José Peralta: “Los argumentos ajenos a la teoría del delito tampoco pueden funcionar como atenuantes de la pena”. Dentre os argumentos que elenca para inadmitir a consideração de elementos alheios ao injusto e culpabilidade na medida de pena, ainda que favoravelmente ao condenado, afirma o autor que haveria uma violação ao princípio da igualdade: “*Así, ante dos hechos iguales, se impondrán penas diferentes, aunque el factor que se tenga en cuanta no sea en absoluto relevante para la responsabilidad penal (y, en consecuencia, ya no se pueda hablar de hechos iguales). Esto permite que el sujeto que recibe una pena mayor que el otro pueda elevar un reclamo al Estado por un trato injusto. Si la diferencia de pena no se basa en que se han realizado hechos distintos, entonces, aunque sea para atenuar, la diferencia será injusta*”. PERALTA, op. cit., 2010, p. 268-269. Não concordamos com a justificativa, porque não vislumbramos como o princípio da igualdade, garantido de modo geral pela Constituição Federal, consubstanciaria óbice à ponderação de fatores favoráveis a um condenado específico na individualização de sua pena. De mais a mais, nada impediria que uma outra pessoa em semelhante situação, comprovada nos autos de um processo penal, postulasse também a atenuação de sua pena por razões desta natureza. Como já sustentado, a dimensão “limite” da culpabilidade, que é preponderante e visa conter o poder punitivo estatal abre espaço para juízos de empatia que tais.

especial⁵²⁵, alocando-as, quando da fundamentação, dentro das circunstâncias “motivos”, “conduta social” ou “personalidade”, conforme o caso. Trata-se, destarte, do último dos fatores potencialmente redutores da severidade da sanção penal que analisaremos neste trabalho.

Nesse diapasão, razão assiste a Adriano Teixeira, quando sustenta o seguinte:

(...) a imposição de penas mais brandas, aquém da pena idealmente proporcional ao fato, não é a priori incompatível com o princípio da proporcionalidade. Uma teoria da determinação da pena deduzida dos limites jurídico-penais inerentes ao Estado de Direito não contém nenhum imperativo que imponha penas estritamente proporcionais ao fato. O que se tem, em verdade, é uma proibição de imposição de penas desproporcionais ao valor do injusto praticado, que ultrapassam a culpabilidade (*lato sensu*) do agente, construídas com o auxílio de fatores não relacionados ao delito.⁵²⁶

O supracitado autor, contudo, entende que a apreciação das condições pessoais do condenado na determinação judicial da pena não significa “levar em conta considerações de prevenção especial”, mas “considerar a especial situação do condenado no momento da apenação e ponderar os variados graus de sofrimento a que distintos infratores possam submeter-se no cumprimento da pena”⁵²⁷.

Disso discordamos, porque, como já exposto, não fechamos as portas para o sopesamento de razões de prevenção especial com eficácia atenuante da pena⁵²⁸ e pensamos, inclusive, que pode haver uma conexão entre uma menor necessidade preventiva de pena⁵²⁹ e uma situação de especial vulnerabilidade do condenado.

A ideia não é estranha ao Direito Penal brasileiro. Trabalha-se com ela no campo da punibilidade, por meio do instituto do perdão judicial⁵³⁰, previsto no art. 121, §5º do Código Penal. Nesse passo, se pode o magistrado deixar de aplicar a pena em casos nos quais “as consequências da infração atingirem o agente de forma tão grave que a sanção se torna desnecessária”⁵³¹⁻⁵³², deflui-se que também

⁵²⁵ Como esclarece Como afirma Sebastian Mello, “as considerações preventivas num caso concreto podem funcionar como elemento limitador negativo, isto é, como uma garantia adicional do cidadão, mas suas considerações não integram o juízo de culpabilidade”. MELLO, op. cit., 2019, p. 335.

⁵²⁶ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 172.

⁵²⁷ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 173.

⁵²⁸ Também Juarez Tavares admite a avaliação de considerações preventivas, quando favorável ao autor do fato. TAVARES, op. cit., 2011, p. 140.

⁵²⁹ O termo advém da construção de Claus Roxin, para quem somente seria justificável a pena, isto é, apenas estaria preenchida a categoria que denominada responsabilidade, se concorressem culpabilidade e necessidade preventiva de pena. ROXIN, op. cit., 2004, p. 65.

⁵³⁰ Nesse sentido, Olivé, Paz, Oliveira e Brito: “Com a superação da finalidade retributiva da pena e a ascendência das finalidades preventivas permitiu-se a inclusão do perdão judicial por razões de política criminal de desnecessidade preventiva da pena”. OLIVÉ, et al., op. cit., p. 525.

⁵³¹ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 175.

poderá reduzi-la quando, em situações análogas, identificar, exemplificativamente, que a situação de vulnerabilidade do condenado ou não é intensa o suficiente para justificar a exclusão da punibilidade, ou, embora grave, não está prevista em lei.

Assim, ao menos atenuará a pena quando circunstâncias subjetivas relevantes não justifiquem a isenção propriamente dita⁵³³, podendo fazê-lo seja a partir das circunstâncias atenuantes genéricas ou inominadas do art. 66 do CP⁵³⁴⁻⁵³⁵, seja ponderando – favoravelmente ao acusado –, quando da fixação da pena-base, as circunstâncias judiciais subjetivas. Pode-se sustentar, quanto a essa segunda hipótese (redução da pena-base), a possibilidade de existir, por exemplo, um motivo que constitua uma justificação parcial – não suficiente para excluir a ilicitude –, como admite Tatiana Stoco⁵³⁶, e concomitante ao delito (o que afastaria o art. 66 do CP), ou simplesmente um fato relevante associado à personalidade ou conduta social do acusado que indique uma menor necessidade preventiva de pena mas que ao magistrado não pareça suficiente para fundamentar a maior fração de diminuição que a jurisprudência comumente reserva à segunda fase da aplicação da pena.

⁵³² Na mesma linha de intelecção, Olivé, Paz, Oliveira e Brito: “Contudo, há um permissivo maior na redação do próprio Código Penal da concessão do perdão judicial como cláusula da parte geral. Com a reforma de 1984 o art. 59, que define o primeiro passo no cálculo da pena, expressamente diz que o ‘juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime’. Com base legal, caso o juiz se convença de que não há necessidade preventiva na aplicação da pena poderá deixar de aplicá-la com fundamento no art. 59, in fine”. OLIVÉ, et al., op. cit., p. 525-526.

⁵³³ Em semelhante sentido, por exemplo, Adriano Teixeira: “(...) deve-se admitir uma atenuação da pena em casos de elevada vulnerabilidade do sujeito, que lhe torna a punição especialmente dolorosa, como o acometimento de doença grave” ou presença de relevante deficiência física”. Mais adiante, continua o autor: “Por óbvio que essa analogia pode ser usada também para o crime de homicídio, de modo a permitir que o juiz ao menos reduza a pena quando não considerar adequado deixar de aplica-la (...)”. TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 175.

⁵³⁴ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 176.

⁵³⁵ *Juarez Cirino dos Santos* assim as compreende: “(...) constituem outras características relevantes do fato, anteriores ou posteriores ao crime, não previstas legalmente mas capazes de influir no juízo de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto. Desse modo, crimes realizados no contexto de condições sociais adversas, por sujeitos marginalizados do mercado de trabalho e do processo de consumo, insuficientes para configurar o conflito de deveres como situação de exculpação, podem caracterizar a circunstância atenuante inominada do art. 66, porque exprimiriam hipóteses de culpabilidade da sociedade organizada no poder do Estado, pela sonegação de iguais oportunidades sociais”. CIRINO DOS SANTOS, op. cit., 2012, p. 552. Paganella Boschi, por seu turno, após expor como as concebe, traz também outros exemplos de situações nas quais, em sua opinião, verificar-se-ão circunstâncias atenuantes inominadas: “Fatos excepcionais justificam a redução da censura quando relacionados ao agente antes ou depois do cometimento da infração. Jamais quando foram concomitantes com esta. A condição para que esses fatos possam ser conhecidos como atenuantes é que sejam relevantes, nos exemplos de quem é acometido durante o processo por doença gravíssima, daquele que estava antes da prática delituosa em fase terminal de saúde, ou em estado de miserabilidade absoluta ou que tenha invocado convicção religiosa como motivo para a prática delituosa”. BOSCHI, op. cit., p. 237.

⁵³⁶ STOCO, op. cit., 2019, p. 188-189.

Noutro quadrante, cumpre salientar que as ressalvas afirmadas anteriormente neste trabalho quanto à utilização de razões de prevenção especial – tanto do tipo negativa como positiva, e seja pela não comprovação de sua eficácia empírica ou por respeito ao direito à autodeterminação moral das pessoas, ou ainda pela já amplamente sustentada impossibilidade de majorar a pena com base em argumentos relacionados à pessoa do condenado e não ao fato –, não nos parecem obstáculos à sua consideração favorável ao condenado.

Ora, a não demonstrabilidade de efeitos positivos de estratégias de neutralização ou intimidação não significa que não se possa reconhecer a existência de fatores que denotem uma menor necessidade da pena para evitar a prática de novos delitos.

No mesmo sentido, ao porventura afirmar o julgador que a *correção* do autor do fato é menos útil e necessária, preocupando-se mais, em verdade, com sua não dessocialização a partir da sanção, inexistirá desrespeito à autodeterminação moral e à dignidade dos acusados em decorrência da avaliação de sua conduta social, personalidade ou motivos – aspectos inerentes à sua pessoa e não ao fato –, eis que feita a pedido expresso daqueles e com repercussão possível apenas unidirecional, isto é, atenuante da severidade da pena.

Tampouco consideramos razões suficientemente fortes contra a possibilidade de sopesamento de circunstâncias além do injusto e da culpabilidade, nos termos expostos, aqueles argumentos relacionados à eventual seletividade de sua aplicação, com favorecimento apenas a réus “bem integrados”, em detrimento, nas palavras de Adriano Teixeira, “aos segmentos das classes mais pobres, nas quais é mais comum se observar indivíduos vivendo à margem da sociedade, sem emprego fixo, família constituída etc”⁵³⁷. Isto pois o Direito Penal não pode ser utilizado instrumento de realização de justiça social, sob pena de traição à sua raiz liberal – que tem, na verdade, a limitação do arbítrio e do poder punitivo do Estado, ao lado da proteção subsidiária de bens jurídicos, como seu principal propósito – e de menoscabo, com uma tal postura utilitarista, à condição de seres humanos.

De mais a mais, atribuir relevância suavizadora da pena às circunstâncias subjetivas ao condenado e a considerações de prevenção especial pode, ao revés,

⁵³⁷ TEIXEIRA, op. cit., 2015, p. 172.

até funcionar como fator de contribuição à necessária correção da seletividade estrutural do poder punitivo, pois nada impede, como dito, que o magistrado pondere, por exemplo, as situações concretas de vulnerabilidade a que se refere Eugênio Raul Zaffaroni na seguinte passagem: “é racional que o direito penal reprove o esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade porque esta indica a medida em que a pessoa operou contra a função redutora do poder punitivo do próprio direito penal”⁵³⁸.

Ainda nessa perspectiva, perfilhamos o entendimento de Norval Morris, compreendendo possível e adequado o traslado dos seus argumentos, apresentados no contexto do direito norte-americano, para a nossa realidade: “a igualdade na punição não é um princípio absoluto; é um valor a ser sopesado e considerado dentre outros valores, nada mais; e pode haver sentenças nas quais os criminosos não são tratados igualmente”⁵³⁹.

Daí porque, como também sustenta o autor, tem o juiz um importante papel, que não pode ser feito pelo Legislativo, representado pelo uso de uma margem de avaliação da situação concreta para afinar, aprimorar a determinação da pena⁵⁴⁰, o que, para nós, embora signifique observar uma culpabilidade proporcional ao fato como reitora da atividade de determinação judicial da pena, permite ajustes individualizados no sentido do abrandamento da punição quando presentes circunstâncias judiciais subjetivas relevantes, apreciadas em contraditório no âmbito de um processo penal, após postulação da parte que delas potencialmente se beneficiará.

Tem-se, assim, mais um elemento limitador, que se soma para conter o *ius puniendi*, de modo coerente com os princípios da intervenção mínima e da culpabilidade, e que homenageia, afinal, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÕES

À luz dos fundamentos expostos ao longo do trabalho, foi possível chegar às seguintes conclusões:

⁵³⁸ ZAFFARONI, op.cit., 2004, p. 39.

⁵³⁹ MORRIS, Norval. Towards Principled Sentencing. 37 Md. L. Rev. 267, 1977, p. 274. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol37/iss2/4>>. Acesso em 17/07/2021. Tradução livre do autor.

⁵⁴⁰ MORRIS, op. cit., 1977, p. 275.

1. Um conceito de culpabilidade na dosimetria da pena que respeite os princípios do *ne bis in idem*, da impessoalidade, da legalidade, da ampla defesa e do contraditório, da ofensividade, da exclusiva proteção de bens jurídicos e da dignidade da pessoa humana deve centrar-se – especialmente quando se pondera uma majoração da sanção em relação ao patamar mínimo abstratamente previsto –, em critérios objetivos, controláveis e necessariamente alusivos ao fato *sub judice*.
2. A culpabilidade na fase de aplicação da pena não é uma mera reprodução daquele conceito construído na teoria do delito e sequer se restringe à função de gradação da censura que comumente se lhe atribui, especialmente uma de caráter subjetivo-moralizante. Tampouco há entre as concepções uma separação absoluta. Elas encontram convergência exatamente no ofício que à culpabilidade é mais primordial – e que originalmente lhe dá sentido principiológico no seio de um Direito Penal liberal –, qual seja o de proteger o cidadão em face do poder estatal.
3. Pode-se definir a “culpabilidade medida de pena” não como o nível de censurabilidade do comportamento delitivo, mas como critério reitor de tão relevante atividade, uma bússola que tanto impede a extrapolação quantitativa da reprimenda com base em juízos subjetivos-moralizantes e prognósticos de perigosidade, como endereça objetivamente a reprovação (jurídica) para os elementos relacionados ao injusto penal, conforme a sua maior ou menor intensidade no caso concreto.
4. A principal marca distintiva que se pode reconhecer à culpabilidade, o seu caráter restringente, influi tanto em termos materiais, como procedimentais. Determina que a interpretação judicial na individualização da pena respeite este mandado de controle do arbítrio, ao tempo em que igualmente impõe que os métodos sejam condizentes com esse espírito e idôneos para a tarefa. Assim, se o poder deve ser limitado, a atividade de determinação judicial da pena no caso concreto também precisa sê-lo.
5. A culpabilidade é a regente maior da atividade de determinação da pena no caso concreto. Para cumprir essa função, são necessários critérios que atendem à sua responsabilidade reitora da tarefa do julgador e que, a um só tempo, pela sua só existência, contribuam também para a própria efetivação e

maximização da razão de ser última do instituto: a tutela da liberdade em face do arbítrio potencial, a proteção do cidadão frente ao Estado.

6. Inexiste uma vinculação necessária entre o processo de individualização da pena e o fim ou os fins que com ela se pretende atingir. Uma coisa é justificar a cominação e a imposição de uma pena, outra não obrigatoriamente afiliada, tampouco subordinada, é o estabelecimento de critérios para determinação em concreto de uma pena justa que sejam cognoscíveis, justificáveis e passíveis de ulterior controle. Limites ao *ius puniendi* sempre devem existir em uma ordem constitucional democrática e independem de qual a justificativa que se adota para a existência da pena.
7. O não sopesamento dos fins da pena no momento de sua quantificação em concreto não significa que não tenha ela um propósito relacionado à missão do Direito Penal que a legitima socialmente, mas apenas que tal é valorado em momento anterior, pelo legislador, e não pelo magistrado.
8. As bases de uma teoria da proporcionalidade pelo fato, ao pregar o distanciamento de uma concepção subjetivo-moralizante de culpabilidade, endereçada à valoração da personalidade, modo de vida e atitude interior do autor do fato, colocando, em seu lugar, a apreciação do injusto culpável, contribuem para a superação da antinomia entre as finalidades da pena no momento processual de sua determinação em concreto.
9. A individualização judicial da pena é (relativamente) independente em relação a justificação filosófica perfilhada para a sua existência, não cabendo ao julgador, no momento da determinação concreta da sanção criminal, sopesar considerações preventivas, mormente se o faz para agravar sua severidade.
10. Ancorar a atividade de determinação da pena nos elementos da teoria do delito afigura-se a medida mais idônea a propiciar critérios seguros, previsíveis e passíveis de contestação por aqueles que se sentirem prejudicados.
11. Com o objetivo de ofertar as bases para uma sistematização mais segura da atividade de dosimetria da pena-base no direito brasileiro, atua a culpabilidade, protagonista desse processo, em três dimensões: limite, guia e empatia.

12. A atuação da culpabilidade como limite na fase de determinação da medida de pena pode ser dividida em três linhas essenciais: a) a vedação de juízos subjetivo-moralizantes; b) o não sopesamento de considerações inerentes às finalidades preventivas da pena para fins de agravar a situação jurídico-penal do condenado; c) e a exigência de cognoscibilidade individual das circunstâncias que são significativas para a medição da pena concreta.
13. Fatos delitivos com superiores ou destacados graus de violência e menoscabo ao bem jurídico tutelado podem justificar um agravamento da pena em relação ao mínimo abstratamente fixado no tipo penal, como imperativo dos princípios da individualização e da culpabilidade. Porém, o recrudescimento da pena deve manifestar-se a partir das categorias da teoria do delito, da valoração dos elementos inerentes ao injusto culpável.
14. Tem a culpabilidade como medida de pena um papel central na dosimetria da pena, enquanto critério reitor que, para que possa cumprir a função primordial de limite, exerce também o encargo de guia, de bússola acerca dos aspectos que podem ser valorados pelo julgador nesta fase, dentre os quais não se incluem razões inerentes à pessoa do condenado que representem uma censura subjetivo-moralizante, prognósticos de perigosidade a respeito do condenado ou considerações de necessidade preventiva utilizadas para justificar uma majoração da sanção a ser concretamente imposta.
15. O julgador é imprescindível para manejar essa culpabilidade reitora da atividade de aplicação da pena, seja pela consideração individualizada dos elementos inerentes ao injusto típico que se verifiquem em maior ou menor intensidade no caso concreto, com todos os matizes que são inerentes à heterogeneidade das situações, seja em razão do aspecto humano que pode influenciar (favoravelmente ao acusado) a dosagem da sanção.
16. O artigo 59 do Código Penal, ao dispor que deve o juiz fixar a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, deve ser interpretado como um mandado de vinculação do processo de individualização à atuação delimitadora da culpabilidade, ao passo em que a alusão à reprovação e à prevenção merece ser compreendida como mero aceno de reafirmação à sociedade quanto às finalidades da pena eleitas pelo Parlamento, não como mensagem ao juiz para que as considere na dosimetria. Em seguida, quando o legislador refere “necessário”, deve-se

entender que está a convocar a ação da culpabilidade enquanto limite. Já ao mencionar “suficiente”, demanda que a valoração seja norteada retrospectivamente ao injusto culpável e, paralelamente, autoriza a supressão de excessos punitivos em consideração às particularidades do caso (e da pessoa do condenado), reflexos, respectivamente, das dimensões “guia” e “empatia” da culpabilidade como medida de pena.

17. Os antecedentes são válida exceção objetiva de política criminal que – observados padrões mínimos de julgamento e vedados excessos no incremento das sanções que as desassociem em absoluto da gravidade dos crimes subjacentes –, não compromete a atuação reitora da culpabilidade em direção a uma dosimetria da pena-base proporcional ao injusto culpável, senão confirma a regra e, paralelamente, respeita os ditames do princípio da separação dos poderes.
18. De acordo com a culpabilidade-guia, segunda das dimensões da culpabilidade como medida de pena, qualquer valoração que fundamente uma ampliação das consequências do exercício do *jus puniendi* em relação ao agente – exceção feita aos antecedentes –, deve reconduzir-se ao injusto culpável, precisa ser retrospectiva ao fato que motivou a deflagração da persecução penal, ancorada nos institutos da teoria do delito.
19. De acordo com a dimensão guia da culpabilidade na fase de dosimetria da pena-base, derivamos que os elementos inerentes ao fato típico e àqueles pertinentes à antijuridicidade é que podem ser objeto de graduação (para cima e para baixo) conforme a intensidade com que se verificam no caso concreto, mensurados a partir do desvalor do comportamento e o desvalor do resultado.
20. A culpabilidade não deve ser valorada como circunstância judicial autônoma na fixação da pena-base, pois não se trata apenas de mais uma circunstância judicial a ser sopesada concorrentemente com as outras sete previstas no artigo 59 do Código Penal, tampouco com igual nível de influência na atividade de dosimetria da sanção. Sua função não é agregadora das demais circunstâncias judiciais, mas conformadora de seu sentido e limitadora de sua eficácia.

21. Dentro da análise das “circunstâncias” previstas no artigo 59 do Código Penal, com fins de definição da pena base, dever ponderar o julgador aspectos referentes ao injusto de ação, aferir o desvalor do comportamento.
22. A aferição do desvalor do resultado a partir da circunstância judicial “consequências”, prevista no artigo 59 do Código Penal, permite não só sejam sopesadas consequências delitivas que já estejam contempladas no tipo legal, como também possibilita que consequências extratípicas sejam objeto de consideração, desde que: a) exteriorizadas tais consequências secundárias ou aprofundadas do delito praticado; b) comprovadas no processo penal; c) admita o tipo penal a forma “culposa”; d) sejam tais consequências reconduzíveis ao injusto culpável a partir da verificação da criação de um risco não permitido, que se realiza no resultado e é albergado pelo tipo penal.
23. A dimensão “empatia” da culpabilidade como critério reitor da atividade de dosimetria da pena-base representa espaço para a diminuição quantitativa da sanção criminal que se abre a partir do exame da culpabilidade em sentido estrito e até mesmo de aspectos além do injusto culpável, enquadrando-os, em específico, nas circunstâncias judiciais “personalidade”, “conduta social”, “motivos” e “comportamento da vítima”, podendo ser apresentadas, inclusive, favoravelmente ao condenado, razões de prevenção especial. São requisitos básicos e preliminares para consideração de tais aspectos a existência de postulação expressa do autor do fato no âmbito do processo penal e o reconhecimento de eficácia tão somente redutora da pena.
24. Admite-se a graduação da culpabilidade em sentido estrito no âmbito da atividade de determinação da pena, na medida em que o máximo de atributibilidade jurídica já é pressuposto pela norma penal, ou seja, a plena verificação de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa cumprem tão somente o papel de configurar o crime, nada representando em termos negativos quanto à pena ser imposta. Por outro lado, uma presença minorada de qualquer destes elementos integrantes da culpabilidade sistemática – objetivamente valorada pelo julgador – a despeito de permanecer suficiente para caracterização do delito, justificará a redução do *quantum* da pena.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Aplicação da Pena. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, out./dez. 2000, p. 933-964

BAGARIC, Mirko. The punishment should fit the crime - not the prior convictions of the person that committed the crime: na argument for less impact being accorded to previous convictions in sentencing. In: **San Diego Law Review**, Vol. 51, No. 2, 2014, p. 343-417. Disponível em: <<https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=sdlr>>. Acesso em 16/05/2021

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Rev. Dir. Adm**, 225. Rio de Janeiro: jul/set. 2001, p. 5-37. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47562/44776>>. Acesso em 26/08/2020

BATISTA, Nilo. **Cem anos de reprovação**. In: Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Nilo Batista e André Nascimento (Orgs.), p. 161-180. Rio de Janeiro: Revan, 2011

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012

BECCARIA, Cesare Bonsana. **Dos delitos e das penas**. Livro Eletrônico

BEDÊ JÚNIOR, Américo. Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: a dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e aplicação da pena**: Ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade, p. 77-91. Salvador: JusPodivm, 2021

BESIO HERNÁNDEZ, Martín. **Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Livro eletrônico

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2004

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

BRASIL. **Código Penal**, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. In: **Revista Liberdades** - nº 8 - setembro-dezembro de 2011, p. 45-87. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47413/45319>>.
Acesso em 12/08/2020

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena e o Problema da Discricionariedade Judicial**: Breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de Sentencing Guidelines Norte-Americano e Inglês. Salvador: Editora Juspodivm, 2021

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012

CARVALHO NETO, Inacio de. **Aplicação da pena**. São Paulo: Método, 2013

CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). **Sentença Criminal e aplicação da pena**: Ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade, p. 607-625. Salvador: JusPodivm, 2021

CASTRO, Cássio Benvenutti de. Caracteres da culpabilidade enquanto medida de pena. In: **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 52, 2010

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal – Parte Geral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal / Alceu Corrêa Junior, Sérgio Salomão Shecaira. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

COSTA, Lucas Gabriel S. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

DANTAS, Monica Duarte. **Da Luisiana para o Brasil**: Edward Livingston e o primeiro movimento codificador no Império (o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832. Jahrbuch fur Geschicte Lateinamerikas (1998) / Anuário de História da América Latina, 2015, p. 173-205. Disponível em: <https://www.academia.edu/25064750/Da_Louisiana_para_o_Brasil_Edward_Livingston_e_o_primeiro_movimento_codificador_no_Imp%C3%A9rio_o_C%C3%B3digo_Criminal_de_1830_e_o_C%C3%B3digo_de_Processo_Criminal_de_1832_From_Louisiana_to_Brazil_Edward_Livingston_and_the_First_Codification_Movement_of_the_Empire>. Acesso em 08/11/2020

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Culpabilidad y fines de la pena**: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin, 2008. Disponível em:

<<http://blog.uclm.es/areadpenalto/files/2013/10/Demetrio-Crespo-Eduardo-%C2%ABCulpabilidad-y-fines-de-la-pena-con-especial-referencia-al-pensamiento-de-Claus-Roxin%C2%BB-Revista-de-Derecho-Penal-Buenos-Aires-Instituto-de-Ciencias-Penales-2007-2-pp.-197-239.pdf>>. Acesso em 21/05/2020

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Notas sobre la dogmática de la individualización da pena. In: **Derecho Penal y Criminología**, ISSN 0121-0483, ISSN-e 2346-2108, Vol. 21, N°. 67, 1999, p. 31-50. Disponível em: <<file:///C:/Users/TJBA/Downloads/Dialnet-NotasSobreLaDogmaticaDeLaIndividualizacionDeLaPena-5312212.pdf>>. Acesso em 04/03/2021

DIDIER Jr., Fredie. **Teoria geral do processo**: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2018

DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. In: Nascimento, André (org.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise de culpabilidade, Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 181-206

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** [livro eletrônico]: Parte Geral. 2. ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa. Colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho**: El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. In: InDret (www.indret.com), 01/2007

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Capítulo 2: Derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2004

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. 2. reimpr. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004

FRASE, Richard S. **Limiting Retributivism**: The Consensus Model of Criminal Punishment. In: The Future of Imprisonment in the 21st Century (Michael Tonry, edit.). Oxford Univ. Press, forthcoming 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=420324>>. Acesso em 22/03/2021

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003

FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema del delito en transformación. In: InDret (www.indret.com), 3/2014

GIACOMOLLI, Nereu José. SILVA, Pablo Rodrigo Afllen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente. In: **Revista Direito GV**, p. 565-582. São Paulo: Jul-Dez 2010. Disponível em: <

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24149/22920>>. Acesso em 20/10/2021

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de culpabilidad**. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez, 2. ed., Buenos Aires: Editorial B de F, 2002

GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto et ali, Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, p. 885-903. Coimbra: Almedina, 2009

HART, H.L.A. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. Oxford University Press: Oxford, 2008

HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 54, p. 401-429, jan./dez. 2001. Disponível em: <file:///C:/Users/tjba/Downloads/Dialnet-LaConcepcionAnticuadaDeLaCulpabilidadEnLaJurisprud-909463%20(1).pdf >. Acesso em 30/05/2020

HORNLE, Tatjana. **Teorías de la pena** (Spanish Edition). Traducción de Nuria Pastor Muñoz; con la colaboración de Nathalia Elena Bautista Pizarro. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015

JESCHECK, Hans-Heinrich. El principio de culpabilidade como fundamento y límite de la punibilidad em el Derecho Alemán y Español. In: Eguzkilore. **Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, nº 9. San Sebastián, 1995, p. 25-38. Disponível em: <<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2170448/05+-+El+principio+de+culpabilidad+como+fundamento.pdf> >. Acesso em 13/08/2020

LIMA JÚNIOR, José César Naves de. **Dosimetria da culpa**. Salvador: Juspodivm, 2018

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro digital

LUTERO, Martinho. **Noventa e Cinco Teses de Lutero**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&o_obra=2703>. Acesso em 13.12.2020

MELIÁ, Manuel Cancio. Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective. In: **Buffalo Criminal Law Review**. 7., 2004, p. 513-550. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/259731740_Victim_Behavior_and_Offender_Liability_A_European_Perspective>. Acesso em: 20/04/2019

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Crítica ao chamado “homem médio” como barema de uma culpabilidade moralizante. In: **Revista do Programa de Pós**

Graduação em Direito da UFBA, e-ISSN: 2358-4777, Volume 31, n. 1, p. 140-166, Jan-Jun 2021

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **Direito Penal**: sistemas, códigos e microssistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O novo conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição de pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. ALBUQUERQUE, Leonardo Carvalho Tenório de. Limites à censura moral e uma defesa da culpabilidade pelo fato como guia ao julgador na dosimetria da pena. In: **Direito penal, processo penal e constituição I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, p. 93-112, 2020

MORRIS, Norval. The Future of Imprisonment: Toward a Punitive Philosophy. In: **Michigan Law Review**, vol. 72, issue 5, 1974, p. 1161-1180. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/270045938.pdf>>. Acesso em 22/03/2021

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Towards Principled Sentencing. 37 Md. L. Rev. 267, 1977, p. 267-285. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol37/iss2/4>>. Acesso em 17/07/2021

MOTTA, Ivan Martins. **Direito Penal I** [livro eletrônico]: parte geral. Ivan Martins Motta, Regina Vera Villas Bôas. – 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. Barcelona, Editorial Reppertor, 2016

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A Genealogia da Moral**. São Paulo: Lafonte: 2017

NUCCI, Guilherme. **Individualização da Pena**, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, William Couto de. **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUARÉZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema de direito penal**: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. Trad. Org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. – 2. ed. rev. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

PERALTA, José. Elementos Subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales** - ADPCP, ISSN 0210-3001, VOL. LXIII Tomo 63, Fasc/Mes 1, 2010, p. 251-275. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3842893>>. Acesso em 15/07/2021

PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y prevención**: las teorías de la prevención general positiva em la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Tese de Doutorado. Madri: Universidad Autonoma Madrid, 1998

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**: na teoria do delito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal** [livro eletrônico]: parte geral, volume 1. 1 ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2015

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 46, jan./fev. 2004

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención em Derecho Penal**. Madrid: Instituto Editorial Reus, S.A., 1981

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Thomson Civitas, 1997

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008

SANT'ANNA, Marina de Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019

SCHÜNEMANN, Bernd. **¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!** – Sobre los limites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho –. Trad. Ángela De La Torre Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007

SCHÜNEMANN, Bernd. La política criminal y el sistema de derecho penal. In: **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo XLIV, f. III, set/dez., 1991, p. 693-713

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. **Imputação objetiva e a conduta da vítima**. Curitiba: Juruá, 2010

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático)**: un primer esbozo. In: InDret (www.indret.com), 2/2007

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena**: a trajetória do conceito material da culpabilidade suas relações com a medida de pena – Coleção Ciência Criminal Contemporânea – vol. 7 – Coordenação Cláudio Brandão – Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016

STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida de pena**: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019

STOCO, Tatiana. **Personalidade do agente na fixação da pena**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2014

TAVARES, Juarez. **Culpabilidade e individualização da pena**, in: Nascimento, André (org.). Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise de culpabilidade, Rio de Janeiro: Revan, 2011

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015

VADILLO, Enrique Ruiz. La dosimetria penal em el Código español. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 30, Fasc/Mes 2, 1977, p. 351-408. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2789420>>. Acesso em 16/05/2021

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2021

VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017

VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. In: **Revista Científica do CPJM**, Vol.1, n.02, p. 96-125. Rio de Janeiro: 2021. Disponível em: <<http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/36/54>>. Acesso em 20/10/2021

VON HIRSCH, Andrew. Commensurability and crime prevention: evaluating formal sentencing structures and their rationale. In: **The Journal of Criminal Law and Criminology**, vol. 74, n. 1, 1983, p. 209-248. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=6362&context=jclc>>. Acesso em 22/03/2021

VON HIRSCH, Andrew. Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory. In: **Maryland Law Review**, vol. 42, issue 1, article 6, 1983, p. 6-36. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/56356636.pdf>>. Acesso em 22/03/2021

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal** [livro eletrônico]: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado; posfácio José Cerezo Mir. 1. ed. em e-book a baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro: ICC/Revan, n. 14, 2004, p. 31-48

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**, [livro eletrônico]: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. -- 3. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019