II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

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.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-221-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, repetindo o sucesso do primeiro evento realizado pelo CONPEDI em ambiente eletrônico, reuniu pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos, com a segurança e a responsabilidade exigidas pelo contexto delineado pela pandemia da Covid-19.

Aqui, temos a honra de apresentar os artigos oriundos de pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição I", na tarde do dia 7 de dezembro de 2020.

No trabalho intitulado "A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL POPULAR DO JÚRI", Marcelo de Almeida Nogueira, Jackeson dos Santos Lacerda e Luiza Moreira Cordeiro Tavares analisam como os casos julgados no âmbito do Tribunal do Júri são constantemente explorados pela mídia e como esta prática jornalística possibilita a emissão de opiniões e conceitos prévios que podem influenciar na formação da opinião pública.

Lara Castelo Branco Monteiro Benevides, no trabalho intitulado "A PARCIALIDADE DO POLICIAL MILITAR COMO TESTEMUNHA NO MEIO PROBATÓRIO: UMA LEITURA CRIMINOLÓGICA NECESSÁRIA AO PROCESSO", investiga o testemunho do policial militar como meio de prova, analisando sua inoportunidade pelas lições criminológicas aplicadas ao processo penal.

O trabalho de autoria de Fábio André Guaragni e Douglas Rodrigues da Silva, sob o título "AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS E O APROVEITAMENTO DA PROVA NO PROCESSO PENAL", aborda a (i)licitude da prova oriunda de apreensão e monitoramento de equipamentos e meios eletrônicos disponibilizados pela empresa aos empregados, no curso de investigações internas decorrentes de programas de compliance, apontando alguns limites de aproveitamento da prova.

Já o trabalho "COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A GARANTIA DO DIREITO À VIDA E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO", da lavra de Enrique Omar Rocha Silva Rocha e Marcelo Nunes Apolinário,

analisa, a partir da garantia fundamental do direito à vida, a (in)constitucionalidade da descriminalização do aborto e, consequentemente, interrupção da gravidez, como verdadeiro método contraceptivo, nos três primeiros meses da gravidez, com fundamento na liberdade individual e autonomia da vontade da gestante para decidir livremente sobre a maternidade, tendo como paradigma decisão do Supremo Tribunal Federal proferida por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 124.306 do Estado do Rio de Janeiro.

Em "EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABUSO DE AUTORIDADE NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA E PERSPECTIVAS", Rafael Fecury Nogueira e Willibald Quintanilha Bibas Netto debruçam-se sobre a evolução histórica verificada no Brasil sobre as leis de abuso de autoridade. A pesquisa busca avaliar se a disciplina brasileira do abuso de autoridade tem evoluído ou não na proteção contra tal prática.

Airto Chaves Junior e Luciana Bittencourt Gomes Silva apresentam um estudo teórico-empírico da prisão preventiva como garantia da ordem pública nas cinco Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir da análise de 605 acórdãos julgados entre 2019 e 2020, nos quais se decretou ou se manteve a medida, análise que permitiu aos autores concluir que as prisões são animadas por critérios extralegais, tais como o merecimento, a suposta periculosidade do sujeito ou para credibilidade da justiça. O texto recebeu o título "GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO CRITÉRIO DE ENCARCERAMENTO CAUTELAR NAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA: UMA ANÁLISE TEÓRICO-EMPÍRICA".

O trabalho "GARANTISMO E A REGULAÇÃO DOS PODERES: ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO", de Melina de Albuquerque Wilasco, revisita conceitos cunhados pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli a fim de verificar como o constitucionalismo garantista pode colaborar com o debate acerca da crise do sistema carcerário.

Em "LIMITES À CENSURA MORAL E UMA DEFESA DA CULPABILIDADE PELO FATO COMO GUIA AO JULGADOR NA DOSIMETRIA DA PENA", Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque analisam a incompatibilidade de valorações de natureza subjetiva, amparadas em padrões idealizados de comportamento, com princípios constitucionais, buscando contribuir para o aperfeiçoamento do processo de definição da pena.

Sob o título "O ATIVISMO JUDICIAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: REVOGAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIAS NAS ADCS 43, 44 E 54, A VONTADE DO POVO OU DA VONTADE DO JUIZ", Wesley Andrade Soares investiga

em que medida há ativismo judicial e/ou mutação constitucional que intente pela prisão em segunda instância, perquirindo sobre uma possível sobreposição entre ativismo judicial e mutação constitucional que seria responsável por impulsionar a legalidade de uma execução antecipada da pena.

Por fim, no texto intitulado "O BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA PENA NO TRÁFICO DE DROGAS E A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO", Felipe Braga de Oliveira e Luciana de Souza Breves analisam a aplicação jurídico-penal do tráfico privilegiado sobre fatos pregressos à Lei n.º 11.343/06, mormente aos casos regidos pela Lei n.º 6.346/76. Os autores investigam a possibilidade da conjugação de leis no tempo, isto é, lei revogada, naquilo que é mais benéfica, com as benesses da norma de regência, mostrando finalmente o atual entendimento das Cortes acerca da combinação de leis.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, são os votos dos organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

LIMITES À CENSURA MORAL E UMA DEFESA DA CULPABILIDADE PELO FATO COMO GUIA AO JULGADOR NA DOSIMETRIA DA PENA

LIMITS TO MORAL REPROBATION AND A DEFENSE OF A CULPABILITY BASED ON THE FACTS AS A GUIDELINE FOR THE JUDGE WHEN WHEN MEASURING THE SENTENCE

Sebastian Borges de Albuquerque Mello [1]
Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque [2]

Resumo

A associação histórica entre culpabilidade e a ideia de reprovabilidade, que favorece juízos morais de censura, repercute também no momento de dosimetria da pena. Objetiva o artigo, então, através de metodologia dedutiva e revisão bibliográfica, demonstrar a incompatibilidade de valorações de natureza subjetiva, amparadas em padrões idealizados de comportamento, com princípios constitucionais, e contribuir para o aperfeiçoamento do processo de definição da pena, concluindo-se que a culpabilidade referida no artigo 59 do Código Penal atua como bússola que, além de lembrar seu papel de contenção do poder punitivo ao julgador, direciona a reprovação, de natureza essencialmente jurídica, apenas aos fatos.

Palavras-chave: Culpabilidade, Individualização da pena, Reprovação, Juízo moral

Abstract/Resumen/Résumé

The historical association between culpability and the idea of reprovability, which favors moral judgments, also has repercussions in the moment of dosimetry of the sentence. The purpose of the article is to demonstrate the incompatibility of subjective valuations, supported by idealized patterns of behavior, with constitutional principles, and to contribute to the improvement of the sentence definition process, concluding that the culpability referred to in Article 59 of the Penal Code acts as a compass that, in addition to reminding its role in containing punitive power to the judge, directs the reprobation, essentially of a legal nature, only to facts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Culpability, Individualization of punishment, Reprobation, Moral judges

---

[1] Advogado. Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal da Bahia.

[2] Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia

1. Premissas introdutórias: culpabilidade e o impacto moralizante da ideia de reprovabilidade

Dentro do espectro do termo "culpabilidade", fundamental ao Direito Penal, referenciam-se diversos aspectos inerentes ao poder de punir. Trata-se de conceito polissêmico – princípio, fundamento e limite – permeado de incertezas e imprecisões. É preciso, portanto, compreender o que significa culpabilidade, em consonância com as demandas político-criminais da pós-modernidade.

A culpabilidade representa o desenvolvimento histórico de um conjunto de postulados filosóficos relativos à imputação penal. Como princípio, tem a missão de individualizar e subjetivizar os critérios de imputação; como fundamento, busca as razões pelas quais se imputa um injusto penal a seu autor; como limite, significa a referência para a medição judicial da pena (ACHENBACH, 1974). O certo é que todas as concepções têm em comum a referência ao indivíduo; algo personalíssimo, intranscendente. O ilícito pode ser compartilhado – a culpabilidade, não (art. 29 do CP). Além disso, ela possui uma relação direta com a pena.

Evidencia-se, de logo, que a imposição da pena depende da demonstração da culpabilidade. Isto tem como finalidade e efeito estabelecer um limite de contenção e redução jurídica do *ius puniendi*[1]. Por conta disso, a doutrina penal historicamente empreendeu esforços no sentido de delinear o conteúdo material da culpabilidade, como possível fundamento e fator restritivo[2] à imposição da sanção penal àquele que pratica um fato típico e antijurídico.

---

[1] Diz Zaffaroni: "Entendemos por direito penal o discurso doutrinário que tem por objeto a programação do exercício do poder jurídico de contenção do poder punitivo (a ciência ou saber jurídico penal) e o treinamento acadêmico dos operadores das agências jurídicas. Sua função é a programação da contenção e redução jurídica do exercício do poder punitivo (...). Neste sentido, o direito penal é um apêndice do direito constitucional de todo Estado constitucional de direito, pois a função contentora é indispensável para sua subsistência (sem ela o Estado de direito desapareceria convertido em puro Estado de polícia)". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro: ICC/Revan, n. 14, 2004, p. 31-32.

[2] Juarez Tavares, por exemplo, aduz que a culpabilidade deve ser compreendida como instrumento de contenção do poder punitivo, "pelo qual se busca verificar se, apesar de haver cometido o fato injusto, o sujeito ainda pode ser excluído das consequências jurídicas do crime (pena ou medida de segurança)". TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 419.

No entanto, amiúde se refere à culpabilidade – fundamento da pena – como um juízo de censura sobre um determinado comportamento, isto é, um "*juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor culpado por um fato típico e antijurídico*" (ESTEFAM, 2010, p. 259), de modo a permitir que lhe seja imposta a pena.

A inserção de elementos normativos na culpabilidade tem origem em *Reinhard Frank* (2004), para quem as circunstâncias concomitantes – fatores situados fora do dolo – podem tornar um fato delituoso mais ou menos censurável, sendo que o maior ou menor interesse do Estado em punir determinada conduta seria proporcional à sua censurabilidade. Para ele, a normalidade das circunstâncias dentro das quais o agente teria atuado consubstanciaria um terceiro pressuposto da culpabilidade – ao lado da imputabilidade e do dolo/imprudência –, não cabendo reprovação quando as circunstâncias concomitantes tenham sido um perigo para o autor ou para uma terceira pessoa[3].

Este contexto abriu um leque de possibilidades de valoração jurídica de uma conduta, sendo que, desde então, há passagens nas quais se trata o infrator da norma como sendo portador de uma "má" moralidade, ou mesmo um juízo alicerçado no modo de vida do autor, em seu caráter, em sua personalidade e na maneira como dirige a sua vida, responsabilizando-o pelo que é, não pelo que faz. Não é aceitável dita compreensão, porém, uma vez que "*responder pelo caráter permite a estigmatização de pessoas por determinadas condições pessoais, revelando preconceitos e discriminações contra os mais vulneráveis, o que termina fazendo a culpabilidade mais moralizante do que a ideia de reprovabilidade*" (MELLO, 2019., p. 186).

Noutra quadra, defendeu-se também um juízo de culpabilidade a partir de uma comparação do indivíduo concreto com o denominado "homem médio", isto é, à uma "representação ideal do livre-arbítrio, apelando à comparação com uma pessoa modelo" (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2017, p. 438). Nessa linha de compreensão, a culpabilidade encontraria seu fundamento substancial na chamada atitude interna juridicamente desaprovada, verificada a partir das expectativas jurídicas que se tem em face de um cidadão adulto e mentalmente são, comparado, nas condições em que se encontrava,

---

[3] 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.

com a atitude presumível de um cidadão médio, com características semelhantes às suas, posto na mesma situação, condições e circunstâncias.

Novamente, então, evidencia-se marco teórico no qual se transfere a um terceiro – o juiz – a definição de balizas de condutas socialmente esperadas, de padrões éticos generalizantes de comportamento. Dita opção jurídico-penal tem sensíveis dificuldades para se harmonizar em sociedades plurais, heterogêneas e democráticas.

Percebe-se, então, como já assinalava *Freudenthal* (2003) no início do século passado, que não importa a doutrina escolhida a respeito do conceito de culpabilidade: nela sempre está contida uma expressão de desaprovação com relação à conduta do autor (a quem se imputa responsabilidade pelo ocorrido). Disso devem derivar cautelas pois, como observa *Klaus Günther*, quando a culpabilidade se aproxima conceitualmente de uma capacidade de autodeterminação moral, "viola-se a separação entre moral, costume e direito, que é constitutiva para um estado de Direito liberal e democrático" (1998, p. 79).

O problema foi justamente percebido por *Nilo Batista*, para quem, inclusive, o próprio Reinhard Frank, principal personagem da "viragem normativista" da culpabilidade, não ignorava que a expressão reprovabilidade instalava prontamente uma valoração ética sobre a conduta do sujeito e que isso seria conflitante com um dos pilares do penalismo ilustrado: a radical separação entre direito e moral. E prossegue:

> 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 (2011, pp. 173-174).

De modo similar, *Juarez Tavares* (2011, p. 133) faz o diagnóstico crítico de que a associação da culpabilidade jurídica à culpabilidade moral remonta à própria ideia de culpa concebida na religião[4], compreendida como "*o mal que se agrega ao autor como uma mácula indelével, mas que deve ser sempre descartada em uma ordem jurídica laica*"[5].

---

[4] Ver também STOCO, Tatiana. Culpabilidade e medida de pena: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 57-58: "As raízes do termo culpabilidade no pensamento cristão resultaram em um conceito com um sentido fortemente ligado à atitude

Muito antes, aliás, em clássica obra do século XVIII, *Cesare Beccaria* (1764, paginação irregular) já identificava a inadequação de relacionar intimamente moral e direito penal. Dizia ele:

> Percorram-se, com visão filosófica, as leis e a história das nações e se verão quase sempre os nomes de vício e virtude, de bom e mau cidadão, mudarem de valor segundo o tempo e as circunstâncias. Não são, porém, as reformas operadas no Estado ou nos negócios públicos que causarão essa revolução das ideias; esta será a consequência dos erros e dos interesses passageiros dos diferentes legisladores.
>
> Muitas vezes se verão as paixões de um século servir de base à moral dos seguintes, e formar toda a política dos que presidem às leis.

Todas estas digressões moralizantes sobre a culpabilidade como fundamento da pena terminaram-se espargindo-se para a culpabilidade relacionada com a dosimetria da pena. Referida expressamente no art. 59 do Código Penal, a partir da reforma da parte geral de 1984, há uma certa confusão entre as referências à culpabilidade que fundamenta a imposição da pena (cujos elementos formais são imputabilidade, exigibilidade e potencial consciência da ilicitude) e a culpabilidade para quantificar a resposta penal.

Na redação original do Código Penal de 1940, não se encontra a palavra culpabilidade. Porém, como deflui da leitura estrita do artigo 59 do Código Penal[6], em sua

---

interior. A observação histórica mostra que essas origens teriam sido decisivas para a construção do conceito atual de culpabilidade, cuja versão secularizada teria evoluído de uma atitude errada perante Deus para uma infração 'espiritual' ao dever ou aos valores. Neste sentido, o conceito de culpabilidade 'clássico' não se restringe a um juízo de censura sobre o injusto, mas contém sempre um elemento adicional: a ideia de que o autor é censurável pelo seu fracasso pessoal no momento de decidir entre as alternativas possíveis".

[5] Sobre a associação entre a ideia de mal e a moral religiosa, ver também Zygmunt Bauman: "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. O mal talvez existente no universo podia ser atribuído em sua totalidade, em resíduos, aos seres humanos – a seus atos iníquos e pensamentos pecaminosos. 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". BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido. Capítulo 2: O medo e o mal**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012, paginação irregular.

[6] Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

redação vigente, quando da aplicação da pena, o juiz deve, uma vez mais, valorar a culpabilidade do agente e, para tanto, a fim de definir a adequada medida de imposição do *ius puniendi* no caso concreto, sopesará também o quanto se revele necessário à *reprovação* do comportamento criminoso.

Com efeito, verificada a existência de culpabilidade como substrato que – junto à constatação de que o fato é típico e ilícito –, fundamenta o reconhecimento judicial da existência do crime (concepção sistemática), e, ainda, respeitado o princípio da culpabilidade a partir da observância do devido processo legal para atribuição de culpa penal a alguém, recorre-se de novo ao juízo de *reprovação*, desta feita para fins de individualização da pena. Nesta fase, o conteúdo do precitado artigo 59, inclusive a culpabilidade, serve não apenas à dosagem propriamente dita da sanção, mas também à definição daquela pena adequada dentre as cominadas, do regime inicial de cumprimento, bem assim para avaliação quanto à possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade e de concessão do sursis (NUCCI, 2015).

Aqui, portanto, novamente a reprovação é fator nevrálgico ao Direito Penal, pelo que se revela primordial estabelecer diques ao que pode ser objeto de reproche pelo julgador, e definir, sob o manto da dignidade da pessoa humana, os marcos a respeito do que se pode estimar no tocante à culpabilidade na atividade de dosimetria da pena, prevenindo sejam sopesados, para recrudescer a censura, aspectos morais e considerações pessoais do magistrado.

Como bem assinala *Juarez Tavares*, os elementos previstos no art. 59 do Código Penal não podem ser "espadas cortantes nas mãos do julgador, e, sim, circunstâncias de ponderação submetidas ao crivo de necessidade e de proporcionalidade", pelo que se impõe não haja, nesse momento de individualização da pena, dissociação em relação ao fato delitivo mediante a valoração de "fatores morais, que nada tem a ver com a reprovabilidade jurídica" (2011, p. 129).

---

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 25/11/2019.

Não obstante, parece-nos induvidoso que, na prática, a forte associação da culpabilidade em sentido estrito (substrato sistemático do crime) à ideia de censura[7] tem irradiado efeitos também para este importantíssimo momento processual, ocasionando, não raro, sejam (indevidamente) ponderados ideais de moralidade do julgador, representações sociais do que eticamente se espera do "ser humano médio" e até juízos de valor acerca da (a)normalidade da condução de vida do condenado, quando da fixação da pena-base.

2. A incompatibilidade da adoção de uma culpabilidade subjetivo-moralizante na fixação da pena em face dos princípios da impessoalidade, da legalidade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade

Prevalece na doutrina e jurisprudência brasileiras, conforme já aludido, a compreensão de que culpabilidade consiste no juízo de reprovabilidade pessoal pelo comportamento contrário à norma, quando ao agente era possível atuar de outro modo. Sucede que, à parte as discussões quanto a existência ou não de real autonomia dogmática da culpabilidade na determinação da pena em relação à culpabilidade como substrato do crime – o que foge ao recorte deste estudo –, o mesmo conceito amparado na censurabilidade é, no mais das vezes, transportado, sem grandes adaptações, da teoria do delito à atividade de fixação judicial da medida de sanção penal adequada, daí resultando o entendimento de que quanto maior a reprovabilidade, maior deve ser a pena (STOCO, 2019).

É o que se verifica, por exemplo, em *Guilherme de Souza Nucci*, para quem, no momento de fixar a pena, o magistrado considera a chamada culpabilidade em sentido *lato* ou amplo, que se caracteriza pela reprovação social que o crime e o autor do fato merecem (NUCCI, 2015), ou na visão de *Ricardo Augusto Schimitt*:

> 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

---

[7] Cf. BATISTA, 2011, op. cit., p. 175: "A pior consequência da chegada triunfal da reprovação a nossa legislação penal, no entanto, não foi a interpretação predominante de que adotamos uma teoria combinatória da pena, e, sim, o despertar de um olhar reprovador sobre os acusados, muito estimulado – por razões sobre as quais nos detivemos em outra ocasião – pelos meios de comunicação social, e muito praticado por juízes e mesmo por tribunais".

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. (2019, pp. 127-128)

Uma tal culpabilidade, fortemente marcada por um caráter moralizante, mostra-se incompatível com quatro princípios de base constitucional: impessoalidade, legalidade, dignidade da pessoa humana e proporcionalidade.

O primeiro ponto de conflito decorre do cunho necessariamente *subjetivo* da valoração amparada em razões éticas projetadas normativamente por um terceiro – o magistrado – em relação ao réu. Ao ponderar quanto à (i)moralidade de determinado comportamento penalmente tipificado, acerca do ajustamento ao *standard* idealizado de vida em sociedade que a experiência lhe confere, ou ainda sobre sentimentos e atributos pessoais que teriam caracterizado ou determinado a ação *sub judice*, o julgador faz incursões no âmbito da intimidade e vida privada[8] do autor do fato que não são autorizadas num Estado Democrático de Direito pautado por ideais de liberdade, pluralismo, autonomia e intervenção mínima. E por certo, ao fazê-lo, o Estado-juiz, por um de seus membros, realiza um juízo subjetivo acerca da subjetividade de outrem.

No direito brasileiro, diz *Adriano Teixeira*, observa-se, historicamente, uma tendência de privilégio a critérios subjetivos, referentes à pessoa do condenado, quando da fixação da pena. O princípio da individualização da pena, constitucionalmente positivado, possui "*um aspecto objetivo, relativo à gravidade do delito, e um aspecto subjetivo, pertinente à pessoa do condenado. A este nossa lei e jurisprudência têm atribuído mais relevo*" (2015, pp. 31-32).

De fato, autores como *Guilherme de Souza Nucci* deixam clara a forte influência de percepções particulares do magistrado quando da valoração da culpabilidade, cujo caráter seria objetivo-subjetivo, na medida em que, para ele, o juízo a respeito dessa circunstância judicial, *"ainda que calcado em elementos palpáveis, constantes dos autos, não deixa de resultar da apreciação pessoal do julgador, conforme sua sensibilidade, experiência de vida, conhecimento e cultura, bem como intuição*" (2015, p. 155).

---

[8] Diz Tatiana Stoco: "O sistema penal não deveria sondar as profundezas ou sutilezas morais dos crimes nem os aspectos profundos da motivação de seus autores, nem a pena poderia pretender abordar o aspecto moral ou psíquico do criminoso para melhorá-lo: isso representa uma intromissão na vida privada, que não é questão do Estado. O Estado deve defender a ordem externa, mas falta-lhe legitimação para tutelar moralmente os indivíduos. STOCO, 2019, op. cit. p. 66-67.

A identificação dessa tendência subjetivista está em linha com a crítica de *Tatiana Stoco*, que reconhece, num procedimento desse jaez, falta de clareza quanto ao conteúdo, ampla discricionariedade ao decisor sobre os critérios e, por decorrência, até mesmo abertura à arbitrariedade judicial, permitindo que se sustentasse, inclusive, uma pena que em verdade seria aquela *sentida* pelo juiz como adequada. Para a autora, parece contraditório perfilhar uma culpabilidade pelo fato ao mesmo tempo em que, de outro lado, ancora-se a censurabilidade primordialmente em aspectos inerentes à personalidade do agente, à sua atitude interior, aos seus sentimentos e à formação da vontade ilícita, sendo este um reflexo de "*uma longa tradição de imposição de moralidade também no plano da inflição da pena*" (2019, pp. 62-68).

Para exemplificar, sintomas dessa abordagem moralizante são divisados quando, a título de fatores de apreciação negativa da culpabilidade do artigo 59 do Código Penal, qualificam-se o condenado, seus sentimentos, sua motivação, sua atitude interior ou seu modo de vida a partir de inferências carregadas de subjetivismo, tal como ocorre no uso das expressões "frieza"[9], "crueldade"[10], "periculosidade"[11], "intensidade do dolo"[12], "desprezo"[13], "insensibilidade"[14], "egoísmo"[15], "ousadia"[16], "repugnância"[17], "covardia"[18], ou "perversidade"[19], além dos correspondentes adjetivos derivados.

Se a neutralidade absoluta é inviável ao ser humano – e, por extensão, inatingível aos magistrados –, parece-me indene de dúvidas que se lhes exige observância do princípio da impessoalidade quando da determinação da medida de pena adequada ao condenado.

---

[9] Vide, v.g., STJ, HC 297904/RS.

[10] Vide, v.g., STJ, AgRg no HC 389008/RS; STJ, AgRg no HC 389008/RS.

[11] Vide, v.g., STJ, HC 533397/PA; STJ, HC 297904/RS; HC 389105/DF.

[12] Vide, v.g., STJ, HC 297904/RS; STJ, HC 389105/DF; STJ, HC 539240/SP.

[13] Vide, v.g., STJ, HC 443581/SP.

[14] Vide, v.g., STJ, HC 448811/PR; STJ, HC 220382/MS.

[15] Vide, v.g., 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".

[16] Vide, v.g., STJ, HC 505435/SP; STJ, HC 497243/ES.

[17] Vide, v.g., STJ, HC 296258/RJ.

[18] Vide, v.g., STJ, AgRg no HC 430031/PE; STJ, RHC 57371/MS.

[19] Vide, v.g., STJ, AgRg no REsp 1635784/RO.

No âmbito do direito administrativo, o princípio da impessoalidade designa a necessidade de que os agentes públicos, para além de dispensarem igualdade de tratamento aos cidadãos em idêntica situação, orientem suas ações unicamente para o interesse público, vedando-se, desse modo, favorecimentos e/ou tratamentos mais prejudiciais conforme o destinatário (CARVALHO FILHO, 2012). A exigência de impessoalidade, como se vê, não só vale para a relação com os administrados, como tem também especial eficácia internamente à própria atividade do Poder Público na consecução dos seus fins (DI PIETRO, 2005). É impessoal aquilo que não se refere a uma pessoa ou pessoas (FIGUEIREDO, 1913) em específico.

A aplicabilidade do princípio da impessoalidade ao Direito Penal pode ser fundamentada no princípio do juiz natural, em seu prisma substantivo. Se a Constituição Federal, ao proibir juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII), preocupou-se em assegurar, no mais importante de seus dispositivos, a necessidade de independência e imparcialidade dos julgadores (NOVELINO, 2013) – e isso se reflete nas regras processuais de competência, suspeição e impedimento (ARAÚJO; COSTA, 2018) –, daí decorre ser vedado aos magistrados subsidiarem o recrudescimento da quantificação das sanções no processo criminal a partir de avaliações pessoais e subjetivas de censura, especialmente quando diretamente repreendem ou ao menos intuem desaprovação ao autor do fato.

Noutras palavras, se não se pode criar juízos *ad personam* como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, deflui-se que o necessário distanciamento do magistrado em relação às partes deve incluir também uma separação entre o exame do caso concreto e suas apreciações pessoais e valorações morais a respeito da pessoa do condenado, de sua atitude interior, de seus sentimentos, de suas características ou ainda do que, nos recônditos de sua intimidade, motivaram o agir ilícito. E isto é essencial, com ainda mais razão, no âmbito da dosimetria da pena, por se tratar do momento em que se define qual será a medida da mais grave das intervenções na liberdade das pessoas que prevê o ordenamento jurídico.

Mas não é só. O brocardo *nulla poena, nullum crimen sine lege* deve também ser reconhecido como mais um obstáculo à realização de um juízo subjetivo-moralizante na determinação da medida adequada de pena.

Como advoga *Luigi Ferrajoli*, o constitucionalismo corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito que se traduz numa alteração do paradigma positivista clássico. Se a primeira revolução se expressou mediante a afirmação da onipotência do legislador, isto é, do princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal) como norma de

reconhecimento da existência das normas, esta segunda revolução se realiza com a afirmação do que podemos chamar de princípio da estrita legalidade (ou de legalidade substancial). Ou seja, com a submissão da lei não apenas a vínculos formais, senão também substanciais impostos por princípios e pelos direitos fundamentais contidos nas constituições (FERRAJOLI, 2004).

Diante desse novo paradigma, é imprescindível ampliar a extensão conceitual do termo *pena* ao ponto de considerar que a promoção de um reproche moral ao aquilatar a culpabilidade releva-se inconciliável com o princípio da legalidade penal. Deveras, a Constituição Federal assegura o direito à autodeterminação moral das pessoas, direito este que se pode extrair das diversas liberdades fundamentais garantidas na Carta de 1988, a saber liberdade de consciência e de crença, proibição de toda privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, livre manifestação de pensamento e expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, além da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (BRASIL, 1988).

Se é assim, temos que a realização de reprovação subjetivo-moralizante pelo julgador ao aquilatar a culpabilidade consubstancia, por si só, uma *pena extra*[20] ao condenado, que não se encontra previamente disposta em lei (falta legalidade formal) e que sequer poderia estar, uma vez que antagônica aos valores de pluralidade e autonomia moral fomentados pela ordem constitucional (faltaria legalidade substancial). Um dos efeitos do princípio da legalidade em matéria penal deve ser conferir segurança jurídica e previsibilidade, inclusive ao cidadão – que deve poder conhecer o *como* e o *quanto* de pena se lhe pode impor. O magistrado, na atividade de determinação da pena, "*tem de pautar sua atuação por critérios transparentes e reconduzíveis à lei*" (TEIXEIRA, 2015, p. 111).

Nas palavras de *Nilo Batista*, num Estado de Direito, "*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*" (2011, p. 179). A referência ao inafastável respeito à autonomia moral das pessoas num Estado Democrático de Direito nos leva, porque visceralmente relacionados, ao princípio da dignidade da pessoa humana. O Direito Penal não é uma ilha. Não se pode pretender isolá-lo em absoluto do sistema jurídico constitucional em que está inserido, que o limita, condiciona e conforma. O Direito Penal está, portanto,

---

[20] Diz Tatiana Stoco: "(...) o juízo de culpabilidade não pode introduzir um desvalor adicional de natureza pessoal ao cidadão que extrapole o mero juízo de censura pelo injusto". STOCO, 2019, op. cit. p. 67.

"*subordinado hierárquica, lógica, axiológica e teleologicamente aos princípios constitucionais, deve retirar dos mesmos sua pauta valorativa*" (MELLO, 2011, p. 103).

Por isso, para *Nilo Batista* – que compreende culpabilidade como responsabilidade e não como uma censura –, todo critério jurídico-penal que se fundamente em um conteúdo moral, mesmo na determinação da pena adequada, deveria ser declarado inconstitucional. Argumenta que conferir ao juízo de culpabilidade tal sentido de reprovação "*atraiu um moralismo vulgar inadmissível no estado de direito erigido a partir da dignidade da pessoa humana, cuja pedra angular reside em sua autonomia moral*" (2011, p. 180).

A individualização da pena não pode ser compreendida como atividade de quantificação da medida de sanção penal adequada a partir da valoração *do indivíduo* (TEIXEIRA, 2015), de *classificação* do indivíduo a partir do grau de ajuste ou desajuste à moral idealizada pelo julgador ou de intuição discricionária a respeito de aspectos inerentes à esfera íntima do agente do fato. A categorização ou rotulação de seres humanos é degradante, viola frontalmente o princípio da dignidade e abre espaço para que fatos de semelhante gravidade concreta sejam apenados de forma marcadamente distinta com base em critérios obscuros que não encontram lastro na legislação penal (FRISCH, 2001 apud STOCO, 2019).

Conquanto não possa o juiz estar alheio às valoração que é inerente à atividade judicante, as discrepâncias por ele imaginadas entre o condenado e o cidadão médio, amparadas por sua moral subjetiva, não podem respaldar o exame da culpabilidade num Estado Democrático de Direito que tem suas bases em ideais de pluralismo e tolerância, sob pena de abandonar-se o postulado da dignidade da pessoa humana (MELLO, 2019), o que se revela ainda menos admissível quando da determinação, pelo Estado-juiz, da quantidade de liberdade que será tolhida da pessoa em função do cometimento de um crime.

No máximo, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e a partir da incorporação de notas de uma culpabilidade por vulnerabilidade construída por *Eugênio Raul Zaffaroni*, poder-se-ia, em casos excepcionais, utilizar de aspectos subjetivos e de cunho moral, ligados à atitude interior, ou à pessoa do condenado, – a exemplo de tristeza, depressão, sofrimento, desespero, angústia, luto, tragédia e violenta emoção –, para *contrabalançar*, na graduação da culpabilidade, o fenômeno da seletividade penal (ZAFFARONI, 2004), ou seja, exclusivamente como fator limitador e de redução do poder punitivo estatal, de dosagem para baixo ou de exclusão da sanção penal (jamais para incremento da pena), quando verificada pelo julgador "*uma maior vulnerabilidade em face dos direitos e garantias fundamentais*" (MELLO, 2019, p. 310).

Por fim, a adoção de uma culpabilidade subjetivo-moralizante na determinação da pena adequada também contrasta com o princípio da proporcionalidade. Como sustentam *Olivé, Paz, Oliveira e Brito*, as consequências jurídicas do delito devem guardar proporcionalidade não apenas em relação ao bem jurídico afetado quando da ameaça abstrata de sanção pelo legislador penal, mas também na dosimetria da pena, "*o que supõe a vedação das penas e medidas excessivas ou desnecessárias*" (2017, p. 98).

A individualização da pena, como princípio, deve ser realizada na melhor medida possível. Princípios, segundo Robert Alexy, são mandamentos de otimização e, assim, comportam gradação (1999). A atividade de aplicação da pena, por seu turno, não tem regras estanques e, como fartamente aludido, possui forte influência subjetivo-moralizante em virtude da ideia de reprovação que predominantemente é adotada para conceituação da culpabilidade. Nessas circunstâncias, sob a camuflagem do intuito de ver cumprida a missão de proteção de bens jurídicos e atendidas as finalidades de repressão e prevenção de crimes dispostas no artigo 59 do Código Penal, abre-se perigoso espaço para arbitrariedades e penas desproporcionais em relação ao fato submetido à apreciação judicial.

O princípio da proporcionalidade, – para alguns, a exemplo de *Virgílio Afonso da Silva*, regra (2002); para outros, como *Humberto Ávila*, postulado (2005) –, recomenda o exame de três critérios para controle da constitucionalidade da restrição de direitos fundamentais no âmbito da justificação de uma decisão jurídica: adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Interessa-nos, para os propósitos deste estudo, a restrição que impõe o Direito Penal, com o escopo de cumprir as finalidades de repressão e prevenção aos crimes, aos direitos do condenado.

Adequado, como esclarece *Virgílio Afonso da Silva*, "*não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada*" (2002, p. 36). Com isso em mente, parece-nos claro que, para fins de fixação judicial da pena, a valoração de aspectos subjetivos relacionados à pessoa do condenado, estranhos ao delito cometido, especialmente a partir de discursos moralizantes, não atende sequer ao primeiro critério de proporcionalidade – a adequação –, eis que não promove, por isso, melhor repressão ou prevenção de crimes; ao revés, tem potencial estigmatizante.

Resta patente, assim, a exigência de equilíbrio e estrita circunspecção aos fatos concretos sob apuração quando da individualização da pena pelo julgador, na medida em que a promoção de juízo normativo fortemente baseado numa moralidade idealizada pode até mesmo se revelar ofensivo ao condenado, sendo certo que, recorrendo mais uma vez ao

magistério de *Juarez Tavares*, os juízos de necessidade e suficiência comandados pelo art. 59 do Código Penal "só podem ser formulados em função de que a pena imposta não implique a dessocialização do autor" (2011, p. 131).

Não se trata de defender penas brandas em casos de especial gravidade, tampouco de ignorar que alguns fatos são, pelas características apreensíveis a partir do processo penal, mais reprováveis (objetivamente) que outros, senão de prevenir que, ancorado o julgador em aspectos subjetivos inerentes à pessoa do condenado, aos seus sentimentos, seu modo de vida ou sua atitude interior, proceda-se majoração indevida, e até mesmo ampliação da punição – com o acréscimo de uma repreensão moral que o Estado não está autorizado a fazer –, desobedecendo, assim, o princípio da proporcionalidade e a proibição de excessos.

3. À guisa de conclusão: culpabilidade proporcional ao fato e sua função de bússola na atividade de determinação da pena adequada

Dados os já referidos efeitos deletérios de uma reprovabilidade subjetivo-moralizante, que dão azo, na fixação da pena, a apreciações pessoais e arbitrárias do julgador quanto ao condenado, compreendemos que um redimensionamento da culpabilidade é de rigor. Valorações sobre a personalidade, o modo de vida, os sentimentos, a motivação íntima e atitude interior, tudo isso conspurca a dignidade intrínseca a todo ser humano. Trata-se de postura em grande medida classificatória a partir de um modelo de cidadão idealizado, bem assim que oportuniza transgressão do estrito princípio da legalidade penal ao perpassar repreensões morais não previstas em lei.

A ideia de reprovabilidade merece, então, um decote semântico, de modo a autorizar, na atividade judicial de determinação da medida de pena adequada à culpabilidade, a produção de uma desaprovação estritamente jurídica, impessoal e retrospectiva ao fato delituoso praticado, mediante exame objetivo das circunstâncias inerentes ao *injusto culpável* que sejam passíveis de graduação.

Trata-se, então, de sustentar uma culpabilidade exclusivamente fática, objetiva, retirando-lhe qualquer sentido não jurídico ou de caráter moral. A culpabilidade pelo fato – única que se deve admitir num Estado Democrático de Direito – consubstancia a desaprovação da conduta do agente, e não de sua pessoa. A valoração negativa de uma circunstância judicial na sentença criminal sempre representará uma reprovação, e não há, de *per si*, qualquer problema nisso, desde que, no tocante à culpabilidade, seja a censura *deduzida* a partir dos fatos e direcionada aos pressupostos de punibilidade do injusto penal.

Como pondera *Tatiana Stoco*, *"a culpabilidade como critério de medida de pena não é um conceito autorreferente que possa ser traduzido na ideia circular de reprovabilidade; ele é referido e dependente da carga de injusto do fato*" (2019, p. 69).

Nessa diretriz, nenhum óbice existe, por exemplo, em reconhecer que, num crime violento, se o agente aplica um elevado número de golpes na vítima[21] ou se vale de um produto químico para lesionar os olhos do ofendido[22], o fato é mais reprovável do que um outro no qual a ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem, elementar do tipo penal de lesão corporal, não extrapola parâmetro mínimo para configuração do tipo[23].

Assim como as consequências do delito, – que também são graduáveis e, no caso do crime de lesão corporal, podem atrair a incidência das qualificadoras dos parágrafos 1º e 2º do artigo 129[24] –, a reprovabilidade do fato também admite uma análise de escala a partir, ilustrativamente, do grau ou da intensidade com que verificadas as elementares do tipo, de modo a permitir, na fixação da pena-base, gradação para mais ou para menos, conforme o caso.

Não pode, por outro lado, a reprovação ser intuída indiciariamente a partir do ocorrido, como se a partir dele se pudesse projetar que sentimentos, personalidade, atitude interior, ou modo de ser do condenado sejam merecedores de maior reproche; tampouco se pode, prospectivamente, daí inferir perigosidade futura sem lastro comprobatório técnico-empírico que a fundamente.

---

[21] Vide, v.g., TJBA, Apelação nº 0504247-74.2018.8.05.0113.

[22] Vide, v.g., TJBA, Apelação nº 0000388-32.2018.8.05.0138.

[23] Em semelhante sentido, diz Tatiana Stoco: "Uma mudança de paradigma ou de ponto referencial para o juízo de culpabilidade na determinação da pena, portanto, não destoaria da ideia de que se trata de um fato 'mais reprovável' – para utilizar a expressão dominante. A diferença é que com uma referência direta ao injusto, os fundamentos para uma 'maior reprovabilidade' e merecimento de pena ficam mais claros e menos subjetivos". STOCO, 2019, op. cit. p. 70.

[24] Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. Lesão corporal de natureza grave § 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2° Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incuravel; III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto: Pena - reclusão, de dois a oito anos. BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 25/11/2019.

Por essa razão, afigura-se desconforme com uma culpabilidade pelo fato *sentir* o julgador que o condenado seja frio e perigoso[25] ou cruel[26], e, a partir dessa sua impressão pessoal indiciariamente obtida, majorar a pena-base como censura ao agente do fato. Note-se que sequer é necessário fazer tal juízo subjetivo: se os fatos concretamente apreensíveis a partir das provas produzidas no processo demonstram elementares do tipo mais intensamente preenchidas, isso pode e deve ser valorado, até mesmo para não tratar igualmente situações desiguais. Porém, essa reprovação ampliada precisa, sempre, ser retrospectiva aos fatos; a fixação da pena deve guardar proporcionalidade com relação à gravidade em concreto *do delito* (TEIXEIRA, 2015).

Para Tatiana Stoco, não apenas a culpabilidade, mas todos os critérios de determinação da pena devem estar orientados às categorias sistemáticas do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade em sentido estrito) – que formam o que chama de *injusto culpável* –, permitindo, a partir desse paradigma concreto e muito mais objetivo, a graduação da pena conforme a intensidade com que se apresentaram no fato criminoso (2019).

Outra questão merecedora de reflexão reside no papel da culpabilidade dentre as circunstâncias judiciais. O artigo 59 do Código Penal brasileiro prevê mais sete delas: antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima. Seria, então, a culpabilidade, – inserida com a reforma de 1984 em lugar da intensidade do dolo e da culpa –, uma circunstância judicial autônoma, como sugere a literalidade do citado dispositivo legal? Ou, tal qual entende *Adriano Teixeira* (2015), tratar-se-ia de um fator *conglobante*, representativo do conjunto de todas as circunstâncias judiciais, as quais concretizariam o conceito de culpabilidade para os fins do artigo 59?

Parece-nos que a razão está mais próxima da segunda posição. Com efeito, estabelece o artigo 29 do Código Penal que quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, *na medida de sua culpabilidade*. O dispositivo legal dá o tom: a culpabilidade, na atividade de dosimetria da pena, é uma bússola que serve, de um lado, para lembrar ao julgador do seu papel de contenção do *jus puniendi*, de modo que sejam excluídos da valoração aspectos pelos quais o condenado não seja responsável; de outro, direciona a reprovação estritamente aos pressupostos de fato que justificam a punibilidade, conforme o grau de sua manifestação no caso concreto.

---

[25] Vide, v.g., STJ, HC 297904/RS.

[26] Vide, v.g., STJ, AgRg no HC 389008/RS.

Por esse motivo, *de lege lata*, compreendemos desnecessária a valoração autônoma da culpabilidade enquanto circunstância judicial na fixação da pena-base. Melhor, à luz dos princípios da impessoalidade, legalidade, dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, bem assim diante da necessária eliminação de um viés subjetivo-moralizante na censura ao condenado, é compreender que, em verdade, as *circunstâncias* e as *consequências*[27], – também previstas no *caput* do artigo 59 – , é que são os critérios objetivamente aferíveis para fundamentar uma reprovação à *ação* e ao *resultado* que seja inteiramente reconduzível aos fatos[28], propiciando, inclusive, maior clareza e segurança jurídica no momento da determinação da medida de pena adequada.

Desta forma, elementos que permitem, na dosimetria da pena, juízos moralizantes, como "conduta social" ou "personalidade", devem ter a culpabilidade como paradigma, e não podem ser analisados sem levar em consideração a limitação a juízos moralizantes. No aspecto, o pertencimento a uma religião minoritária, um comportamento sexual promíscuo consentido entre adultos, determinadas preferências políticas, ou mesmo conceitos abstratos como o do *bônus pater famílias* não podem resultar numa majoração da pena, qualquer que seja o crime, pois se trata de direito fundamental à liberdade que não pode ser utilizado em prejuízo do acusado, agora condenado. Incrementar a pena em tais caos seria transformar o juízo de imputação da culpabilidade num juízo de censura moral, e ignorar o direito a ser (ou não ser) diferente, postulado básico do Estado Democrático de Direito (MELLO, 2019).

---

[27] Circunstâncias, segundo Ricardo Augusto Schmitt, seriam "todos os elementos do fato delitivo, acessórios e acidentais, não definidos na lei penal", ou seja, "as singularidades do próprio fato que ao juiz sentenciante cabe ponderar. Quanto às consequências, afirma: "A consequência do crime se revela pelo resultado da própria ação ou omissão do agente. São os efeitos de sua conduta. Deverá ser aferido o maior ou menor dano causado pelo modo de agir do condenado. No exame das consequências da infração penal, o juiz avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima, aos seus familiares ou à sociedade (coletividade). SCHIMITT, 2019, op. cit., pp. 163 e 167.

[28] Não é raro, inclusive, que julgados dos nossos tribunais já não operem uma clara distinção acerca do que caracterizaria *culpabilidade* e o que configuraria *circunstâncias* para os fins do artigo 59 do Código Penal, corroborando, desse modo, a tese aqui esposada de que, em verdade, a reprovabilidade jurídica e objetiva que se autoriza efetuar quanto aos aspectos inerentes à ação e ao resultado do injusto são aferíveis nesta última e nas consequências, de sorte que não cabe à culpabilidade valoração enquanto circunstância judicial autônoma, mas na condição de bússola orientadora de uma culpabilidade de fato. Exemplificativamente, ver: TJBA, Apelação nº 0500699-54.2018.8.05.0141; TJBA, Apelação nº 0300900-90.2016.8.05.0079; TJBA, Apelação n.º 0517948-89.2014.8.05.0001; TJBA, Apelação nº 0557082-55.2016.8.05.0001; e TJBA, Apelação nº 0553735-77.2017.8.05.0001.

Não é pretensão deste trabalho esgotar o exame quanto às circunstâncias judiciais, – como a personalidade e a conduta social, que, aliás, entendemos também merecedoras de revisão ante ao elevado grau de discricionariedade na interpretação que se lhes permite e à semelhante falta de clareza de critérios de valoração –; tampouco buscamos, nesse estudo, exaurir as consequências específicas de uma culpabilidade objetiva e integralmente retrospectiva aos fatos na dosimetria da pena, especialmente no tocante aos reflexos na prática forense.

O objetivo é somente ofertar uma contribuição a uma necessária depuração de critérios da censura operada pelos magistrados ao examinar a medida de pena adequada à culpabilidade do condenado criminalmente, afastando de tal atividade valorações morais obscuras, meramente intuídas subjetivamente e não reconduzíveis aos fatos que configuram o injusto culpável.

Referências

ACHENBACH, Hans. ***Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre***. Berlin, *1974*.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 9 de dezembro de 1998. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999. Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47413/45319>. Acesso em 24/11/2019.

ARAÚJO, Fabio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo penal didático**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

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.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012.

BECCARIA, Cesare Bonsana. **Dos delitos e das penas**. 1764.

BRASIL. **Código Penal**, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 25/11/2019.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12/11/2019.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

ESTEFAM, André, **Direito Penal: Parte Geral**. v. I, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 259

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias. La ley del más débil**. Capítulo 2: Derechos fundamentales. Madrid: Editoral Trotta, 2004.

FIGUEIREDO, Cândido de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1913.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. 2. reimpr. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

GÜNTHER, Klaus. **A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro**. Trad. Juarez Tavares. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **Direito Penal: sistemas, códigos e microssistemas jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **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.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **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.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais n. 798, 2002. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em 24/11/2019.

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

TAVARES, Juarez. **Culpabilidade e individualização da pena**. In: Cem anos de reprovação. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Nilo Batista e André Nascimento (Orgs.). Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro: ICC/Revan, n. 14, 2004.