

ANÁLISE DA VALORAÇÃO DA CULPABILIDADE ENQUANTO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DE SENTENÇAS DE ROUBO E FURTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS¹

ANALYSIS OF THE VALUATION OF CULPABILITY AS A JUDICIAL CIRCUMSTANCE IN THE FIRST PHASE OF THE DOSIMETRY OF ROBBERY AND THEFT SENTENCES OF THE COURT OF JUSTICE OF THE FEDERAL DISTRICT AND TERRITORIES

Rogério Bontempo Cândido Gontijo²

Data de Submissão: 30/03/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: Este artigo corresponde ao relatório dos resultados de pesquisa de iniciação científica realizada entre agosto de 2019 e setembro de 2020, e que teve como foco a análise de sentenças penais condenatórias de roubo e furto, oriundas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), com publicação no ano de 2018. O trabalho se desenvolveu por meio de análise qualitativa das sentenças e se constituiu na coleta de dados relativos aos padrões argumentativos e de fundamentação empregados pelos juízes, quando da valo-

1 O presente artigo foi elaborado no âmbito da iniciação científica PIBIC/ProIC/2019-2020, com orientação da Profa. Dr. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende e participação das pesquisadoras Rebeca Brasil e Jana Carrilho. Sendo assim, o autor dedica a publicação deste artigo a elas, pela orientação primorosa, pelos debates e por todo o auxílio na coleta e análise dos dados que compuseram a pesquisa.

2 Graduando em Direito (UnB), membro do grupo de pesquisa Política Criminal (CEUB), do grupo de pesquisa e extensão do Grupo Candango de Criminologia-GCCrim (UnB) e do Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre a Pena e a Execução Penal-NPEPEP (USP).

ração negativa das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Neste trabalho, deu-se atenção especial à culpabilidade, de modo que os dados sobre esta circunstância foram confrontados com aspectos críticos das doutrinas de fixação da pena e com o resultado de outras duas pesquisas realizadas de forma semelhante. O contexto da aplicação da pena foi problematizado com auxílio da crítica dogmática e da criminologia crítica e concluiu-se, por fim, sobre a necessidade de uma individualização da pena-base mais rigorosa, vez que sua aplicação, hoje, dá-se de forma insegura e desparametrizada.

Palavras-chave: Teoria da pena; individualização da pena; circunstâncias judiciais; culpabilidade.

Abstract: This article corresponds to the results of research carried out between August 2019 and September 2020, which focused on the analysis of criminal convictions of theft and robbery, originating from the “Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios” (TJDFT), on the year of 2018. The work was developed through qualitative analysis of the sentences and constituted in the collection of data related to the argumentative and reasoning standards used by the judges, when they negatively valued the judicial circumstances of art. 59 of the Penal Code. In this work, special attention was given to culpability, so that the data on this circumstance were confronted with critical aspects of the penalty-setting doctrines and with the results of two other researches carried out in a similar way. The context of the application of the penalty was problematized with the help of dogmatic criticism and critical criminology and it was concluded, finally, about the need for a more rigorous individualization of the penalty, since its application today occurs in an insecure and unparameterized way.

Keywords: Penalty theory; individualization; judicial circumstances; culpability.

INTRODUÇÃO

Admitindo as contradições da dogmática penal e dos elementos legislativos que dão rumo à prática punitiva, o professor Salo de Carvalho indica que a “perspectiva novecentista de construção de um sistema jurídico (ou jurídico-penal), dotado de completude e de coerência, parece, pois, apenas refletir uma imagem romântica e desbotada, produzida por um modelo de ciência em crise” (CARVALHO, 2015, p. 301). Ele aponta ainda que o modelo de “harmonização” e de obtenção da “completude e coerência” do sistema jurídico-penal rumo à segurança jurídica, a partir da crise das teorias da pena, mostra-se desestabilizado, de modo que proliferam “lacunas e contradições” (CARVALHO, 2015, p. 301).

Dessa forma, fora da amarração sistemática de um saber penal crítico, sóbrio e consciente, a variabilidade semântica de alguns conceitos e a falta de coerência da prática jurisdicional podem dar vazão a toda forma de julgamento moral. Nesse sentido, quanto à culpabilidade - em especial aquela utilizada como medida da pena, isto é, como circunstância judicial - o que se vê é uma vastidão de possibilidades interpretativas dadas pela doutrina e expressas no dia-a-dia do Poder Judiciário. Aliás, não só a culpabilidade, mas todo o processo de dosimetria da pena no direito penal brasileiro se dá sem muita segurança jurídica, considerando a ampla liberdade na realização da fixação da pena, de uma forma praticamente subjetiva, pelo juiz.

Por essa razão, este trabalho parte da incômoda percepção de que o modelo de delimitação da pena-base utilizado hoje não propicia a devida segurança jurídica e a estrita proporcionalidade na aplicação dos conceitos delimitadores da pena. Assim, questionando o mito da neutralidade idealizada dos juízes e da Justiça, propõem-se investigar aqui os limites da dosimetria da pena, a fim de verificar se, a partir dela, pode-se entregar resultados consistentes e que não entrem em embate com os princípios constitucionais-penais, tais como o princípio da estrita legalidade.

Dessa maneira, este artigo apresenta os resultados de pesquisa realizada na modalidade de iniciação científica (PIBIC/ProIC/2019-2020), que se deu por meio da análise de sentenças, especificamente da parte referente à dosimetria da pena, com foco na argumentação e na fundamen-

tação realizadas por juízes, no momento de demarcação das penas-base. Partiu-se, assim, da análise de 598³ sentenças condenatórias⁴ de furto e roubo⁵, de varas criminais⁶ circunscritas sob a jurisdição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) do ano de 2018.

Após a leitura sistemática das sentenças, os dados colhidos foram transferidos para planilhas organizadas no formato de questionários, com auxílio da plataforma *Airtable*⁷. Com isso, foi possível identificar cada sentença pelo número do processo correspondente, delimitando - quanto à individualização - se a circunstância foi valorada positiva ou negativamente, quais os argumentos utilizados pelo juiz e outras especificidades relacionadas a cada uma das circunstâncias.

O objetivo, portanto, foi que se realizasse uma varredura qualitativa das sentenças, com foco nos aspectos discursivos mobilizados pelos juízes para fundamentar o aumento da pena-base. Dessa maneira, foi possível identificar quais as principais fundamentações utilizadas e quais são os entendimentos firmados por cada juiz sobre dada circunstância judicial. Nesse sentido, eventuais destaques quantitativos no decorrer do

3 O número total de sentenças analisadas foi dividido entre os pesquisadores do grupo, de modo que os dados obtidos ficaram disponíveis para todos. Assim, o acervo foi aumentado, sem que os pesquisadores ficassem sobrecarregados pela leitura.

4 As sentenças condenatórias foram obtidas por meio da ouvidoria do Tribunal, que disponibilizou uma lista de processos que atendiam às especificações solicitadas (furto e roubo, ano de 2018).

5 Estes tipos penais foram escolhidos pela sua expressividade nos índices de criminalização brasileiros (Infopen, 2020. Disponível em <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>).

6 Foram analisadas as sentenças das 1^a, 4^a e 8^a Varas Criminais de Brasília, 1^a e 4^a Varas Criminais de Ceilândia, 1^a Vara Criminal de Samambaia, 1^a Vara Criminal de Taguatinga, Vara Criminal e do Tribunal do Júri de Águas Claras, Vara Criminal e do Tribunal do Júri de Brazlândia, Vara Criminal e do Tribunal do Júri de São Sebastião, Vara Criminal e do Tribunal do Júri do Núcleo Bandeirante, Vara Criminal e do Tribunal do Júri de Riacho Fundo, Vara Criminal de Sobradinho, Vara Criminal e do Tribunal do Júri do Guará, Vara Criminal e do Tribunal do Júri do Recanto das Emas, Vara Criminal e do Tribunal do Júri de Santa Maria, 1^a Vara Criminal do Gama, 1^a Vara Criminal do Paranoá, 1^a Vara Criminal e 1^o Juizado Especial Criminal de Planaltina.

7 Não foi possível disponibilizar acesso às planilhas, haja vista a necessidade de uso de senha para realização do acesso. No entanto, para utilizar a plataforma, acessar: <<https://airtable.com/>>.

texto servirão apenas para destacar algum aspecto que se considere necessário para o entendimento das formulações referentes às informações qualitativas - que são o foco principal.

Apesar de ampla coleta e análise de todas as oito circunstâncias judiciais, para os fins deste artigo, o recorte selecionado para descrição e crítica será o da culpabilidade.

Ademais, vale apontar que o trabalho de coleta das informações foi realizado coletivamente pelos pesquisadores, de modo que a cada um foi atribuído um número de sentenças, o que possibilitou um maior acervo documental e, conseqüentemente, mais dados para o enriquecimento do projeto.

Com isso, o texto deste artigo que relata os resultados ficou assim dividido: uma primeira parte (I), na qual se descrevem as principais doutrinas sobre individualização da pena e inicia-se a problematização de alguns pontos relacionadas a ela; no segundo tópico (II), delimita-se a culpabilidade como circunstância judicial e introduz-se aspectos fundamentais para as conclusões aqui obtidas; em um terceiro momento (III), a problematização é feita por meio da crítica dogmática e da criminologia crítica, de modo a construir o cenário e introduzir as principais questões sobre a culpabilidade e a individualização da pena; após (IV), os dados coletados das sentenças são descritos e os seus pontos sensíveis são evidenciados para que, na comparação (V), o resultado de outras pesquisas semelhantes seja cotejado com o que fora destacado sobre as sentenças; por fim, com base no que foi exposto, nas observações finais (VI), as problematizações anteriores e as informações colhidas são contrapostas de forma conclusiva.

I - A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

No direito penal brasileiro, o procedimento judicial de fixação da pena privativa de liberdade segue o sistema trifásico, de acordo com o modelo formulado por Nelson Hungria. Segundo esse sistema, a pena deve ser aplicada no decorrer de três fases: conforme o diploma legal, a determinação da pena-base, da pena provisória e da pena definitiva,

seguindo o disposto no artigo 68⁸, isto é, “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, 1984).

Adota-se também o “Sistema da Relativa Determinação”, vez que o legislador penal estabelece as penas a serem aplicadas em parâmetros mínimos e máximos (LUNARDI e REZENDE, 2018). A partir destes ditames, o juiz pode fixar, seguindo o princípio da individualização da pena⁹ (art. 5º, inciso XLVI, CF/88), discricionariamente - balizado pelos limites valorativos presentes na lei - a quantidade de pena privativa de liberdade (LUNARDI e REZENDE, 2018).

Assim, a individualização judicial da pena propicia a fixação, na sentença condenatória, da quantidade de tempo, da forma e da modalidade de cumprimento da pena. Essa formulação, que se fixa após o dispositivo na sentença, é a primeira etapa do procedimento de determinação da pena. Nela, o juiz, realiza a valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, em atenção as particularidades do caso concreto - considerando as razões necessárias e suficientes para reprovação e prevenção do crime - e determina a quantidade inicial de pena (BOSCHI, 2011). O juiz deve, portanto, seguir os parâmetros do devido processo legal e apresentar adequada fundamentação, a fim de validar e demonstrar sua justa motivação na valoração dada às circunstâncias (BOSCHI, 2011, p. 156)¹⁰.

8 Há debates, inclusive, sobre a ordem sistemática dos critérios de aplicação da pena, haja vista que o art. 68, num movimento pobre da técnica legislativa, direciona o aplicador novamente até o art. 59, de modo que, seguindo a ordem do Código Penal, tem-se, primeiro, um artigo mais específico (59) e, depois, um mais genérico (68) que remete àquele seu antecessor, cuja função é regular o procedimento da fixação da pena-base (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1998, p. 829).

9 “A individualização da pena é um princípio-garantia do direito penal moderno [...] [orientado] na consideração do homem certo, e não do imaginário homem médio e na avaliação de todas as particularidades do caso concreto e não de qualquer caso [...]” (BOSCHI, 2011, p. 143-145).

10 “[...] a discricionariedade do juiz, ao fundamentar, coloca-se ‘(...) sempre em função da inexistência de uma regra, ou melhor, a regra existe, porém abre lacunas previamente estabelecidas, as quais, por absoluta impossibilidade de fixação dos referenciais semânticos, não se colocam na estrutura normativa, nem per relationem.’” (COUTI-

Com isso, segundo José Antônio Paganella Boschi, a pena-base

é aquela que atua como ponto de partida, ou seja, como parâmetro para as operações que se seguirão. A pena-base corresponde, então, à pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos a priori na lei penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes (BOSCHI, 2011, p. 187).

Por ser o momento inicial da dosimetria, Salo de Carvalho (2015) ressalta a importância dessa primeira fase, haja vista os efeitos cumulativos negativos que dela decorrem, uma vez que não tenha sido bem definida e delimitada pelos juízes. Além disso, o fato de ser uma fase composta por termos genéricos e sem significado estanque na lei, e que, portanto, precisam ser valorados pelo juiz, faz com que a fixação da pena-base importe certo grau de insegurança na prática jurisdicional (CARVALHO, 2015).

No que concerne à observação do princípio da proporcionalidade e da própria ritualística proposta pelo sistema trifásico, a elaboração da pena-base não poderá estabelecer penas demasiadamente altas, visto que a pretensão é de que se concretize uma quantidade inicial de pena - sem que haja o esgotamento dos limites penais determinados e o cerceamento das possibilidades de aumento e de diminuição da segunda (pena intermediária) e da terceira (pena definitiva) fases. Dessa maneira, para que a proporcionalidade da pena seja efetivada, deve-se respeitar a lógica trifásica da dosimetria (CARVALHO, 2015).

Quanto às circunstâncias, no artigo 59, o legislador aponta que o juiz fixará a pena em consideração à *culpabilidade*, aos *antecedentes*, à *conduta social*, à *personalidade do agente*, aos *motivos*, às *circunstâncias* (em sentido estrito) e *consequências* do crime, bem como ao *comportamento da vítima* (BRASIL, 1984). Dentre essas oito, há aquelas classificadas como circunstâncias subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos) - isto é, relacionadas ao autor do fato - e outras tidas como objetivas (circunstâncias e consequências do crime,

NHO apud BOSCHI, 2011, p. 156).

bem como comportamento da vítima) - que dizem respeito ao fato delituoso (CARVALHO, 2015).

Assim, como se observa, as circunstâncias judiciais dão ao artigo 59 um formato normativo aberto, ou seja, marcado pela “inexistência de indicadores que informem como e quanto as circunstâncias operam na maximização ou minimização da quantidade de sanção a ser atribuída na pena-base” (CARVALHO, 2015, p. 328). Diante disso, é importante que as valorações desses elementos sejam feitas, como já dito, seguindo a estrita legalidade e a proporcionalidade, com atenção ao princípio do *ne bis in idem* e sempre de maneira *pro reo* - a despeito dos conceitos sem clareza de significados (CARVALHO, 2015; BATISTA, 2005; WARAT, 1994).

Outrossim, como também foi dito, as circunstâncias judiciais são conceitos normativos e, como tais, conforme Luiz Luisi (1987), precisam ser valoradas pelo juiz. “Não são, portanto, elementos que se limitam a descrever o natural, mas que dão à ação, ao seu objeto, ou mesmo às circunstâncias, uma significação, um valor” (LUISI, 1987, p. 58). Por isso é importante investigar as colocações à luz de um saber penal redutor e que minimize a abertura conceitual de tais termos e de suas formulações. Nesse sentido, diz Hassemer:

[a] dogmática do Direito, do mesmo que a lei, contém e determina estruturas de relevância. Ela escolhe e põe de lado o irrelevante, ela reduz a complexidade, reduz o mercado de opiniões jurídicas e teoremas e canaliza a literatura jurídico-penal - não as exposições teóricas de teóricos e práticos, mas também as jurisprudenciais. Somente o que fica preso em suas redes pode ter influência na atividade decisória dos Tribunais penais (HASSEMER, 2005, p. 272).

Feitas as devidas explicações e delineações iniciais acerca do campo que será aqui analisado, pretende-se debruçar, de forma crítica e mais aprofundada, sobre aplicação da circunstância da culpabilidade. Assim, deseja-se compreender a extensão da plasticidade semântica dessa circunstância e anotar as problemáticas referentes aos significados adotados na sua aplicação judicial. Nesse âmbito, antes de seguir para as sentenças

propriamente, a culpabilidade será abordada mais profundamente, a partir da doutrina, e far-se-á uma problematização inicial sobre o tema, para que consigamos relacionar a imprecisão semântica do conceito com as formas de utilização.

II - ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE A CULPABILIDADE

Conforme Lunardi e Rezende, na primeira fase da individualização da pena, a culpabilidade compõem “o grau de reprovabilidade da conduta”, devendo “ser considerada desfavoravelmente ao réu quando haja circunstâncias fáticas específicas que não são inerentes ao próprio tipo penal”, mas que o tornam “mais reprovável” (LUNARDI e REZENDE, 2018, p. 168-169). Já Cezar Roberto Bitencourt aponta que se examine a “censurabilidade” da conduta; ele indica que tal juízo de reprovação pode ser feito a partir do dolo do agente, conforme sua intensidade (BITENCOURT, 2017, p. 788).

Sobre essa valoração da culpabilidade como intensidade do dolo, Salo de Carvalho afirma que, após a reforma de 1984, ficou estabelecida a incorporação da teoria finalista à normativa brasileira, o que determinou que os elementos dolo e culpa fossem retirados do âmbito da culpabilidade (teoria psicológico-normativa) e fossem realocados na estrutura da teoria do delito para a tipicidade (CARVALHO, 2015).

Noutro ponto, Bitencourt lembra que a culpabilidade integrante das circunstâncias judiciais não é um “fundamento da pena, mas [...] limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade” (BITENCOURT, 2017, p. 788). Assim, fica evidente o equívoco em compreender que determinado réu “agiu com culpabilidade, pois tinha consciência da ilicitude do que fazia” (BITENCOURT, 2017, p. 788). Bitencourt (2017) explica, então, que, nesse caso, a culpabilidade deve ser examinada juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, antes da condenação.

Outras produções mais críticas, como a do professor Juarez Cirino dos Santos (2005), fazem uma análise mais radical do tema. Segundo ele:

[a] culpabilidade como circunstância judicial, introduzida pela reforma penal de 1984 em substituição ao critério da “intensidade do dolo ou grau de culpa” da lei anterior, aparece em posição incômoda: a culpabilidade do autor pela realização do tipo de injusto não é mero elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do tipo de injusto (o que é reprovado), cujos fundamentos são a imputabilidade, a consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de comportamento diverso (porque é reprovado). A definição da culpabilidade como circunstância judicial de formulação do juízo de reprovação constitui impropriedade metodológica, porque 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 (CIRINO DOS SANTOS, 2005, p. 109).

O professor conclui que a culpabilidade, por ser constitutiva do fato punível (juntamente com o tipo de injusto), “não é redutível a simples circunstância judicial [...], como o comportamento da vítima, de valor evidentemente inferior” (CIRINO DOS SANTOS, 2005, p. 111). Para Juarez, aquilo que é censurável é, como dito, a conduta delituosa (ou o fato punível), sendo composta pelo tipo de injusto e pela culpabilidade (CIRINO DOS SANTOS, 2005).

Já nas palavras de José Antonio Paganella Boschi, que expressa uma linha semelhante a de Cirino dos Santos, “[a] crise da culpabilidade decorre da dificuldade de demonstração no mundo empírico da base filosófica sobre a qual ela se assenta (o livre arbítrio)”, vez que o aplicador da lei sempre estará incapacitado para aferir a conformidade da conduta com o direito (BOSCHI, 2011, p. 164). Ele reflete ainda sobre a complexidade da mente humana e sobre as produções das ciências psi¹¹, concluindo que há “grande dificuldade em estabelecer uma linha divisória entre a sanidade e a insanidade mental”, bem como a (in)imputabilidade e a (in)capacidade dos indivíduos (BOSCHI, 2011, p. 165).

Além disso, Salo de Carvalho (2015), na tentativa de possibilitar barreiras mais efetivas ao poder punitivo, lembra que a (in)imputabilidade

11 Tais como a psiquiatria, a psicologia, a psicanálise e a neurociência.

de, um constituinte da culpabilidade, se expressa, por exemplo, na atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, CP), fazendo com que ela não possa ser avaliada na primeira fase em respeito ao princípio da especialidade. Contudo, ele aponta para a possibilidade de o operador da lei considerar “variações etárias limítrofes”, ou seja, pequenas variações superiores aos 21 anos que marcam o fim da menoridade relativa, amparado pela constatação de graus de imaturidade do acusado, o que admitiria valoração favorável ao réu (CARVALHO, 2015).

Ainda nesse sentido, Carvalho (2015) admite que o sofrimento psíquico também poderia ser um dado a ser levado em consideração na análise da responsabilidade (culpabilidade) do acusado, vez que pode ser determinante para a ocorrência de alterações de comportamento, bem como na potencial consciência da ilicitude do ato (constituinte da culpabilidade) que se comete.

Ademais, aprofundando-se no potencial conhecimento da ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa, Carvalho afirma que saber o grau de compreensão dos indivíduos julgados é outro dado que faz diferença e traz mais concretude à análise da culpabilidade. Segundo o autor, o importante é não incorrer em reducionismos, já que cada um possui formas variadas de instrução e cognição do meio. Logo, baixa escolaridade não é sinônimo de não compreensão e “não há uma relação de causalidade entre instrução, escolaridade, profissão ou situação econômica e o (potencial) conhecimento de uma situação ilícita” (CARVALHO, 2015, p. 353). Mas, ao mesmo tempo, esses são dados que não devem ser ignorados pelo julgador, na medida em que podem ser determinantes para perceber, por exemplo, situações de vulnerabilidade (CARVALHO, 2015).

Sabendo disso, a percepção jurisdicional acerca da culpabilidade na individualização da pena deve ser sempre pautada em vínculos causais mínimos e nas particularidades da situação concreta em destaque (CARVALHO, 2015). Acrescenta, por fim, citando Soares:

“muito embora rechace criticamente a concepção de culpabilidade fundada no caráter ou na condução de vida do agente, em favor de uma culpabilidade pelo fato, a dogmática penal moderna brasileira [e estrangeira, acrescente-se] não se desapega de considerar desfavoráveis determina-

das circunstâncias inteiramente pessoais do autor, nem procura questionar a razão pela qual estas possuem tamanha proeminência na graduação da resposta estatal por parte de juízes e tribunais” (SOARES apud CARVALHO, 2015, p. 354).

III - PROBLEMAS DOGMÁTICOS PENAIS

É de conhecimento da comunidade acadêmica que “o poder punitivo é um fato político dotado de força irracional” e que, por conseguinte, “a contenção e filtragem do direito penal deve ser racional para compensar, até onde puder sua violência seletiva” (ZAFFARONI et alii., 2010, p. 25).

Logo, o Direito penal deve ser dotado de um saber cujo horizonte de projeção se delimite pelas normas que habilitam e limitam o poder punitivo e a administração das penas. O saber jurídico deve propor aos juízes, “mediante a interpretação das leis penais, [...] um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito” (ZAFFARONI et alii., 2011, pp. 38-40). Desse modo, a unicidade sistemática deve guia-lo na sua tarefa limitadora, tendo em vista sempre “o sentido, os compromissos, as consequências humanas e os custos sociais” (ZAFFARONI et alii, 2010, p. 25) de suas decisões. O direito penal deve ser, portanto, um emaranhado epistemológico que vise a sistemática contenção do poder de polícia do Estado, com foco, principalmente, na limitação de sua expressão mais concreta: a pena.

A dogmática jurídico-penal deveria proporcionar racionalidade e sistematicidade ao Direito penal, na medida em que exige conceitos “claros e bem delimitados” (WELZEL, 1974, p. 8). O Direito penal deveria ser, consequentemente, um marco para a proteção dos direitos fundamentais, em contraposição ao poder punitivo estatal, já que, além de limitar o poder, demarca o “controle” e a “segurança desses limites” (GIMBERNAT ORDEIG apud ANDRADE, 2012, p. 196). O que se observa, no entanto, é que, por vezes, impera um movimento de mera discursividade retórica e legitimante nas doutrinas e na jurisprudência de direito penal.

Vera Regina Pereira de Andrade afirma que, dentro de sua “função comunicacional racionalizadora”, a dogmática “dirige-se sobretudo à delimitação das fronteiras das decisões possíveis”, isto é, ao estabelecimento dos marcos “para uma prática punitiva racional e segura” (ANDRADE, 2012, p. 202-3)¹². Não obstante, ao se observar a realidade prática do Poder Judiciário, as pretensas racionalidade e segurança na aplicação das normas são questionadas, haja vista suas dificuldades de concretização.

Ademais, vale ressaltar que, para além do aspecto dogmático, na “produção do caso”, o juiz - por meio dos instrumentos advindos do saber penal - age como um comunicador. Nesse âmbito, ele se expressa oficialmente por meio de uma forma de linguagem, que é “regulada por meio de uma valoração daquilo que é informado” pelo processo (HASSEMER, 2005, p. 125-6). Com essa noção comunicacional do processo, verifica-se, sobretudo, um fenômeno de seleção que se dá por meio de percepções - psico e fisiológicas - do contexto que está sendo analisado. Assim, o juiz tende a vincular suas expectativas aos fatos que analisa, fenômeno este que não pode ser simplesmente suprimido, já que o julgador é, antes de um ocupante de uma posição institucional, um ser humano - com preconceitos e padrões morais (HASSEMER, 2005, pp. 128-9).

Para tanto, quando o magistrado é confrontado com um fato relevante e precisa decidir conforme a norma, aspectos de sua individualidade poderão extravasar e compor o ato comunicacional do julgamento. O que se pode fazer para que isso não “contamine” o julgamento é a formulação normativas que limitem o espaço de vazão dessas subjetividades comprometedoras da segurança jurídica do processo. A tarefa do direito penal, sabendo disso, é estabelecer esses mecanismos, a fim de conter as hipóteses de alargamento do espaço aberto das normas penais e, conseqüentemente, da urgência punitivista do juiz.

Em assim sendo, as normas do direito penal devem funcionar não como cenário para a livre expressão dos julgadores, mas como limitação

12 Andrade, não obstante a esse ideal apresentado acima, aponta as falhas da dogmática puramente técnica e abstrata, já que, apesar de ser um paradigma, trata-se de um modelo autorreferencial à norma e utilitário ao sistema, tão somente (ANDRADE, 2012, p. 201-2). Ainda assim, a função de delimitação de racionalidade está a cargo da teoria do delito e é um importante instrumento para estabelecer o limite do Direito penal.

do poder punitivo. Ainda que seja inevitável contrapor tal função limitadora ao fato de que o sistema enfrenta a dificuldade de estabelecer um nível mínimo de segurança nas suas decisões, vez que é formado por atores - cujas individualidades e subjetividades não são anuladas pela toga - que possuem pré-concepções de mundo. E, nesse sentido, as problemáticas acerca da valoração das circunstâncias judiciais encenam bem esse conflito entre limites e aberturas do saber e da prática penal.

Tendo feito essa primeira contextualização sobre a problemática da insegurança dogmática e da prática jurídico-penal, passemos, então, à individualização da pena.

Quanto a individualização, antes da reforma da parte geral de 1984, a redação do, agora revogado, art. 42 era a seguinte:

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 de pena aplicável.

Já a redação atual do art. 59 é, *in verbis*:

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: 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.

Diante de ambas as previsões, a impressão que fica é, como afirma Adriano Teixeira, que “o direito penal brasileiro ressent-se da ausência de uma discussão sistemática acerca do *conteúdo* da aplicação da pena”, de modo que existe uma “carência de teorias que busquem determinar quais são os *critérios legítimos*” para tal delimitação (TEIXEIRA, 2015, p. 31).

Além disso, com essa ausência de legitimação, é mais comum, no meio nacional, a “utilização de critérios subjetivos” (TEIXEIRA, 2015, p. 31), dado que procuramos observar e destacar nesta pesquisa.

Na mesma linha, Tatiana Stoco admite que “no processo de determinação da pena, predomina o que é possível denominar *subjetivação do Direito Penal*, cujas raízes parecem remontar à Escola Criminológica Positivista italiana e ao pensamento ressocializador” (STOCO, 2019, p. 21). A autora aponta que a aplicação da pena no Brasil se dá, em maior ou menor grau, à revelia do objetivismo e do foco nos bens jurídicos - bem como no injusto culpável - sendo guiada majoritariamente pelos “estados anímicos e condições subjetivas” dos indivíduos que estão sendo julgados (STOCO, 2019, p. 22). Aproximando sua lente da culpabilidade, ela afirma que, de acordo com a análise da doutrina e da jurisprudência, este é um conceito inserido no saber penal a partir da ideia de reprovabilidade do autor, ainda que essa reprovabilidade não seja um dado verificável ou possua conteúdo uniforme e certo (STOCO, 2019, p. 25).

Por conseguinte, esta problematização foi o pressuposto guia da análise qualitativa que se fez das sentenças, de modo que se buscou dar destaque às questões relacionadas à culpabilidade como circunstância judicial e à individualização da pena. Assim, sigamos às constatações obtidas.

IV - ANÁLISE DAS SENTENÇAS

Passando propriamente à análise das sentenças, o primeiro ponto a ser ressaltado é que, na maioria das decisões, o juiz deixou de valorar (ou realizou uma valoração positiva ou neutra) a culpabilidade. De um total de 598 sentenças, 80 (13,4%) tiveram a culpabilidade valorada negativamente. Outras 518 sentenças (86,6%) indicaram valorações positivas ou neutras. Para este trabalho, as sentenças mais significativas, isto é, que contém mais informações passíveis de cotejo e crítica, são aquelas cuja dosimetria apresentou valoração negativa da culpabilidade, razão pela qual serão estas as sentenças analisadas.

Inicialmente, verificamos que algumas sentenças, apesar de marcarem negativamente a culpabilidade dos réus, não trouxeram nenhuma fundamentação para tanto. Nesses casos, os juízes se limitaram a dizer

que havia “*culpabilidade evidenciada*”¹³, sem apresentar os motivos para tal valoração.

Observou-se também a presença de valorações que foram justificadas por meio de afirmações pautadas em padrões de moralidade ou aspectos do “caráter” do réu: “*agiu com culpabilidade exacerbada, tendo em vista que cumpria pena em regime semiaberto e prestava serviço no local da subtração. Assim, demonstrando total descaso com a medida, cometeu novo crime exatamente onde estava tendo chance de ressocialização*”¹⁴; e “*culpabilidade do réu se mostra acentuada, pois o crime ora apurado foi cometido enquanto cumpria pena definitiva perante o Juízo das Execuções [...]. Assim, concluo que a culpabilidade do autor, no caso em tela, foge àquela pertinente a espécie, pelo fato de demonstrar que este não se ateu ao propósito ressocializador da pena, preferindo voltar a delinquir, abusando, portanto, da confiança nele depositada pelo Estado-Juiz*”¹⁵. Vale dizer que, nos casos deste último exemplo, o juiz justificou o incremento de pena por meio de entendimento jurisprudencial¹⁶.

Ainda nessa linha, destacam-se outras valorações morais, tais como: “*a culpabilidade é acentuada e deve ser valorada desfavorável [...] revelando a extrema ousadia e destemor dos acusados, que esperaram estar o coletivo lotado para anunciar o assalto*”¹⁷.

Em outros casos, a narrativa descrita se relacionou à ocupação profissional do réu: “*a conduta extrapolou a reprovabilidade inerente ao tipo penal, pois o fato foi praticado contra um colega de trabalho e no horário de execução do ser-*

13 Processos n.ºs. 20170110565510, 20170110584390, 20180610008526.

14 N.ºs. 20180110207947.

15 N.ºs 20170210017086 e 20170210021118.

16 “*Quanto à possibilidade de incremento da pena-base por este motivo, colaciono jurisprudência relevante deste E. Tribunal: “Correta a avaliação negativa da culpabilidade se o réu comete o crime enquanto cumpria pena em regime aberto, diante da maior reprovabilidade da conduta.” grifei (Acórdão n.1007319, 20161610074203APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 23/03/2017, Publicado no DJE: 03/04/2017. Pág.: 171/182); “Justifica-se a análise desfavorável ao réu na primeira fase da dosimetria, quando o crime foi cometido durante o gozo de benefício concedido pelo Juízo da Execução, consistente em prisão domiciliar. Precedentes do STJ e da Corte.” grifei (Acórdão n.981480, 20150210045632APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: MARLA IVATÔNIA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 17/11/2016, Publicado no DJE: 23/11/2016. Pág.: 134-150) [...]”.*

17 N.º 20171210032523.

viço, o que denota maior reprovabilidade da conduta, razão pela qual exaspero a pena em 1/6”¹⁸. Semelhante foi o caso em que o juiz argumentou “que o acusado se aproveitou da condição de empregado da vítima para perpetrar a subtração”¹⁹.

Em umas das sentenças, verificou-se inclusive a afirmação de que a culpabilidade restava acentuada na medida em que o réu “agiu com elevada intensidade de dolo”²⁰.

Ademais, outras linhas discursivas como “conduta reprovável, denotativa de indiferença ao patrimônio da vítima, no intuito único da satisfação dos anseios de lucro fácil”²¹ indicam que o juiz igualmente se pautou no conteúdo ínsito ao tipo penal e em valores morais para proceder à análise da circunstância. Observou-se também que o juiz considerou a culpabilidade mais acentuada porque o bem furtado ou roubado “embora tenha sido apreendido, tem valor expressivo”²².

Em alguns casos, a culpabilidade fora valorada como “reprovabilidade” pela conduta - principalmente nos casos em que houve agressão: “não bastasse o acusado tê-lo constrangido a acompanhá-lo por alguns instantes em via pública, ainda efetuou um soco em sua região abdominal, tendo assim agido sem qualquer resistência da vítima, o que recrudescer a reprovabilidade do delito”²³. Também no caso em que se considerou a “ousadia do réu em deflagrar tiros no interior de um coletivo”²⁴, a culpabilidade foi entendida como reprovabilidade.

Outrossim, várias foram as ocorrências de exasperação da pena mediante o grifo de que réu utilizou faca ou arma de fogo - ou o crime fora cometido mediante concurso de agentes: “a culpabilidade do condenado, no crime analisado, deve ser valorada em seu desfavor, uma vez que o crime foi praticado por meio de utilização de uma faca”²⁵ e “verifica-se que pesa contra o réu duas majorantes, o uso de arma e o concurso de agentes. Diante disso, destaca-se o uso

18 N° 20181210012206.

19 N° 20161610004550.

20 N° 20150410074200.

21 N°s. 20140110103132, 20150111156622, 20150111157150, 20160110514137, 20160110678600, 20170110475683.

22 N° 20160110019444.

23 N°s. 20160310188016, 20170310169280.

24 N° 20170310119293.

25 N°s. 20180310042276, 20180310058437, 20180310069047, 20180310071202, 20180310088020, 20181210023749.

da arma de fogo para elevar a pena-base acima do mínimo legal²⁶. Nesses casos, a culpabilidade também teve sua valoração negativa relacionada a uma maior reprovabilidade da conduta do réu. Além disso, observamos que, no segundo exemplo, devido à presença de múltiplas causas de aumento, o uso de arma foi considerado para o aumento da pena-base.

O conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa também foram levados em consideração por alguns juízes no momento de exasperar a pena em função da culpabilidade: “o acusado agiu com culpabilidade, cuja conduta merece a reprovação social, dado seu pleno conhecimento da ilicitude do fato, sendo-lhe exigível comportamento diverso²⁷”.

Em outras situações, apesar de não falar em “maior reprovabilidade”, o juiz considera acentuada a culpabilidade em função de “ter sido empreendida humilhação” contra o réu, “agressividade desmedida” ou em função do modo de execução do delito: “acentuada a culpabilidade desse acusado, eis que submeteu as vítimas a uma situação de total humilhação, amarrando-as pelos pés, mãos, bem como as amordaçou²⁸”. Processos em que foi possível observar outras variações desse mesmo caso foram indicados na nota de rodapé correspondente ao exemplo.

Houve casos também em que a valoração negativa se pautou no fato de que o crime fora cometido durante regime aberto de cumprimento de pena ou prisão domiciliar: “a culpabilidade do réu, vista como juízo de reprovação da sua conduta, é exacerbada, haja vista que estava cumprindo pena em regime aberto quando da prática do delito” ou “haja vista que estava cumprindo pena em regime domiciliar quando da prática do delito²⁹”. Nestes casos, o juiz também fez inferências morais dizendo que, por terem sido os crimes cometidos nessas circunstâncias, isso evidenciaria “descaso para com o Judiciário e o seu descompromisso em se portar de acordo com as leis”. De maneira semelhante, no exemplo a seguir, o juiz valorou negativamente a culpabilidade (conside-

26 N.ºs. 20171510043389, 20171510047086, 20171510047109, 20171510050092.

27 N.ºs. 20180610010802, 20180610008526, 20180610011292, 20180610025046, 20180610025384, 20180610027324, 20180610027943, 20180610031132, 20180610034229, 20180610036708, 20180610036925, 20180610043895.

28 N.ºs. 20171610070705, 20180210009169, 20171510056429, 20181510004249.

29 N.ºs. 20161410032230, 20171410008188, 20181410006695, 20181410011498, 20181410021520, 20180110066919.

rada em alguns casos como “*elevadíssima*”) “*tendo em vista que o réu cometeu o crime quando estava em cumprimento de pena imposta em outra ação penal*”³⁰.

Assim sendo, esses foram os principais aspectos relevantes encontrados nas sentenças. Para um maior aprofundamento, esses resultados serão comparados, no tópico seguinte, a dois outras pesquisas de semelhante escopo.

V - COMPARAÇÃO

Como dito, a fim de demonstrar a veemência dos dados coletados, achamos por bem fazer referência a pesquisas cujos objetos e métodos de análise seguiram padrões semelhantes aos desta. Apesar de terem utilizado outro recorte de análise, essas pesquisas podem nos auxiliar na compreensão dos resultados, bem como mostrar as repetições e divergências entre os contextos investigados.

No trabalho “Dos critérios de aplicação da pena no Brasil: análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima” (Série “Pensando o Direito” n. 2/2009) - coordenado por Salo de Carvalho -, que investigou o procedimento de individualização da pena no direito penal brasileiro, foram encontradas informações próximas àquelas aqui evidenciadas. Os resultados indicam, por exemplo, uma predominância da dupla valoração de circunstâncias (*bis in idem*) - dupla valoração de elementares do tipo -, a utilização e construção de conceitos e narrativas morais para valorar negativamente o ato cometido ou o seu autor, além da consideração e avaliação da “*periculosidade*”, da “*habitualidade criminosa*”, etc. (CARVALHO, 2009, p. 32-5).

Especificamente quanto à culpabilidade, a pesquisa aponta para uma “confusão conceitual”. Nesse âmbito, observou-se onze pontos focais de valoração na análise da culpabilidade: “de *modus operandi* do delito, *iter criminis*, reprovabilidade intrínseca à conduta, coautoria, dolo, bem jurídico, fim econômico, expressividade da lesão, qualificadora do tipo imputado, grau de instrução e atividade profissional” (CARVALHO, 2009, p. 36).

30 N.ºs. 20180310053825, 20170310172046, 20180310025305, 20180310046012, 20180310053954, 20180310073458, 20180310078213, 20181010001762, 20180310082430.

Outro trabalho relevante é o de Vinícius Machado, intitulado “Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada”. Em sua pesquisa, objeto de sua dissertação de mestrado, o autor realiza uma investigação sobre a racionalidade na medida de individualização da pena no Direito penal brasileiro. Para tanto, ele parte da hipótese de que, por meio do princípio da individualização da pena, “o sistema penal encontrou um modo conveniente de distribuir sua violência, com a elaboração de um método de cálculo supostamente derivado da razão” (MACHADO, 2009, p. 14). Com a finalidade de investigar os contornos de sua hipótese, Machado analisou 440 condenações criminais, o que o levou a conclusão de que “[o] princípio da individualização da pena está desvirtuado”, principalmente quando relacionado ao princípio da humanidade das penas, vez que, sob aparente racionalidade, “[a] metodologia da dita individualização da pena transforma o ser humano em mero dado quantificado” (MACHADO, 2009, p. 133).

Quanto à circunstância judicial *culpabilidade*, Machado constatou que foi a circunstância mais aplicada nas sentenças que analisou, sendo o discurso de fundamentação frequentemente “mecânico e automático”, de modo que “o julgador prioriza a condenação formal, sem conseguir explicar a dinâmica do fato em julgamento” (MACHADO, 2009, pp. 91-2). Ele aponta também para o fato de que os juízes “dizem muito e explicam pouco” quando da valoração negativa da culpabilidade, quase sempre havendo fundamentação genérica ou mediante a utilização de termos inerentes ao tipo penal (MACHADO, 2009, pp. 92-3). E, nesse sentido, o autor alerta que, se “se propaga esse tipo de argumentação jurídica, naturaliza-se um modo camuflado, ainda que não intencional, de se legitimar a imposição irracional de castigo” (MACHADO, 2009, p. 94).

VI - OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE OS RESULTADOS

Como dito na problematização, os professores Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista lembram que o poder punitivo é estruturado irracionalmente, sendo regido por um viés político, o que propicia fluxos

crescentes de seletividade e racionalização de violências institucionais (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 165). Ante a seleção exercida pelo sistema, indivíduos vulneráveis podem ser mais reprovados e criminalizados conforme sejam mais marcados como marginalizados sociais (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 166; ZAFFARONI, 2001). É seguindo essa dinâmica que o direito penal olha para a vulnerabilidade dos criminalizados: ele dá vazão a uma injusta distribuição sancionadora; isto é, permite que incida mais violência sobre aqueles cujas posições sociais estejam mais próximas ao epicentro da descarga punitiva (ZAFFARONI, 2001). Nesse sentido, a punição se concebe cíclica e propicia a criminalização retroalimentada de indivíduos específicos.

Os autores afirmam ainda ser “impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas” (ZAFFARONI et alii., 2011, p. 65). Isto é, quando se pretende ciência jurídica, o direito penal deveria legitimar suas normas e suas instituições por meio de dados reais, verificáveis empiricamente. Ocorre que, “sob pretexto de preservar sua pureza jurídica e conjurar o risco do reducionismo”, o direito penal vem trabalhando com a “mera invenção de dados sociais cujo valor de verdade científica é falso” (ZAFFARONI et alii., 2011, p. 66).

A idealização do campo penal reveste sua atuação de uma ilusão moralista. Pensa-se que o réu cometeu o crime em “descaso para com o Judiciário”, que ele é “ousado” ou que é “indiferente ao patrimônio da vítima”, ainda que não seja atribuição do Estado fazer esse tipo de juízo pautado na moralização dos indivíduos - principalmente quando isso leva a consequências penais. Além disso, por meio da utilização de conceitos abertos e da aceitação da amplitude semântica de termos como a culpabilidade aqui analisada, o sistema jurídico penal “não incorpora, como dado, as limitações do poder jurídico” (ZAFFARONI et alii., 2011, p. 71). Dessa maneira, as circunstâncias são utilizadas como sinônimo de valoração moral em um caso, como intensidade do dolo em um outro e como reprovabilidade em uma terceira sentença. Com efeito, a ilusão de racionalidade e igualdade penal permite que haja uma legitimação cega da punição que “contribui para a progressiva redução do próprio poder jurí-

dico” (ZAFFARONI et alii., 2011, p. 71) e das possibilidades de contenção dos padrões de perpetuação de desigualdade pelas vias jurisdicionais.

Assim, como proposição, o conceito de culpabilidade deve ser formulado em atenção aos próprios vícios do sistema, a fim de que ele tenha um papel redutor do âmbito punitivo. Conforme esse raciocínio, Zaffaroni e Nilo afirmam que a culpabilidade - aqui em sentido de elemento constitutivo do delito - “deve incorporar o dado da seletividade estrutural e buscar compensá-lo, reduzindo assim o vício político nele enraizado” (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 166). Sendo assim, deve-se negar a incidência do conceito de culpabilidade no contexto de legitimação da pena, sendo preciso adotar um plano de redução do seu escopo semântico e de contenção das suas irracionalidades (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 166).

Com os resultados obtidos nesta pesquisa, reafirmamos ainda que a dinâmica jurisdicional no âmbito penal não privilegia as vulnerabilidades individuais enquanto informações relevantes para compreensão dos processos seletivos e de consolidação de desigualdades sociais que permeiam o sistema penal. Observou-se que, quando a técnica jurídica considera aspectos sensíveis do ponto de vista, por exemplo, da vida social dos réus, ela o faz, quase sempre, no sentido do endurecimento da resposta punitiva. Por conseguinte, se o Judiciário aceita e ratifica a praxe do recrudescimento da pena em função de o indivíduo ser egresso do sistema carcerário e legitima que, havendo múltiplas reincidências, estas poderão ser valoradas em duas, três ou quatro circunstâncias distintas, ele se mostra efetivamente destituído de sua suposta racionalidade - já que ignora, idealisticamente, os dados reais sobre reincidência, criminalização e marginalização social - e de sua pretensa função ressocializante.

Nesse sentido, Salo de Carvalho aponta ser “imprescindível a determinação de um vínculo mínimo (relação de causalidade ou influência)” entre a noção de culpabilidade “com o ilícito ou a relação com a maior ou menor exposição pessoal à incidência do controle social punitivo (culpabilidade pela vulnerabilidade)” (CARVALHO, 2015, p. 354).

Sobre a ausência ou débil fundamentação das valorações negativas - seja da culpabilidade ou qualquer outra circunstância ou elemento que imponha recrudescimento da pena, Maria Lúcia Karam afirma que a ausência dos requisitos de validade da sentença, como é o caso da fun-

damentação, importa na “declaração de sua nulidade, para que o ato, inadequadamente realizado, necessariamente seja substituído por outro e não simplesmente complementado” (KARAM, 2002, p. 26). No caos das sentenças acima destacadas, muito do que ali fora escrito como fundamentação poderia ser questionado mediante interposição de recurso, haja vista a insuficiência na demonstração da correlação entre fatos ensejadores e valoração das circunstâncias. Uma sentença cuja fundamentação seja vazia de sentido ou que não expresse as razões determinantes para uma dada pena, deve ser declarada nula, já que em pleno desrespeito ao princípio da estrita legalidade penal.

Ademais, Juarez Tavares indica que a multiplicidade de sentidos que guiam o conceito de culpabilidade possibilita a sua utilização conforme a linha política criminal que impera no contexto jurídico ou que interessar ao julgador do caso (TAVARES, 2020, p. 454). O autor reitera também não se tratar a culpabilidade de um juízo jurídico em sua totalidade, mas que ela vem sendo concebida como um conceito de conteúdo parcialmente ético (TAVARES, 2020, p. 454). Assim sendo, ainda que o autor esteja falando da culpabilidade como elemento do tipo, ter nítida a ideia de que esse conceito possui uma plasticidade semântica marcante é importante para que se consiga realizar uma individualização da pena-base despida de idealizações de neutralidade.

A despeito, porém, da insegurança conceitual da culpabilidade, ela ainda guarda um importante papel na redução e limitação da punibilidade - seja como elemento do delito ou como circunstância do art. 59³¹. Para tanto, contudo, ela deve ser pensada e valorada criticamente, a fim de que

31 Devemos recordar o importante “aspecto negativo” da culpabilidade, segundo o qual “nem a expressão do princípio de culpabilidade, nem a referência ao substrato da culpabilidade como categoria sistemática podem fornecer ao caso concreto um significado ou conteúdo a respeito do que seja graduável no âmbito da culpabilidade da aplicação da pena. O que esses conceitos podem oferecer é o limite a respeito de o que se pode atribuir ao autor com relação a determinado resultado, ou seja, indicar qual resultado já não pertencer à esfera da culpabilidade pessoal do autor, quando o que se entende por culpável não está presente, por que se está diante de uma causa de exclusão ou sob quais requisitos o autor não pode responder integralmente, pois se está diante de uma hipótese de diminuição da culpabilidade” (STOCO, 2019, p. 41).

sua funcionalidade limitadora do poder punitivo se sobreponha ao seu caráter legitimador.

Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, a culpabilidade deve ser pensada para que possa se contrapor às ilusões éticas da dogmática tradicional (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 163). E, nesse sentido, o Estado, não deve ser visto como um marco de racionalidade, mas como ente institucionalmente seletivo quando do exercício de seu poder de polícia. Dessa forma, tendo clareza sobre os mecanismos estruturais da punição, na iminência dos processos de seleção, a culpabilidade precisa ser concebida - dogmático e jurisdicionalmente - como fórmula de breagem desses abusos e da própria punitividade (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 163).

No trabalho de Tatiana Stoco (2019), sobre a culpabilidade como medida da pena, quando trata das jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é possível observar a preponderância da ideia de que a culpabilidade se concretiza por meio de um juízo de reprovabilidade da conduta e do autor. Ela destaca, por exemplo, um dos julgados: “A culpabilidade, como medida de pena, nada mais é do que o maior ou o menor grau de reprovabilidade da conduta, justificada por meio de elementos concretos que, de fato, demonstrem merecer a conduta do recorrente maior reprovação (STJ, HC 203.434/CE)” (STOCO, 2019, p. 31). Com isso, a autora observa - e do mesmo modo ficou claro nos trechos das sentenças destacados acima - que aspectos do sujeito são marcantes na valoração da culpabilidade realizada pelo juiz - mesmo que haja uma “impossibilidade de apreensão do subjetivo [...], senão de forma arbitrária” (STOCO, 2019, p. 34).

Stoco aponta também para o fato de que a jurisprudência por vezes relaciona a culpabilidade na individualização com os elementos da culpabilidade, o que, segundo a autora, é redundante, já que esses elementos servem para atestar a presença de capacidade de culpabilidade, ou seja, como elemento fundamentador da condenação (STOCO, 2019, p. 35) e casos semelhantes a esses foram vistos nesta pesquisa. Olhando por outro lado, essa ocorrência indica uma institucionalização do vício valorativo judicial do bis in idem - que ocorre de diferentes formas. Como

destacamos na análise das sentenças, houve casos como os problematizados pela autora.

Essa informação ajuda a compreender o fenômeno de moralização dos sentenciados. Nesse sentido, verifica-se que, em diversos dos casos analisados, que o sujeito criminalizado e as circunstâncias (*lato sensu*) de sua conduta são vistos e transcritos para a sentença mediante narrativas que o deslocam de um “padrão moral” esperado pelos juízes. Observa-se que, quando da tomada de decisões, os julgadores não separam aquilo que possui relevância para a análise do direito penal, daquilo que é supostamente reprovável a partir do ponto de vista da boa conduta moral conforme um padrão de comportamento subjetivo ou institucional. É por isso que conceitos pautados na “reprovação” - e em outros mecanismos discursivos que se utilizem da moralização do réu (considerações sobre seu modo de vida, biografia, comportamento) - devem ser superados, uma vez que propiciam a continuidade das dinâmicas de seletividade e não se vinculam ao princípio da secularização (CARVALHO, 2015, p. 354).

Além disso, a reprovabilidade moral da conduta vai de encontro também aos princípios da igualdade e da dignidade humana, na medida em que não é permitido ao Estado sancionar penas contra o indivíduo cuja moralidade desvie daquela considerada “melhor” pelas instituições (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 165). Winfried Hassemer denuncia, em raciocínio semelhante, que a reprovação é um juízo que não pode ser sustentado, pelo fato de se pautar numa lógica prejudicial à defesa da autonomia moral individual inscrita no escopo do Estado Democrático de Direito (HASSEMER, 1999, p. 117).

Além do mais, o juízo de reprovação não pode ser considerado mera valoração normativa, já que toma como pressuposto a ideia de que o autor agiu contrariamente ao direito; em outras palavras, aquele que realiza o juízo se vincula às circunstâncias do autor antes de olhar para aquelas da ação culpável (TAVARES, 2020, p. 456). Essa vinculação faz com o que o juízo de culpabilidade não possa ser puramente normativo, vez que, para aferição da culpabilidade, elementos tanto do fato quando do autor deverão ser observados com a finalidade de demonstrar a reprovação (TAVARES, 2020, p. 457). A culpabilidade “não pode se afastar das

condições que foram já assinaladas para o fato como ato injusto (típico e antijurídico)” - e aqui entende-se que essa interpretação cabe também para a culpabilidade como critério de delimitação da pena-base. Portanto, é inadequado separar “fato e sujeito quando as qualidades da conduta são essenciais para a configuração do sujeito” (TAVARES, 2020, p. 459).

Com isso, a culpabilidade deve ter, então - como supramencionado - a função de contenção, por meio da qual se verificará se o sujeito que cometeu o injusto pode ser excluído da incidência de consequências jurídico-penais (TAVARES, 2020, p. 459). Logo, nessa lógica, na seara da dosimetria, a culpabilidade deve ter função de restrição da expansão da pena em concreto.

É, com isso, a fim de unir injusto e pena para cada caso, seguindo uma lógica de individualização, que o direito penal concebe a culpabilidade como elemento na aplicação da pena. Por meio dessa categoria normativa, joga-se luz ao indivíduo como “ser sendo”, isto é, como uma dinâmica conjuntural própria, e a pena é compatibilizada às especificidades do caso concreto (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 160-1).

Aníbal Bruno, após o Código Penal de 1940 e sob influência estrangeira do conceito psicológico-normativo da culpabilidade, delimita que a culpabilidade “é reprovabilidade [...] que vem recair sobre o agente, porque a este cumpria conformar o seu comportamento com o imperativo da ordem de Direito [...] e porque realmente não o fez”, o que, segundo o autor aponta para uma contradição entre “vontade do sujeito e vontade da norma” (BRUNO, 1956, p. 413). Fazendo esse contraponto e tendo em vista as sentenças analisadas, compreendemos que a norma não deve impor sua vontade sobre os sujeitos sociais, já que isto não se sustenta sob a ótica democrática e pluralista da Constituição.

CONCLUSÃO FINAL

Por todo exposto, conclui-se que a abertura normativa da circunstância judicial analisada propicia uma incerteza e uma insegurança jurídica quando olhamos para a prática criminal jurisdicional de primeira instância.

Mediante os dados levantados, pôde-se constatar ausência de sistematização para a valoração da culpabilidade - que, conforme apresentado, possui diversos significados, a depender da interpretação e do enquadramento dado pelo juiz. Além disso, na miríade semântica do conceito, verificou-se a presença quase constante de valorações morais e inferências que não poderiam ser feitas em um contexto de racionalidade sistemática e que, não importam, ou não deveriam importar, para as instituições do Estado - principalmente quando do exercício de seu poder de polícia.

Dessa forma, os resultados apontam para uma dosimetria que não possui consistência operativa e que, portanto, não está apta a entregar medidas de pena condizentes com os princípios da igualdade, da legalidade e da proporcionalidade, por exemplo. Tudo isso reforça a tese dos professores Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, de que o poder de punir - aqui representado no recorte da primeira fase da atribuição da pena-base, na valoração negativa da culpabilidade - é efetivamente “um fato político dotado de força irracional” (ZAFFARONI et alii., 2010, p. 25) e que precisa ser constantemente controlado e limitado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 23 ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2017.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**, t. 2. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de [org.]. **Série Pensando o Direito: Dos critérios de aplicação da pena no Brasil: análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. **Fixação desmotivada da pena e nulidade parcial da sentença: uma discussão necessária.** Boletim dos Procuradores da República, Brasília, ano 5, n. 50, p. 24-26, jun. 2002.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.** Porto Alegre: Fabris, 1987.

LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. **Curso de sentença penal: técnica, prática e desenvolvimento de habilidades.** 2 ed. - Salvador: JusPodivm, 2018.

MACHADO, Vinícius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada.** Dissertação de mestrado, Universidade de Brasília. Brasília, 2009.

STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato.** 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato.** 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

WELZEL, Hans. **A dogmática no direito penal.** Tradução Yolanda Catão. Revista de Direito Penal. São Paulo, Forense, n. 13/14, p. 7-12, 1974.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito I.** Porto Alegre: Fabris, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro, volume 2, tomo 2: teoria do delito: antijuridicidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.