

CENTRO UNIVERSITÁRIO FG – UNIFG
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

Júlio Cesar Boa Sorte Leão Gama

**A CULPABILIDADE COMO LIMITE PARA A DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA
PENA**

Dissertação de Mestrado, apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário FG - UNIFG.

Prof. Dr. André Luiz Nicolitt
Orientador

Guanambi/BA
2018

RESUMO

Este estudo tem o escopo de analisar, precipuamente, os tormentosos critérios utilizados pelo juiz quando da determinação e aplicação da pena. Com o intuito de se construir um raciocínio próprio e linear, não se escusando, porém, de uma avaliação crítica acerca dos vários pensamentos presentes na dogmática jurídico-penal, são, pois, abordados alguns matizes sobre a(s) Teoria(s) da Pena. Além disso, chama-se a atenção para a necessária discussão das ideias que tratam da discricionariedade e da proporcionalidade à luz da culpabilidade, haja vista que essa poderá, por vez, viabilizar o respeito aos direitos humanos fundamentais e, a reboque, servir de limites ao exercício do poder punitivo.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicação da Pena; Culpabilidade; Pena.

ABSTRACT

This study has the scope to analyse, precipitously, the stormy criteria used by the judge when determining and applying the sentence. In order to construct a proper and linear reasoning, it does not excuse itself from a critical evaluation of the various thoughts present in criminal legal dogmatics. however, addressed in the Theory (s) Proceedings. In addition, attention is drawn to the necessary discussion of ideas that deal with discretion and proportionality in the light of guilty, given that this can, in turn, enable respect for fundamental human rights and, at the limits to the exercise of punitive power.

KEYWORDS: Application of the Penalty. Guilty; Penalty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 TEORIAS DA PENA: NOTAS ÀS TEORIAS (DES)LEGITIMADORAS DO PODER PUNITIVO.....	15
2.1 TEORIAS ABSOLUTAS DA PENA.....	19
2.2 TEORIAS RELATIVAS DA PENA.....	21
2.3 TEORIA AGNÓSTICA OU NEGATIVA DA PENA.....	24
3 A DOGMÁTICA DA DETERMINAÇÃO DAS PENAS.....	28
3.1 DA PENA-BASE.....	34
3.2 DA PENA PROVISÓRIA.....	39
3.3 DA PENA DEFINITIVA.....	42
4 LIMITES AO PODER DE PUNIR.....	45
5 DA DISCRICIONARIEDADE À PROPORCIONALIDADE: A (LIVRE) SUBJETIVIDADE DO JULGADOR.....	49
5.1 DISCRICIONARIEDADE (JUDICIAL CRIMINAL).....	50
5.2 DA PROPORCIONALIDADE.....	53
5.2.1 A Proporcionalidade no Direito Penal.....	58
6 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O GARANTISMO (PENAL) ENQUANTO MODELO LIMITE AO PODER PUNITIVO.....	67
6.1 GARANTIAS (PROCESSUAIS) PENAIS.....	69
7 A APLICAÇÃO “RACIONAL” DA PENA E A CRÍTICA CIENTÍFICA.....	74
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	101
REFERÊNCIAS.....	104
APÊNDICE.....	108

APÊNDICE 1.....	109
ANEXO(S).....	115
ANEXO 1.....	116
ANEXO 2.....	117
ANEXO 3.....	118
ANEXO 4.....	121
ANEXO 5.....	122
ANEXO 6.....	124
ANEXO 7.....	125

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história a punição foi utilizada, em maior ou menor escala, como meio para tratar dos comportamentos que, de certa maneira, eram considerados reprováveis. Desde a imposição de penas de morte, castigos e torturas, até a privação de liberdade, adotou-se o ato de punir como sendo necessário.

É bem verdade que ocorreram mudanças, lentas e gradativas, no tocante as penas a serem impostas, como, também, no que diz respeito à legitimidade para o exercício do *jus puniendi*. Todavia, a questão envolvendo a aplicação das penas gira em torno dos fundamentos, parâmetros e limites da punição.

Ocupando o julgador a condição de extensão do Estado, logo, legitimado para o uso do poder punitivo, é imprescindível que o mesmo disponha da presença dos pressupostos de punição.

Acontece que o momento para a determinação-aplicação da pena, além de não ter recebido, duramente muito tempo, a devida atenção por parte da Dogmática Jurídico-Penal, tem sido tratado como um espaço de liberdade daquele que proferirá a sentença-decisão.

Portanto, é adequado aferir a racionalidade e coerência das decisões judiciais ao aplicar a sanção penal, na medida em que as penas aplicadas devem ser proporcionais as condutas supostamente perpetradas, ou/e verificar a causa da ausência de razão que, por vez, deve sustentar o *jus puniendi*.

Desse modo, no capítulo primeiro, buscar-se-á demonstrar como e sob quais circunstâncias o poder punitivo estatal surgiu no contexto da ciência, induzido por meio da introdução de teorias – teoria absoluta da pena, teorias relativas da pena (prevenção geral positiva, prevenção geral negativa, prevenção especial positiva, prevenção especial negativa), teoria agnóstica ou negativa da pena, teoria da aplicação da pena proporcional ao fato, que, supostamente, fundamentam-justificam, ou negam, o *jus puniendi*, ou que

procuram o sentido, fins e funções da pena.

No tocante ao segundo Capítulo, será analisada a dogmática referente a determinação-aplicação da pena, apresentando, ainda que numa menor profundidade, os critérios que são utilizados quando da sua fixação, e revelando que os parâmetros assumem, em muitos momentos, um viés subjetivista.

No terceiro capítulo, será discutida a (im)prescindível limitação do exercício do poder punitivo do Estado, haja vista o histórico de condenações e violências provenientes da utilização elevada de critérios subjetivos do julgador.

No quarto capítulo, analisar-se-á a ideia relacionada a discricionariedade como instituto influenciador da aplicação da pena na legislação penal brasileira, apontando suas precípuas características e riscos. Ademais, nessa linha, discutir-se-á o conceito da proporcionalidade, visando disponibilizar limites à subjetividade do poder de punição estatal.

No quinto capítulo, será modestamente apresentado o Garantismo Penal enquanto sistema que visa salvaguardar, ao máximo, os direitos humanos fundamentais em detrimento do poder punitivo desmedido do Estado.

No sexto capítulo, examinar-se-á a definição da culpabilidade e as implicações que podem surgir por conta do tipo de compreensão adotada pelo julgador. Ulteriormente, será discutida a legitimidade do critério da culpabilidade como circunstância judicial de determinação-aplicação e de limitação da pena. O capítulo será finalizado com a proposta de se aproximar a lei penal brasileira que trata da determinação da pena ao Sistema de Garantias.

O último capítulo conterà as considerações finais do trabalho.

Para a pavimentação do presente estudo, realizou-se uma pesquisa de natureza exploratória¹, de modo que para a devida coleta de informações fora adotado o delineamento² identificado pela pesquisa bibliográfica (segundo

¹ GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 2002. p. 41. Para Antônio Carlos Gil, a pesquisa exploratória "(...) tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses".

² *Ibidem*. p. 47. De acordo com Antônio Carlos Gil: "O delineamento refere-se ao

Antonio Carlos Gil, cuida-se daquela que é desenvolvida partindo-se de material já elaborado, principalmente livros e artigos científicos) e jurisprudencial (compreendida como aquela em que são investigados os posicionamentos dos Tribunais mediante os casos que tratam do temário desse estudo).

De mais a mais, optou-se por uma metodologia que possibilitou a edificação de um referencial teórico fulcrado nas lições de destacados autores nacionais como André Luiz Nicolitt, Eduardo Viana, Adriano Teixeira, Tatiana de Oliveira Stoco, Carlos Eduardo Adriano Japiassú, Artur de Brito Gueiros Souza, Salo de Carvalho, Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos, Cezar Roberto Bitencourt e outros.

Na seara da literatura internacional, a incursão no estudo do Sistema Punitivo ocorreu por meio do mergulho nas ideias de Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Cesare Bonesana Beccaria, Michel Foucault, Gabriel Ignácio Anitua, Diego Zysman Quirós, Dirk Fabricius, Santiago Mir Puig, entre outros pensadores correlatos.

Em razão da necessária visitação à Hermenêutica, enquanto instrumento norteador para o estudo do Direito, indispensável para a realização deste trabalho, foram utilizadas as construções teóricas de vários autores como Robert Alexy, André Karam Trindade, Rafael Tomaz de Oliveira, Lenio Luiz Streck, Virgílio Afonso da Silva dentre outros.

Além disso, é adequado destacar que o presente estudo desenvolveu-se por meio do método dedutivo, porquanto partiu-se de uma visão geral em direção à uma análise específica, de tal forma que, de início, cuidou-se do chamado exercício do direito de punir do Estado – *jus puniendi* –, investigando seus supostos fundamentos, meios de determinação, limites, e, em seguida, dirigiu-se à análise de uma forma racional de aplicação da pena.

planejamento da pesquisa em sua dimensão mais ampla, que envolve tanto a diagramação quanto a previsão de análise e interpretação de coleta de dados”.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*, In: Revista dos Tribunais 798 (2002), p. 23-50.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. Individualização e aplicação das penas. In: JÚNIOR, Américo Bedê. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. (Org.). *Sentença Criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês. In: JÚNIOR, Américo Bedê. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. (Org.). *Sentença Criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: JÚNIOR, Américo Bedê. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. (Org.). *Sentença Criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal – contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.) *Direito e Psicanálise: Interseções a partir de "O Processo" de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Discricionariedade e método na aplicação da lei penal. In: JÚNIOR, Américo Bedê. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. (Org.). *Sentença Criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FABRICIUS, Dirk. Culpabilidade e seus fundamentos empíricos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.) *Direito e Psicanálise: Interseções a partir de "O Processo" de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. ROSA, Alexandre Moraes da. et al., (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução: Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FIRMIANO, João Diego Rocha. QUINTAS, Jorge. Discricionariedade judicial em matéria de drogas numa perspectiva comparada entre Brasil e Portugal: a diferenciação do consumo e do tráfico de drogas. In: JÚNIOR, Américo Bedê. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. (Org.). *Sentença Criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, Luíz. et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. *Revista Direito GV*. v. 13, 2017.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JÚNIOR, Américo Bedê. Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: a dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: JÚNIOR, Américo Bedê. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. (Org.). *Sentença Criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

JÚNIOR, Américo Bedê. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. (Org.). *Sentença Criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIR PUIG, Santiago. O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do Direito Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 19. Nº 1. 2009.

MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam, *Ponderação, Pretensão de Correção e Argumentação: O modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão*. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, p. 147 – 166, dez. 2012.

NICOLITT, André Luiz. WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: (lei 12.654/2012)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo e determinação da pena nos E.U.A.: um estudo sobre as U.S. sentencing guidelines*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da Dosimetria das Penas Aplicadas aos Membros do “Núcleo Político” no Julgamento da AP 470, do STF, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. DALLA BARBA, Rafael Giorgio. *Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>. Acesso em 11/12/2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi. ROSA, Alexandre Morais da. et al., (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. São Paulo: Elsevier, 2011.

TAVARES Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: *Cem anos de reprovação. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi. ROSA, Alexandre Morais da. et al., (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

WELFORT, F. C. (Org.). *Os Clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”*. São Paulo: Ática, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

