

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

VITOR LEONARDO DA COSTA E SILVA

**CÁLCULO DA PENA NO CONCURSO DE PESSOAS: UM ESTUDO SOBRE A  
DOSIMETRIA EM CASOS DE AUTORIA MEDIATA NO NOVO CANGAÇO**

Uberlândia – MG

2022

VITOR LEONARDO DA COSTA E SILVA

**CÁLCULO DA PENA NO CONCURSO DE PESSOAS: UM ESTUDO SOBRE A  
DOSIMETRIA EM CASOS DE AUTORIA MEDIATA NO NOVO CANGAÇO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientadora: Beatriz Corrêa Camargo

Uberlândia – MG

2022

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU com dados informados pelo próprio autor.

Silva, Vitor Leonardo da Costa e, 2022 –Cálculo da pena no concurso de pessoas: um estudo sobre a dosimetria em casos de autoria mediata no novo cangaço

Vitor Leonardo da Costa e Silva. – 2022

Orientadora: Beatriz Corrêa Camargo

Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal de Uberlândia, Graduação em Direito.

VITOR LEONARDO DA COSTA E SILVA

**CÁLCULO DA PENA NO CONCURSO DE PESSOAS: UM ESTUDO SOBRE  
A DOSIMETRIA EM CASOS DE AUTORIA MEDIATA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientadora: Beatriz Corrêa Camargo

Uberlândia, 18/08/2022

Banca Examinadora:

---

Nome – Titulação (sigla da instituição)

---

Nome – Titulação (sigla da instituição)

---

Nome – Titulação (sigla da instituição)

---

Nome – Titulação (sigla da instituição)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à meus pais José Leonardo e Vilma, que propiciaram a oportunidade de ingresso e permanência em uma Universidade;

Ao meu irmão Paulo Eduardo pela companhia constante;

À minha orientadora Beatriz pela paciência, empenho e exemplo;

À 9ª Promotoria de Justiça pelo aprendizado ímpar, em especial à pessoa de Moisés Batista Abdala;

Aos amigos Bruno Silva Nogueira, Gleibe Moreira da Silva Filho, João Victor da Fonseca Santamaria, Rafael Rigoni Bertolino e Vinicius de Camargo por tornarem a graduação um ambiente leve e agradável e

Agradeço também à Faculdade de Direito e à Universidade Federal de Uberlândia e todo seu corpo docente bem como a todos os professores que tive antes do ensino superior.

## RESUMO

O presente estudo visa apontar, por meio de uma revisão bibliográfica, criticamente, alguns equívocos comumente praticados na dosimetria da pena brasileira, especialmente em casos de autoria coletiva, oferecendo alternativas para reduzir as tantas incoerências nessa fase processual, com enfoque na valoração da culpabilidade do agente. Utilizando como anteparo o assalto às agências do Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal na cidade de Araraquara no dia 24/11/2020, de repercussão na época do crime, o estudo analisa a conjuntura do delito sob o enfoque da Teoria do Domínio do Fato, como forma de delimitar a autoria delitiva de maneira clara e sob as mais consagradas teorias da pena, objetivando buscar o modelo mais adequado para a utilização no Brasil. Além disso, analisou-se como é realizado o cálculo da pena pelos magistrados brasileiros, revelando algumas incoerências dogmáticas, que ocorrem em razão da extensa margem de interpretação aferida aos julgadores pelo ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Autoria mediata. Novo cangaço. Cálculo da pena. Culpabilidade

## ABSTRACT

This paper studies critically, through a bibliographic review, some aspects about the determination of the penalties in Brazil, specially when more than a criminal practice the offense. Using as example the robbery to the bank agencies of Banco do Brasil and Caixa Econômica Federal in Araraquara-SP, the work intends to analyze the crime under the Theory of Facto Control, as a way to limitate the authorship, and under the most recognized penalties theories, aiming to point out the most technical way to a judge calculate the penalty. Moreover, this work analyzes how the Brazilian judges calculate the penalty, revealing some dogmatic inconsistencies, caused by the extensive margin of interpretation due to judges in the Brazilian legal system.

**Key-words:** Mediate authorship. New “cangaço”. Penalty calculation. Culpability.

INTRODUÇÃO	<b>Sumário</b>	10
1 APRESENTAÇÃO DO CASO CONCRETO		11
2 DO CONCURSO DE PESSOAS		12
2.1 Autoria e participação		13
2.2 Teoria do Domínio do Fato		17
2.2.1 O domínio da ação		18
2.2.2 O domínio da vontade		19
2.2.3 O domínio da vontade com aparato organizado		20
2.2.4 O Domínio funcional do fato		21
2.2.5 Apontamentos gerais à teoria do domínio do fato		22
3 PROBLEMÁTICAS DA DOSIMETRIA DA PENA		24
3.1 Teorias da aplicação e finalidades da pena		25
3.1.1 Breves considerações sobre o modelo retributivista		25
3.1.2 Breves comentários às teorias relativas		26
3.1.3 Teoria do espaço livre		29
3.1.4 Teoria dos Níveis		30
3.1.5 Teoria da Retribuição da Culpabilidade		31
3.1.6 Teoria da Proporcionalidade pelo fato ou Teoria do Merecimento		31
3.1.7 Teoria garantista da pena		34
3.1.8 Teoria Agnóstica da Pena		35
4 INTERAÇÕES DA CULPABILIDADE NA PENALOGIA		36
4.1 Conceito de culpabilidade		37
4.2 Instrumentalização da medida da culpabilidade		39
4.3 A valoração do dolo e do grau da culpa na circunstância judicial culpabilidade		42
5 DOSIMETRIA DA PENA NO BRASIL		44
5.1 Principiologia da dosimetria na Reforma de 1984		44
6 CÁLCULO DA PENA BASE		50
6.1 Fração adequada de aumento de pena		52
7 CÁLCULO DA PENA PROVISÓRIA		54
7.1 Circunstâncias agravantes no Concurso de Pessoas		56
8 CÁLCULO DA PENA DEFINITIVA		58



9 BREVE PANORAMA JURISPRUDENCIAL DA DOSIMETRIA DA PENA NO CONCURSO DE PESSOAS	60
10 DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO	61
10.1 Do concurso de pessoas	61
10.1.1 Do domínio funcional do fato	62
10.1.2 Da autoria mediata	62
10.2 Cálculo da pena	64
10.3 Marcos teóricos adotados	64
10.4 Cálculo da Pena à luz da teoria do espaço livre	65
10.5 Cálculo da Pena à luz da Culpabilidade pelo Fato	68
11 CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos uma nova modalidade de roubo a banco passou a ser praticada no Brasil. Caracterizados pela truculência de suas ações e uso de violência ostensiva que paralisam cidades inteiras: “Utilizando armamento pesado e explosivos, costumam atacar e neutralizar as forças de segurança pública das cidades onde realizam esses assaltos” (AQUINO, 2020, p. 621), a mídia passou a apelidar o fenômeno de “novo cangaço” .

A configuração dessas quadrilhas chama a atenção, dado o especial nível de organização de suas atividades, tanto pelo impacto de suas ações. Na seara jurídica, leva a alguns questionamentos, com especial relevo na delimitação de autoria, visto que tais crimes são marcados pela pluralidade de agentes.

A problemática se estende no clímax do processo penal, o cálculo da pena. Ante a pluralidade de autores com condutas muito diferentes, calcular a pena de cada indivíduo de maneira respeitosa aos princípios da dogmática penal brasileira e interpretada conforme os valores constitucionais mostra-se uma tarefa tortuosa.

A tentativa de solução para o problema pautou-se pela revisão bibliográfica do que a academia produziu sobre os temas concurso de pessoas e dosimetria da pena, com especial enfoque na obra de Claus Roxin, interpretada por seus orientandos Alaor Leite e Luís Greco e do livro “Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro”, descrito por Adriano Teixeira como “talvez a mais importante obra sobre aplicação das sanções penais (inclusas as medidas de segurança) produzida no Brasil nas últimas décadas.” (2015, p. 29).

O estudo da dosimetria da pena versa principalmente sobre maneiras adequadas de mensurar a culpabilidade, pois essa circunstância judicial “é uma síntese das circunstâncias judiciais, notadamente subjetivas. Assim, a culpabilidade conglobaria as demais circunstâncias (...)” (CARVALHO, 2020, p. 379), tornando-a um critério geral de aplicação da pena.

Além disso, o cálculo da culpabilidade “é a circunstância judicial mais frequente, determinando pena-base superior ao mínimo legal em 76,5 % dos casos (...)” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 529-530).

Assim, busca-se a elucidação do problema: como valorar a culpabilidade em um contexto de concurso de pessoas.

## **1 APRESENTAÇÃO DO CASO CONCRETO**

No dia 24 de novembro de 2020, por volta das 2h30min, o Brasil acompanhou aquilo que seria uma das primeiras manifestações do “novo cangaço”.

Na ocasião, cerca de 20 indivíduos adentraram na cidade de Araraquara – SP portando fuzis, visando atacar duas agências bancárias na região, uma do banco do Brasil e outra da Caixa Econômica Federal (G1 SÃO CARLOS E ARARAQUARA, 2020).

A fim de saquear os bancos, os autores incendiaram três caminhões em frente ao Batalhão da Polícia Militar localizado na região, bem como dispararam tiros contra os militares que patrulhavam o batalhão, objetivando frustrar a intervenção estatal.

Concomitantemente, a agência da Caixa Econômica foi invadida e seu cofre detonado com o uso de explosivos.

Já no Banco do Brasil, os autores não conseguiram subtrair os valores. Assim, eles deixaram duas caixas de explosivos na porta da agência.

O *modus operandi* da quadrilha ainda contou com o uso de dois reféns como escudo humano. Em entrevista à imprensa após os fatos, um dos reféns, motorista de 57 anos que não quis identificar-se, transitava em seu carro pelo centro de Araraquara quando foi abordado por indivíduos portando fuzis (MARIN, 2020):

Eles entraram na minha frente com aquelas armas pesadas, já mandaram descer do carro: ‘desce, desce, desce’. Nisso já tinha pegado outro [refém] do lado, aí jogou o rapaz dentro do carro, eu também. Subiram duas quadras na contramão e quando chegou na esquina dos Correios mandou a gente descer do carro e sentar no chão.

A vítima ressaltou que não foi ameaçada pelos agentes, os quais ressaltaram que “o nosso negócio não é com vocês, nós viemos buscar nosso salário” (MARIN,2020). Além disso, quando algum carro ou morador aproximava-se do grupo, disparos para o alto eram efetuados, com o intuito de dispersar transeuntes.

Os reféns foram alocados junto ao meio fio de uma calçada quando iniciada uma troca de tiros. Após, foram colocados em cima de um carro, a fim de garantir a fuga dos assaltantes. Segundo o motorista, os autores “até que foram gentis” (MARIN, 2020).

Por outro lado, moradores da região revelaram verdadeiro pânico, tendo em vista a intensa troca de tiros na área central da cidade, rodeada de casas em comércios.

Segundo o apurado pelas autoridades, cerca de R\$ 2,5 milhões de reais em espécie e R\$ 2,5 milhões em jóias da Caixa Econômica Federal. A ação não deixou vítimas fatais.(G1 SÃO CARLOS E ARARAQUARA, 2020).

## **2 DO CONCURSO DE PESSOAS**

As infrações penais, via de regra<sup>1</sup>, podem ser cometidas por um único sujeito ativo, bem como podem ser cometidos por dois ou mais agentes.

Na ocasião do crime ser cometido por mais de um autor, são aplicadas as regras dos artigos 29 e seguintes do Código Penal, dispositivo regulador do concurso de pessoas, o qual pode ser compreendido como um instituto jurídico apto a expandir a responsabilidade penal para além da autoria individual (CAMARGO, 2020, p. 155).

Para que este seja configurado, faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos, dispostos nos artigos 29,30 e 31 do Código Penal.

Tradicionalmente, a doutrina elencou quatro: pluralidade de condutas e agentes; relevância causal de cada ação; identidade de infração penal e liame subjetivo entre os sujeitos (BITTENCOURT, 2017, p. 561 e ss.; GRECO, 2018, p. 532).

Sobre esse último requisito, estudos mais recentes tecem severas críticas ao mesmo em face de sua subjetividade, posto que muitas vezes sua constatação é demonstrada apenas no plano psicológico (CAMARGO, 2018,p. 40).

Atualmente os esforços acadêmicos concentram-se em três grandes questões debatidas no âmbito do concurso de pessoas: o conceito de autor, o sistema do

---

<sup>1</sup> São exceções os crimes de concurso necessário, como a rixa (artigo 137 do Código Penal), e a associação criminosa (artigo 288 do Código Penal).

concurso de pessoas e a teoria para diferenciar autoria de participação (CAMARGO, 2020, p. 156).

Definir critérios claros para responsabilização penal dos múltiplos concorrentes de um crime constitui umas das maiores celeumas do Direito Penal, sendo alvo de intensos debates doutrinários.

As primeiras tentativas de criação de regras para solucionar tais casos remontam ao direito romano que, muito embora não tenha cunhado uma teoria geral sobre o tema, forneceu alguns princípios que são utilizados por doutrinas mais modernas, próximas da teoria monista do concurso de pessoas, visto que todos os agentes eram responsabilizados da mesma maneira conforme os estudos de Nelson Hungria “mas todos, pelo menos nos primeiros tempos, respondiam *in solidum*, considerando o fato coletivo como *unum delictum*, pouco importando que a cota de cooperação de cada qual fosse inidônea para o resultado integral” (1983, p. 399).

Com o avanço da ciência, verifica-se no direito longabardo uma grosseira distinção entre agentes principais e secundários, os quais sofrem pena atenuada (HUNGRIA, 1983, p. 400). Contudo, foi apenas na Idade Média que pode se falar em teoria científica do concurso de pessoas, em que se estabeleceu um fundamento para distinguir o autor do partícipe, em que o primeiro constituiria a causa principal ou imediata do delito, enquanto o segundo seria aquele que comete de maneira secundária, como por exemplo, auxiliando o agente principal na empreitada (HUNGRIA, 1983, p. 400).

Inicia-se nesse momento um dos mais fervorosos e complexos debates da ciência penal, a distinção entre autoria e participação por meio de um critério eficaz. Afinal, o limiar entre uma mera “ajuda” e uma participação indispensável ao cometimento do ilícito é muito tênue.

De maneira breve, faz-se necessário conceituar tais institutos.

## **2.1 Autoria e participação**

A autoria pode ser conceituada sob duas óticas divergentes.

A primeira oferece um conceito extensivo de autor. Segundo César Roberto Bittencourt os primeiros modelos extensivos originam-se na década de 1930, sendo seu provável primeiro expoente o alemão Leopold Zimmerl (BITTENCOURT, 2017, p. 565). Sob este arcabouço teórico, considera-se autor todo aquele que cria alguma condição causal para a concretização do delito, ignorando a relevância social de

cada conduta, sendo assim, inexistente diferenciação clara entre autoria e participação (BITTENCOURT, 2017, p. 565).

O legislador optou por adotar tal conceito para o ordenamento jurídico pátrio, ainda que mitigado, conforme se extrai da leitura do artigo 29 do Código Penal.

Em sentido diametralmente oposto, o conceito restritivo de autoria postula que somente seria autor aquele que pratica a conduta típica descrita no tipo penal (BITTENCOURT, 2017, p. 566).

Observando o caso concreto, a tentativa de roubo a uma agência do Banco do Brasil ocorrido no dia 24/11/2020 em Araraquara, interior de São Paulo. Na ocasião do delito, cerca de vinte homens armados com fuzis dividiram-se em dois grupos: o primeiro, composto por pelo menos doze indivíduos, ateou fogo em três veículos, de forma a bloquear o acesso ao batalhão da polícia militar, e passaram a fuzilar o edifício a fim de evitar a intervenção estatal.

Concomitantemente, outra parcela dos membros explodiu caixas eletrônicas de duas agências bancárias, uma da Caixa Econômica Federal e outra do Banco do Brasil, saqueando aproximadamente dois milhões e meio de reais (RODRIGUES; JUNIOR, 2020).

Em uma análise inicial, verifica-se que nem todos os criminosos efetivamente subtraíram para si coisa alheia móvel, visto que a conduta de cercar o quartel não se subsume ao tipo penal descrito no artigo 157 do Código Penal. Todavia, a ação do primeiro grupo foi fundamental para que os demais tomassem as pecúnia sem serem importunados pela ação policial.

Assim, verifica-se que a aplicação do conceito restritivo de autor possui algumas lacunas ante delitos mais complexos, já que, conforme esse exemplo demonstra, não seria possível responsabilizar a todos os agentes pelo roubo, uma vez que nem todos realizaram todos os elementos previstos no art. 157, CP.

A fim de solucionar casos como estes surgiram diversas teorias no âmbito do concurso de pessoas.

Tais idealizações englobam-se em dois grandes sistemas: o monista (ou unitário), o qual não oferece uma diferenciação obrigatória na aplicação da pena de autores e partícipes; e o dualista (ou diferenciador) que estabelece penas menores para a participação de menor importância (CAMARGO, 2020, p. 156).

No tocante à participação, esta pode ser descrita como a “contribuição acessória dolosa em fato principal doloso de outrem e, assim, depende da existência

do fato principal, como a parte depende do todo” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 362). Tal contribuição pode se dar por meio da fomentação do dolo do agente ou através do apoio material para a configuração do ilícito (CIRINO DOS SANTOS, 2014 p. 363).

Ademais, há de se ressaltar que o legislador adotou a teoria da acessoriedade da participação, em que essa somente se configura caso o delito principal seja pelo menos tentado.

Cumprido destacar que o Código Penal não descreve figuras típicas quer para a autoria, quer para a participação, ficando para a doutrina o encargo de diferenciá-las. Por essa razão, parcela dos autores postula pela inconstitucionalidade do artigo 29 da legislação repressora por violação do princípio da taxatividade da lei penal (CAMARGO, 2020, p. 159).

Inicialmente, há de se falar em duas maneiras de diferenciar autoria e participação: a aplicação da teoria objetiva e a teoria subjetiva.

As teorias objetivas do concurso de pessoas advogam que só é considerado autor aquele que contribui diretamente para a lesão ao bem jurídico, enquanto os cúmplices limitam-se a contribuição aos atos preparatórios, em que haveria apenas periclitância ao objeto tutelado “não passando sua contribuição ao de uma simples condição de resultado” (HUNGRIA, 1983, p. 402).

A aplicação de tal teoria ao caso em tela poderá gerar alguns imbróglios práticos. Em uma análise primeva, vislumbra-se a dificuldade em criminalizar condutas que confirmam autoria mediata.

Outra vertente que tentou solucionar a querela consiste na teoria subjetiva, cujo primeiro expoente foi o alemão Maximilian Von Buri (HUNGRIA, 1983, p. 402). Os defensores da tese compreendem pela equivalência dos antecedentes causais, de forma que não haveria uma diferença objetiva entre coautoria e participação. Assim, o foco da análise deveria ser o aspecto psicológico do autor, em que este deseja o fato como próprio, sem qualquer subordinação a outrem, com *animus auctoris* nas palavras de Nelson Hungria (1983, p. 402).

Quanto ao partícipe, esse seria delineado pelo *animus socii*, em que ele não desejaria o fato criminoso como de sua autoria.

A adoção de tal teoria implica em uma série de problemáticas, quer de ordem processual, ante a dificuldade da produção probatória sobre o íntimo de cada parte,

quer de ordem científica, ante a imprecisão de tais critérios (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 347).

Ademais, a inexistência de um critério objetivo claro leva a profundas inseguranças jurídicas.

No direito brasileiro, até a reforma da parte geral ocorrida em 1984, predominava a teoria unitária do concurso de pessoas, que não oferecia uma distinção evidente entre autor, coautor e partícipe, sendo todos tratados da mesma forma.

Com a maestria que lhe é particular, os comentários de Nelson Hungria:

O resultado é uno e indivisível, e como todos os seus antecedentes causais, e como todos os seus antecedentes causais, considerados *in concreto*, se equivalem, segue-se logicamente que é atribuível, na sua totalidade a cada um dos que cooperam para sua produção. Assim, é de todo irrelevante indagar se o executor é ou não punível: o partícipe é sempre um co-autor e sempre responde integralmente pelo resultado, desde que, consciente e voluntariamente, contribuiu para ele (participação em crime doloso ou, pelo menos contribuiu para a ação comum de que era previsível derivasse tal resultado (participação em crime doloso) (HUNGRIA, 1983, p. 405).

Calha também a definição de Juarez Cirino dos Santos:

Em sua fórmula original, a teoria unitária de autor não distingue entre autor e partícipe: as diferenças objetivas e subjetivas de contribuição dos autores não são matéria do tipo de injusto, mas problema da aplicação da pena, como medida da culpabilidade individual. (...)A teoria unitária de autor trata todos como autores: se todas as contribuições causais para o resultado típico são equivalentes, então todos são autores do fato punível (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 344 ).

Logo, mesmo nos casos característicos de participação de menor importância (auxílio, instigação, ajuste e determinação) seriam condutas com o mesmo valor daquelas de maneira idêntica àquele que pratica o verbo núcleo do tipo penal.

Tal solução não constitui a mais adequada, sobretudo à luz da penologia moderna, a qual ventila a Teoria da Proporcionalidade pelo Fato, cuja abordagem será aprofundada ainda neste trabalho.



Por fim, cunharam-se as teorias mistas, que visavam unir ambas as teorias, analisando aspectos objetivos e subjetivos.

Parcela da doutrina classifica a famosa Teoria do Domínio do Fato como uma teoria mista, a exemplo de Cezar Roberto Bittencourt (2017, p. 568), Eugenio Raul Zaffaroni (2019, p. 596), Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 348) e Rogério Greco (2018, p. 539).

Contudo, parece mais assertivo o posicionamento de Luís Greco e Alaor Leite, os quais compreendem que o pensamento de seu mestre Claus Roxin enquadra-se como uma inovação dogmática em face do pré-estabelecido nas ciências penais, posto que desloca o conceito de autor (GRECO; LEITE, 2014, p. 25).

## 2.2 Teoria do Domínio do Fato

A Teoria do Domínio do fato tem como objetivo distinguir com clareza o autor e o partícipe. Cunhada pelo alemão Claus Roxin a partir da publicação da monografia “Autoria e domínio do fato” (*Taterschaft und Tatherrschaft*), seus ideais repercutiram de maneira extremamente positiva, sendo amplamente aceitos pela doutrina e jurisprudência nacionais e internacionais, conforme seu emprego, ainda que passível de críticas em julgamentos como o da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal (caso Mensalão) e o de Alberto Fujimori pela Corte Suprema de Justiça do Peru (CAMARGO; SOUSA; LOPEZ, 2019, p. 3 e ss.).

Os fundamentos iniciais, naturalmente, precedem a figura de Roxin.

O primeiro uso da expressão domínio do fato remonta ao ano de 1915, ocasião em que o jurista alemão Hegler em sua obra “*Die Merkmale des Verbrechens*”, a atribuiu sentido diverso do atual, referindo-se aos fundamentos da culpabilidade (GRECO; LEITE, p. 21).

Posteriormente, nos idos de 1933, Lobe relacionou o domínio do fato às noções de autoria delitiva, em sua publicação *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Tais ideais só ganharam a devida repercussão quando Hans Welzel passou a defendê-los na obra *Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58*, referindo-se a um “domínio final do fato como critério determinante da autoria” (GRECO; LEITE, p. 21).

Segundo o finalista alemão “Senhor do fato é aquele que o realiza de forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige em forma planifica é o que transfere o autor em senhor do fato” (WELZEL, 1987, p. 120 *apud* GRECO, 2018, p. 538)

Utilizando como paradigma o julgamento de Adolf Eichmann pelo Estado de Israel no ano de 1961, Claus Roxin delinea os contornos finais do Instituto, cuja ideia reitora seria de que o autor é a “figura central do acontecer típico” (*Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens*) (GRECO; LEITE, 2014, p. 25). De maneira extremamente didática, Juarez Cirino dos Santos interpreta que o autor dominaria a continuidade ou a paralisação da conduta típica, enquanto o partícipe não detém tal poder (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 348).

O ideário se manifesta concretamente de três maneiras: o domínio da ação, o domínio da vontade e o domínio funcional do fato.

### 2.2.1 O domínio da ação

Possui o domínio da ação aquele que efetivamente e, individualmente, pratica uma conduta típica. Logo, tal hipótese versa sobre o autor imediato do crime, que domina sua própria ação (*Handlungsherrschaft*)

De acordo com tal inferência, é possível afirmar que Roxin adotou o um conceito restritivo de autor (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 350).

Destaca-se que o senhorio da conduta não deve ser confundido com o dolo, o qual também está presente na participação criminosa sem que haja qualquer domínio do fato. Afinal, a simples exteriorização do ato amolda-se ao defendido pelas teorias objetivas do concurso de pessoas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 596).

Teria o domínio da ação o indivíduo que agindo sozinho, em um determinado crime de homicídio, efetuasse disparos de armas de fogo contra seu desafeto, os quais foram causa eficiente da morte. Ora o atirador poderia a qualquer momento interromper o *iter criminis*, alterar sua execução, escolher outro momento para levar a cabo a vítima, demonstrando, assim, pleno domínio da cadeia de elementos que culminam na consumação do delito.

No caso do assalto em Araraquara, pode se afirmar que os autores imediatos foram aqueles que adentraram nas agências do Banco do Brasil e da Caixa a fim de subtrair seus valores.

Salienta-se que na autoria direta não se exclui a hipótese do uso de outro para o cometimento do ilícito, à exemplo de quem empurra uma pessoa contra a outra a fim de lesionar a segunda, a qual cai sobre os trilhos de um trem. No caso em tela, o primeiro possuindo o domínio da ação, vale-se de outro humano como mero instrumento mecânico para cumprir seu intento, do qual não há falar sequer em conduta em face da ausência de qualquer voluntariedade, atuando apenas como massa mecânica. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 596).

### 2.2.2 O domínio da vontade

A segunda maneira de delinear a autoria em um crime é por meio do domínio da vontade (*Willensherrschaft*), em que, de alguma maneira, um terceiro é reduzido a mero instrumento na empreitada delitiva de outrem.

A autoria mediata pode ser classificada em três categorias: o domínio da vontade em razão do erro do instrumento, que pode versar sobre a tipicidade do fato (artigo 20 do Código Penal) ou fornecer uma noção distorcida sobre a licitude da conduta (artigo 21); o domínio por meio da coação irresistível do instrumento e o domínio a partir de um aparelho de poder organizado, em que o instrumento cumpre ordem de seus superiores (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 325).

Na primeira classificação o autor mediato induz e mantém seu instrumento em uma noção falsa da realidade, acreditando que sua conduta não constitui nenhum crime. Basicamente, o instrumento incide em erro de tipo ou erro de proibição.

Os clássicos exemplos de tais institutos, como o do médico que induz seu enfermeiro a aplicar uma injeção letal no paciente, matando-o, ilustram de maneira extremamente didática tais hipóteses, visto que o ordenado age como um instrumento inconsciente (sem dolo) enquanto o autor mediato arquiteta e controla as ações que ceifam a vida do enfermo.

Outra manifestação de autoria mediata seria por meio da coação irresistível do instrumento, dominando completamente sua vontade e, conseqüentemente, o curso da ação delitiva.

Suponhamos que “A”, um determinado sujeito ativo de determinado crime, conhecido pela maneira sanguinária que lida com suas atividades, deseje intimidar “B”, peça chave na elaboração de um inquérito policial que poderia culminar em sua prisão.

Obstinado a impedir qualquer sanção estatal pelos seus crimes, A invade a casa da genitora de B e aponta uma arma para sua cabeça, fotografando tal ato.

Imediatamente, envia fotos para B, que indica outra pessoa como autora, mesmo sabendo que não é verdade.

Intimidado, B comete o crime de denúncia caluniosa (artigo 339 do Código Penal), agindo como um verdadeiro instrumento de A.

### 2.2.3 O domínio da vontade com aparato organizado

Por fim, a maior e mais inovadora contribuição de Roxin, o domínio da vontade por meio do domínio de um aparato organizado de poder.

Em seus anos como livre-docente, Roxin expunha seu descontentamento com a teoria subjetiva do concurso de pessoas, a qual levava a múltiplas arbitrariedades. Ademais, o jovem professor também considerava insuficiente o modelo proposto pela teoria forma-objetiva, segundo a qual Adolf Hitler, Heinrich Himmler e Adolf Eichmann seriam considerados meros instigadores das múltiplas atrocidades cometidas na Alemanha nazista, já que suas ordens sempre foram cumpridas por terceiros (CAMARGO, 2020, p. 167).

Nesse cenário, Roxin elaborou o famoso arcabouço teórico.

Partindo de uma estrutura hierarquizada verticalmente e utilizando-se de executores cuja principal característica é a fungibilidade, onde o autor do crime não é considerado como pessoa livre, mas sim como uma peça em uma engrenagem, passível de substituição (CAMARGO, 2020, p. 168), verifica-se as ordens emitidas pelo topo da pirâmide não se limitam à mera instigação, já que possuem o condão de deflagrar a ação criminosa, bem como interrompê-la com poucas palavras, constituindo assim verdadeira autoria.

Sendo assim, extraem-se três requisitos para que tal cenário seja configurado: a) a fungibilidade do autor imediato; b) a desvinculação do

ordenamento jurídico; c) a “determinação do homem detrás para a prática do delito por outrem” (CAMARGO, 2020, p. 168).

A ideia foi ventilada pela primeira vez em 1963 por meio da publicação de um artigo na revista alemã *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GRECO; LEITE, 2014, p. 27).

O apartamento da ordem jurídica não se restringe às organizações que sustentam-se por meio da ilicitude, a exemplo das organizações mafiosas, mas se estendem a Estados totalitários, em que normalmente há rompimento com a legalidade, ou organismos paraestatais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 606).

Calha a crítica elaborada por Juarez Cirino dos Santos, em que se observa a imprecisão do conceito de “máfia”, ponto muito controvertido na doutrina e por vezes até indeterminável (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 354).

Em uma versão mais atualizada da Teoria do domínio do Fato, Roxin passou a abarcar as hipóteses de domínio do aparato de poder no contexto da criminalidade empresarial, desde que se verificasse uma “cultura criminosa generalizada” (CAMARGO, ano, p. 168) em que se averiguasse “a responsabilidade de dirigentes de empresas por crimes permitidos, exigidos ou não impedidos (de modo contrário ao dever) de empregados da empresa” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 354).

Os casos clássicos que ilustram remontam aos Estados ditatoriais ocorridos na Alemanha e na Argentina (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 353-354),

#### 2.2.4 O Domínio funcional do fato

A terceira maneira de exercer o domínio do fato consiste na atuação coordenada de duas ou mais pessoas, em um contexto de divisão de tarefas, a fim de cometer um ilícito em comum.

Tal categoria, diferente das supracitadas, constitui um critério de imputação recíproca entre os agentes, ou seja, visa delinear a coautoria em um caso concreto. (GRECO; LEITE, 2014, p. 43).

O conceito ilustra-se melhor por meio de exemplos.

Tomando como anteparo o já mencionado assalto em Araraquara, verifica-se que o bando dividiu-se entre aqueles que trocavam tiros com a polícia militar,

ocupando-os, enquanto os demais implantavam explosivos nas agências bancárias da cidade a fim de saqueá-las.

Conforme se verifica, as condutas de parcela do primeiro grupo amoldam-se a tipos penais totalmente diferentes do segundo, já que nenhum deles comete crime patrimonial.

Nesse contexto, fica o questionamento, seria possível que o roubo se consumasse caso houvesse uma pronta intervenção policial?

Por óbvio, verifica-se que o assalto fracassaria, ou pelo menos seria muito mais dificultoso.

Logo, a contribuição que o primeiro grupo trouxe ao delito é tamanha que, sem suas ações, este jamais se realizaria. Por certo, em que pese não infligir o bem jurídico tutelado diretamente, certamente seus integrantes deverão ser responsabilizados como autores do crime.

Cumprir destacar que a aplicação da teoria deve ser avaliada em consonância com cada caso concreto, à luz do planejamento do *iter criminis* (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 599).

Com a didática peculiar aos seus escritos, transcreve-se o exemplo cunhado pelo argentino Eugenio Raul Zaffaroni e pelo brasileiro José Henrique Pierangeli:

Assim, não se pode dizer a priori que o chamado “campana” é autor (coautor) ou partícipe, a não ser diante da modalidade operativa do delito: se o “campana” facilita a consumação de maneira a torná-la mais rápida, será partícipe, mas, se na sua falta, o fato não pudesse ter sido cometido, será coautor. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 599-600).

Por fim, para que a autoria coletiva seja configurada, cada um dos coautores deve reunir os requisitos típicos exigidos para que seja autor, mesmo quando há divisão de tarefas. A ilação configura uma limitação legal ao princípio do domínio do fato (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 600).

## 2.2.5 Apontamentos gerais à teoria do domínio do fato

Independente da maneira pela qual o arcabouço teórico se manifesta, calha tecer alguns breves comentários para uma diferenciação assertiva entre autor e partícipe a partir da doutrina de Roxin.

O primeiro deles seria acerca de eventual excesso na conduta do instrumento. Ultrapassados os limites delineados pelo autor mediato, seja por erro nas tarefas designadas ou por iniciativa do comandado, o resultado das ações não pode ser atribuído ao homem de trás (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 355), já que este careceu do domínio do fato.

Ademais, verifica-se que os institutos supracitados aplicam-se somente à crimes dolosos, posto que nos delitos culposos consumam-se na medida em que há a perda de tal domínio. (BITTENCOURT, 2017, p. 570).

No tocante à tentativa de crime por autoria mediata, a doutrina divide-se em duas correntes. A primeira defende que há falar em tentativa a partir do momento em que o instrumento é liberado para praticar o injusto, englobando assim atos preparatórios. A outra corrente defende que o homem de frente deve iniciar a ação típica para que seja configurada a tentativa. Tal posicionamento é mais coerente em relação aos princípios gerais do Direito Penal, mormente porque a simples liberação do instrumento não gera perigo ao bem jurídico tutelado, oposto do início da execução (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 355-356).

Outro ponto de inflexão na doutrina versa sobre a utilização de inimputáveis como uma das manifestações de autoria mediata por meio do domínio do fato, posicionamento adotado por Cezar Roberto Bittencourt.

Por fim, duas das mais importantes características da Teoria do Domínio do Fato, ela não se aplica aos delitos de dever, tampouco aos crimes de mão própria.

Considera-se ilícito de dever aquele em que o legislador optou por tipificar determinado dever, concretizado de alguma maneira no ordenamento jurídico. Segundo Roxin:

(...) Autor é quem viola um dever especial, pouco importando o domínio que tenha sobre o fato;<sup>65</sup> quem concorre para o fato sem esse dever será mero partícipe. **Nesses casos, é característico que o detentor deveres surge entre os outros intervenientes como aquele que possui uma relação especial com o conteúdo de injusto do fato, de modo que o legislador o considera, em função exclusiva dessa obrigação, a figura central do acontecer típico e, assim, autor.** (GRECO; LEITE, 2014, p. 32, destacou-se).

Cumpra destacar que inexistente aplicação da teoria aos crimes de mão própria, definido nos manuais de Direito Penal como “aqueles em que o tipo penal exige uma qualidade ou condição especial dos sujeitos ativos ou passivos.” (GRECO, 2018, p. 216).

Segundo o alemão, delitos de mão própria podem ser divididos em três categorias: os “delitos de comportamento vinculado” (*verhaltensgebundene Delikte*), em que o injusto repousa sobre uma certa maneira de comportar, independentemente de efetiva lesão ao bem jurídico; os crimes de “direito penal do autor” (*täterstrafrechtliche Delikte*), em que há reprimenda sobre a maneira que o autor conduz sua vida (à exemplo do Rufianismo, disposto no artigo 230 do Código Penal); e os “delitos de infração de um dever personalíssimo, a exemplo da infração falso testemunho” (artigo 342, CP) (GRECO; LEITE, 2014, p. 34). Conforme bem pontuado por seus discípulos brasileiros “Os dois primeiros grupos são corpos estranhos no moderno direito penal e, em verdade, apenas o último grupo é de maior relevância.” (GRECO; LEITE, 2014, p. 34).

Nesses casos, não é possível instrumentar a autoria delitiva, tendo em vista que o *extraenus* não possui a qualidade necessária para amoldar-se plenamente ao tipo penal, como seria com o homem de trás.

Em suma, pode-se afirmar que a Teoria do Domínio do Fato aplica-se apenas aos crimes comuns (*Herrschaftsdelikte*).

### **3 PROBLEMÁTICAS DA DOSIMETRIA DA PENA**

No caso paradigma, suponhamos que todos os criminosos tenham sido capturados e, após um devido processo penal, norteado por princípios como o da paridade de armas e a ampla defesa, o juiz convicto da autoria de cada réu, profira uma sentença condenatória.

Nesse caso, considerando as particularidades do caso, sobretudo as nuances envolvendo o concurso de pessoas, em que cada autor contribui de uma maneira diversa ao delito, como deveria ser fixado a pena de cada um?

A questão é mais difícil do que parece.

A quantidade exata de pena privativa de liberdade a ser aplicada em cada caso concreto constitui o grande debate da penologia no Brasil (TEIXEIRA, 2015, p. 30), visto que essa fase é a primeira na determinação judicial.



Somado a isso, o ordenamento pátrio mostra-se vergado pela “carência de teorias que busquem determinar quais são os *critérios legítimos* que devem conduzir o juiz na fixação da sanção.” (TEIXEIRA, 2015, p. 31).

Sendo assim, faz-se necessário traçar um panorama geral acerca das principais Teorias de aplicação da pena, bem como eleger a mais assertiva.

### **3.1 Teorias da aplicação e finalidades da pena**

Primeiramente, cabe esclarecer que as teorias sobre a aplicação da pena agrupam-se em dois grandes ideários: as teorias absolutas e as teorias relativas.

Claus Roxin as distingue da seguinte maneira: as teorias absolutas não se vinculam a uma finalidade extrínseca (como a prevenção), pautando-se apenas da finalidade autônoma da pena; já as teorias relativas direcionam-se a alguma finalidade, como a prevenção de novos delitos (CARVALHO, 2020, p. 73).

#### **3.1.1 Breves considerações sobre o modelo retributivista**

Calcado pela ideia de contrato social cunhada durante o iluminismo, a ideia de retribuição, por meio de uma pena, configuraria uma espécie de indenização pela ruptura do acordo. Conforme detalha Salo de Carvalho:

A relação entre crime e pena se estabelece a partir de uma noção de dívida, e a lógica obrigacional fixa a necessidade de reparação de dano em razão do inadimplemento (descumprimento das regras sociais). O poder de punir se expressa, pois, como um direito/dever do Estado exercido por meio da expropriação forçada de algo de valor quantificável (2020).

A pedra fundamental dessa teoria é a filosofia de Immanuel Kant, máxime pela obra “*Metafísica dos Costumes*”, publicada em 1797, em que o notável alemão sustenta que a lei penal seria um imperativo categórico, cujo respeito é absoluto, conseqüentemente, sua ruptura levaria a imposição de uma pena (CARVALHO, 2020, p. 74).

Além disso, o modelo kantiano compreende que a pena jamais poderia servir a outros objetivos, como intimidação/persuasão do meio social para não delinquir,

pois, tal proposição tornaria o homem o meio para alcançar outro fim que não seja ele mesmo, tornando a pena imoral<sup>2</sup> (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 240).

Apesar dos modelos de retribuição estruturarem a penologia romano-germânico até a metade do século passado, constituindo a narrativa de maior estabilidade na modernidade (CARVALHO, 2020, p. 77), é possível tecer-se múltiplas críticas.

Roxin, partindo da ideia de que o Direito Penal possui como objetivo a proteção, de maneira subsidiária, de bem jurídicos, verifica que a ausência de outros objetivos na imposição da pena (como a ressocialização) é incompatível com o objetivo maior do ordenamento penal (CARVALHO, 2020, p. 77-78).

Já Luigi Ferrajoli, considera o ideário insustentável do ponto de vista normativo, em vista da obscura crença de um nexos causal necessário entre a culpa e o castigo (CARVALHO, 2020, p. 77-78).

Eugenio Raúl Zaffaroni, critica o uso do modelo no cotidiano, pois inexistente qualquer dado empírico apto a comprovar a efetividade da neutralização (CARVALHO, 2020, p. 79).

Por fim, ressalta-se que o discurso retributivista encontra-se afastado do constitucionalismo contemporâneo, em que as Constituições incorporam uma pluralidade de princípios humanitários, de forma a tornar inadequada a justificação de um sistema punitivo pela retribuição (CARVALHO, 2020, p. 80).

### 3.1.2 Breves comentários às teorias relativas

De maneira inversa ao modelo anterior, as teorias relativas consideram que a pena deve alcançar outro fim fora de si mesma.

O ideário também possui inspiração iluminista, sendo seu precursor o ilustre Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das penas*<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida (BECCARIA, 1999, 129).

Desse conjunto de teorias, as de maior destaque e relevância na literatura penal são a prevenção geral negativa (teorias de dissuasão) e as de prevenção especial positiva (teorias de emenda) (CARVALHO, 2020, p. 81).

A aplicação da pena voltada à prevenção geral negativa visa demonstrar ao resto da sociedade que a criminalidade não compensa, desestimulando potenciais autores (STOCO, 2020, p. 123).

Já a pena orientada pela prevenção especial positiva, centra-se no indivíduo infrator, em que a aplicação da pena visa a ressocialização do condenado, visando corrigir desvios na pessoa do apenado por meio do intenso trabalho de psicólogos, assistentes sociais, entre outros profissionais (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 428).

Impendem criticar os fundamentos de ambas as abordagens.

Primeiramente, a aplicação do modelo de dissuasão leva a um fenômeno de hipercriminalização, com expansão demasiada da quantidade e severidade da pena aplicada a cada condenado. Nesse sentido, cabe o esclarecimento de Roxin:

Como a prevenção especial [a prevenção especial negativa] não inclui nenhuma medida para a delimitação da duração da pena. Assim, a prevenção geral negativa se encontra sempre diante do perigo de converter-se em terror estatal. Pois a ideia de que penas mais altas e mais duras produzam maior efeito intimidatório foi historicamente (apesar de sua provável inexatidão) a razão mais frequente das penas sem medida (ROXIN *apud* CARVALHO, 2020, p. 88).

A segunda crítica é ainda mais contundente. Analisando os dados sobre encarceramento no Brasil, verifica-se a inexistência de qualquer liame entre o aumento da quantidade e rigor da pena e o decréscimo da criminalidade, conforme bem exposto por Salo de Carvalho:

A partir de 1990, com a edição da lei n.80.72(Lei de Crimes Hediondos), houve gradual acréscimo de sanções, imposição de regimes mais severos de penas (limitação ao sistema progressivo) e restrição de direitos processuais (sobretudo no que diz respeito às possibilidades de decretação de prisão cautelar) aos crimes definidos como hediondos. **Se analisarmos a curva de encarceramento brasileira, com especial ênfase aos crimes hediondos nos seus equiparados, é possível diagnosticar a ausência de um impacto direto ou uma relação direta entre o incremento do punitivíssimo e a diminuição dos delitos e não é necessário um olhar refinado sobre o problema pois a mera análise de dados permite essa**

**conclusão.** Por outro lado, se forem analisados os dados de descriminalização a conclusão será similar. (...) No recente caso de Portugal, país que descriminalizou o porte para consumo de todo tipo de drogas não alterou as taxas de consumo (CARVALHO, 2020, p. 89-90, destacou-se).

Evidente a ineficiência desse método. Do ponto de vista normativo, verifica-se que a instrumentalização do réu a fim de influenciar outras pessoas atenta contra o princípio da dignidade humana, explorando sua situação já muito precária (TEIXEIRA, 2015, p. 47).

No tocante à prevenção especial positiva, o aspecto mais evidente de sua utilização se dá na confecção de exames criminológicos no âmbito da execução pena<sup>4</sup> (artigos 8º, 9º, 114, II; 175 entre outros da Lei de Execução Penal). A prática induz a críticas sob diversas óticas.

A criminologia crítica sustenta que a elaboração de tais laudos pauta-se, sobretudo em técnicas de averiguação de periculosidade, utilizando-se de valores eminentemente morais, fomentado a seletividade criminal (CARVALHO, 2020, p. 106).

No plano normativo, observa-se uma ruptura com o princípio da legalidade, visto que “os processos de criminalização e de punição não são direcionados às consequências de um fato previamente proibido como lesão de um bem jurídico tutelado, mas voltados à conversão da identidade e ao julgamento moral do criminoso” (CARVALHO, 2020, p. 107-108)

Do ponto de vista processual, insta salientar o fortalecimento de uma lógica inquisitorial, pois os laudos técnicos acerca da personalidade do apenado são

---

<sup>4</sup> Michael Foucault detalha a crítica no âmbito da execução em seu clássico Vigiar e Punir:

O juiz de nossos dias — magistrado ou jurado — faz outra coisa, bem diferente de “julgar”. E ele não julga mais sozinho. Ao longo do processo penal, e da execução da pena, prolifera toda uma série de instâncias anexas. Pequenas justiças e juízes paralelos se multiplicaram em torno do julgamento principal: peritos psiquiátricos ou psicológicos, magistrados da aplicação das penas, educadores, funcionários da administração penitenciária fracionam o poder legal de punir; dir-se-á que nenhum deles partilha realmente do direito de julgar; que uns, depois das sentenças, só têm o direito de fazer executar uma pena fixada pelo tribunal, e principalmente que outros — os peritos — não intervêm antes da sentença para fazer um julgamento, mas para esclarecer a decisão dos juízes. **Mas desde que as penas e as medidas de segurança definidas pelo tribunal não são determinadas de uma maneira absoluta, a partir do momento em que elas podem ser modificadas no caminho, a partir do momento em que se deixa a pessoas que não são os juízes da infração o cuidado de decidir se o condenado “merece” ser posto em semiliberdade ou em liberdade condicional, se eles podem pôr um termo à sua tutela penal, são sem dúvida mecanismos de punição legal que lhes são colocados entre as mãos e deixados à sua apreciação; juízes anexas, mas juízes de todo modo (FOUCAULT, 1999, p., destacou-se )**

marcados pela irrefutabilidade argumentativa, mitigando o contraditório e ampla defesa (CARVALHO, 2020, p. 108-109).

### 3.1.3 Teoria do espaço livre

A teoria do espaço livre (*Spielraumtheorie*), cunhada em 1845 pelo penalista Albert Berner, consiste na teoria mais aceita pela jurisprudência alemã (TEIXEIRA, 2015, p. 37-38). Sob a ótica de seus defensores, o *quantum* da pena jamais poderia ser definido de forma absoluta, devendo a pena ser localizada entre um ponto mínimo e máximo, definido pelo legislador (TEIXEIRA, 2015, p. 37-38).

Ainda nessa senda, os magistrados devem atentar-se a dois fatores principais para encontrar o ponto ideal: a culpabilidade do autor e a prevenção (geral ou especial), gerada pela aplicação da pena.

De maneira sintética, cabe o escol de Adriano Teixeira:

Assim o núcleo normativo da teoria do espaço livre pode resumir-se da seguinte maneira: tendo em vista o fato de que não se pode determinar com exatidão um único *quantum* da pena correspondente à gravidade do delito praticado e ao grau de responsabilidade pessoal do autor, ao juiz é concedido um espaço livre, que lhe permite uma margem de culpabilidade, que é mais estreita que a margem compreendida pelo mínimo e máximo legais e dentro da qual deve determinar a medida final de pena atendendo as considerações de prevenção. (2015, p. 38-39).

Apesar de sua aceitação, tal teoria também é alvo de múltiplas críticas.

Primeiramente, nota-se grande indeterminabilidade na denominada margem de culpabilidade, a qual pode escalonar-se demasiadamente, vide acórdão do Tribunal Federal Alemão que considerou justo o patamar compreendido entre os 15 anos de pena privativa de liberdade e a prisão perpétua (TEIXEIRA, 2015, p. 41). Por óbvio, verifica-se enorme descompasso.

Além disso, verifica-se um trabalho excessivamente complexo ao juiz, o qual precisa determinar dois valores numéricos, relativos à culpabilidade e à prevenção (TEIXEIRA, 2015, p. 41).

Ademais, ressalta-se o caráter negativo das considerações preventivas, já delineadas nesse trabalho.

### 3.1.4 Teoria dos Níveis

A teoria dos níveis (*Stellenwertheorie* ou *Stufentheorie*) foi cunhada pelo alemão Heinrich Henkel e melhor desenvolvida por seu compatriota Horn, compreende que a quantidade de pena aplicada deveria ser orientada exclusivamente pelo grau de “demérito social” (*soziale Unwürdigkeit*) do indivíduo, sendo desconsideradas razões teleológicas como a prevenção. Essas seriam valoradas apenas no momento da escolha da modalidade de cumprimento da pena (TEIXEIRA, 2015, p. 51).

Em uma analogia ao Direito brasileiro, Adriano Teixeira defende que a importação da teoria ao Código Penal dar-se-ia na seguinte maneira:

A Tradução dos anseios dessa teoria para o direito brasileiro resultaria possivelmente no seguinte quadro: na primeira fase da aplicação da pena, que é a escolha da modalidade da sanção (art. 59, Inciso I, CP) – como visto, de importância prática quase insignificante -, o juiz poderia guiar-se por considerações de prevenção, sobretudo de prevenção especial; na segunda fase – quantificação da pena -, por outro lado, o magistrado deveria fixar o valor da sanção levando em conta apenas os fatos concernentes ao delito, de modo a traduzir a sua gravidade em um número dentro da escala delimitada pelos limites mínimo e máximo estabelecidos na lei; por fim na terceira e quarta fases – regimes de cumprimento e eventual substituição (art. 59, Incisos III e IV, CP) -, bem como na decisão sobre a suspensão condicional da pena (art 77,CP) ou do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995) e sobre o livramento condicional (art. 83, CP), o magistrado deveria novamente formar seu juízo em razões de prevenção (TEIXEIRA, 2015, p.53).

Contudo, a teoria não teve guarida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Conforme muito bem pontuado por Claus Roxin é impossível desassociar considerações acerca da prevenção especial na fixação da quantidade de pena, sobretudo a fim de evitar a “desassociação do condenado” (TEIXEIRA, 2015, p. 54).

Além disso, o deslocamento do momento da análise da prevenção não exclui a problemática de sua valoração sobre a pessoa do condenado, mitigando um direito penal liberal de fato (TEIXEIRA, 2015, p. 55).

### 3.1.5 Teoria da Retribuição da Culpabilidade

Defendida por Michael Köhler e E. A Wolff, os autores compreendem que a retribuição da culpa seria o único parâmetro (e justificativa) para fixação da pena, desconsiderando considerações de prevenção a fim de evitar a instrumentalização da pessoa do condenado (TEIXEIRA, 2015, p. 55).

Apesar da coerência do modelo, seus autores não foram claros para obter-se a medida da culpabilidade e, por consequência, a pena retributiva (TEIXEIRA, 2015, p. 55). Além disso, a teoria redundava em um modelo circular ao desconsiderar toda alusão ao direito penal preventivo (TEIXEIRA, 2015, p. 55).

### 3.1.6 Teoria da Proporcionalidade pelo fato ou Teoria do Merecimento

Diferentemente das teorias anteriores, a Teoria da Proporcionalidade pelo fato possui origem anglo-saxã, tendo seu primeiro impulso em 1976, com a obra *Doing Justice*, de autoria do inglês Andrew von Hirsch (TEIXEIRA, 2015, p. 60).

Também denominada corrente neoclássica, o ideário constitui uma resposta às teorias ressocializadoras que circulavam em países como Noruega e Suécia, orientadas pela prevenção especial, de modo a reafirmar valores do liberalismo clássico (tradicionalmente associados à prevenção geral) como a segurança jurídica e a igualdade (STOCO, 2013, p. 109).

A ideia central da teoria seria a de que a severidade da pena deveria refletir a gravidade do fato típico praticado. Assim, a fixação da pena deixaria orientar-se pela necessidade de correção do apenado ou por sua periculosidade, focando na conduta em si ao invés de considerar a maneira que a aplicação da pena influencia o comportamento do apenado e daqueles ao seu redor (TEIXEIRA, 2015, p. 60 e ss.).

Conforme bem pontuado por Tatiana Stoco, verifica-se que a ideia “Orientar-se, assim, retrospectivamente — e não para o futuro (como no modelo de ênfase preventiva especial e suas asserções sobre a análise da periculosidade do delinquente).” (2013, p. 110).

À medida que a teoria foi desenvolvida, surgiram alguns parâmetros para aferir o “justo merecimento”.

Seu criador, Andrew von Hirsch, defende a utilização de uma fórmula composta por dois vetores: a proporcionalidade ordinal (ou relativa) e a proporcionalidade cardinal (não relativa) (CARVALHO,2020, p. 119).

A proporcionalidade ordinal é estabelecida por meio da comparação entre as penas, de maneira que delitos que lesem bens jurídicos parecidos guardem similaridade entre suas penas, exigindo o escalonamento das penas em razão da gravidade do delito (CARVALHO,2020, p. 119)

Sendo assim, a pena de um crime de Violação de Domicílio, jamais poderia aproximar-se (artigo 150, CP) da reprimenda de um homicídio, ante a disparidade da gravidade das condutas.

Já o critério cardinal limita a gravidade das penas em razão de uma ideia geral de reprovação, possibilitando a adequação das penas por meio do estabelecimento de um índice máximo de punição, de sanções intermediárias e na substituição das penas privativas de liberdade (CARVALHO,2020, p. 119).

A aplicação dos critérios visa limitar o poder punitivo (limite de penas e aplicação de alternativas ao encarceramento), bem como reduz o grau de discricionariedade na atividade judicial.

Como parâmetro para a averiguação da gravidade do delito, a jurista Tatjana Hörnle propõe que tal valoração se dê sob a perspectiva da vítima do crime, de maneira individualizada<sup>5</sup> (STOCO, 2013, p. 112).

Assim no tocante à finalidade da pena, verifica-se que:

A ideia de Hörnle é de que uma importante função da condenação se relaciona com sua mensagem para a vítima: o maior receptor com interesse na declaração da responsabilidade é a pessoa afetada mediante o delito.(2013,p.112)

Ainda na senda da autora, circunstâncias alheias ao sofrimento da vítima não deveriam ser consideradas no quantum da pena. Tatiana Stoco vale-se exemplos recorrentes na prática forense:

---

<sup>5</sup> A perspectiva deve ser individualizada, pois segundo a autora “*é impossível medir o grau em que o delito perturba a ordem social e legal*” (HÖRNLE *apud* STOCO, 2013, p. 112).



Se o agente atuou premeditadamente ou demonstrando maior audácia por atuar em plena luz do dia, nenhuma diferença deve fazer com relação à severidade da pena, posto que, sob o ponto de vista da vítima, não exerceu nenhum papel para elevar a severidade do delito. O mesmo se diga com relação à conduta do delinquente de ocultar suas ações depois de cometido o delito. (2013, p. 113).

Sob essa mesma ótica, condenações anteriores e a participação em organizações criminosas também não deveriam ser consideradas na dosimetria da pena, já que tais fatos pouco importariam às vítimas (STOCO, 2013, p.112 e ss.).

Por óbvio, o modelo teórico, considerando tanto o original, quanto o desenvolvido por Hörnle, não é isento de críticas.

.Primeiramente, argumenta-se que a vinculação da pena à gravidade do crime, no geral, elevaria as quantidades de pena aplicadas *in concreto*, já que haveria a eliminação, ou sensível redução, da valoração fatores externos à culpabilidade do agente (TEIXEIRA, 2015, p. 69).

Por outro lado, a teoria não apresenta ilações sobre a função social da pena. Logo, não seria possível determinar a medida de uma pena, já que essa não teria uma finalidade (STOCO, 2013, p. 114).

Quanto às proposições da jurista alemã, a discussão dos reflexos da conduta apenas sob a ótica da vítima, desconsidera seus impactos ante o restante da ordem social (STOCO, 2013, p. 114).

Apesar das justas críticas, tal arcabouço demonstra ser o mais coerente entre os modelos apresentados, mormente, pois:

Em resumo, esta teoria permite excluir fatores de incremento da pena que carecem de vinculação normativa com o injusto ou o culpável, racionalizando a atividade de determinação da pena e permitindo uma melhor comparação entre casos para tentar evitar arbitrariedade e a insegurança, assegurando um maior controle desse aspecto por parte dos Tribunais Superiores. (STOCO, 2013, p. 115).

A adoção do modelo também se revela favorável do ponto de vista empírico, conforme pontua Salo de Carvalho:

Possível afirmar que a teoria do merecimento se diferencia dos demais discursos de justificação mais pela sua natureza pragmática do que pelo seu conteúdo teórico, ou seja, caracteriza-se mais como uma técnica de definição de limites de quantificação regrados pela distribuição proporcional de sanções do que como uma teoria de justificação de legitimidade das penas. (2020, p. 118).

### 3.1.7 Teoria garantista da pena

Em contraposição a teoria do justo merecimento, que possui base autoritária ao resgatar uma justificativa autorreferencial, o italiano Luigi Ferrajoli propõe a teoria garantista da pena, que retoma os fundamentos iluministas, (CARVALHO, 2020, p. 133).

Partindo da perspectiva utilitarista do iluminismo penal<sup>6</sup>, Ferrajoli adiciona uma segunda perspectiva ao aforisma, enunciando sua teoria garantista teria o objetivo de garantir “*máxima felicidade possível para a maioria não desviante e mínimo sofrimento para a maioria desviante*” (FERRAJOLI apud CARVALHO, 2020, p. 134). Pautado em uma perspectiva político-criminal minimalista, o arcabouço teórico do italiano visa, para além da prevenção e punição dos delitos, a aplicação da pena visa principalmente, resguardar o apenado de uma reação popular injusta e violenta (CARVALHO, 2020, p. 135).

Em síntese:

(...)a pena seria apresentada como um instrumento normativo de garantia do direito do infrator em não ser punido senão pelo Estado. (...) A prevenção dos injustos delitos e dos injustos castigos institui a máxima de maior felicidade possível aos não desviantes com o menor sofrimento necessários aos desviantes. Prevenção da violência privada do crime, no momento da ofensa; prevenção da violência pública do Estado ou privada da vítima, no momento da punição (CARVALHO, 2020, p. 135-136).

O presente modelo visa à proteção dos mais fracos: o réu no processo e a vítima no momento do crime.

---

<sup>6</sup> Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria.(BECCARIA, ano, pagina)

Em que pese a coerência, critica-se o ideário na medida em que, apesar de postular a proteção do apenado, o arcabouço teórico não exclui considerações de prevenção negativa, mantendo o sentido coativo da pena (CARVALHO, 2020, p. 137). Ademais, autores como Gimbernat Ordeig e Gustav Radbruch entendem que a proposição do jurista não elide a maximização do direito penal, haja vista considerar questões preventivas; lado outro, aparenta desconsiderar a violência inerente ao sistema carcerário, mostrando-se inadequada à proteção do réu. (CARVALHO, 2020, p. 137). Como outros modelos citados, a falta de dados empíricos de sua eficácia também é relevante.

### 3.1.8 Teoria Agnóstica da Pena

Primeiramente, impende destacar que o presente modelo não se trata de uma teoria da pena, mas sim de um modelo dogmático crítico, com objetivos específicos (CARVALHO, 2020, p. 177).

Diferente das teorias anteriores, a denominada Teoria Agnóstica da Pena não visa justificar a punição, tampouco compreende a pena como um instrumento jurídico, ou, consequência natural do cometimento de um crime.

Balizada por Eugénio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, e com forte influência da literatura do eminente Tobias Barreto, a teoria passa a reconhecer a pena como um fenômeno político, utilizada como o “instrumento para o exercício do poder punitivo instituído” (CARVALHO, 2020, p. 175) pelo Estado para exercer o controle social calcado pela seletividade penal (CARVALHO, 2020 p. 173 e ss.). Assim, desmistifica-se a ideia de que pena teria uma finalidade social benéfica aos infratores<sup>7</sup>.

Por outro lado, os autores, apesar de reconhecerem o avanço do movimento abolicionista penal, compreendem que o fenômeno punitivista está profundamente arraigado na sociedade moderna, mormente pelo escalonamento do encarceramento nos últimos anos (2020, p. 177).

---

<sup>7</sup> “E, como expressão de violência política, a pena, na perspectiva agnóstica, é incapaz de cumprir quaisquer funções ou de exercer quaisquer finalidades positivas” (CARVALHO, 2020, p. 177).

Sendo assim, a única finalidade possível de ser atribuída à pena seria a de contenção do poder punitivo, minimizando os danos inerentes ao cárcere e à política de seletividade penal (CARVALHO, 2020, p. 183-188.).

#### 4 INTERAÇÕES DA CULPABILIDADE NA PENALOGIA

Primeiramente, impende destacar que o presente trabalho não objetiva tratar de teoria do delito. Contudo, em razão da indissociabilidade entre a culpabilidade e a aplicação da pena, faz-se necessário percorrer brevemente sua conceituação, já que a culpabilidade analisada na penalogia seria “culpabilidade referida no artigo 59 é aquela mesma culpabilidade da teoria do delito (juízo de censura ou de reprovabilidade), mas com capacidade de graduação.” (STOCO, 2020, p. 125).

Ademais, a culpabilidade e seus fundamentos reverberam por todas as fases da aplicação da pena, visto que outras circunstâncias que modificam a pena, tais quais os “motivos” (artigo 59) que levaram o autor a prática do delito e a atenuante da menoridade relativa, por exemplo, também versam sobre o grau de responsabilidade do autor (CARVALHO, 2020, p.).

Além de sua importância na compreensão teórica do fenômeno penológico, a circunstância judicial culpabilidade consiste na valoração mais problemática na prática forense.

Juarez Cirino dos Santos, citando estudo empírico proposto por Vinícius Silva Machado, verifica que a culpabilidade “é a circunstância judicial mais frequente, determinando pena-base superior ao mínimo legal em 76,5% dos casos (...)” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 529-530).

Já Salo de Carvalho, em pesquisa jurisprudencial efetuada em 2010, conclui pela profunda imprecisão conceitual do manejo da culpabilidade pela jurisprudência, a qual engloba na culpabilidade circunstâncias como valores subtraídos, alguma particularidade relativa ao *iter criminis* e relativos à tipicidade da conduta (CARVALHO, 2010, p. 179-183). Colacionam-se quatro acórdãos selecionados pelo professor:

*“Aumentei a pena privativa de liberdade, em face do dolo intenso do réu na prática delitiva, reveladora de insensibilidade moral e exacerbada cupidez.”*

STJ – 5ª Turma – *Habeas Corpus* nº 52.558/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 11/03/08) “*Quanto à culpabilidade, anoto que é alta, eis que o crime foi cometido com violência contra a pessoa.*” (STJ – 5ª Turma – *Habeas Corpus* nº 84.050/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 11/03/08) “*(...) foi intensa a sua culpabilidade, já que agiu interna e externamente visando resultado final lucrativo (...)*”. (STJ – 5ª Turma – *Habeas Corpus* nº 97.447/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 01/04/08. “*A reprovabilidade de sua conduta é de grau intenso porque subtraiu a vultuosa importância de R\$ 356.379,50.*” (STJ – 6ª Turma – AgRg no Agravo de Instrumento nº 916.884/PR, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 27 de março de 2008)

Sendo assim, necessário o breve estudo.

#### 4.1 Conceito de culpabilidade

Culpabilidade, nas palavras de Rogério Greco, constituiria o “juízo de reprovação pessoal que se realiza que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente” (2018, p. 483).

A maior parte da doutrina pátria considera que a culpabilidade seria formada por três elementos: a imputabilidade penal, a potencial consciência de ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa (TANGERINO, 2009, p. 13).

A compreensão da culpabilidade enquanto juízo de reprovabilidade encontra-se em profunda crise, à luz do advento da criminologia crítica. Conforme assevera Alessandro Baratta, a culpabilidade normativa, ao elencar um sistema de valores gerais, cujo desvio configuraria o delito, deixa de considerar que a sociedade é formada por várias “subculturas”, com múltiplas estruturas, mecanismos de comunicações e valores diversos à moral ordinária (BARATTA, 2002, p. 73-74).

Nesse sentido, eis a conclusão de Nilo Batista:

Mas outorgar ao juízo de culpabilidade o sentido de reprovação, isso é mais do que descartável: isso 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. Mesmo na teoria da aplicação da pena todo critério que disponha de conteúdo moral (como, por exemplo, o “*motivo torpe*” – art. 61, inc. II, al. a CP) deveria ser recusado, e os respectivos dispositivos declarados inconstitucionais. Quando se habilita poder punitivo a partir de uma consideração moral sobre o sujeito está-se na verdade penalizando o ser, está-se na verdade praticando uma culpabilização de autor não muito diferente daquela baseada na perigosidade, está-se na verdade regressando à Inquisição. (2009, p. 19).

Como solução para esse problema, Salo de Carvalho propõe a utilização de um modelo agnóstico de culpabilidade, partindo da concepção de culpabilidade por vulnerabilidade de Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>8</sup>, (CARVALHO, 2020, p. 261 e ss.).

Já Nilo Batista propõe substituir a culpabilidade enquanto índice de reprovabilidade, para a medida da responsabilidade penal do autor, de forma a manter os mesmos elementos integrantes da culpabilidade reconhecidos pela doutrina majoritária (BATISTA, 2009, p. 20 e ss.).

Na prática penal, a culpabilidade desempenha o papel de averiguar a existência da responsabilidade penal, mormente pela análise da imputabilidade e os demais elementos já citados, bem como a averiguação da existência de alguma exculpante descrita no Código Penal.

Por outro lado, na aplicação da pena, a culpabilidade visa analisar o grau de responsabilidade do autor, também orientada pela análise dos elementos consagrados pela doutrina (CARVALHO, 2020, p. 380-382), com reflexos diretos na quantidade de pena aplicada.

Juarez Cirino dos Santos adverte a “impropriedade metodológica” de tal modelo pois:

A inclusão 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, 2014, p. 528).

No campo da dosimetria da pena, a culpabilidade também é utilizada como medida e limite da aplicação da pena privativa de liberdade.

---

<sup>8</sup> Salo de Carvalho, ao reconhecer que a culpabilidade normativa fomenta a seletividade penal e o caráter higienista da pena, reconhece que a culpabilidade deveria ser definida tal qual o jurista argentino a define, *in verbis*:

Seria o juízo necessário para vincular de forma personalizada o injusto ao seu autor e, em cada caso, operar como principal indicador do máximo da magnitude do poder punitivo que se pode exercer sobre este sujeito. Este juízo resulta da síntese de um juízo de reprovabilidade baseado no âmbito de autodeterminação da pessoa no momento do fato (formulados conforme elementos formais proporcionados pela ética tradicional) com o juízo de reprovação pelo esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o sistema penal concretizou sua periculosidade, descontando o correspondente ao seu estado de vulnerabilidade (ZAFFARONI *apud* CARVALHO, 2020, p. 265-266).

## 4.2 Instrumentalização da medida da culpabilidade

Conforme exposto no início do capítulo, o manejo da culpabilidade revela um ponto nebuloso na aplicação da pena.

Tatiana Stoco, em sábia observação, expõe que a noção de culpabilidade/reprovabilidade é despida de conteúdo prático, visto que não é possível mensurar um índice de reprovação, sobretudo por tratarem-se de elementos adstritos ao íntimo do autor, os quais não podem ser expostos nos autos de um processo (STOCO, 2020, p. 128). Calha a elucidação:

O fato é que, segundo o entendimento majoritário sobre o critério da culpabilidade do artigo 59, do CP, não há uma orientação clara a respeito do que é reprovável e, portanto, à míngua de diretrizes claras, novamente ganha espaço, de forma predominante, o mundo interior do agente, agora, como elemento para a identificação do conteúdo da culpabilidade primeira é que a fórmula “culpabilidade é reprovabilidade”, sem uma referência mínima a respeito do que é reprovável e sobre quais os critérios para determinar a medida dessa reprovabilidade, não passa de uma expressão vazia de conteúdo.(...) Equivale a afirmar a existência de uma “culpabilidade em si”, um conceito de culpabilidade autorreferente, do qual seria possível derivar uma determinada quantidade de pena. Ocorre que exclusivamente do conceito de culpabilidade não é possível extrair uma medida de pena. A culpabilidade do autor não pode ser medida enquanto for entendida como um critério autorreferente. (STOCO, 2020, p. 128).

À míngua de um critério legal claro para a medida da culpabilidade, surgem algumas construções doutrinárias e jurisprudenciais para aferir a gradação da responsabilidade penal.

Parcela da doutrina pátria compreende que a culpabilidade, à vista de seu caráter normativo, seria mensurada por meio da análise de todas as outras circunstâncias judiciais descritas no artigo 59. Nesse sentido:

Pode-se sustentar que a culpabilidade, prevista neste artigo, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso. (NUCCI, 2019, p. 1023). (...) a culpabilidade abarcará tanto os motivos (e inquestionável que a motivação e problema da culpabilidade), como as circunstâncias e consequências do delito (que podem compor também o grau do injusto que, necessariamente, reflete-se

no grau de culpabilidade). O comportamento da vítima pode aumentar ou diminuir o injusto, e, por reflexo, ou mesmo diretamente, a culpabilidade. A personalidade do agente cumpre uma dupla função: com relação a culpabilidade, serve para indicar – como elemento indispensável – o âmbito de autodeterminação do agente. Insistimos aqui ser inaceitável a culpabilidade de autor. A maior ou menor ‘adequação’ da conduta ao autor, ou ‘correspondência’ com a personalidade deste, em nenhum caso pode fundamentar uma maior culpabilidade, e, no máximo, deve servir para não baixar a pena do máximo que a culpabilidade de ato permite, que é algo diferente.” (ZAFFARARONI; PIERANGELI, 2019, p. 737).

Na doutrina alemã, Jeschek, partindo da ideia da exigibilidade da conduta diversa, compreende que a medida da culpabilidade jamais poderia ser os valores do autor do crime, visto que, quanto mais perigoso o criminoso, menos valores morais seriam absorvidos pelo polo ativo, que reduziria a culpabilidade de maneira inversamente proporcional à periculosidade (2002, p. 459).

Sendo assim, a culpabilidade deveria ser averiguada por meio da “capacidade do homem médio” (*durchschnittliches Konnen*), a qual pode ser compreendida como uma escala estatística de como uma determinada conduta reverbera na comunidade em condições normais (JESCHEK, 2002, p. 459).

Nesse sentido, o interrogatório do juiz deveria ser direcionado a responder ao questionamento de que o réu poderia ter agido de maneira diversa ao ocorrido (JESCHEK, 2002, p. 459-460). Além disso, o juízo deveria averiguar a possibilidade de autocontrole do autor, sobretudo à luz de suas condições pessoais como sexo, idade, grau de escolaridade, entre outras (JESCHEK, 2002, p. 459 e ss). Assim, o juiz, excluindo eventuais “defeitos corporais e de compreensão”, compararia a atitude do autor em relação ao esperado dos demais (JESCHEK, 2002, p. 459 e ss.).

Em que pese a autoridade do autor alemão, seu método incorre no problema comum da culpabilidade enquanto reprovabilidade, muitas vezes pautada pela moral dominante na sociedade. Por outro lado, para além de todo o trabalho inerente ao desempenho das funções jurisdicionais, incumbe ao juiz uma tripla tarefa (averiguar a possibilidade de agir diversamente, escalonar a conduta média, excluir eventuais limitações e chegar a uma medida da culpabilidade).

Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 527 e ss.) e Salo de Carvalho propõem que a culpabilidade deve ser calculada observando a maneira que seus três elementos são dispostas nos autos: a imputabilidade, inexigibilidade de conduta diversa, potencial consciência da ilicitude. Conforme bem descrito pelo segundo:



Na aplicação da pena, porém, especialmente nesta fase de análise da circunstância judicial específica, as questões mudam de enfoque, sendo importante para o juiz verificar a) qual a extensão da imputabilidade) qual o nível de consciência da ilicitude e c) qual a medida de exigibilidade de outra conduta. (CARVALHO, 2020, p. 381).

É possível exemplificar alguns parâmetros para cada um dos elementos.

Na imputabilidade, considerando que a responsabilidade penal só pode ser imputada a partir dos 18 anos, sendo que até os 21 anos o indivíduo é amparado pela atenuante da menoridade relativa (em razão da maturidade incompleta), seria possível deduzir que um indivíduo na faixa dos 22-23 anos que delinque, poderia, em eventual condenação, ter a culpabilidade valorada em seu favor por força da capacidade de compreensão diferente de uma pessoa mais velha (CARVALHO, 2020, p. 382). No mesmo sentido, alguém tomado por fobias, depressões, crises de pânico, dependências químicas, entre outras mazelas psíquicas também poderiam ter sua culpabilidade valorada de forma diferente, em razão da proximidade de uma semi-imputabilidade.

No tocante ao potencial conhecimento da ilicitude e à exigibilidade de comportamento diferente, a legislação penal indica alguns parâmetros para sua valoração., a exemplo do artigo 14, I, da Lei de Crimes Ambientais que considera como atenuante o “baixo grau de instrução ou escolaridade do agente” (BRASIL, 1998). A instrução, pode ser um indicativo do grau de compreensão que o indivíduo possui sobre a licitude de sua conduta, haja vista estar diretamente atrelada com o desenvolvimento intelectual e compreensão da sociedade pelo indivíduo.

Contudo, adverte Salo de Carvalho, que inexiste uma relação de causalidade entre instrução/escolaridade, ou situação econômica e a potencial consciência da ilicitude, sendo mero indicativo

O fato de um individuo possui, por ex. titulação acadêmica (mestrado ou doutorado), por si só, não permite afirmar que tenha, em determinada situação, maior ou menor consciência do ilícito, sendo exigível outra conduta. O alto grau de escolaridade apenas inicia esta possibilidade. Para que esse fator seja apreciado na qualidade de culpabilidade, é imprescindível que o julgador demonstre, no caso concreto, haver uma relação entre circunstância (titulação) e o ilícito – por exemplo, a inobservância de uma regra técnica que o sujeito, especialista que na área de conhecimento, dominava (2020, p. 383).

Por fim, situações como a escolaridade e condições econômicas são aptas a indicar a vulnerabilidade do sujeito, concluindo pela maior ou menor exposição pessoal aos aparatos do controle social punitivo, na senda do ideário de Zaffaroni. Convém destacar que, tal qual na instrução, faz-se necessário estabelecer um vínculo fático entre a vulnerabilidade e os elementos da culpabilidade (CARVALHO, 2020, p. 383).

Tatiana Stoco, em suas críticas já demonstradas nesse trabalho acerca da valoração da culpabilidade como critério em si mesma, muitas vezes pautada pela moral, compreende que a gradação da circunstância em comento deveria pautar-se exclusivamente pelo fato delitivo (2020). Sendo assim, a culpabilidade deveria ser mensurada por meio do desvalor da ação de seu agente (STOCO, 2020, p. 133). Assim, “Um crime especialmente grave, praticado de forma violenta e mediante inflição de grande sofrimento às suas vítimas não merecerá mais pena porque revela a ‘crueldade’ ou a ‘frieza’ de seu autor, mas porque é *maior o desvalor do injusto de ação.*” (STOCO, 2020, p. 133).

Como parâmetro para aferição da gravidade do fato, a autora paulista sugere a adoção do critério defendido pela alemã Tatjana Hornle, em que a perspectiva da vítima seria o parâmetro, a qual já foi descrita nesse trabalho.

#### **4.3 A valoração do dolo e do grau da culpa na circunstância judicial culpabilidade**

Reverbera na jurisprudência nacional decisões que elevam o patamar da culpabilidade embasada no “dolo intenso” da conduta do sujeito, ou de seu “grau de culpa” exacerbado.

A doutrina pátria divide-se acerca da possibilidade da valoração do dolo nessa circunstância judicial, com argumentos louváveis de ambos os lados.

Uma porção assevera a impossibilidade da valoração do dolo na culpabilidade em razão da dogmática penal vigente no Brasil.

O Código Penal brasileiro, em sua redação original publicada no ano de 1940, consagrava a teoria causal da ação e a teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Sendo assim, o dolo estaria atrelado à culpabilidade, razão pela qual seria valorado de maneira conjunta, conforme se extrai no artigo 42 da referida

legislação: “Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes, à intensidade do dolo ou grau da culpa (...)” (BRASIL,1940).

A situação mudou a partir da Reforma ocorrida em 1984, em que passou-se a adotar o finalismo e a teoria normativa da culpabilidade, conforme preceitua o §50 da exposição de motivos da Lei 7.2019/84<sup>9</sup>.

Sendo assim, com o deslocamento da análise do dolo para a esfera da tipicidade, impossível valorá-lo na culpabilidade. Além disso, a valoração acarretaria *bis in idem*, pois “se dolo e culpa integram a integram a tipicidade subjetiva, são, necessariamente, elementares típicas, constituindo sua análise, na aplicação da pena, ofensa ao princípio *ne bis in idem*” (CARVALHO, 2020,p. 386). Ademais, considerando a localização do elemento subjetivo na teoria do delito, sua valoração implica na ampliação das circunstâncias judiciais descritas no artigo 59, violando o princípio da reserva legal (CARVALHO, 2020, p. 384-385)

Em sentido contrário, Cezar Roberto Bitencourt assevera que

O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura.(BITENCOURT, 2017,p 788).

O posicionamento apresenta uma argumentação convincente, sobretudo ao considerar o aspecto volitivo do dolo. Porém, trabalhos recentes da dogmática penal tendem a desconsiderar tal aspecto na formação do dolo, a exemplo do

---

<sup>9</sup> 50. As diretrizes para a fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo, elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão "culpabilidade" em lugar de "intensidade do dolo ou grau de culpa", visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, á vista de sua necessidade e eficácia para "reprovação e prevenção do crime". Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas consequências. Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico. (BRASIL, 1984).

posicionamento do professor Luís Greco<sup>10</sup>. Ademais, eventual gravidade particular na execução do delito pode ser valorada nas circunstâncias “motivos” e na agravante “meio insidioso ou cruel”, sendo desnecessária a valoração na culpabilidade.

Assim, adota-se o primeiro posicionamento.

## **5 DOSIMETRIA DA PENA NO BRASIL**

Como é cediço, o processo de individualização da pena no Brasil é norteado pelo sistema trifásico, estatuído no artigo 68 do Código Penal. Segundo o comando legal, na primeira fase da dosimetria da pena será definida uma pena base ao autor, norteada pelas famosas circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código. Na segunda fase serão consideradas eventuais circunstâncias que possuem o condão de agravar (artigos 61 a 64) ou atenuar (artigo 65) a quantidade de pena estabelecida na fase anterior. Por fim, na terceira fase, serão computadas eventuais causas de aumento ou de diminuição de pena, constantes na parte especial do Código Penal, à exemplo do homicídio privilegiado (artigo 121, § 1º) e do roubo qualificado pelo uso de arma de fogo (artigo 157, §2º, I).

A Constituição Federal, no artigo 5º, XLVI, elenca cinco espécies de pena legítimas no ordenamento jurídico pátrio: a privação da liberdade (reclusão ou detenção, passíveis de cumprimento nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, nos termos do artigo 33 do Código Penal), a perda de bens (artigo 44 do Código Penal), multa (artigo 49, Código Penal); prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos(artigo 44, Código Penal).

Insta salientar que o rol oferecido pela Carta Magna é meramente exemplificativo, mormente pela expressão “entre outras” – desde que sejam respeitadas as vedações dispostas no inciso XLVII, que impedem a aplicação de penas de morte (salvo exceções legais), perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CARVALHO, 2020, p. 344).

### **5.1 Princiologia da dosimetria na Reforma de 1984**

---

<sup>10</sup> Para aprofundamento do tema, recomenda-se o artigo “Dolo sem vontade” de autoria do citado.

A legislação penal brasileira foi profundamente alterada no ano de 1984, ano em que ocorreram profundas alterações na parte geral do decreto-lei 2848/1940.

Apesar de mudanças pontuais ocorridas nas décadas subsequentes, é possível afirmar que as principais guias normativas na aplicação de sanções permanecem inalteradas (CARVALHO, 2020, p. 209).

A primeira dessas guias consiste na adesão ao liberalismo político, visto que todo o sistema de penas é vinculado ao princípio da legalidade, excluindo as possibilidades de pena indefinida, já que a dosimetria, seja no sentido quantidade quanto qualitativo, obedece aos marcos propostos pelo legislador (CARVALHO, 2020, p. 209).

A adesão ao liberalismo político é mitigada por duas exceções apontadas por Salo de Carvalho: “(a) a extrema volatilidade da pena no âmbito da execução (sistema progressivo da individualização científica) e (b) a indefinição temporal das medidas de segurança” (CARVALHO, 2020, p. 209).

A segunda característica geral seria a incorporação da culpabilidade como fundamento e medida da pena, observada a função retributiva da pena e seus objetivos de prevenção geral e especial (CARVALHO, 2020, p. 209-213).

A justificção vinculada a culpabilidade pode ser extraída de alguns artigos da Parte Geral, a exemplo do artigo 59 que preceitua “o juiz atendendo à culpabilidade (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1984). Outra referência à culpabilidade enquanto índice da pena é descrito no artigo 29 e seu §1º, os quais lecionam que “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, além de que a condição de partícipe importa em expressiva redução da pena aplicada (CARVALHO, 2020, p. 210).

Apesar do notável avanço normativo e alinhamento às penais alemãs; cumpre destacar as dificuldades de instrumentalização de uma medida da pena, pois, a letra da lei não fornece elementos que podem ser usados como objetos de valoração da culpabilidade, de forma a estabelecer um grau de culpabilidade (CARVALHO, 2020, p. 211).

O terceiro destaque traduz-se na incorporação de finalidades preventivas à aplicação da pena, sobretudo prevenção especial positiva, encarada como justificativa da pena (CARVALHO, 2020, p. 211).

Diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, na Parte Geral de 1984 encara a educação do condenado de maneira secular, observando o princípio da não intervenção (voluntariedade do apenado), além de constituir um direito que sempre deve ser garantido pelo Estado (CARVALHO, 2020, p. 212-213).

Apesar da coerência de tal escolha sob a ótica teórico-normativa, na prática forense, ocorre a abertura de práticas autoritárias no âmbito da execução penal (CARVALHO, 2020, p.213).

## 5.2 A subjetividade do cálculo da pena

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, conceitua-se circunstâncias judiciais, pois “Os elementos constantes no art. 59 são denominados *circunstâncias judiciais*, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente.” (BITENCOURT, 2017, p. 787).

Para além da volatilidade intrínseca a esse sistema, verifica-se que a escolha dos elementos normativos aptos a valorar a pena reforça e amplia o grau de discricionariedade do magistrado.

Em uma breve análise da construção da dosimetria das penas no Brasil, é possível extrair que o sistema é fortemente pautado pela subjetivação.

Das oito circunstâncias descritas no famigerado artigo 59 (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias consequências do crime e comportamento da vítima), observa-se que cinco possuem caráter subjetivo, já que versam sobre o autor do fato (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos), enquanto apenas três tratam do delito e sua execução (circunstâncias, consequências do crime comportamento da vítima), razão pela qual é possível constatar a preferência do legislador por tais critérios (STOCO, 2020, p. 118).

Como reforço a tal estigma, o artigo 67<sup>11</sup> do Código Penal orienta a preponderância da personalidade, motivos e reincidência do autor no momento de solucionar eventual conflito de agravantes e atenuantes na segunda fase da individualização.

---

<sup>11</sup> Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Tal escolha traz consequências desastrosas.

Primeiramente, apesar dos esforços doutrinários e jurisprudenciais em oferecer parâmetros de valoração para as circunstâncias judiciais, o Código Penal é silente acerca do manejo de cada circunstancia seu valor, e como quantificá-la na dosimetria (STOCO, 2020, p. 120).

Avançando na questão, o afastamento da análise das circunstâncias afetas à prática do delito leva a um elevado grau de discricionariedade do magistrado em valorar cada circunstância, o que frequentemente leva a arbitrariedades, além de decisões injustas e irracionais, afastadas da estimada segurança jurídica.

Convém destacar que as circunstâncias subjetivas não constituem a única motivação de tamanha margem de interpretação.

Tomando como exemplo a segunda fase da dosimetria da pena, em que são computadas as circunstâncias legais, assim denominadas por não abrirem expressiva margem de interpretação em sua delimitação, como na análise da agravante descrita no artigo 61, II, alínea “e” do Código Penal (crime cometido contra ascendente, descendente ou irmão) ou da atenuante da menoridade relativa.

Apesar da menoridade relativa constituir uma circunstância subjetiva, já que versa sobre o autor do delito, sua análise é puramente documental, não abrindo brechas interpretativas. Por outro lado, a análise das agravantes relativas aos meios de execução do crime, apesar de objetivas (analisam apenas o fato criminoso) podem ser diversamente interpretadas de juízo para juízo, posto que a crueldade de certo meio de execução ou a averiguação da redução da defesa do ofendido são análises sobretudo pessoais.

Assim, Salo de Carvalho chega à assertiva conclusão de que o problema central consiste na porosidade na interpretação das circunstâncias, as quais abrem significativa margem de interpretação pessoal (2020, p. 366).

Em um breve estudo jurisprudencial<sup>12</sup>, verifica-se que parcela da jurisprudência mineira reconhece a discricionariedade ampla dos magistrados de piso em valorar as circunstâncias de maneira ampla:

---

<sup>12</sup> Insta salientar que o presente trabalho não objetiva fornecer um panorama geral do assunto, tampouco exaurir a questão, além de não adotar a metodologia da pesquisa jurisprudencial. Os acordão colacioandos possuem o condão apenas de exemplificar o problema na prática forense.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - DOSIMETRIA DA PENA - REVISÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - CULPABILIDADE, PERSONALIDADE DO AGENTE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - POSSIBILIDADE PARCIAL - AUMENTO DA PENA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- **A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente.**

- Deve ser considerada como desfavorável a circunstância judicial culpabilidade quando o réu premeditou a ação criminosa, tendo passado horas do lado de fora da casa da vítima aguardando o melhor momento para golpeá-la com facadas, o que demonstra maior censurabilidade de sua conduta.

- Não havendo elementos concretos nos autos que indiquem que o réu possui personalidade desvirtuada, tal circunstância judicial não deve ser considerada desfavorável na fixação da pena-base.

- Havendo duas qualificadoras, uma delas pode ser utilizada para qualificar o crime e a outra para aumentar a pena-base, tornando as circunstâncias do crime, que foi cometido contra a mulher em razão do sexo feminino, desfavoráveis.

- Não havendo nos autos maiores comprovações que extrapolem as consequências intrínsecas do crime de homicídio além da morte em si, que é decorrência natural e exigida para a punição por um delito de homicídio consumado, tal circunstância não deve ser considerada desfavorável. (TJMG - Apelação Criminal 1.0335.19.001713-7/001, Relator(a): Des.(a) Maurício Pinto Ferreira , 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/12/2021, publicação da súmula em 24/01/2022)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS -ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADAS - PROVA TESTEMUNHAL E CIRCUNSTANCIAL - CONDENAÇÃO MANTIDA - MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06 - PEDIDO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA - INVIABILIDADE - QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA - MANUTENÇÃO DO QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. (...)- **A minoração da reprimenda prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ponderada entre 1/6 e 2/3 de redução de pena, permite a discricionariedade do Magistrado para optar pela melhor fração a ser aplicada no caso concreto, considerando, entretanto, com preponderância à análise das circunstâncias judiciais, a natureza e quantidade da substância e o produto, a personalidade e a conduta social do agente.** - Não sendo ínfima a quantidade de droga apreendida, não há que se falar em redução máxima da pena em virtude do tráfico privilegiado, sendo razoável à prevenção e reprovação da conduta perpetrada, a aplicação de fração intermediária de redução de pena. - V.V. - Sendo mínima a quantidade de drogas apreendidas, mostra-se cabível a aplicação da fração de redução pela minorante do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, em 2/3 (dois terços). (TJMG - Apelação Criminal 1.0079.20.008218-2/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/01/2022, publicação da súmula em 28/01/2022).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES - CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 - APLICABILIDADE - PATAMAR DE REDUÇÃO - OBSERVÂNCIA DO ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS - REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA - ABRANDAMENTO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, §1º, DA LEI 8.072/90. - **O juiz possui plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades do**



**caso concreto, valendo-se dos critérios constantes do art. 42 da Lei de Drogas - natureza e quantidade da droga, personalidade e conduta social do agente.** – (...) (TJMG - Apelação Criminal 1.0702.17.093174-6/001, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/09/2021, publicação da súmula em 15/09/2021)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - DECOTE DE QUALIFICADORA RELATIVA À ESCALADA - IMPOSSIBILIDADE - DOSIMETRIA - REDUÇÃO DA PENA-BASE - PERSONALIDADE DO AGENTE - CIRCUNTÂNCIA JUDICIAL NEUTRA - CORRETA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS - POSSIBILIDADE - AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DE CALAMIDADE PÚBLICA - NECESSIDADE - NÃO BENEFICIAMENTO DA SITUAÇÃO EXEPCIONAL VIVIDA - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DAS CUSTAS - PLEITO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA PERANTE O JUÍZO DA EXECUÇÃO. A

qualificadora da escalada, para ser reconhecida, prescinde de realização de exame pericial e, restando comprovada, não há que se falar em decote da qualificadora. Inexistindo nos autos elementos hábeis para aferição da personalidade do agente, entendo que a referida circunstância judicial deve ser reputada neutra na fixação da pena-base. **Não há critério definitivo para a delimitação da pena-base, que está sujeita à discricionariedade do Juiz, desde que atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, reputando-se válido o método de exasperação** sobre a diferença entre a pena mínima e máxima em abstrato, na proporção de 1/8 (um oitavo) para cada moduladora desfavorável. Embora o fato tenha ocorrido durante vigência de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, os elementos dos autos não são capazes de demonstrar que o apelante, para a prática do crime, se beneficiou de qualquer condição decorrente do estado excepcional vivido, sendo de rigor, portanto, o afastamento da agravante prevista no artigo 61, II, "j", do Código Penal. É incabível a isenção de custas, sendo possível, apenas, a suspensão da exigibilidade do pagamento, cujo pleito deve ser formulado perante o Juízo da Execução. (TJMG - Apelação Criminal 1.0209.20.001643-1/001, Relator(a): Des.(a) Henrique Abi-Ackel Torres , 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/07/2021, publicação da súmula em 12/07/2021).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGOS 33 DA LEI 11.343/2006) - REDUÇÃO DA PENA-BASE - VIABILIDADE - DESPROPORCIONALIDADE - COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA - NECESSIDADE. 1. Não obstante a valoração negativa de apenas uma circunstância judicial autorize a exasperação da pena-base, o aumento deve obedecer aos ditames da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual a constatação de qualquer excesso impõe sua redução. 2. A agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal, são igualmente preponderantes, ou seja, se equivalem, porquanto a confissão retrata a personalidade do agente, razão pela qual, deverá ser compensada com a reincidência, conforme orientação trazida pelos tribunais superiores.

**V.V.P.: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - REDUÇÃO DA PENA-BASE - NÃO CABIMENTO - REPRIMENDA ESTABELECIDA CONFORME OS CRITÉRIOS LEGAIS.** Faz parte do juízo de discricionariedade do magistrado sentenciante, após a escorreita análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixar o quantum

**da pena-base, observando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.** (TJMG - Apelação Criminal 1.0693.20.001426-6/001, Relator(a): Des.(a) Kárin Emmerich , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/04/2021, publicação da súmula em 23/04/2021).

Tamanha margem de atuação lesa o caro princípio da individualização da pena, conforme descrito por Tatiana Stoco:

No entanto, o objetivo de individualização da pena, alçado a garantia fundamental pela Constituição Federal, na história do nosso ordenamento jurídico, como bem ressalta Regis Prado, acabou dando lugar à defesa de sentenças absoluta ou relativamente indeterminadas, como forma de atendimento às exigências de prevenção especial e, especialmente, como forma de defesa da sociedade. (2013, p. 105).

## **6 CÁLCULO DA PENA BASE**

O alto grau de discricionariedade do magistrado no cálculo da pena, para além do afastamento do princípio da legalidade, acarreta numa considerável complexidade na tarefa de mensurar a pena imposta a cada autor de delito.

Na primeira fase da dosimetria da pena, incube ao magistrado o desempenho de cinco tarefas para aferir a pena base: a delimitação do conteúdo de cada circunstância; definir se a informação que atribui o sentido escolhido é processualmente válida (análise da idoneidade da prova); valorar positivamente ou negativamente a circunstância analisada e, por fim, caso necessário, estabelecer o critério de preponderância entre as circunstâncias tidas como favoráveis e desfavoráveis (CARVALHO, 2020, p. 364).

Salienta-se que as orientações para o cálculo da pena base a seguir descritas não constituem um modelo matemático absoluto. As inferências a seguir possuem o condão de fornecer meros parâmetros de proporcionalidade em um caso concreto, visto que a matematização e formalização absoluta da dosimetria da pena acarretaria na revitalização do modelo de prova tarifada, consagrado pelos sistemas inquisitivos, de forma a violar os princípios do devido processo e motivação das decisões (artigos 5º, LIV e LV, bem como 93, IX da Constituição; 489 do Código de Processo civil e artigo 315 do Código de Processo Penal). (CARVALHO, 2020, p.

430-431) bem como atenta a individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal).

Doutrina e jurisprudência, em sua maioria compreenderam que o ponto de partida para o cálculo da pena base sempre deve ser a pena mínima: “Conclusão: o ponto de partida para fixação da pena-base deve ser o mínimo legal da pena cominada, conforme democrática prática judicial contemporânea.” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 526); distanciando-se do piso legal na medida em que as circunstâncias forem desfavoráveis.

Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci compreende que o Poder Judiciário estaria contaminado por uma “política de pena mínima”, afirmando que boa parte dos magistrados deixam de considerar elementos relevantes acerca das circunstâncias judiciais em detrimento da fixação do mínimo, atentando assim ao princípio da individualização da pena e ao artigo 59 (NUCCI, 2014). O autor conclui que:

Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem-se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob um impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade, ou decorra, ao contrário, de um premeditado projeto, lentamente acalentado, com intimidação de diversas pessoas, para obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais de fixação da pena, preordenados a torná-la ‘necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime’ (Código Penal, art. 59, *caput*). (2014, p. ).

Em que pese a autoridade, os argumentos do autor não merecem acolhida na dosimetria. Primeiramente, notam-se diversos argumentos, frequentemente utilizados em sentenças penais que agravam a pena embasada em circunstâncias atreladas à moralidade, situação já discutida nesse trabalho. Do ponto de vista jurídico, considerando o princípio geral de interpretação do direito penal, *in bonam partem* ao réu, bem como preponderância das circunstâncias subjetivas em relação às objetivas (em analogia ao artigo 67 do Código Penal), nada impede a fixação da

pena no mínimo legal (ou aproximada do mínimo) no caso de uma ou duas circunstâncias negativas em caso concreto (CARVALHO, 2020, p. 419-420).

Insta salientar que esse último apresenta resistência na jurisprudência. Sobre o ponto de partida, conclui Salo de Carvalho: “(...), é possível afirmar que há consenso em relação ao fato de que, havendo integralidade ou preponderância de circunstâncias favoráveis, a pena base deve ser aplicada no ou próximo do mínimo, respectivamente” (2020, p.420).

### **6.1 Fração adequada de aumento de pena**

Cezar Roberto Bitencourt, visando racionalizar o cálculo ao máximo quanto possível, sustenta que:

Se todas as operadores do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base deve ficar no mínimo previsto. Se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo; se, contudo, o conjunto for desfavorável, pode aproximar-se do chamado termo médio (BITENCOURT, 2017, p. 799).

O autor denomina seu sistema de “critério de proporcionalidade matemática”, sustentando que “para cada vetorial considerada negativa, o aumento de um oitavo termo médio diminuído do mínimo cominado ao tipo penal” (BITENCOURT, 2017, p. 799).

O “termo médio” é obtido por meio do cálculo da média aritmética entre a pena mínima e a máxima cominada ao delito no preceito secundário do tipo em análise (CARVALHO, 2020, p. 421). Assim, num delito de roubo simples (pena de 4 a 10 anos), o termo médio seria de sete anos ( $4 + 10 = 14$ , que dividido por dois = 7).

O fundamento da utilização de tal instituto remonta a doutrina que interpretava o Código Penal de 1890 (em que vigorava um sistema tarifado de pena) e o código de 1940 antes da Reforma de 1984 (CARVALHO, 2020, p. 421).

A adoção do critério da proporcionalidade matemática visa assegurar o critério trifásico na aplicação da pena, já que ao ultrapassar o médio (por exemplo, fixando a pena base próxima ao máximo legal) na primeira fase, deixaria de haver espaço para a aplicação de eventuais agravantes incidentes na pena provisória, violando assim o defendido por Nelson Hungria em favor do superado sistema bifásico de Roberto Lyra (CARVALHO, 2020, p. 422).

Segundo Bitencourt, parcela da jurisprudência pátria, notadamente no sul do país (TRF da 4ª região), vem adotando o termo médio como limite da pena base, levando a bons resultados (2017, p. 799).

Adotando o critério da proporcionalidade matemática, Salo de Carvalho, compreende que a formulação da pena base compreende cinco diretrizes: a) Fixação de uma pena base entre o mínimo legal e o termo médio, partindo sempre do mínimo legal, em direção ao termo médio; c) em caso de totalidade ou substancial preponderância de circunstâncias favoráveis a pena deverá ser mínima ou próxima do mínimo; d) casos Sejam desfavoráveis as circunstâncias, a pena devera fixar-se próxima ao médio; e) Havendo concurso de circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis, o juiz deverá guiar-se pela proporcionalidade (2020, p. 367).

Considerando caráter subjetivo da utilização da “proporcionalidade” como critério de solução no concurso de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, estudiosos sugerem a adoção de seguinte critério: a valoração em 1/8 do Termo médio para cada circunstância desfavorável (CARVALHO, 2020, p. 429 e BITENCOURT, 2017, p. 799). O valor 1/8 foi obtido em razão da existência de oito circunstâncias judiciais.

Em sentido semelhante, o Superior Tribunal de Justiça<sup>13</sup>, vem inclinando sua jurisprudência a fim de padronizar a valoração de cada circunstância judicial negativa na proporção de 1/8. Contudo, ao invés de utilizar o termo médio, a base cálculo é obtida do intervalo entre o a pena mínima e a máxima do tipo penal analisado.

Por exemplo, em determinado roubo simples, em que sejam valoradas negativamente a culpabilidade e os antecedentes do agente, aumenta-se a pena em 2/8 de seis anos (diferença entre a pena mínima e máxima), ou seja, um acréscimo de um ano e meio na pena.

Conforme há de verificar, a adoção de um outra base de cálculo para a fração de 1/8 gera efeitos discrepantes.

Utilizando o critério adotado pelo STJ, em um homicídio simples, cada circunstância desfavorável geraria um aumento de pena no valor de 21 meses<sup>14</sup>),

---

<sup>13</sup> AgRg nos EDcl na PET no REsp 1852897/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/201); HC n. 329.933/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 14/11/2016.

<sup>14</sup> A diferença entre a pena mínima e máxima é de 14 anos (20-6=14); aplicando a fração de 1/8, chega-se ao resultado de 1,75 anos de aumento para cada vetor judicial negativo, ou seja, 21 meses.

enquanto no critério proposto pela doutrina o aumento seria de dezenove meses e meio<sup>15</sup>.

Nos crimes com pena mais alta, a diferença torna-se exacerbada. Utilizando o critério doutrinário como base cálculo em um latrocínio (pena de 20 a 30 anos), a quantidade de pena aumentada por cada circunstância negativa seria de 37 meses e meio<sup>16</sup> enquanto no critério da Corte Superior seria de 15 meses<sup>17</sup>.

Assim conclui-se que o critério adotado pela doutrina aproxima-se da Teoria da Culpabilidade pelo Fato, já que tende a punir mais gravemente crimes com penas maiores, em proximidade à proporcionalidade cardinal defendida por Andrew Von Hirsch.

Ainda que tal modelo pareça mais adequado à luz da teoria da culpabilidade pelo fato, já que penas maiores, em tese aplicadas à crimes mais graves, elevariam substancialmente o cálculo do termo médio.

Contudo, a novel legislação brasileira, afeita ao punitivismo e reproduzindo o direito penal simbólico, comina penas graves a crimes de questionável potencial lesivo, a exemplo do descrito no artigo 273 do Código Penal (falsificação de medicamento), cuja pena supera em muito, crimes como estupro de vulnerável e homicídio.

Além disso, a média da população carcerária é formada por condenados por crimes patrimoniais e tráfico de drogas, crimes diretamente relacionados à seletividade penal, conforme descrito no tópico relativo à teoria agnóstica da pena, razão pela qual não se vislumbra necessidade de adotar um critério mais lesivo a uma maioria em razão da pratica de delitos graves por uma minoria.

Por fim, o critério geral de interpretação das normas penais no Brasil consiste naquele mais benéfico ao réu. Logo, refutada a proposição da doutrina sulista.

## 7 CÁLCULO DA PENA PROVISÓRIA

---

<sup>15</sup> O termo médio seria de 13 anos (20 anos de pena máxima somada aos seis anos de pena mínima, dividido pela metade. Multiplicado pela fração de 1/8, conclui-se que cada circunstancia negativa acrescenta 1,625 anos à pena base do autor.

<sup>16</sup> Termo médio =  $20+30=50/2=25$ ; Aplicando aos vetores judiciais, chega-se ao seguinte resultado:  $25/8=3,125 \times 12=37,5$ .

<sup>17</sup> Diferença entre as penas mínimas e máximas são de dez anos,  $30-20=10$ ; aplicando às circunstancias:  $10/8=1,25$ , que multiplicado por doze meses = 15.

Diferente das demais circunstância descrita no artigo 59, marcadas pela porosidade e abertura na interpretação e valoração nos casos concretos, as agravantes e atenuantes (61 a 67, CP) possuem menor margem de discricionariedade judicial, adequando-se de maneira plena ao princípio da taxatividade (CARVALHO, 2020, p. 432).

Ademais, tais circunstâncias diminuem sensivelmente o trabalho do magistrado já que são valoradas de antemão se são positivas ou negativas ao réu, são quantitativamente delimitadas pela jurisprudência e possuem regras de preponderância específicas em eventual concurso.

Baliza a jurisprudência dos tribunais superiores que, a quantidade de aumento ou diminuição da pena base não deverá superar 1/6 da quantidade de pena imposta na fase anterior (BITENCOURT, 2017, p. 795).. A fração é utilizada como referência em razão de uma leitura sistemática do Código Penal, pois, 1/6 consiste no valor mínimo de aumento ou diminuição de pena em múltiplas situações como na continuidade delitiva (artigo 71, CP) na participação de menor importância (artigo 29, §1º) e no erro de proibição escusável (artigo 21, CP).

Destaca-se que o valor constitui o grau máximo de aumento ou diminuição da pena, não havendo impedimentos para o julgador atribuir outro valor conforme o grau de responsabilidade do autor (CARVALHO, 2020, p. 482).

Quanto à taxatividade, essa se aplica somente às circunstâncias agravantes, já que o juiz pode aplicar alguma atenuante não prevista na legislação caso considere relevante ao caso (artigo 66 do Código Penal).

Existem duas questões que geram debate no campo doutrinário e jurisprudencial na segunda fase da aplicação da pena.

A primeira delas consiste na aplicação da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup>, a qual estabelece que a incidência de atenuantes jamais reduz a pena abaixo do mínimo legal.

Juarez Cirino dos Santos critica a vedação em múltiplos aspectos. Primeiramente inexistente vedação legal contra a atenuação abaixo do mínimo, o que segundo o eminente gaúcho viola o princípio da legalidade na medida em que “o princípio da legalidade garante a liberdade do indivíduo contra o poder punitivo do Estado - e não o poder punitivo do Estado contra a liberdade do indivíduo” (CIRINO

---

<sup>18</sup> SÚMULA N. 231 A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (BRASIL, 1999).

DOS SANTOS, 2014, p. 563). Além disso, a aplicação constituiria *analogia in malam partem*, visto que a proibição seria “fundada na proibição de circunstâncias agravantes excederem o limite máximo da pena cominada” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 564).

Em sentido contrário, Cleber Masson compreende que as atenuantes genéricas não integram a estrutura do tipo penal, e que, considerando a inexistência de um percentual de redução previsto na legislação “a aplicação da pena fora dos parâmetros legais representaria intromissão indevida do Poder Judiciário na função legiferante.” (MASSON, 2019, p. 969).

Apesar de esse posicionamento refletir a jurisprudência pacífica, ele não reflete a melhor escolha para lidar com a situação. Salo de Carvalho ilustra a falácia do modelo a partir de um estudo sobre os crimes cometidos em concurso de pessoas.

Suponha que determinado furto seja cometido por dois autores, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, razão pela qual o juiz fixa a pena base no mínimo legal. Contudo, ao longo da instrução o réu A, confessa o crime, além de provar que possui menos de 21 anos na época do crime. Por outro lado, seu parceiro, B, é bem mais velho e não confessa o delito.

Ora, o grau de responsabilidade de A, por ter confessado e não ter completado a maturação é evidentemente menor que o de B, contudo, à luz da Súmula 231, ambos terão a mesma reprimenda, o que evidencia uma forte incongruência.

No tocante ao concurso de agravantes e atenuantes, o Código Penal explicita a preferência por aquelas atreladas “as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência” (artigo 67). Assim, na incidência de uma agravante e uma atenuante de mesma natureza (objetiva ou subjetiva) uma deve anular a outra.

Doutrina e jurisprudência excetuam a menoridade relativa do raciocínio, a qual possui hierarquia superior às demais, independente da natureza (CARVALHO, 2020, p. 487).

## **7.1 Circunstâncias agravantes no Concurso de Pessoas**



Descritas no artigo 62 do Código Penal, é possível agravar a pena provisória em quatro hipóteses específicas.

A primeira possibilidade de agravamento da pena seria o aumento para aquele incumbido de promover ou organizar a atividade dos demais agentes (artigo 62, I). Segundo Nilo Batista o organizador sempre é coautor do delito, visto que esse possui o domínio funcional do fato, liderando assim o empreendimento criminoso (BATISTA, 2005, p. 106). Ademais, o organizador não se confunde com um simples técnico que arquiteta o plano, pois este não possui o domínio funcional do fato, inaplicável assim a agravante (BATISTA, 2005, p. 106-107).

A segunda possibilidade de aumento de pena versa sobre a coação e induzimento na execução do delito (artigo 62, II). A coação ocorre de duas maneiras diferentes: física ou moral, de duas modalidades diferentes (resistível e irresistível), o que acarreta nos casos de autoria mediata por domínio da vontade (BATISTA, 2005, p. 129), já discutida nesse trabalho.

Já a ação de instigar significa “incitar, estimular ou induzir, enquanto a ação de determinar significa causar ou ordenar a realização de fato punível por pessoa submetida à autoridade de quem instiga ou determina” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 553).

Assevera Nilo Batista que, para além dos casos tradicionais, essa agravante abarca as hipóteses de domínio da vontade por meio de estruturas organizadas de poder, características de organizações mafiosas e Estados totalitários, (BATISTA, 2005, p. 138-140), também já abordadas no presente trabalho.

Por fim, o artigo 62, III, ainda descreve a instigação/determinação de inimputáveis, utilizados como meros instrumentos para prática de delitos, nos moldes da autoria mediata.

Por fim, o artigo 62, IV, agrava a pena para aquele que “executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.”. Primeiramente, insta salientar que inexistente a necessidade do adimplemento da vantagem, que pode inclusive não ter natureza pecuniária, sendo suficiente a mera promessa (CARVALHO, 2020, p. 460).

Salo de Carvalho, citando Paulo Queiroz, indaga se a agravante, ao contrário das outras seria exclusiva ao executor do crime, concluindo que:

Só o executor deve responder por ela (a agravante), uma vez que a lei quis atingir diretamente o sujeito que, não tendo motivo algum para cometer o delito, nele intervém por dinheiro, aceitando-o, ou até se dedicando, profissionalmente ou não à atividade criminosa. (QUEIROZ, *apud* CARVALHO, 2020, p. 460).

## 8 CÁLCULO DA PENA DEFINITIVA

Encerrando a dosimetria da pena, incube ao magistrado a aplicação das causas especiais de aumento (majorantes) e diminuição (minorantes) da pena.

Diferentemente das fases anteriores, as majorantes e minorantes não estão topograficamente concentradas em alguma parte do Código Penal, sendo que algumas estão localizadas na Parte Geral, como o aumento de pena em razão da embriaguez preordenada (artigo 28, §2º) e redução pela tentativa (artigo 14, parágrafo único) e outras esparsas na Parte Especial e Legislação Extravagante. A única diferença quanta a aplicabilidade de umas outras reside na universalidade de aplicação das causas modificadoras presentes na Parte Geral do Código, incidindo sobre todas as sanções (CARVALHO, 20250,p.488).

Nessa fase a quantidade de pena alterada pode ser variável, a exemplo da continuidade delitiva (aumento de  $1/6$  a  $2/3$ ); ou fixa, como no aumento de pena na prática de homicídio culposo em razão de inobservância de regra técnica (121, §4º).

Outra diferença importante na terceira fase da dosimetria consiste na aplicação facultativa pelo magistrado quando incidirem duas ou mais majorantes/minorantes no caso concreto, nos termos do artigo 68, parágrafo único.

Alberto Silva Franco ilustra a aplicação do dispositivo em um crime de roubo majorado: “nas hipóteses de roubo, ocorrentes as causas de aumento nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP, para os quais o legislador cominou um acréscimo variável de um terço até a metade, pode o juiz impor um só aumento, ou seja, apenas o acréscimo mínimo de um terço” (FRANCO e STOCO *apud* CARVALHO, 2020, p. 490).

O ponto de partida para a aplicação das causas modificativas consiste na pena provisória estabelecida na segunda fase da dosimetria da pena. O procedimento é apenas matemático quando a legislação impõe um patamar fixo de modificação da pena.

O cerne do problema, mais uma vez, reside no momento em que o legislador abre o leque para o magistrado impor a quantidade de pena que julgar necessário, ainda que dentro dos limites legais.

Apesar da importância concreta da terceira fase na fixação das penas, doutrina e jurisprudência não compartilham de uma guia orientadora minimamente eficaz, havendo apenas algumas diretrizes casuísticas como no crime tentado, no concurso formal e na continuidade delitiva (CARVALHO, 2020, p. 492).

Como solução para o problema, Paganella Boschi propõe um critério geral da aplicação das causas especiais a partir da observação da pena base.

A pena base, conforme já discutido, delinea a responsabilidade penal do autor a partir da observância do artigo 59. Sendo assim, um grau de responsabilidade maior, sempre leva à exasperação:

O quantum correspondente à exasperação guardadas as razões relacionadas ao injusto e à política criminal que a justifica, deverá ser, por razões de coerência interna, em princípio mínimo, ao passo que ao brandamento, ordenado pela causa especial de diminuição, deverá ser o máximo possível para que a pena definitiva acabe, desse modo, aproximando do grau de culpabilidade correspondente. (BOSCHI, *apud*, CARVALHO, 2020, p. 493-494).

Logo, sendo a pena base estabelecida em grau mínimo, a diminuição de pena por alguma minorante deve ser aplicada em grau máximo, visto que a conduta do autor não denota alguma gravidade em particular.

Por outro lado, se a pena base estiver estabelecida próxima de seu limite (o termo médio ou a diferença entre o mínimo e o máximo), eventual majorante deve ser aplicada ao máximo e a minorante no patamar mínimo.

Salienta-se que tal critério não deve ser utilizado em detrimento das orientações já consagradas na jurisprudência, a exemplo da quantificação da tentativa, regida pelo *iter criminis* percorrido pelo autor, cuja maior proximidade à consumação leva a um maior aumento de pena, e nos casos do delito continuado, guiado pelo número de infrações cometidas pelo autor.

Havendo concurso de majorantes, a regra de quantificação é pela soma dos valores (CARVALHO, 2020, p. 495). Havendo concurso de minorantes, aplica-se a soma sucessiva das frações sobre o ponto de partida, pois, a mera somatória

poderia zerar a pena atribuída nas fases anteriores (CARVALHO, 2020, p. 496). Por fim, em caso da incidência simultânea de causas de aumento e diminuição da pena, elas devem ser aplicadas individualmente, sem quaisquer preferências, pois, matematicamente, não se altera a pena pela primazia de alguma (CARVALHO, 2020, p. 495-497).

## 9 BREVE PANORAMA JURISPRUDENCIAL DA DOSIMETRIA DA PENA NO CONCURSO DE PESSOAS

Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Individualização da Pena* (2014) colaciona diversos acórdãos, oriundos de vários Tribunais espalhados pelo Brasil, que tratam sobre a aplicação da pena no concurso de agentes:

Em razão do princípio da individualização da pena, o ato da dosimetria leva em consideração não apenas o crime cometido, mas também circunstâncias referentes ao agente que o praticou, na sua maioria, de caráter subjetivo. Sendo assim, a reprimenda fixada para o corréu não poder ser erigida como fator de comparação em relação à pena aplicada ao Paciente.” (HC 75425/PR, 5.<sup>a</sup> T., j. 17.11.2009, v.u., rel. Laurita Vaz).

A garantia da individualização da pena não quer dizer que cada um dos acusados tenha motivação exclusiva e que a mesma não possa ser repetida em relação a outro, mas que cada um seja considerado separadamente e que a motivação a ele referente guarde coerência com os dados do processo” (ACR 6381 – 2004.51.01.519509-3/RJ, 1.<sup>a</sup> T., j. 14.04.2010, v.u., rel. Abel Gomes).

Não merece guarida a alegação de nulidade por ausência de individualização da pena, visto que não é vedado ao Magistrado a análise conjunta das circunstâncias judiciais dos acusados quando as mesmas são idênticas” (ACR 2345-2000.02.01.017766-4/RJ, 2.<sup>a</sup> T., j. 19.05.2009, v.u., rel. Liliane Roriz)

“Fere o princípio da individualização, insculpido no artigo 5.<sup>o</sup>, inciso XLVI, do artigo 5.<sup>o</sup>, da Constituição Federal, bem como no artigo 59 do Código Penal, em processo com vários réus, a fixação conjunta das penas, bem acima do mínimo legal, sem uma avaliação pessoal da situação de cada um deles’ (STJ, HC 30.774, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, j. 21.02.2006, DJ 17.04.2006).” (ApCrim 0594564-2/PR, 3.<sup>a</sup> Câ. Crim., j. 15.04.2010, v.u., rel. Rogério Kanayama).

Se a pena-base dos apelantes foi fixada no mesmo ‘quantum’ em razão da identidade de circunstâncias judiciais, não há que se falar em violação ao ‘Princípio da Individualização da Pena’.” (ApCrim 1.0342.06.077905-1/001/MG, 2.<sup>a</sup> Câ. Crim., j. 04.03.2010, rel. Beatriz Pinheiro Caires).

No exame das circunstâncias judiciais, impõe-se a observância do princípio constitucional da individualização da pena, sendo inadmissível que seja levado a efeito de forma conjunta, englobando vários réus num único ato.” (ApCrim 1.0079.08.430733-3/001/MG, 3.<sup>a</sup> Câ. Crim., j. 18.05.2010, rel. Paulo César Dias).

É possível extrair algumas conclusões dos acórdãos.

Apesar de o Código Penal consagrar a Teoria Monista do Concurso de Pessoas e da adoção pela jurisprudência da Teoria do Domínio do Fato, o que justifica autores, mesmo praticando condutas muito diferentes, respondam pelo mesmo crime, tal unificação não se replica na análise da dosimetria da pena.

A análise da conduta deve ser individual, observada a contribuição de cada um ao delito, bem como suas características pessoais, visando a adequação da pena

Assim, adequando-se ao princípio da adequação da pena, deve-se analisar cada autor e participe de forma clara e individualizada.

## **10 DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO**

Passado por várias teorias da aplicação da pena e maneiras de delinear a autoria no Direito Penal brasileiro passa-se a sua aplicação no presente caso, buscando uma maneira coerente de solucionar seus imbróglios sobre autoria e cálculo da pena.

### **10.1 Do concurso de pessoas**

Conforme já descrito na explanação sobre o caso concreto, os assaltantes praticaram o delito dividindo cerca de 20 pessoas em dois grupos, um que objetivava bloquear a ação da Polícia Militar ao bloquear a saída dos batalhões (aqui denominado como grupo B) enquanto o outro saqueava a agência bancária e joalherias na região central da cidade (grupo A).

Analisando as múltiplas condutas que levaram à consumação do crime, é possível verificar que os agentes, ainda que geograficamente distantes, agiram em concurso de pessoas.

No primeiro capítulo do trabalho, verificou-se que a doutrina majoritária elenca como requisitos para a constatação do concurso de agentes a relevância causal de cada ação; identidade de infração penal e liame subjetivo entre os sujeitos.

Apesar de o liame subjetivo ser alvo de críticas, em face da subjetividade e, por vezes, difícil constatação nos autos de um caso concreto, é possível afirmar que

o grupo A e B estavam em conluio, pois, não parece crível que um ataque a um batalhão da polícia militar no mesmo momento em que um banco era saqueado, dificultando qualquer reação estatal ao injusto, não tenham tido qualquer conexão.

### **10.1.1 Do domínio funcional do fato**

No presente caso, não há identidade de condutas entre os dois agrupamentos, visto que o grupo B não subtraiu qualquer quantia.

Diante do problema, conexão entre autores que praticam condutas muito diferentes, mas com um objetivo em comum, socorre-se às teorias de Roxin sobre o concurso de pessoas.

Ora, considerando a complexidade de um roubo a banco, por força do aparato de segurança frequentemente empregado na proteção do dinheiro, pode se dizer que seria praticamente impossível a realização do delito com uma pronta e intensa repressão policial.

Considerando a relevância causal do grupo B para a consumação do crime, não é possível considerá-los partícipes, visto que possuíam o domínio funcional do fato em suas mãos. Uma pronta debandada do grupo, inexoravelmente, poderia levar à prisão e morte dos companheiros do grupo A, frustrando a tomada do dinheiro.

Logo, todos os autores devem responder pelo mesmo crime.

### **10.1.2 Da autoria mediata**

Por outro giro, existe possibilidade de se falar em autoria mediata.

A socióloga Jania Aquino, pesquisadora sobre roubos a agências bancárias, nos últimos vinte anos constatou que, apesar das primeiras ações do “novo cangaço” serem oriundas de grupos autônomos; recentemente, grandes facções criminosas têm se apropriado das táticas de cerco a cidades e batalhões militares:

*Esse modus operandi* colocado em prática inicialmente no interior do Rio Grande do Norte e de Pernambuco, baseado em abordagens chamativas e cerco a cidades de pequeno e médio porte, veio a inspirar diversas outras quadrilhas atuantes no Nordeste e posteriormente em todo o país. Apesar

do estardalhaço e barulho envolvidos em tais assaltos, a técnica se mostrou promissora por causa da deficiência do aparato de segurança pública nas cidades nordestinas de pequeno e médio porte, passando a ser utilizada por quadrilhas atuantes em todas as regiões do país, incluindo mesmo parte dos assaltos organizados por integrantes de grandes facções criminais do Sudeste, como o Primeiro Comando da Capital (PCC) (AQUINO, 2019).

Tomando como exemplo de facção criminosa o PCC, verifica-se obedece a todos os requisitos de “organização mafiosa” para o critério de autoria mediata de Roxin.

Bruno Paes Manso e Camila Nunes Dias, na obra “A Guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil” delineiam alguns aspectos organizacionais da facção:

Após diversas mudanças e ajustes, o PCC conseguiu enfim montar um modelo de gestão. O Partido do Crime se organiza em células – as “sintonias” – atuantes nas prisões e nos bairros pobres de centenas de cidades brasileiras. Essas células estão conectadas e formam coletivos decisórios em âmbito regional, estadual, nacional e internacional. Cada unidade prisional e cada bairro onde há o controle do PCC têm um representante da facção para conduzir os negócios e servir de referência na resolução de conflitos. Estão em São Paulo as duas instâncias máximas do PCC: a Sintonia Geral Final (SGF) e o Resumo Disciplinar, formadas por um seleto grupo de presos da Penitenciária II de Presidente Venceslau.(...) Elas estabelecem a conexão entre o comando central, em São Paulo, e as células espalhadas dentro e fora do sistema penitenciário brasileiro e de outros países. (...)Em quatro anos, até o começo de 2018, o PCC ganhou 18 mil membros (3 mil em São Paulo e 15 mil nos outros estados) e passou a ter mais de 29 mil filiados no Brasil, com representantes em todas as unidades da federação (2018, p.14).

Analisando a estrutura organizacional, observa-se que se trata de um modelo hierárquico e verticalizado, em uma estrutura piramidal. Além disso, dada a expressiva quantidade de filiados ao Comando, há de se falar em fungibilidade dos executores do crime, os quais podem ser substituídos a qualquer momento, sendo tratados como engrenagens de uma máquina maior.

Ademais, há de se considerar que a facção tomada como exemplo opera afastada do Estado, ditando as próprias regras, gerenciando a vida e a morte daqueles próximos de suas ações. Como exemplo, transcreve-se um trecho “salve”

(cartas enviadas aos comandados sobre diretrizes tomadas pelas Sintonias) que demonstram o grau de influência e poder do grupo:

Estamos buscando preservar a vida de todos nossos irmãos e se precisar de qualquer apoio pra sair que busque a sintonia do seu estado e se não tiver apoio busque a *\*hierarquia acima\** mais **deixamos claro que não vamos mais admitir que nossos irmãos vivam em meio a constrangimento. Aquele que deixar de cumprir essa *\*Determinação\** será passivo de *\*Punição\** e sua atitude será analisada pela sintonia.** (A GUERRA, *apud* MANSO, NUNES, 2018, p. 33, destacou-se)

Assim, para além dos autores imediatos, o crime pode ter sido cometido num contexto de autoria mediata, visto que, sem as ordens dos superiores, o crime jamais se concretizaria.

Em que pese a dificuldade processual de comprovar eventual autoria mediata por domínio da vontade em um caso concreto, nesse trabalho será considerado como.

## 10.2 Cálculo da pena

O cálculo da pena, utilizando-se do método trifásico, por si só já consitui um processo muito difícil para o magistrado. Em casos em que a pessoa, materialmente, sequer participou do crime; a situação torna-se ainda mais embaraçosa.

Como, por exemplo, mensurar, de forma científica, a culpabilidade de alguém que não estava presente no momento do crime?

O organizador responderá pela conduta de outros mesmo em caso de eventual insubordinação ou desvio do plano?

Como avaliar a extensão de seu domínio sobre a vontade alheia?

Algumas dessas perguntas tentarão ser respondidas nesse estudo.

## 10.3 Marcos teóricos adotados

Tal qual apresentadas no corpo do texto, foram cunhadas múltiplas teorias sobre o cálculo da pena. Em que pese a importância de cada teoria e autoridade de



parte dos autores, opta-se analisar o presente caso sob a luz da Teoria do Espaço Livre (*Spielraumtheorie*) e a Teoria da Culpabilidade pelo Fato.

A escolha da primeira funda-se em sua adoção majoritária pela jurisprudência alemã. Além disso, a mesma possui forte influência no Brasil, a exemplo do magistério do professor e desembargador paulista Guilherme de Souza Nucci:

Quanto mais se cercear a atividade individualizadora do juiz na aplicação da pena, afastando a possibilidade de que analise a personalidade, a conduta social, os antecedentes, os motivos, enfim, os critérios que são subjetivos, em cada caso concreto, mais cresce a chance de padronização da pena, o que contraria, por natureza, o princípio constitucional da individualização da pena, aliás, cláusula pétrea. Como se pretende individualizar a pena sem subjetivismo? Possivelmente reduzindo o campo penal a cálculos matemáticos: se fez tal coisa, aumenta-se 1/6; se agiu desse modo, aumenta-se 1/3 e assim por diante. Para tanto, a eliminação da faixa de aplicação da pena é uma imposição. Para um furto, ao invés de 1 a 4 anos, parte-se sempre de 1 (ou 4) (NUCCI, 2014, p. 175-76).

Por outro lado, a adoção da teoria da culpabilidade pelo fato funda-se em sua coerência teórica e prática. Somado a isso, sua adoção está alinhada a alguns dos estudos mais recentes da penologia brasileira, conforme se depreende da leitura dos escritos dos professores Adriano Teixeira e Tatiana Stoco.

Como conceito de culpabilidade, adota-se o descrito por Nilo Batista no artigo “Cem anos de reprovação”, em que o carioca propõe a substituição do conceito de reprovabilidade pela ideia de responsabilidade, de forma a desvincular a atitude do sujeito de uma análise ético-moral. Por outro giro, a culpabilidade ainda mantém seus aspectos tradicionais: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa (BATISTA, 2009).

#### **10.4 Cálculo da Pena à luz da teoria do espaço livre**

Aduz a teoria do espaço livre que incube ao juiz, observando o preceito secundário do tipo incriminador, estabelecer um intervalo de pena correspondente ao grau de culpabilidade do sujeito ativo do crime, fixando a pena de maneira mais ou menos gravosa com base em necessidades de prevenção geral ou especial.

Adriano Teixeira adverte que, nas atualizações mais recentes da teoria, majoritariamente defende-se o abandono de concepções sobre prevenção geral, devendo o magistrado deve ventilar na dosimetria da pena suas considerações restritas à prevenção especial; enquanto à prevenção geral “atribui-se somente a função de garantir a observância do limite mínimo da pena” (TEIXEIRA, 2015, p. 40). Eventuais variações de pena, embasadas em critérios preventivos dentro da margem delineada ainda são aceitas, mas com maior cautela em relação ao ideário original que remonta ao século XIX (TEIXEIRA, 2015, p. 40).

A quadrilha em Araraquara cometeu múltiplos crimes. Considerando que o presente trabalho não objetiva traçar uma imputação típica para seus agentes, adota-se como imputação o artigo 157 *caput* do Código Penal.

Apesar de patente a incidência de algumas causas de aumento de pena, como a prática do crime em concurso de pessoas (art. 157, §2º, II) e a execução do crime com armas de fogo (art. 157, §2º, I), estas, segundo o critério trifásico de dosimetria da pena, deverão ser analisadas e aplicadas em momento posterior, vide lição do artigo 68 do Código Penal.

Adaptando o modelo alemão para o ordenamento pátrio é possível inferir que a fixação da margem de culpabilidade seria equivalente à primeira fase da aplicação. Em que pese a culpabilidade ser apreciada em múltiplos momentos do cálculo da pena, conforme já demonstrado no capítulo próprio, sua mensuração ocorre de forma proeminente na primeira etapa, visto que constitui uma circunstância autônoma. Além disso, outros aspectos da culpabilidade como os “motivos” do crime são analisados na primeira fase.

Assim, a definição do intervalo deverá englobar a análise das circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal.

Logo, passa-se à análise da culpabilidade.

Adrede, insta salientar que o presente estudo carece de informações sobre muitas condições pessoais dos agentes, como grau de escolaridade, inserção no meio social, acesso às oportunidades, idade, entre outras informações que permitem aferir o grau de culpabilidade com maior clareza.

Acerca da imputabilidade, toma-se que todos os autores mediatos são imputáveis. Ademais, não há de se falar em semi-imputabilidade, visto que a posição de chefia em uma facção acarreta um certo tempo de integração ao meio criminoso.

Assim, não há de se falar em imaturidade; sendo esse aspecto da culpabilidade neutro, ante a impossibilidade de interpretação favorável ao réu.

A potencial consciência da ilicitude também não merece interpretação favorável, sendo evidente que a empreitada criminosa contraria o ordenamento jurídico, e, de uma análise superficial, inexistem elementos que convençam alguém de que a ação do grupo operava em estrita legalidade.

Quanto a inexigibilidade de conduta diversa<sup>19</sup>, esta deve ser submetido a um exame sequencial, proposto por Juarez Cirino dos Santos: a) constatação de maturidade e sanidade psíquicas relativas a um sujeito normal; b) comprovação de que o agente “conhecia o injusto do fato concreto ou teve a possibilidade de conhecer o injusto do fato concreto” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 321), de forma a afastar hipóteses da conduta ser produzida em erro ou da incidência de alguma exculpante; c) averiguação se o crime foi cometido em circunstâncias normais, as quais ensejam o comportamento conforme o direito ou anormais, o que levaria a “situações de exculpação que excluem ou reduzem o juízo de exigibilidade de comportamento conforme ao direito” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 321).

Considerando que o crime em análise foi praticado em circunstâncias normais, por agentes imputáveis e que conheciam o injusto, não há de se falar que outra conduta não lhes era exigível.

Tratando da responsabilidade, conclui-se que os organizadores, gozando do poder de mando ante os executores, são mais responsáveis pelo cometimento do injusto do que os autores imediatos, haja vista o caráter fungível dos agentes. Ora, a contribuição daqueles que escolheram e confeccionaram o plano, escolheram as agências a serem saqueadas, estudaram o terreno de forma reduzir a reação da polícia, contribuíram muito mais para o resultado final do que seus executores, que, muitas vezes, jamais cometeriam um crime de tamanha complexidade sem a aglutinação de outros membros e acesso facilitado a armas de fogo fornecido pela organização criminosa.

Sendo o grau de responsabilidade maior, a culpabilidade deve ser interpretada em desfavor do réu, elevando seu grau como um todo.

---

<sup>19</sup> A inexigibilidade de conduta diversa, por último, consiste na exigibilidade de o agente, dadas as circunstâncias, obedecer à norma. Em outras palavras: “o conteúdo da reprovabilidade repousa no fato de que o autor devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não uma decisão voluntária ilícita”. (TANGERINO, 2009, p. 14).

No tocante às ilações preventivas, próprias desse modelo teórico, cabem algumas considerações.

Considerando a provável posição de chefia dos autores mediatos, o que acarreta em elevada importância na gestão do crime organizado, faz-se necessário encarcerar o réu por mais tempo,<sup>20</sup> de modo a desestabilizar a organização e impedir a prática de mais crimes pelo réu. Assim, é necessário agravar a pena com vistas à prevenção especial negativa.

Por fim, justifica-se o agravamento por força da prevenção geral positiva, visto que a confiança nas instituições fica severamente abalada com um crime capaz de paralisar uma cidade inteira, sendo necessária a reafirmação da norma penal.

Nesses termos, infere-se que a pena deverá ser afastada do mínimo legal. Crê-se que uma margem de culpabilidade adequada seria entre 6 e 10 anos de reclusão, a ser pontuada pelo magistrado.

## 10.5 Cálculo da Pena à luz da Culpabilidade pelo Fato

A teoria da proporcionalidade pelo fato surge num contexto de reação às penas imprecisas impostas sob o espeque da teoria do espaço livre, bem como à política de ressocialização implantada em países como a Noruega. Em que pese a pluralidade de modelos de cálculos de pena embasados na gravidade do delito (Andrew Von Hirsch, Tatjana Hornle, Shcunemann, entre outros), a premissa básica da teoria consiste da exclusão de elementos relativos à personalidade e interioridade do agente, bem como, em linhas gerais<sup>21</sup> tenta expurgar concepções preventivas.

Existe divergência no método para aferir o desvalor da ação.

Segundo a concepção inicial da teoria, o cálculo da pena seria orientado por mecanismos de orientação (*guidelines*), em que, à luz do princípio da proporcionalidade, cunha-se escalas de sanções relacionadas à gravidade do delito (CARVALHO, 2020, p. 118).

---

<sup>20</sup> Em casos concretos, muitas vezes a medida é inócua, visto que as grandes facções operam, principalmente, de dentro dos presídios através de sofisticado sistema de comunicação.

<sup>21</sup> Von Hirsch, principal expoente da teoria leva em consideração o caráter preventivo da pena (TEIXEIRA, 2015, p. 66). Além disso, a teoria negativa da proporcionalidade pelo fato, variação do modelo inicial, é todo pautado por questões preventivas

Para a definição dos critérios de proporcionalidade, utilizam-se os conceitos de proporcionalidade ordinal e cardinal, já descritos nesse trabalho. Desta feita, “as regras de orientação (*sentencing guidelines*) permitem a redução do grau de discricionariedade e, conseqüentemente, o exercício do controle da atividade jurisdicional” (CARVALHO, 2020, p. 120).

Tendo em vista que a produção de construções relativas ao cálculo da pena anteriores à sentença, afeitas ao direito norte-americano, inexistem no Brasil, sobretudo considerando a aparente afronta ao princípio da individualização da pena, deixa-se de adotar tal metodologia.

Tatjana Hornle pontua que a avaliação da gravidade deveria ser observada do ponto de vista da vítima, não de maneira subjetiva, mas por meio de um critério normalizado, que objetiva elucidar as circunstâncias descritas pela lei penal (STOCO, 2013, p. 113).

Nesse sentido, o passado do agente, bem como o nível de organização da empreitada, deixaria de ter especial relevância, visto que pouco importaria às vítimas do delito em análise.

Em sentido semelhante, na doutrina brasileira, Juarez Tavares propõe a mensuração da culpabilidade observando o grau de lesão concreta do delito, invertendo a lógica da análise da culpabilidade para o evento em si ao invés das condições que levaram à sua prática (STOCO, 2013, p.135 e ss.).

Tatiana Stoco sintetiza o raciocínio:

Em conclusão, a individualização da pena-base se daria em conformidade com o grau de autonomia do sujeito e a dosagem da gravidade pelo resultado de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Contudo, ressalta que, para a aferição da gravidade do injusto, há que se enfrentar certa dificuldade, na medida em que se trata de avaliar objetivamente a lesão ou perigo de lesão de bem jurídico no contexto da autonomia do sujeito. (STOCO, 2013, p.137).

Nos ditames do renomado autor, a análise da gravidade se daria em dois momentos. Primeiramente, por meio da separação entre a gravidade da lesão ao bem jurídico das conseqüências pessoais acarretadas por sua prática:

Essa precisa identificação da qualidade da lesão, traduzida em lesão de bem jurídico, e não em lesão de interesses sociais genéricos, é uma consequência necessária do princípio de legalidade, que só pode admitir uma criminalização quando a conduta vedada possa ser perfeitamente identificada tanto no processo de seu desenvolvimento quanto no resultado vinculado ao respectivo tipo de delito (TAVAREZ *apud* STOCO, 2013, p. 137).

Novamente, a quantidade de pena será mensurada por meio da lesão, ou perigo de lesão, imposto ao bem jurídico tutelado.

Doravante, apura-se a gravidade.

Analisando as condutas dos autores, verifica-se que os bens jurídicos patrimônio e liberdade individual foram lesionados. É possível afirmar que a paz pública também fora violada, visto que o crime foi cometido em associação criminosa, na senda do artigo 288 do Código Penal. A incolumidade pública<sup>22</sup> também foi violada, ante a inutilização do serviço público de policiamento, conduta que parece amoldar-se ao artigo 265 do Código Penal.

A vida, tanto dos policiais do batalhão, quanto dos reféns também foi exposta a perigo de lesão.

Passa-se a tratar do grau das lesões.

Segundo, fontes jornalísticas, a quadrilha surruiu aproximadamente R\$2,5 milhões em espécie da agência, além de aproximadamente R\$2.5 milhões em jóias guardadas no cofre do banco.

A quantidade de dinheiro é expressiva, sobretudo ao considerar a média da renda brasileira. Porém, tratando-se de um ente do sistema bancário, o valor não é capaz de afetar as operações, tampouco gera prejuízo relevante, tendo em vista os lucros exorbitantes<sup>23</sup> praticados pelos bancos.

Sendo assim, a gravidade da lesão patrimonial não é substancial, não devendo ser interpretada desfavoravelmente, e não sendo insignificante, deve ser interpretada de maneira neutra.

---

<sup>22</sup> Novamente se tutela a incolumidade pública, agora no que diz respeito à segurança e ao funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, bem como qualquer outro de utilidade pública. (CUNHA, 2016, p. 645).

<sup>23</sup> No ano de 2021 a Caixa Econômica Federal obteve um lucro líquido de 17,3 bilhões de reais (disponível em <https://caixanoticias.caixa.gov.br/noticia/28315/caixa-alcanca-os-3-maiores-resultados-em-seus-161-anos-de-historia-r-515-bilhoes-de-lucro-em-3-anos>)

Quanto aos meios de execução escolhidos, a utilização de escudos humanos, em meio a uma troca de tiros com armas de grosso calibre expôs a vida de reféns a perigo drástico de lesão fatal.

Contudo, faz-se necessário pontuar o zelo dos agentes para que inexissem vítimas fatais, impedindo que transeuntes passassem próximo às agências. Considerando que tal situação não se enquadra em nenhuma das atenuantes nominadas do artigo 65, bem como de arrependimento eficaz (artigo 15, CP), é possível valorar tal aspecto na análise da culpabilidade, que, por óbvio, será favorável.

A utilização de armas de grosso calibre<sup>24</sup> para interrupção das atividades policiais e subtração dos bens, *per si*, revela desvalor da conduta criminosa, já que a vida dos milicianos foi exposta ao grave perigo.

A paz pública, na perspectiva dos habitantes de Araraquara também foi abalada de maneira muito grave, visto que as vítimas narraram sentimento de verdadeiro horror na ação dos criminosos.

Quanto ao cerceamento das atividades policiais, essa denota gravidade na medida da paralisação. Primeiramente, salienta-se que inexistem dados precisos sobre o tempo que as forças policiais levaram para chegar ao evento criminoso.

Contudo, veículos jornalísticos noticiaram que unidades da polícia de diversas cidades ao redor foram mobilizadas para frustrar o intento, lesando o bem jurídico em considerável extensão.

Quanto ao uso de bombas para explodir o cofre das agências, essa deve ser valorada conforme a maneira de sua utilização. Na Caixa Econômica, aparentemente a agência estava vazia, o que impossibilita que terceiros sejam feridos pelas explosões, razão por que se conclui que a conduta não estaria revestida de alguma gravidade especial.

---

<sup>24</sup> Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. CONCURSO DE TRÊS AGENTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO DE GROSSO CALIBRE. FRAÇÃO DE AUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

2. As instâncias ordinárias registraram os contornos incomuns do roubo, que evidenciam a acentuada periculosidade dos réus e a maior censurabilidade da conduta, pois o crime foi perpetrado por excessivo número de agentes (3) e com emprego de armas de fogo de grosso calibre (metralhadora e espingarda), circunstâncias concretas que justificam, de maneira idônea, o aumento da pena em 1/2.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 552.421/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 9/6/2021.)

Já na tentativa de roubo da agência do Banco do Brasil, após frustrada a operação criminosa, o grupo deixou explosivos próximos à entrada do Banco, expondo a população local a perigo de lesão, resultado por eventual detonação da carga enseja especial reprovação, tendo em vista o montante de perigo de lesão.

Salienta-se que a análise visa respeitar a Súmula nº 443 do Superior Tribunal de Justiça, a qual veda a gradação da pena embasada apenas no número de qualificadoras.

Analisando a culpabilidade como um todo, verifica-se que a pena aos autores mediatos, analisada com base nas condutas dos autores imediatos (considerando que o plano delitivo foi seguido à risca), não deve ser fixada no mínimo legal. Em que pese o aparente esforço em não deixar vítimas fatais, alguns bens jurídicos relevantes foram colocados em risco de maneira patente.

Assim tendo em vista que, nos critérios fornecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, a pena na primeira fase da dosimetria do crime de roubo simples seria de até seis anos de reclusão, afirma-se que a pena base pode ser fixada por volta de cinco anos de reclusão.

Deixa-se de analisar as demais fases da dosimetria da pena, em face da ausência de dados concretos sobre as condições pessoais de cada autor.

## **11 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Confrontando duas das teorias das penas mais consagradas, uma na prática forense, outra na Academia, conclui-se que, na incidência da Teoria do Domínio do Fato pelo domínio da vontade e pelo domínio funcional do fato, o aplicador da lei deve pautar-se pela Teoria da Culpabilidade pelo Fato no cálculo da pena.

Conforme descrito no exercício hipotético, o segundo modelo possui cientificidade mais aprofundada, fornecendo assim uma pena mais justa a cada autor. Na prática, é possível mensurar a culpabilidade do indivíduo com muito mais clareza a partir do evento criminoso por ele provocado, ainda que na condição de autor mediato, de forma a desvincular-se do subjetivismo que assola o cálculo da pena no Brasil.

Por outro lado, o modelo condiz com algumas das mais recentes inovações sobre o estudo da culpabilidade, como o proposto por Nilo Batista e Juarez Tavares.



Aplicando as demais fases em estrita legalidade e deixando de lado aberrações como a valoração do dolo na culpabilidade, crê-se que o Poder Judiciário possa avançar na construção de um sistema penal mais justo, mesmo no julgamento de crimes de grande repercussão

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Jania Perla Diógenes. **Violência e performance no chamado ‘novo cangaço’: Cidades sitiadas, uso de explosivos e ataques a polícias em assaltos contra bancos no Brasil**. Dilemas: Revista de Estudos e Conflito Social, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 615-643, set. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dilemas/a/G5fGRgHsJ8Vc7HfwvdjPWqC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal : introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. “CEM ANOS DE REPROVAÇÃO”. *Passagens Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, vol. 1, nº 1, 2009. DOI.org (Crossref), <https://doi.org/10.5533/1984-2503-20091101>.

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.  
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça / [organizada pela Comissão de Jurisprudência, Assessoria das Comissões Permanentes de Ministros]**. Brasília: STJ, 2015.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça** AgRg no HC n. 552.421/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 9/6/2021

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, AgRg no HC n. 552.421/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 9/6/2021  
BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais** Apelação Criminal 1.0209.20.001643-1/001, Relator(a): Des.(a) Henrique Abi-Ackel Torres , 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/07/2021, publicação da súmula em 12/07/2021

BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Apelação Criminal 1.0335.19.001713-7/001, Relator(a): Des.(a) Maurício Pinto Ferreira , 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/12/2021, publicação da súmula em 24/01/2022)

BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Apelação Criminal 1.0693.20.001426-6/001, Relator(a): Des.(a) Kárin Emmerich , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/04/2021, publicação da súmula em 23/04/2021

BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Apelação Criminal 1.0079.20.008218-2/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/01/2022, publicação da súmula em 28/01/2022

BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Apelação Criminal 1.0702.17.093174-6/001, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/09/2021, publicação da súmula em 15/09/2021.

CAMARGO, Beatriz Corrêa *et al.* Limites e desafios da Teoria do Domínio do Facto pelo Domínio da Organização como fundamento para a punição de chefes políticos: Estudo Comparativo entre Brasil, Peru e Argentina. **Revista de Ciências Jurídico-Criminais**, São Paulo, mar. 2021.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Art. 29. In: SOUZA, Luciano Anderson de *et al* (org.). **Código Penal Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 156.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas Uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 608 p.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal parte especial (arts. 121 ao 361)**. Salvador: Juspodvim, 2016.

FOUCALT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

G1 SÃO CARLOS E ARARAQUARA. **Quadrilha roubou R\$ 5 milhões em jóias e dinheiro de agência da Caixa em Araraquara, diz PM**: criminosos usaram explosivos para ter acesso a dois cofres. agência do banco do brasil não foi invadida.. Criminosos usaram explosivos para ter acesso a dois cofres. Agência do Banco do Brasil não foi invadida.. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2020/11/24/quadrilha-roubou-r-5-milhoes-em-joias-e-dinheiro-de-agencia-da-caixa-em-araraquara-diz-pm.ghtml>. Acesso em: 15 jul. 2022.

GRECO, Luís; EITE, Alair. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons. Heidelberg: Muller, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 20. ed. Niterói: Impetus, 2018.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal:** volume I, tomo II, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal.** Granada: Editorial Comares, S.L., 2002.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A guerra: a ascensão do pcc e o mundo do crime no Brasil.** São Paulo: Todavia, 2018.

MARIN, Ana. 'Foram gentis, mas não via a hora que fossem embora', diz homem usado como escudo humano por assaltantes de banco. **G1 São Carlos e Araraquara.** Araraquara, nov. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2020/11/24/foram-gentis-mas-nao-via-a-hora-que-fosem-em-bora-diz-homem-usado-como-escudo-humano-por-assaltantes-de-banco.ghtml>. Acesso em: 15 jul. 2022.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120).** São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Fabio; I JUNIOR, Claudinei. Assalto a banco em Araraquara completa uma semana sem nenhuma prisão. **G1 São Carlos e Araraquara.** Araraquara, p. 13-14. 01 dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2020/12/01/assalto-a-banco-em-araraquara-completa-uma-semana-sem-nenhuma-prisao.ghtml>. Acesso em: 15 jul. 2022

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral.** Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

STOCO, Tatiana de Oliveira. A pena na medida da culpabilidade. **Revista do Instituto de Ciências Penais,** Belo Horizonte, v. 5, p. 115-138, maio 2020.

STOCO, Tatiana de Oliveira. **A personalidade do agente na fixação da pena.** 2013. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da Criminologia: contribuições para um Direito Penal**

**mais ético**. 2009. 281 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

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; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.