

Opinião: por que aguardar decisão do STJ para executar a pena

No julgamento do HC n. 126.292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de execução provisória da pena a partir do julgamento em segundo grau. A pedra de toque para que fosse viabilizada essa mudança de entendimento seria o fundamento de que, após o julgamento da apelação, a matéria fático-probatória já estaria definida.

Segundo o Ministro-Relator *“A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal”*^[1]. Acrescentou ele que *“é nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado”*^[2]. Nesse contexto, os recursos de natureza extraordinária não seriam *“recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”*^[3].

Embora a discussão travada nesse julgado suscite questões de ordem constitucional, processual penal e até de direitos humanos, o presente artigo se restringirá a analisar a matéria sob o enfoque do direito penal material, em especial sob à ótica da teoria da culpabilidade. Em síntese, buscar-se-á demonstrar que o hoje denominado juízo de culpabilidade não se relaciona apenas com os fatos e provas do processo, mas antes está imbricado a uma valoração pelo Poder Judiciário.

A partir do início do século passado, em especial com o advento da obra de Reinhard Frank, foram agregados à teoria empírica da culpabilidade – típica do modelo causal de Liszt-Beling – elementos valorativos^[4]. A partir desse autor, iniciou-se o processo de “normativização” da culpabilidade, que *“representa exatamente o processo gradual de exclusão dos elementos psicológicos, com a transferência do dolo e da culpa para o injusto (tipicidade), e a sua transfiguração em índice de reprovabilidade”*^[5]. Foi essa situação que permitiu a projeção da culpabilidade sobre o fenômeno da pena.

Modernamente, salvo raras exceções – por exemplo o normativismo puro de Gunther Jakobs –, a literatura especializada entende que a culpabilidade é o fundamento, o limite e o pressuposto da pena.

Até a obra de Frank, não cabia à teoria da culpabilidade a valoração da conduta do agente. A reprovabilidade, assim, consubstancia peça central da projeção da culpabilidade sobre a pena, consolidando, na dogmática jurídico-penal, *“o elo entre a teoria do delito e a teoria da pena”*^[6].

Pela primeira vez ao longo de sua evolução, a teoria do delito passa a tomar conta da teoria da pena. Salo de Carvalho identifica com precisão as principais características do rompimento paradigmático operado com o conceito normativo da culpabilidade. Para o autor *“a normatização proporciona, inclusive, resgatar para o direito penal as consequências jurídicas do crime que se encontravam aprisionadas nos muros periculosistas da criminologia determinista (paradigma etiológico)”*^[7]. Além disso, há efetiva mudança na metodologia de apreciação da culpabilidade, pois a relação entre culpabilidade e pena passam a ser definidos *“com a conversão da análise descritiva em um juízo de valor”*^[8].

A culpabilidade, sob a perspectiva normativa, deixa de ser apenas um dado presente no mundo empírico, encontrado pelo magistrado. A valoração da conduta também passa a ser um elemento constitutivo do juízo de culpabilidade. Nesse novo cenário, *“a culpabilidade não seria mais somente um objeto a ser constatado, mas também a ser criado”*^[9]. Essa mudança rumo ao caráter constitutivo do elemento valorativo é mantido até hoje nas modernas teorias sobre a culpabilidade. Evidente que foram operados aperfeiçoamentos à teoria normativa, entretanto, não é possível modernamente excluir a valoração como elemento da culpabilidade. O que se pode e deve discutir é como essa valoração deve se feita.

Hoje em dia se sabe que a ciência não possui conceitos capazes de representar a realidade de forma segura. A moderna teoria científica sabe-se precária. Thomaz Kuhn demonstrou que as evoluções científica não decorrem de verdades lógicas alcançadas pelos cientistas de determinada época, mas derivam antes de necessidades do padrão científico em um período histórico e estão, por isso, presas à historicidade e às estruturas existenciais de determinada sociedade em um tempo definido.

Para Kuhn, o conhecimento não se desenvolve pacificamente, a partir de uma evolução lenta, gradual e sem sobressaltos, mas, ao contrário, ocorre mediante rupturas, saltos, alterações de paradigmas^[10]. Nas palavras do autor, *“a ciência normal leva, ao fim e ao cabo, apenas ao reconhecimento de anomalias e crises. Essas terminam não através da deliberação ou interpretação, mas por meio de um evento relativamente abrupto e não-estruturado semelhante a uma alteração da forma visual”*^[11]. O conceito de paradigma seria, justamente essa *“forma visual”*, esses óculos mediante os quais é possível se enxergar a factualidade das encarnações das formas da vida social^[12].

Nesse modelo de ciência precária não é possível ter a pretensão de construir um conhecimento neutro, isso porque quando se escolhe um objeto de investigação, deve se ter em mente que sempre se trabalha com uma parte fragmentada da realidade, pois a todo momento nos deparamos com elevado número de possíveis dados e informações das quais não podemos absorver tudo *“por meras razões de percepção fisiológica e de percepção psicológica”* ^[13].

Selecionamos e buscamos, por exemplo, os dados que correspondem às nossas expectativa^[14]. Essa seleção, entretanto, não se dá de forma aleatória, mas obedece padrões, princípios de escolha, que naturalmente não são privativamente nossos, mas que compartilhamos com todas as pessoas de nosso círculo cultural e linguístico^[15].

Nesse contexto, não é demais concluir que todo saber se ocupa de um âmbito da realidade e o faz a partir de perspectivas e com certa intencionalidade, é inevitável que, ao reconhecer os dados para a elaboração dos conceitos, escolhamos aqueles que guardem pertinência com nosso objeto e melhor se adequem ao nosso método^[16].

Levando essas conclusões para o âmbito da teoria da culpabilidade, pode-se afirmar que a valoração pelo sujeito que a investiga é um elemento dela intrínseco. É impossível formular um conceito neutro de culpabilidade, como pretendido no sistema Liszt/Beling. Não é cientificamente adequado extirpar a valoração do sujeito que investiga um objeto. O que importa para o método científico é reconhecer a sua precariedade e tentar estabelecer formas de legitimar o procedimento que leva a uma conclusão. O critério para definição da legitimação de uma conclusão ocorre pelo respeito às condições ideais da comunicação, que estariam representadas *“pela igualdade de oportunidade para todos os participantes do discurso, pela liberdade de expressão, pela ausência de privilégio, pela veracidade e pela ausência de coação”* [17].

De outro lado, o fundamento declinado no voto que conduziu o acórdão do HC nº 126.292/SP, de que o juízo de culpabilidade *“deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal”* [18], não leva em consideração o elemento valorativo da culpabilidade, já reconhecido com o avançar da ciência e da teoria do delito desde a segunda metade do século XIX. Além da *logicidade extraída dos elementos de prova*, é necessário reconhecer o caráter constitutivo da valoração da conduta pelo juiz, no juízo da culpabilidade.

A culpabilidade não é um dado objetivo investigável no mundo empírico, até mesmo porque essa forma de averiguar a culpabilidade não condiz com o modelo moderno de ciência. O juiz não pode simplesmente tentar buscar de forma avalorada a correspondência entre um objeto e o seu conhecimento. De outro lado, não se pode permitir que o juízo de culpabilidade seja firmado de forma aleatória. No âmbito do Direito, a legitimidade de uma decisão que impõe pena a uma pessoa decorre da sistematização e racionalidade dos argumentos, que devem obedecer os critérios de um Estado Democrático de Direito.

Modernamente se sabe que a formulação do juízo sobre a culpabilidade do agente deve se dar em respeito aos princípios de um Estado de Direito. Até para que o conteúdo dos argumentos judiciais que afirmam a culpabilidade não convertam a sentença em um mero juízo de reprovação moral.

Nesse contexto, é importante que haja um Tribunal com jurisdição nacional para oferecer diretrizes para todo o Poder Judiciário quanto ao conteúdo do juízo normativo da culpabilidade. E, ainda, é necessário que essa Corte seja capaz de controlar a juridicidade dos argumentos utilizados para afirmar a proporcionalidade entre a pena e a conduta em cada caso concreto. Apenas assim o juízo sobre a culpabilidade estará em conformidade com os preceitos do Estado Democrático de Direito, que prevê, em sua essência, o preceito da isonomia, segundo o qual as pessoas devem ser tratadas de forma igual.

De outro lado, nada justifica, em um Estado Democrático de Direito, que um cidadão, por exemplo, em Brasília-DF receba uma pena maior do que um indivíduo em São Paulo-SP, quando eles tenham atuado com igual desvalor do resultado e da ação. Um tratamento isonômico em relação à culpabilidade apenas poderia ser dado com o exaurimento da apreciação judicial do caso concreto pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso porque essa Corte tem jurisdição nacional e é competente para avaliar matéria de Lei Federal.

Portanto, pode-se concluir que o caráter valorativa da culpabilidade, firmado especialmente a partir do desvalor da ação e do resultado, deve ter sua juridicidade controlada por um órgão com jurisdição nacional. No nosso caso seria o STJ. Essa é uma conclusão que se alinha aos pressupostos da moderna teoria da culpabilidade e de ciência. Isso porque ela reconhece o caráter valorativo do mencionado conceito e formula soluções para lidar com essa valoração em coerência com o Estado Democrático de Direito.

Portanto, pode-se concluir que o caráter valorativa da culpabilidade deve ter sua juridicidade controlada por um órgão com jurisdição nacional. Essa é uma conclusão que se alinha aos pressupostos da moderna teoria da culpabilidade e de ciência. Isso porque ela reconhece o caráter valorativo do mencionado conceito e formula soluções para lidar com essa valoração em coerência com o Estado Democrático de Direito.

[1] Voto do Ministro Teori Zavascki, página 9 do acórdão do HC 126.292/SP.

[2] Voto do Ministro Teori Zavascki, página 9 do acórdão do HC 126.292/SP.

[3] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2a edição. 2015. p. 168.

[4] TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da Pena*. In: Cem anos de reprovação. 2011. p. 126.

[5] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2a edição. 2015. p. 168.

[6] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015. p. 168.

[7] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015. p. 169.

[8] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015. p. 169.

[9] TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da Pena*. In: Cem anos de reprovação. p. 126.

[10] CARVALHO NETTO, Menelick de. [A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.](#)

[11] KHUN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 10ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. Pg. 160.

[12] “[...] um filtro, óculos que filtram o nosso olhar, que moldam a forma como vemos a chamada realidade; as normas performáticas decorrentes de nossas vivências sociais concretas condicionam tudo o que vemos e a forma como vemos”. CARVALHO NETTO, Menelick de. [A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição](#). *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

[13] HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p.129

[14] HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p.129

[15] HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2005. p.129

[16] ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2010. p. 59.

[17] Idem, p. 72.

[18] Voto do Ministro Teori Zavascki, página 9 do acórdão do HC 126.292/SP.

Date Created

17/10/2019