



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INFLUÊNCIA DO UTILITARISMO NO ESTUDO DA CULPABILIDADE NAS  
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PENA

Fernanda Almeida Gomes Aguiar

Rio de Janeiro  
2026

FERNANDA ALMEIDA GOMES AGUIAR

A INFLUÊNCIA DO UTILITARISMO NO ESTUDO DA CULPABILIDADE NAS  
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PENA

Monografia apresentada como exigência para  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Gisela França da Costa

Coorientadora:

Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro  
2026

FERNANDA ALMEIDA GOMES AGUIAR

A INFLUÊNCIA DO UTILITARISMO NO ESTUDO DA CULPABILIDADE NAS  
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PENA

Monografia apresentada como exigência de  
conclusão de curso da Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2026. Grau atribuído:

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Ana Maria Pereira de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado  
do Rio de Janeiro-EMERJ.

---

Convidado: Prof. Luciano Filizola da Silva - Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro-EMERJ.

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Gisela França da Costa - Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro-EMERJ.

---

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Deus, por me permitir realizar.  
Aos meus filhos, minha inesgotável fonte de  
inspiração.

## **AGRADECIMENTOS:**

Reservo esse espaço para agradecer a Deus por me prover os meios para enfrentar meus desafios e a todas as pessoas que contribuíram para que eu pudesse realizar este trabalho. Em especial a minha família, com sua inesgotável fonte de paciência e amor, o maior incentivo que qualquer pesquisador poderia desejar.

Meu sincero agradecimento à professora Gisela França, minha orientadora. Sem seu senso de direção e conselhos, este trabalho não teria saído da minha imaginação.

À professora Mônica Cavalieri, minha coorientadora, por sua dedicação e profissionalismo.

Gostaria de dedicar esta obra aos meus filhos, Beatriz, Antônio e Francisco, que são minha fonte de motivação e inspiração.

“Palavras são, na minha não tão humilde  
opinião, nossa inesgotável fonte de magia.  
Capazes de ferir e de curar.” – J. K. Rowling

## **SÍNTESE**

A existência da sentença condenatória exige uma análise das circunstâncias judiciais pelo magistrado na primeira fase da dosimetria da pena para a aplicação da pena-base, de forma que, ao analisar a culpabilidade do sujeito, sendo esta a reprovação social da sua conduta, o critério para abordar o tema pode se tornar subjetivo pelo aplicador do direito. A temática foca diretamente no aspecto subjetivo na análise da culpabilidade. O presente trabalho, por meio da utilização dos princípios do Utilitarismo de Jeremy Bentham, emoldura a possibilidade de aplicação dos princípios que norteiam essa ideologia a serem utilizados pelo magistrado, formando, assim, uma análise técnica da culpabilidade.

**PALAVRA-CHAVE:** Direito Penal; dosimetria da pena; culpabilidade; utilitarismo.



## **SUMÁRIO**

|                                                                                  |           |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>                                                          | <b>09</b> |
| <b>1 ANÁLISE HISTÓRICA DO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO .....</b>                | <b>11</b> |
| 1.1 DOSIMETRIA DA PENA .....                                                     | 18        |
| 1.2 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS .....                                               | 19        |
| 1.3 O ESTUDO APROFUNDADO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE .....                      | 23        |
| <b>2 O UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM .....</b>                                  | <b>27</b> |
| 2.1 O COMPORTAMENTO HUMANO COM BASE NO PRINCÍPIO DO UTILITARISMO .....           | 29        |
| 2.2 O COMPORTAMENTO DELITUOSO COM BASE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....  | 35        |
| 2.3 O DELITO AO PENSAMENTO DO UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM .....               | 40        |
| <b>3 A CULPABILIDADE E A SUA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA .....</b>                     | <b>46</b> |
| 3.1 A REPROVAÇÃO SOCIAL E A CULPABILIDADE .....                                  | 50        |
| 3.2 A UTILIZAÇÃO DO UTILITARISMO PARA UMA ANÁLISE TÉCNICA DA CULPABILIDADE ..... | 54        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>                                                            | <b>63</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                                          | <b>65</b> |

## INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como foco o aspecto subjetivo da análise da culpabilidade, realizada pelo magistrado nas circunstâncias judiciais do sistema acusatório, no que se refere à elaboração da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena, na sentença penal.

Consoante o Código Penal e as decisões do Supremo Tribunal Federal, a culpabilidade atende a critérios constitucionais de individualização da pena, de modo que o magistrado poderá fundamentar a análise da culpabilidade do sujeito dimensionando a pena-base conforme o grau de reprovabilidade social que o crime e o autor do fato merecem na prática daquele delito, atendendo aos princípios constitucionais.

Contudo, os critérios de análise da culpabilidade, na medida em que podem trazer uma abordagem subjetiva do comportamento do autor, a pesquisa questiona a existência de um critério mais técnico e impessoal.

O estudo aborda entendimentos doutrinários, conceitos do Direito Penal, do instituto da culpabilidade, bem como da dosimetria da pena e de sua aplicabilidade no sistema acusatório penal brasileiro, mediante análises bibliográficas, voltadas à compreensão do funcionamento e da elaboração da pena-base, destacando sua influência na sentença condenatória definitiva.

O primeiro capítulo inicia-se com uma explicação histórica acerca do sistema acusatório do Direito Penal e com o estudo das circunstâncias judiciais utilizadas para a fixação da pena-base. Todavia, é foco do estudo a análise da culpabilidade.

Será questionado, como o estudo da culpabilidade permite ao magistrado realizar uma análise que ultrapassa os aspectos técnicos do crime, alcançando também o passado do sujeito e os antecedentes. Em razão disso, ao ser aferida a culpabilidade do sujeito na primeira fase da dosimetria da pena, esta é compreendida como a reprovação social que o acusado de fato merece, resultante da análise subjetiva estabelecida pelo magistrado.

Inicia o segundo capítulo uma investigação sobre os princípios norteadores do utilitarismo de Jeremy Bentham, tratando de sua influência no comportamento humano em sociedade. Será estabelecida uma conexão entre a relevância desse estudo para a interpretação do comportamento humano à luz dos conceitos do Direito Penal brasileiro.

Por conseguinte, a pesquisa introduz um estudo aprofundado das ações humanas com base no utilitarismo, retratando a distinção entre atos positivos e negativos e a importância dessa percepção para entender o significado de um ato ilícito em consonância com uma sociedade de normas.

Por sua vez, o terceiro capítulo irá propor uma reforma para a análise da culpabilidade realizada pelo magistrado, utilizando o estudo dos princípios do utilitarismo na elaboração de um sistema técnico para compreender o real significado do comportamento ilícito e, por conseguinte, sua reprovabilidade social.

Apresentando, assim, o princípio como ferramenta a afastar o aspecto subjetivo da análise da culpabilidade nas circunstâncias judiciais na formação da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena.

A metodologia empregada, na busca de possíveis soluções para as questões controvertidas trazidas na pesquisa, visa demonstrar a importância do tema e como é necessário buscar respostas no campo da filosofia, permitindo maior eficiência na prolação de sentença, afastando a parcialidade do julgamento.

Conclui-se que a presente pesquisa utilizará o método hipotético-dedutivo, na medida em que serão apresentadas abordagens de temas hipotéticos adequados para a análise da problemática inserida. Portanto, serão utilizadas obras doutrinárias e bibliográficas, nas quais a pesquisadora, por meio de uma análise argumentativa qualitativa, comprovará a temática, sustentando sua tese.

## 1. ANÁLISE HISTÓRICA DO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

A punição é instrumento essencial em uma sociedade civilizada, um equilíbrio social aclamado pelo sistema moderno de civilização, uma forma de manter a ordem social e a funcionalidade da sociedade. A discussão em debate trata-se da resposta penal adequada a uma punição justa, sendo a discricionariedade da aplicabilidade da pena uma questão controvertida.

No sistema penal brasileiro, seu fundamento de existência encontra instrumentalidade constitucional, de forma que, no momento do cometimento de uma infração penal, surgirá para o Estado Democrático de Direito o direito e o dever de punir, fundamentados no princípio constitucional da legalidade, com fulcro no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal [...]”<sup>1</sup>.

Com o presente trabalho, imerso no estudo da punição, torna-se essencial explicar que, no ordenamento jurídico pátrio, o Direito Penal é considerado *ultima ratio*. Em outras palavras, em virtude das consequências físicas e psicológicas que a aplicação desse ramo do direito pode desencadear, o entendimento doutrinário é no sentido de que a aplicação do Direito Penal só deverá ocorrer depois de esgotadas todas as demais áreas.

Sendo assim, o Direito Penal agirá com base no princípio da intervenção mínima, como determina Rodrigo Duque Estrada Roig, “apenas os casos de maior gravidade e quando inaplicáveis soluções não penais”<sup>2</sup>.

O doutrinador Aury Lopes Junior, ao constituir o processo penal desde a Constituição, estabelece: “punir é necessário, punir é civilizatório. Não é sustentável, ao menos por enquanto, o abolicionismo penal em uma sociedade como a nossa. Mas é óbvio que a resposta (penal) precisa ser civilizada e civilizatória [...]”<sup>3</sup>.

Nesse sentido, destaca-se que punição é sinônimo de sanção penal. Em função disso, a sanção penal comportará duas espécies, a pena e a medida de segurança, sendo esta aplicada somente nos casos em que não é passível a aplicabilidade de uma pena, casos esses em que o sujeito que praticou uma infração penal é inimputável ou semi-inimputável, de forma que, a

---

<sup>11</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 out. 2024.

<sup>2</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria crítica**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

<sup>3</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 10. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2024. *E-book*.

medida de segurança será imposta pelo Estado, conforme explica Fernando Capez, “cuja finalidade é exclusivamente preventiva no sentido de evitar que o autor de uma infração penal, que tenha demonstrado periculosidade volte a delinquir [...]”<sup>4</sup>.

Em uma interpretação livre do pensamento de Capez, no que tange à pena, esta é uma resposta do Estado, mediante uma sentença, em razão da prática de uma infração penal. Com base nas teorias da pena, com fulcro na teoria absoluta, a pena representa uma retribuição do mal infligido. Já a teoria finalista, entende que a pena tem uma finalidade de prevenção, no sentido de ter o objetivo de readaptar o indivíduo que cometeu a infração penal, como forma de impedi-lo de voltar a delinquir.

Já a terceira teoria, chamada de intermediária, entende que a pena tem uma dupla função, de punir o delinquente, bem como de prevenir e reeducá-lo<sup>5</sup>. De qualquer forma, a punição deve estar prevista em lei e essa lei precisa estar em vigor na data em que o crime foi de fato praticado, com respeito ao princípio da legalidade, conforme determina o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal<sup>6</sup> e também o artigo 1º do Código Penal<sup>7</sup>.

Destaca-se que no ordenamento jurídico brasileiro as penas, são classificadas como penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e penas de multa, conforme determina o artigo 32, do Código Penal<sup>8</sup>.

No estudo das punições, é indispensável o exame dos sistemas de processo penal e sua evolução histórica. Sendo assim, iniciando o estudo através do sistema acusatório, este possui separação entre o órgão que irá acusar, o órgão que irá defender e o que julgará, ficando cada função a cargo de pessoas diferentes.

Sendo assim, as características do sistema acusatório estão fundadas na presença do contraditório e da ampla defesa, de forma que uma pessoa só será chamada em juízo se houver uma devida acusação. É assegurada ao acusado a liberdade de defesa, sendo públicos os atos processuais, e cabendo às partes a produção probatória. O juiz, não poderá substituir-se a elas com o objetivo de buscar provas e fatos.

---

<sup>4</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 574.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 473.

<sup>6</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 nov. 2025.

<sup>7</sup> BRASIL. **Lei nº 2.648, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 5 mar. 2025.

<sup>8</sup> *Ibid.*

As origens desse sistema, remontam ao direito grego, civilização antiga que pregava pela participação direta do povo no exercício da acusação<sup>9</sup> preocupando-se com a proporcionalidade da punição. Herança desse sistema é o princípio da igualdade. Ao analisar o sistema acusatório pregado pelos gregos, José Henrique Kaster Franco estabelece: “Já estava presente entre os gregos, portanto, a preocupação com a proporcionalidade, calcada na ideia de igualdade material – tratar os iguais da mesma forma e tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade [...]”<sup>10</sup>.

Com o direito romano, o sistema acusatório terá uma nova face: o Império Romano, traz a figura de um juiz, julgador. Inicialmente a figura dos juízes seria passiva, de forma que eles se manteriam afastados da gestão de provas. O procedimento era oral, os julgamentos eram públicos e o objetivo dos magistrados era deliberar.<sup>11</sup>

Todavia, na época do Império Romano, o sistema acusatório foi corrompido, havendo cada vez mais atuação do juiz, não somente como acusador, mas também como responsável pela produção de provas, invadindo cada vez mais as atribuições da acusação, configurando, assim, a fusão das funções de acusar e julgar em uma única figura.

A figura do sistema acusatório foi gradativamente desaparecendo, e suas características sendo substituídas: onde antes havia publicidades dos atos, estes começaram a ser tratados com sigilo; onde antes havia oralidade no processo, essa oralidade foi substituída pela forma escrita. Surgindo assim, na Idade Média, o sistema inquisitivo.

A maior referência quanto ao sistema inquisitivo foi a inquisição promovida pela Igreja Católica. Com a queda do Império Romano e o fortalecimento da Igreja Católica, em meados dos séculos XII e XIV, surge um novo sistema processual em que o julgamento era confiado à Deus, no intuito de combater toda e qualquer forma de contestação aos dogmas da Igreja Católica<sup>12</sup>.

Nesse sistema, o julgador atua de ofício, de forma que, como estabelece Aury Lopes Junior: “o juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar [...]”<sup>13</sup>. Portanto, é caracterizado pela concentração de poder nas mãos de uma única figura, do julgador, que irá não somente julgar, mas também acusar e defender.

---

<sup>9</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 10. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2024. *E-book*.

<sup>10</sup> FRANCO, José Henrique Kaster. **Penas**: Histórico, funções, individualização e dosimetria. 2023. *E-book*.

<sup>11</sup> LOPES JR., *op. cit.*

<sup>12</sup> FRANCO, *op. cit.*

<sup>13</sup> LOPES JR., *op. cit.*

Os institutos do contraditório e da ampla defesa nesse momento são inexistentes. Não havia debates orais, e a confissão era considerada a rainha das provas<sup>14</sup>, a prova de maior valor, e, para alcançá-la, todos os meios de persuasão eram admitidos, inclusive a tortura<sup>15</sup>.

Sendo assim, um aspecto marcante desse sistema processual é que, ao invés de ser um meio processual penal de combate às injustiças sociais, ele se tornou uma verdadeira caça às bruxas, uma perseguição aos hereges, sem qualquer chance de defesa<sup>16</sup>. Marcando para sempre a história da humanidade com as maiores atrocidades aos direitos humanos e fundamentais em nome de uma justiça divina.

Esse sistema foi perdendo sua credibilidade, após a Revolução Francesa, em 1789, com o surgimento do Iluminismo na Europa. O movimento iluminista pregava a racionalização do pensamento e a distinção entre a justiça divina e a justiça humana, tornando, assim, o sistema inquisitivo incompatível com a nova realidade iluminista<sup>17</sup>.

A valorização do homem seria o centro político do momento, bem como a preocupação em preservar a dignidade da pessoa humana, considerando o indivíduo e retornando à preocupação com a proporcionalidade da pena, iniciando uma lenta transição ao sistema misto.

O sistema misto é considerado o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, de forma que traz o melhor dos dois mundos, como se posiciona Norberto Avena: “resulta de uma fusão entre as características dos outros dois modelos [...]”<sup>18</sup>.

Há, portanto, a divisão do processo em duas fases: a primeira, chamada de instrução preliminar, havendo presença das características do sistema inquisitivo. Aqui, nessa fase de instrução, não será admitida o contraditório e a ampla defesa. E a segunda fase, chamada de fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório, tem presentes a oralidade e a liberdade de defesa<sup>19</sup>.

Mediante o sistema misto, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, serão analisados alguns princípios, dentre eles, os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, para um controle da discricionariedade das decisões judiciais.

No âmbito do Direito Penal, é essencial o respeito ao princípio da legalidade, presente no artigo 1º do Código Penal e no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que é cláusula pétrea diante do tamanho de sua importância ao ordenamento jurídico, uma vez que

---

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*.

<sup>15</sup> FRANCO, José Henrique Kaster. **Penas: Histórico, funções, individualização e dosimetria**. 2023. *E-book*.

<sup>16</sup> NUCCI, *op. cit.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Grupo gen, 2023. *E-book*.

<sup>19</sup> NUCCI, *op. cit.* *E-book*.

esse princípio identifica exclusivamente a lei como fonte única para a criação do delito e suas sanções penais. Em outras palavras, somente uma lei poderá classificar o que é um delito e qual a sanção penal adequada.

Conforme entendimento doutrinário, a análise do princípio da individualização da pena é essencial para a aplicação de uma pena justa, conforme entendimento expresso no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal<sup>20</sup>. Nesse entendimento, Ricardo Augusto Schmitt explica tal princípio: “o princípio da individualização da pena decorre do princípio da isonomia, eis que traduz a ideia de que os desiguais devem ser tratados distintamente, na medida de suas diferenças [...]”<sup>21</sup>.

Na concepção de Cleber Masson, o princípio da individualização da pena: “distribui a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento [...]”<sup>22</sup>, de forma que, para uma eficiente aplicação da pena, não basta a análise crua da norma em abstrato, e sim uma análise dos aspectos subjetivos e objetivos da conduta criminosa em si.

Para o autor, esse princípio, desenvolve-se em três planos: legislativo, judicial e administrativo. O plano legislativo é quando o legislador descreverá o tipo penal e estabelece as sanções adequadas. No judicial percebe-se uma complementação do plano legislativo, uma vez que se trata da aplicação da pena ministrada pelo Magistrado. E, finalmente, o plano administrativo ocorre durante a execução da pena<sup>23</sup>.

Sendo assim, no plano legislativo, o magistrado irá tipificar a conduta criminosa, observando o bem jurídico lesionado e, a sua relevância, e ao realizar essa análise, serão estabelecidos limites para a efetiva aplicação da pena. No que concerne à etapa judicial, esse é o momento em que será aplicada de fato a pena, e, portanto, o magistrado observará todas as circunstâncias judiciais. Restando a terceira etapa, o plano executivo, a individualização da pena transcende a sentença penal, atingindo também o cumprimento da pena, sua execução.

Portanto, como determina Schmitt: “individualizar significa tornar único, caracterizar, promover a distinção de coisas, pessoas ou situações dentro de um contexto fático, tornar algo

---

<sup>20</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 out. 2024.

<sup>21</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 87.

<sup>22</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º ao 120). V. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024, *E-book*. p. 45.

<sup>23</sup> *Ibid.*



efetivamente individual, particularizar algo ou alguém que antes possuía tratamento genérico [...]”<sup>24</sup>.

É fundamental a concepção da individualização da pena na elaboração de uma sentença penal condenatória, entender que cada indivíduo é único e, por isso, cada conduta é única, não sendo possível uma análise genérica e estrita da norma penal. Para a aplicação da pena, na análise das circunstâncias judiciais, é primordial tal entendimento.

Outros princípios fundamentais para uma aplicação justa da pena devem ser observados, tais como: dignidade da pessoa humana, proporcionalidade da pena e o princípio do juiz imparcial.

No princípio da proporcionalidade deve haver uma proporção entre o bem jurídico defendido e a ofensividade da conduta. José Henrique determina que a proporcionalidade: “no âmbito da determinação da pena, uma relação de razoabilidade entre a qualidade e a quantidade da pena [...]”<sup>25</sup>.

O autor estabelece que, para que haja a aplicação de uma pena de restrição de liberdade, ou seja, uma restrição de direitos fundamentais, se faz necessária a presença de uma proporcionalidade, também chamada de razoabilidade. Esse princípio deve ser observado na dosimetria da pena, para que a pena seja justa.

Com igual importância, observa-se na aplicação de uma pena justa o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal<sup>26</sup>, conforme estabelece Cleber Masson: “impossibilidade de a pena passar da pessoa do condenado [...]”<sup>27</sup>.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana é mais que um conceito, está atrelada a natureza humana, como afirma Marco Antônio Marques Silva: “a dignidade humana existe em todos os indivíduos e impõe o respeito mútuo entre as pessoas [...]”<sup>28</sup>.

No que tange ao princípio do juiz imparcial, esse é proveniente da convenção americana sobre direitos humanos em seu artigo 8º, item 1:

<sup>24</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 87.

<sup>25</sup> FRANCO, José Henrique Kaster. **Penas: Histórico, funções, individualização e dosimetria**. 2023. *E-book*.

<sup>26</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 out. 2024.

<sup>27</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º ao 120). V. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024, *E-book*. p. 52.

<sup>28</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 1 *apud* CLEBER MASSON, **Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º ao 120). 18. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. p. 60.

Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza<sup>29</sup>.

Na imparcialidade, o juiz deve ser afastado das partes, da produção de provas, bem como da iniciativa processual, como afirma Aury Lopes Junior: “não permitindo que o juiz desça para a arena das partes, praticando atos que não lhe competem [...]”<sup>30</sup>.

Para entender o propósito de limitar o poder Estatal de punir, deve-se entender que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, no sentido de que, conforme determina Roberto Barroso, “é um regime político fundado na soberania popular, com eleições livres e governo da maioria, bem como em poder limitado, Estado de direito e respeito aos direitos fundamentais de todos, aí incluindo o mínimo existencial [...]”<sup>31</sup>.

Absorvendo esse entendimento, o Estado Democrático de Direito é construído diante de uma democracia, ou seja, da participação popular no exercício do poder, bem como da existência de direitos limitadores ao Estado. Em função disso, essa limitação do poder punitivo do Estado será imposta pelos princípios da dignidade da pessoa humana, de forma que o Direito Penal, sua construção e sua aplicabilidade, são obedientes aos princípios constitucionais.

O papel do juiz na aplicação da pena é observar as circunstâncias judiciais, nos moldes do artigo 59 do Código de Processo Penal, de forma que, ao realizar a dosimetria da pena, sua sentença penal condenatória seja a mais técnica possível, com imparcialidade, sendo, assim, um verdadeiro garantidor do sistema.

### 1.1. DOSIMETRIA DA PENA

Na elaboração de uma sentença penal condenatória, conforme o ordenamento jurídico, é aplicado o sistema trifásico defendido por Nelson Hungria,<sup>32</sup> em que o cálculo da pena passaria por três fases distintas.

<sup>29</sup> BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Institui a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 21 nov. 2024.

<sup>30</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 10. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2024. p. 184.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. *E-book*.

<sup>32</sup> HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: GZ, 2017. v. 1. *E-book*.

Esse método está normatizado no artigo 68, do Código Penal: “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 desse Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento [...]”<sup>33</sup>.

Nesse contexto, na primeira fase da dosimetria da pena serão analisadas pelo magistrado as circunstâncias judiciais, nos moldes do artigo 59 do Código Penal, fixando a pena-base, e na segunda fase serão analisadas as circunstâncias legais, as atenuantes e agravantes, com fulcro nos artigos 61 e 62 do Código Penal, estabelecendo uma pena intermediária. Por fim, a terceira fase deve analisar se há causas que podem aumentar ou diminuir da pena definitiva.

Afirma José Henrique que, ao iniciar a dosimetria da pena, primeiro deve o magistrado encontrar a pena-base. Para alcançar esta, o juiz irá analisar todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e, a partir delas, apontará um quantum de pena. Conclui o autor: “o juiz atendendo às circunstâncias judiciais, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: as penas [...]”<sup>34</sup>.

Sendo assim, na aplicação da pena, os motivos que levam o juiz ao quantum dessa pena devem ser devidamente fundamentados, pois na concepção de Cesar Roberto Bitencourt: “a ausência de fundamentação ou de análise das circunstâncias judiciais ou mesmo sua análise deficiente gera nulidade absoluta da decisão judicial [...]”<sup>35</sup>.

A pena-base, ainda que seja obrigatória a fundamentação jurídica, sua aplicação terá um fator discricionário, de forma que o magistrado, na análise das circunstâncias judiciais, se estas resultarem positivas ao réu, fixará a pena no mínimo previsto. Todavia, se a análise resultar desfavorável ao réu, poderá o juiz se afastar do mínimo legal, como estabelece Bitencourt<sup>36</sup>.

O autor afirma, ainda, que o Código Penal não estabelece quais circunstâncias especificamente devem ser consideradas favoráveis ou desfavoráveis ao réu e que esta atribuição deve ser conferida ao juiz mediante análise da natureza dos fatos e das circunstâncias. Reforçando, assim, a tese da discricionariedade na aplicabilidade da pena-base, sendo esse o estudo concentrado do presente trabalho.

Percebe-se, portanto, que apesar de se exigir do magistrado devida fundamentação na aplicabilidade da pena, há uma ampliação da atividade discricionária do magistrado, conforme

---

<sup>33</sup> BRASIL. **Lei nº 2.648, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 22 nov. 2024.

<sup>34</sup> FRANCO, José Henrique Kaster. **Penas: Histórico, funções, individualização e dosimetria**. 2023. *E-book*.

<sup>35</sup> BITENCOURT, Cesar R. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts.1º a 120). 29. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. *E-book*. p. 399.

<sup>36</sup> *Ibid.*

Cesar Roberto Bitencourt afirma: “é verdade que o legislador abre um grande crédito aos juízes na hora de realizar o cálculo da pena, ampliando sua atividade discricionária [...]”<sup>37</sup>.

O cuidado com a discricionariedade, como traz o autor Gabriel Silveira, é que: “a discricionariedade pode levar à disparidade e falta de consistência na aplicação da pena, convertendo-se em arbítrio [...]”<sup>38</sup>.

## 1.2. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

A partir da análise do artigo 59, do Código Penal<sup>39</sup>, o magistrado, ao aplicar a pena, deverá aplicar o sistema trifásico da dosimetria da pena. Em função disso, na primeira fase surgem as circunstâncias judiciais que serão analisadas e fundamentadas pelo juiz.

Somente com a análise das circunstâncias judiciais é que o juiz poderá fixar o cálculo da pena-base. O artigo 59, *caput*, do Código Penal<sup>40</sup>, contém 8 (oito) circunstâncias judiciais: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Conforme determina Masson<sup>41</sup>, não será suficiente ao magistrado a mera indicação genérica dessas circunstâncias, deve haver uma análise específica de cada uma delas com a devida fundamentação. Sendo assim, se após essa análise, as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu, a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal: porém, se uma dessas circunstâncias for desfavorável, o juiz poderá elevá-la acima do mínimo legal, mas nunca além do máximo legal.

Concluindo o autor que: “o juiz está adstrito aos parâmetros legais, não podendo ultrapassá-los [...]”<sup>42</sup>. A aplicação da pena deve sempre ser motivada, nos moldes do artigo 93, IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> BITENCOURT, Cesar R. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts.1º a 120). 29. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. *E-book*. p. 399.

<sup>38</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena: e o problema da discricionariedade judicial**. Salvador: JusPodivm, 2021. *E-book*.

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei nº 2.648, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 22 nov. 2024.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º ao 120). V. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. p. 596.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 595.

<sup>43</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 nov. 2024.

Conforme o artigo 59, do Código Penal, diante da análise da circunstância judicial, culpabilidade, na dosimetria da pena, será observado o grau de reprovabilidade ou censura da conduta praticada pelo agente, conforme estabelece Schmitt<sup>44</sup>.

Afirma ainda o autor que: “a culpabilidade, para fins do artigo 59 do Código Penal, deverá ser compreendida como um juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do acusado [...]”<sup>45</sup>.

Na análise dos antecedentes, sendo aqui os antecedentes, propriamente ditos, ou seja, a vida pregressa do acusado, envolvimento em outros crimes com condenação criminal. Será uma circunstância judicial desfavorável que poderá incorrer em uma atenuante da pena-base. Como informa Masson<sup>46</sup>, os antecedentes dizem respeito aos fatos que envolvem o passado criminal, relacionados à sua vida pretérita, na folha de antecedentes.

Detalhe importante na observação dos antecedentes do acusado é a Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça<sup>47</sup>, que constitui o entendimento de que será vedado utilizar inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Portanto, somente condenações definitivas anteriores serão consideradas como situações desfavoráveis ao acusado na análise de seus antecedentes.

A conduta social do acusado nos seus ambientes familiares e de trabalho, como detalha Schmitt: “seu papel na comunidade no contexto da família, trabalho, da escola e da vizinhança [...]”<sup>48</sup>. Concluindo, assim, que a conduta social será uma verdadeira análise do comportamento do acusado em sociedade.

Na personalidade do agente será verificado um elemento mais psíquico do acusado, como determina Masson<sup>49</sup>, o perfil subjetivo e os aspectos morais e psicológicos, analisando se o acusado tem ou não caráter voltado à prática de infrações penais. Masson<sup>50</sup> determina, ainda, que é possível levar em consideração fatores hierárquicos e socioambientais nessa análise.

---

<sup>44</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 109.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>46</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º ao 120). Vol. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. p. 601.

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Súmula nº 444**. Brasília, DF, 28 de abril de 2010.

Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27444%27.num.&O=JT>. Acesso em: 05 fev. 2025.

<sup>48</sup> SCHMITT, *op. cit.*, p. 146.

<sup>49</sup> MASSON, *op. cit.*, p. 603.

<sup>50</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º ao 120). Vol. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*, p. 603.

Portanto, como exemplifica Schmitt: “é o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir e agir, ou seja, a individualidade pessoal e social de determinado indivíduo [...]”<sup>51</sup>.

Os motivos do crime, conforme conceitua Masson<sup>52</sup>, tratam-se dos fatores psíquicos que levam a pessoa a de fato praticar o ato ilícito, a conduta criminosa. Todavia, esta só poderá ser usada quando ela não for uma elementar do crime em si.

Portanto, os motivos do crime serão as razões subjetivas pelas quais o acusado quis cometer aquele crime, aquele ato contrário à lei penal. Assim, Schmitt<sup>53</sup> estabelece o entendimento de que trata-se daquilo que de fato impulsionou o agente à prática daquela infração penal, sua real vontade criminosa, sendo o porquê da ação delituosa.

As circunstâncias do crime analisarão os dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, tais como o modo como o crime foi executado, os instrumentos utilizados para a realização do crime, o local em que o crime foi realizado e o horário<sup>54</sup>.

Portanto, todos esses dados serão analisados pelo magistrado, podendo influenciar, dependendo da maneira como ocorreram, positivamente ou negativamente, a favor ou contra o acusado.

Como determina o Superior Tribunal de Justiça:

As circunstâncias da infração podem ser compreendidas como os pormenores do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não inerentes ao tipo penal. Sendo assim, na análise das circunstâncias do crime, é imperioso ao magistrado sentenciante apreciar, com base em fatos concretos, o lugar do crime, o tempo de sua duração, a atitude assumida pelo agente no decorrer da consumação da infração penal, a mecânica delitiva empregada, entre outros elementos indicativos de uma maior censurabilidade da consulta<sup>55</sup>.

A consequência do crime trata-se dos efeitos causados pela conduta criminosa em relação à vítima ou seus familiares e também perante a sociedade. Como esclarece Masson: “é

---

<sup>51</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 147.

<sup>52</sup> MASSON, *op. cit.*, p. 604.

<sup>53</sup> SCHMITT, *op. cit.*, p. 162.

<sup>54</sup> MASSON, *op. cit.*, p. 604.

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial 1.965.389/SC**. Homicídio culposo na direção de veículo automotor [...]. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro, 22 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=143908752&tipo=5&nreg=202103297468&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20220225&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 29 nov. 2024.

o conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime, em desfavor da vítima, de seus familiares ou da coletividade [...]”<sup>56</sup>.

Sendo, portanto, a verdadeira consequência causada pela conduta criminosa o impacto dessa conduta. Como os efeitos desta afetam a vítima, sua família e até mesmo a sociedade como coletividade.

Como explica Schmitt<sup>57</sup>, o juiz, no exame das consequências do crime, deverá analisar a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada pela conduta criminosa àqueles que são afetados de forma direta ou indireta pela conduta.

Diferentemente do que é tratado no comportamento da vítima, a última circunstância judicial trazida pelo artigo 59 do Código Penal, em que se analisará de que forma a conduta da vítima contribuiu para a conduta delituosa.

Portanto, Masson<sup>58</sup> explica que, nesse momento, deve-se observar como a atitude da vítima tem o condão de provocar ou facilitar a prática do crime. Está ligado, dessa forma, à vitimologia, ao estudo da participação da vítima e do mal produzido a ela, devido à conduta criminosa.

No entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça: “o comportamento da vítima apenas deve ser utilizado em benefício do réu, devendo tal circunstância ser neutralizada do ofendido na prática do crime [...]”<sup>59</sup>.

Concluindo, apesar de a lei penal estabelecer um rol taxativo sobre as circunstâncias judiciais a serem analisadas pelo magistrado para concluir corretamente o cálculo da pena-base, ainda assim, em verdade que, os critérios de valorização dessas circunstâncias judiciais ficarão a critério discricionário do juiz. Sendo a crítica do presente trabalho justamente essa discricionariedade judicial na análise da culpabilidade na primeira fase da dosimetria da pena.

### 1.3. O ESTUDO APROFUNDADO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

Conforme explicado anteriormente, a culpabilidade, na primeira fase da dosimetria da pena, irá medir o juízo de reprovabilidade da conduta do acusado. Sendo assim, faz-se

---

<sup>56</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º ao 120). V. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. p. 606.

<sup>57</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 176.

<sup>58</sup> MASSON, *op. cit.*, p. 607.

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 284.951/MG**. Homicídio culposo na direção de veículo automotor [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 8 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=34731754&tipo=5&nreg=201304114898&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140423&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 29 nov. 2024.

necessário neste momento traçar uma clara diferenciação entre a culpabilidade na condição de elemento do crime e a culpabilidade na dosimetria, que é a censura da conduta praticada pelo autor.

Sendo assim, a culpabilidade como elemento do crime é essencial na configuração do crime, com base no sistema tripartido do ordenamento jurídico brasileiro, que reconhece o delito como uma ação típica, ilícita e culpável<sup>60</sup>. Portanto, a culpabilidade como elemento do crime é um pressuposto de existência do fato punível.

Dessa forma, de acordo com o conceito normativo de culpabilidade, esta será definida segundo o Superior Tribunal de Justiça:

A culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elementar do tipo penal, não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade, que diz respeito a demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada<sup>61</sup>.

O princípio da culpabilidade estabelecerá que não existirá um crime sem a prévia análise dos elementos subjetivos, na medida em que, como determina Nilo Batista, “o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal [...]”<sup>62</sup>, bem como exemplifica Bitencourt: “não há crime sem culpabilidade [...]”<sup>63</sup>.

Quando se determina o estudo de uma subjetividade da responsabilidade penal, tem-se a ideia de afastar a responsabilidade objetiva, ou seja, simplesmente olhar para o resultado produzido pela conduta do indivíduo, sem analisar a conduta de fato. Sendo assim, a subjetividade determinará a observação da conduta do sujeito, analisando se essa conduta é reprovável ainda que tenha ocorrido o resultado delituoso.

Nesse sentido, estabelece Nilo Batista que a reprovabilidade da conduta no princípio da culpabilidade funcionará como fundamento para limitar a aplicação da pena ao aferir a reprovabilidade da conduta<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e vulnerabilidade**: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 23.

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 1352043/SP**. Continuidade delitiva [...]. Relator: Sebastião Reis Júnior, 10 de outubro de 2013. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200801036259&dt\\_publicacao=28/11/2013](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801036259&dt_publicacao=28/11/2013). Acesso em: 29 nov. 2024.

<sup>62</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. *E-book*.

<sup>63</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 29. ed. Rio de Janeiro. Saraiva Jur, 2023. *E-book*.

<sup>64</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. *E-book*.



Para Rogério Greco<sup>65</sup>, culpabilidade será a aferição da reprovabilidade e censurabilidade da conduta, na medida em que essas são as condutas praticadas pelo indivíduo, de modo a se questionar se ele poderia ter agido de outro modo dentro daquela situação. Por essa razão, entende o doutrinador que esse princípio deriva diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a culpabilidade para o Direito Penal terá três sentidos: em primeiro lugar, haverá a análise da culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime, que será estudado detalhadamente mais à frente no presente trabalho. Porém, nesse sentido, a culpabilidade é imprescindível para a caracterização de uma infração penal.

Em segundo lugar, a culpabilidade será entendida como um princípio medidor da pena, assim como estabelece Rogério Greco<sup>66</sup>, na medida em que o julgador observará a culpabilidade do indivíduo para a aplicação da pena-base, conforme as circunstâncias judiciais, em que deverá ser realizado um juízo de censura da conduta.

Já em terceiro lugar, será observado o pensamento trazido por Nilo Batista<sup>67</sup>, de que a culpabilidade é um impedor da responsabilidade penal objetiva, impondo assim a necessidade da responsabilidade subjetiva.

Todavia, a culpabilidade na dosimetria da pena será interpretada como um juízo de reprovabilidade da conduta do agente, o maior ou o menor grau de reprovabilidade do seu comportamento, como estabelece Schmitt<sup>68</sup>.

Masson<sup>69</sup> determina que a culpabilidade deve ser compreendida como o juízo de censura que recai sobre o responsável pelo crime.

Dessa forma, para a dosimetria da pena, na primeira fase, na análise das circunstâncias judiciais, a culpabilidade é, portanto, o grau de reprovabilidade social que tanto o autor como o próprio fato criminoso merecem.

Schmitt determina que seja possível atribuir dois vetores distintos à culpabilidade, sendo o primeiro de caráter estrito, em que essa é elemento integrante da estrutura do crime, da sua

---

<sup>65</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Artigos 1º a 120 do Código Penal**. v.1. 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. *E-book*.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> BATISTA, *op. cit.*.

<sup>68</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 109.

<sup>69</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. Vol. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024, *E-book*. p. 598.

concepção tripartida. Porém, no sentido lato, essa culpabilidade é a reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta criminosa praticada<sup>70</sup>.

Esse grau de reprovabilidade, conforme identifica Guilherme de Souza Nucci<sup>71</sup>, é uma avaliação de censura que o crime merece, que será feita pelo juiz, não devendo, no entanto, incidir esse juízo de censura somente sobre a pessoa do autor, mas também sobre a conduta que ele cometeu.

Nesse contexto, Fernando Capez<sup>72</sup> complementa no sentido de que todos os culpáveis por um crime deverão ser punidos; porém, aqueles que tiverem um grau maior de culpabilidade receberão uma pena mais severa.

O exame da culpabilidade exigirá uma participação do magistrado, em que este deverá realizar um exame mais profundo do agente que cometeu o crime, bem como do crime em si, chegando a uma análise que pode ser criticada como subjetiva do julgador.

É por isso que o autor Schmitt afirma: “a culpabilidade como circunstância judicial é um elemento para medir o juízo de reprovação da conduta do agente [...]”<sup>73</sup>. O autor, em seu livro, traz alguns exemplos em que é possível valorar a pena-base conforme a culpabilidade:

Quanto à culpabilidade, a frieza e a brutalidade na execução delitiva são suficientes para firmar o seu desvalor. Precedentes do STJ. (STJ, AgRg no HC 702.070/SP); No caso, quanto ao crime de homicídio, as instâncias destacaram os vários golpes sofridos pela vítima, a frieza com que o crime foi cometido, tratando-se, ainda de delito premeditado (STJ. EDcl no AgRg no AREsp 633.304/MG). (STJ. HC 614.998/PE)<sup>74</sup>.

No que tange à discricionariedade do juiz, Gabriel Silveira traz o seguinte entendimento: “a aplicação da pena é uma tarefa essencialmente discricionária. É costume dizer que cada caso deve ser decidido pelo juiz de acordo com suas peculiaridades, afinal nenhum caso é exatamente igual ao outro [...]”<sup>75</sup>.

Conclui-se que essa valoração positiva ou negativa do julgador é uma análise particular que deve ser fundamentada, porém, diante do poder de discricionariedade que a legislação confere ao juiz, percebe-se que essa análise de culpabilidade pode ser subjetiva, pode variar de

<sup>70</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 110.

<sup>71</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. *E-book*. p. 615.

<sup>72</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 28. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur. *E-book*. p. 421.

<sup>73</sup> SCHMITT, *op. cit.*, p. 111.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>75</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: Breve estudo comparativo entre a Dosimetria Penal Brasileira e o modelo *Sentencing Guidelines* Norte-Americano e Inglês**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 33.

julgador a julgador. Não é possível, nos dias atuais, encontrar no ordenamento jurídico brasileiro uma fórmula técnica para, de fato, analisar o que é culpabilidade, o que seria essa reprovação social de uma conduta ilícita.

Feitas essas considerações, o presente trabalho não tem o objetivo de limitar a atuação judicial ou controlar essa discricionariedade do juiz ao aplicar a pena-base, mas trazer o princípio do utilitarismo do filósofo Jeremy Bentham<sup>76</sup> como uma forma de tornar essa análise da culpabilidade na primeira fase da dosimetria da pena uma análise mais técnica e menos particular e subjetiva, trazendo mais consistência na fundamentação do magistrado.

## 2. O UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM

O filósofo Jeremy Bentham nasceu na Inglaterra em 1748,<sup>77</sup> e apesar de ser conhecido mundialmente por suas obras sobre o utilitarismo, Bentham era formado em Direito pela Universidade de *The Queen's College*. Apesar da formação acadêmica na área jurídica, ele não a exerceu, uma vez que sua maior preocupação era voltada para área acadêmica, nos estudos sobre a aplicação do direito na sociedade e suas repercussões.

Em algumas de suas obras, é possível observar que o filósofo buscava explicar uma reforma legislativa que priorizasse o utilitarismo como um princípio que explica o comportamento humano. Assim, conduzindo melhor o legislador para entender os motivos que o levam os sujeitos a infringir as leis. Objetivando reconciliar a sociedade e os indivíduos.

Em seu trabalho sobre o utilitarismo, Bentham vai introduzir o pensamento de que a natureza colocou os seres humanos sobre o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer, e, com base nesses sentimentos, é que o ser humano irá agir. Será em torno desses dois senhores que os princípios do utilitarismo reconhecerão a submissão do homem, determinando o seu comportamento.

Ao reconhecer essa submissão, o princípio da utilidade a utilizará como fundação de todo o sistema, de forma que essa afirmação é a fonte para entender a verdade por trás do comportamento, identificando o que é o certo ou o errado e, portanto, o que desencadeou essa cadeia de efeitos.

---

<sup>76</sup> BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. United States of America: White Dog Publishing, 2010. *E-book*.

<sup>77</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. p.3.

Dessa forma, por princípio do utilitarismo, Bentham o conceitua como “o princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo [...]”<sup>78</sup>. Sendo assim, o ser humano tem a tendência de agir de acordo com aquilo que o traz felicidade e prazer, da mesma forma, tende a fugir daquilo que o causa tristeza e dor.

Seguir por esse comportamento é algo natural, quase um instinto. O ser humano é naturalmente guiado em torno da sua felicidade e infelicidade, de forma que o princípio do utilitarismo é abraçado pelo homem sem que ele pense muito a respeito, como explica Bentham<sup>79</sup>, uma vez que o interesse do indivíduo é tudo aquilo que soma para aumentar o seu prazer, consequentemente o tornando mais feliz e diminuindo a sua dor, o afastando cada vez mais das coisas que o tornam infelizes.

Entendendo esses pilares do princípio da utilidade, torna-se mais fácil de compreender a afirmação de Bentham no sentido de que:

A felicidade dos indivíduos, de que compõe uma comunidade é o seu prazer e a sua segurança, constitui o objetivo que o legislador deve ter em vista, a única norma em conformidade com a qual todo indivíduo deveria, na medida em que depende do legislador, ser obrigado a pautar o seu comportamento.<sup>80</sup>

Portanto, o que se pode interpretar desse pensamento é que, em uma sociedade com leis, os cidadãos devem obedecer ao Estado. Todavia, essa obediência é derivada de uma contribuição para felicidade desse cidadão, em outras palavras, desde que a obediência leve à sua felicidade, o sujeito se afastará da desobediência.

Sendo assim, como determina Bentham<sup>81</sup> aqueles que governam tem o objetivo de promover a felicidade da sociedade por meio de punição e recompensas. Considerando que a punição é objeto da lei penal, essa se trata de uma ação que irá diretamente afetar a felicidade do indivíduo que a está por receber. Porém, seguindo o pensamento utilitarista, para que haja essa reconciliação entre o Estado e a sociedade, é possível o sacrifício de alguns direitos<sup>82</sup>.

Considerando que pelo princípio do utilitarismo, o ser humano é guiado em direção a se comportar de acordo com aquilo que o faz feliz, desviando daquilo que o traz infelicidade, dessa forma, analisar o comportamento humano nesse prisma é absolutamente relevante ao Direito

---

<sup>78</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 4.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>82</sup> *Ibid.*

Penal, na medida em que uma análise mais profunda e técnica da prática de um ilícito penal pode tornar a aplicação de uma pena mais justa e proporcional.

Dessa forma, é de extrema importância a análise do princípio do utilitarismo para o estudo do Direito Penal e do Direito Processual Penal, ao entender que aquilo que causa prazer e dor no sujeito que acabou de infringir a lei no cometimento de um ilícito penal. A partir disso, torna-se possível investigar quais motivações levaram ao cometimento do ato.

Nessa linha de pensamento, o utilitarismo guia o ser humano através de sua moral, de forma que suas condutas serão estabelecidas por aquilo que ele entender certo e errado, com base nessa moral, que, como explica o filósofo, é a submissão aos senhores soberanos do prazer e da dor. É com esse pensamento que será analisado a seguir o comportamento humano na premissa do princípio do utilitarismo.

## 2.1.O COMPORTAMENTO HUMANO COM BASE NO PRINCÍPIO DO UTILITARISMO

Bentham irá dedicar um capítulo inteiro ao comportamento humano, chamado de: “As quatro sanções ou fontes da dor e do prazer [...]”<sup>83</sup>, com formas de identificar e catalogar as fontes do prazer e da dor dos seres humanos, de forma a tornar mais fácil ao legislador identificar essas fontes e conseguir trabalhar em cima delas.

Considerando que o prazer e a dor determinam a forma de agir do ser humano com base na sua moral, torna-se imprescindível identificar a fonte que manipula esses sentimentos e, para o filósofo, existem quatro fontes passíveis de identificação, sendo elas: física, política, moral e religiosa<sup>84</sup>.

A fonte física<sup>85</sup> está interligada à vida presente do indivíduo, ao ciclo natural, sem nenhuma interrupção externa, seja pelo ato de outro ser humano ou de qualquer força divina superior.

Já a fonte política<sup>86</sup> do prazer e da dor é identificada quando se espera de uma pessoa particular ou de um grupo de pessoas, dentro da sociedade, que foram escolhidos como representantes de um poder supremo de governar de um Estado ou que tenham um propósito de administrar uma vontade soberana.

---

<sup>83</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 13.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 14

<sup>86</sup> *Ibid.*

No que tange à fonte moral<sup>87</sup>, essa pode ser identificada quando o prazer e a dor estiverem nas mãos de pessoas que ocupam um lugar de destaque na sociedade, mas essa posição não é derivada de nenhuma norma ou acordo, mas sim algo natural daquele indivíduo, como um talento.

Todavia, a quarta e última fonte é a religiosa<sup>88</sup>, em que o prazer e a dor são provenientes da dependência da mão imediata de um ser invisível, seja esse ser da vida presente ou futura.

Com base nesse pensamento introduzido pelo filósofo, de que a dor e o prazer emanam dessas quatro fontes, esta pesquisadora, em uma tentativa de atualizar o trabalho do renomado autor trazendo aspectos atuais, entende ser necessário a introdução de uma quinta fonte, sendo essa a fonte histórica.

A humanidade é diretamente impactada por sua história, pelos acontecimentos passados, de forma que não reconhecer o valor e a significância desses na história individual de cada ser humano seria uma omissão. Os impactos dos acontecimentos históricos na humanidade determinaram o seu curso, bem como a vida pessoal de cada pessoa.

É impossível não observar as consequências de uma guerra mundial, por exemplo, e o seu impacto na vida de um indivíduo e de suas proles, bem como tantos acontecimentos históricos marcantes cujas consequências são identificadas até os dias presentes, tais como as lutas de classe, as lutas por igualdades de direito, independente de religião, sexo ou cor, devendo ser mencionado o período da escravidão cujos resultados desumanos são colhidos até os dias atuais, afinal, a história é um aglomerado de eventos imutáveis que moldam o futuro.

Seria prudente identificar a fonte histórica como aquela proveniente dos acontecimentos históricos da humanidade que impactaram diretamente a vida atual de seus indivíduos, interferindo, por assim dizer, no seu modo de vida e assim, por consequente, tendo papel fundamental na elaboração dos senhores soberanos do prazer e da dor de um homem.

Entender essas fontes e o papel delas no comportamento do ser humano é de extrema importância ao legislador, bem como ao aplicador da lei, na medida em que, como explica Bentham: “propiciar prazeres e evitar dores constituem os objetivos que o legislador tem em vista, razão pela qual é de conveniência que compreenda o seu valor [...]”<sup>89</sup>.

Em uma abordagem mais profunda do tema, o filósofo irá explicar que para cada pessoa a experiência do prazer e da dor tem níveis de maior ou menor intensidade, com base em sete

---

<sup>87</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 14.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> *Ibid.*, p.16.

circunstâncias, sendo essas: a sua intensidade, a sua duração, a certeza ou incerteza do sentimento, bem como sua longevidade e fecundidade, no sentido de aquele sentimento ser seguido por outro da mesma espécie. Finalizando pelas circunstâncias da pureza e da extensão, de forma que a pureza representa a não possibilidade desse sentimento ser seguido por outro de espécie contrária, e a sua extensão é a quantidade de pessoas que são afetadas pelo respectivo prazer ou dor.<sup>90</sup>

Essas variações de intensidade do sentimento são chamadas pelo filósofo de circunstâncias, as quais ele determina que precisam ser consideradas na hora de avaliar o prazer e a dor do sujeito, na medida em que o comportamento do ser humano é diretamente impactado pela intensidade ou não desses sentimentos<sup>91</sup>.

Para complementar esse estudo, Bentham elabora um rol taxativo daquilo que considera os simples prazeres e dores, como uma forma de explicar o prazer e a dor como sendo perspectivas de interesse. Esse rol é aplicado na mesma medida para ambos os senhores soberanos:

Os vários simples prazeres ao qual a natureza do ser humano é suscetível parecem ser os seguintes: 1. O prazer das sensações. 2. O prazer da fortuna. 3. O prazer da sua habilidade. 4. O prazer das suas amizades. 5. O prazer de ter um bom nome. 6. O prazer do poder. 7. O prazer da piedade. 8. O prazer da benevolência. 9. O prazer da malevolência. 10. O prazer da memória. 11. O prazer da imaginação. 12. O prazer da expectativa. 13. O prazer da associação. 14. O prazer do alívio.

As várias dores simples, parecem ser as seguintes: 1. A dor da privação. 2. As dores dos sentidos. 3. A dor da estranheza. 4. A dor da inimizade. 5. A dor de um nome manchado. 6. A dor da piedade. 7. A dor da benevolência. 8. A dor da malevolência. 9. A dor da memória. 10. A dor da imaginação. 11. As dores das expectativas. 12. As dores decorrentes das associações<sup>92</sup>.

Destrinchar cada uma dessas perspectivas de interesse torna-se relevante para o presente trabalho, na medida em que, ao analisar a culpabilidade do sujeito para a dosimetria da pena na primeira fase, é possível que o magistrado utilize essas perspectivas de interesse do sujeito para elaborar um fundamento em prol da aplicabilidade ou não do aumento da pena, considerando o

<sup>90</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 16.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>92</sup> Tradução livre no original: “*The several simple pleasures of which human nature is susceptible, seem to be as follows: 1. The pleasures of sense. 2. The pleasures of wealth. 3. The pleasures of skill. 4. The pleasures of amity. 5. The pleasures of a good name. 6. The pleasures of power. 7. The pleasures of piety. 8. The pleasures of benevolence. 9. The pleasures of malevolence. 10. The pleasures of memory. 11. The pleasures of imagination. 12. The pleasures of expectation. 13. The pleasures dependent on association. 14. The pleasure of relief. The several pains seem to be as follows: 1. The pains of privation. 2. The pains of senses. 3. The pain of awkwardness. 4. The pains of enmity. 5. The pains of an ill name. 6. The pains of piety. 7. The pains of benevolence. 8. The pains of malevolence. 9. The pains of the memory. 10. The pains of imagination. 11. The pains of expectation. 12. The pains dependent on association*”. BENTHAM, Jeremy. **An Introduction of the Principles of Morals and Legislation**. United States of America: White Dog Publishing, 2010. p. 35.

grau de reprovabilidade, uma vez que esse grau de reprovabilidade pode ser explicado mediante essa análise.

Analisando o prazer das sensações<sup>93</sup>, conclui-se que este refere-se a qualquer experiência prazerosa que satisfaça os apetites da fome e da sede, mediante o uso do paladar, do olfato, da visão, da audição, do toque e outras sensações que possam despertar essa sensação de prazer.

O prazer da fortuna<sup>94</sup> está ligado a um aspecto material, o que o sujeito possui, suas propriedades, o prazer de ser capaz de possuir um determinado bem que lhe cause prazer, segurança e bem-estar.

No que tange ao prazer da habilidade<sup>95</sup> este será o desabrochar mediante a possibilidade de poder se utilizar determinados objetos, sendo um prazer dependente da utilização de determinado objeto. Esse sentimento, portanto, será sentido ao desfrutar do uso desse objeto.

Quanto ao prazer das amizades<sup>96</sup>, este se manifesta quando o sujeito está bem reconhecido por outras pessoas ou coletivo, ser bem-conceituado perante os outros, o que irá gerar uma forma de ele receber benefícios e benfeitorias daqueles que o reconhecem e, de alguma forma, o admiram.

O prazer de um bom nome<sup>97</sup> significa basicamente estar aquele sujeito em uma boa relação com a sociedade em que ele vive, ter o amor, a aceitação e o respeito da sociedade, também entendido como um prazer da boa reputação, da sua honra, da sua moral.

O prazer derivado do poder<sup>98</sup> é o sentimento que decorre da sensação de estar o ser humano em uma posição de persuadir o outro no que tange às suas esperanças e medos. É ter a capacidade de influenciar outra pessoa.

Na piedade<sup>99</sup>, esse prazer virá da crença de que ele está com um bom conceito perante um ser divino, de forma que as coisas boas que acontecem com ele são frutos desse amor divino por ele sentido. Esse sentimento também é conhecido como prazer religioso, em que o sujeito expõe sua felicidade diante do amor que ele sente e que entende ser recíproco de alguma divindade.

---

<sup>93</sup> BENTHAM, Jeremy. **An Introduction of the Principles of Morals and Legislation**. United States of America: White Dog Publishing, 2010. p. 36.

<sup>94</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 36.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 37.



Já no prazer da benevolência<sup>100</sup>, o sujeito alimenta o sentimento da felicidade mediante a crença de ser ele pessoa a receber uma benevolência, seja de alguma autoridade divina, de outros seres humanos ou de algum animal, uma espécie de empatia. Em contrapartida, o prazer da malevolência<sup>101</sup> decorre justamente do oposto, de entender o sujeito que ele é pessoa que está recebendo uma malevolência.

A memória<sup>102</sup> é decorrente da possibilidade de o homem poder relembrar de momentos e situações que o causaram prazer, lembrando-se de forma exata, como tudo aconteceu, podendo lembrar a qualquer momento. Diferentemente, o prazer da imaginação<sup>103</sup> que deriva também da memória, é o poder de lembrar-se de situações que o causem prazer, mas aqui, na imaginação, não está apegado a algo passado, podendo representar algo presente ou futuro que, associado a uma memória, cause prazer e, por consequente, felicidade ao sujeito.

Referente ao prazer da expectativa<sup>104</sup> é poder contemplar qualquer coisa que lhe causa prazer, portanto, é apenas no tempo futuro que<sup>105</sup> o prazer que certos objetos ou incidentes podem proporcionar, não por si mesmos, mas apenas no futuro de alguma associação que eles contraíram na mente com certos objetos ou incidentes que são em si mesmos prazerosos.

Esse é o rol taxativo que o filósofo traz para compreender melhor o sentimento do prazer e assim conseguir identificar o comportamento humano que é direcionado a esse sentimento, como uma espécie de bússola.

Passe-se à análise das dores, aquele sentimento do qual o ser humano tende a se afastar. Analisando na ótica de Bentham<sup>106</sup> o que traz dor ao ser humano, o que o faz infeliz. Começando pela dor da privação<sup>107</sup> que é compreendida como sentimento de infelicidade por não poder possuir, no momento presente, nenhum tipo de prazer, não estar em posse de nada que lhe traga felicidade.

Na dor referente aos sentidos<sup>108</sup>, tem-se as dores que decorrem da fome e da sede, bem como as dores sentidas através do paladar, do olfato, do tato, da audição e da visão. O filósofo correlaciona a dor dos sentidos a aspectos de temperatura, no excesso e exposição a calor ou frio intenso, e também uma dor relacionada a alguma doença.

---

<sup>100</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 36.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 37-40.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> *Ibid.*

A dor emanada da estranheza<sup>109</sup> vem de um esforço malsucedido, da incapacidade do homem em conseguir aplicar de forma correta ou eficiente algum instrumento que o traz prazer.

Já a dor decorrente da inimizade<sup>110</sup> acontece quando o homem está em maus termos com outra pessoa ou coletividade, podendo ter sido ele quem causou essa dor ao outro. A dor proveniente do mau<sup>111</sup> nome é decorrente da sociedade ao seu redor, não ter ele um bom nome é o mesmo que dizer que ele não tem uma boa reputação em seu ambiente de convívio.

A dor da piedade<sup>112</sup> deriva de um poder divino, do fato de o homem acreditar que a divindade não o ama ou não o favorece. E a dor da benevolência<sup>113</sup> é sentir que não lhe é oferecida simpatia, benevolência ou até mesmo afetividade social. Já no que tange à dor da malevolência<sup>114</sup> é o oposto: é sentir que é sujeito de antipatia, de malevolência, de aversão social.

No que diz respeito à dor da memória<sup>115</sup>, está interligada a todas as dores anteriormente destacadas, de forma que traduz a capacidade de lembrar de todas essas situações que causaram esse sentimento de dor. Nesse mesmo raciocínio, deve-se mencionar a dor da imaginação<sup>116</sup>, na qual é possível ao homem imaginar situações futuras que o causem infelicidade, fomentando sua dor, enquanto a dor da expectativa<sup>117</sup> o traz apreensão. No quesito da dor por associação<sup>118</sup> corresponde exatamente ao prazer da associação, como determinado.

Com essa análise, sendo o prazer e a felicidade o norte de todo ser humano, seu objeto de desejo maior, conseguir identificar esses sentimentos através da análise das suas fontes, bem como mediante a exploração de cada prazer por sua perspectiva de interesse, é uma fonte de estudo preciosa ao magistrado, no que tange a compreender o comportamento do sujeito e assim conseguir analisar o seu grau de culpabilidade.

Utilizando o magistrado essa ferramenta de metodologia em uma análise profunda do comportamento humano derivado dos sentimentos soberanos da dor e do prazer, mediante a observação das fontes e das perspectivas de interesse, para a elaboração da dosimetria da pena, especificamente na primeira fase, quando da análise da culpabilidade, é como se o magistrado

---

<sup>109</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 37-40.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> *Ibid.*

conseguisse observar todos os aspectos que motivaram aquela conduta, de forma que ao observar os sentimentos de dor e prazer que motivaram a prática daquele ilícito, pode-se aferir o seu grau de reprovabilidade.

O não o uso dessa metodologia, a fundamentação jurídica para o aumento da pena-base motivada pela culpabilidade do sujeito, corre o risco de tornar essa decisão parcial e até mesmo genérica, o que não é admitido pelas Cortes Superiores.

Sendo assim, nessa linha de pensamento, a análise do prazer e da dor, observando suas fontes, são os instrumentos que o magistrado deve utilizar na aplicabilidade da pena-base na primeira fase da dosimetria para a análise da culpabilidade do sujeito, ou seja, o grau de reprovabilidade da sua conduta pela sociedade, tornando dessa forma, sua decisão mais técnica.

## 2.2. O COMPORTAMENTO DELITUOSO COM BASE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na elaboração de uma sentença penal, é fundamental ao magistrado a análise da infração penal cometida, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, com base na teoria do crime. O conceito de crime é predominantemente doutrinário, na medida em que não há um conceito estabelecido em lei de forma taxativa, mas sim uma liberdade de interpretação das mentes mais brilhantes do Direito Penal brasileiro.

Sendo assim, nas palavras de Nilo Batista: “uma conduta humana passa a ser chamada de ilícita quando se opõe a uma norma jurídica ou indevidamente produz efeitos que a ela se opõe”<sup>119</sup>.

Nesse sentido, vale indicar o pensamento de Rogério Greco, no sentido de que “a teoria do crime encontra-se em constante evolução, nada havendo de absoluto [...]”<sup>120</sup>, sendo certo que a sociedade está em constante evolução, de forma que a legislação precisa acompanhar essa evolução para que seja eficiente e eficaz.

Nas palavras de Michel Foucault: “é verdade que a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural [...]”<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. *E-book*.

<sup>120</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. v. 1. 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2024. *E-book*. p. 154.

<sup>121</sup> FOUCAULT, Michel: Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, p. 87 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. v.1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2024. *E-book*.

Compreendendo que, no Direito Penal, as palavras crime e delito possuem o mesmo sentido, sendo expressões sinônimas que determinam a prática de uma infração penal, faz-se necessário o estudo da teoria do crime de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro e, a partir daí, a análise dos elementos do crime.

Sendo assim, na concepção de Nucci<sup>122</sup>, os três prismas ao conceito de crime são o material, o formal e o analítico, de forma que o conceito material se amolda na concepção da sociedade no que diz respeito ao que deve ou não ser proibido. Em outras palavras, é com base no entendimento social e coletivo que será identificado o que deve ser compreendido como infração penal digna de uma punição penal.

O que acaba por se tornar, para o autor, um conceito aberto e, para Rogério Greco<sup>123</sup> representaria uma intervenção mínima do Estado, na medida em que só poderá identificar o crime quando o sujeito praticar uma conduta atente contra um bem valioso para a sociedade.

Para complementar esse entendimento é essencial o conceito de Roxin<sup>124</sup>, no sentido de que “o conceito material de crime é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que o Direito Penal deve punir e o que deve deixar de punir”.

Continuando na análise da teoria do crime, o segundo prisma a ser estudado pela doutrina é o conceito de forma que nada mais é aquilo que está taxativamente estipulado na lei, na norma penal, descrito como crime. Portanto, se há uma conduta descrita em algum ordenamento jurídico como sendo uma conduta criminosa e o sujeito pratica exatamente essa proibida por lei penal, será passível de uma sanção penal.

Nesse sentido, verifica-se a resposta do Estado, bem como explica Rogério Greco<sup>125</sup>. Se o agente viola uma lei editada pelo Estado, que proíbe aquela conduta específica, o agente a violando, estará praticando um crime. Dessa forma, fica claro que o conceito formal de crime é expresso pelo que está escrito na norma legislativa, aqui, não há margem para interpretação, se está escrito como proibido, é crime.

Todavia, o terceiro prisma do crime, sendo esse o conceito analítico de crime, traz uma análise mais profunda do comportamento do sujeito, pois será necessário observar as características e elementos que compõem de fato aquele delito.

---

<sup>122</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. v.1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2024. *E-book*. p. 225.

<sup>123</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. v. 1. 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2024. *E-book*. p. 159.

<sup>124</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal – parte general, t. I, p. 51 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. v.1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2024. *E-book*.

<sup>125</sup> GRECO, *op. cit.*, p. 159.

Nesse sentido, Nucci<sup>126</sup> estabelece que o conceito analítico cuida da concepção da ciência do direito com relação ao crime, com o objetivo de estudá-lo para que ele seja compreensível ao aplicar o direito.

Como exposto por Roxin:

Quase todas as teorias do delito até hoje construídas são sistemas de elementos, isto é, elas dissecam o comportamento delitivo em um número de diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descritivos etc.), que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico de quadro legislativo do fato punível. Esta forma de proceder acaba levando a que votem grandes esforços à questão sobre o posicionamento no sistema do delito deve ocupar esta ou aquela elementar do crime; pode-se descrever a história da teoria do delito nas últimas décadas como uma migração de elementos dos delitos entre diferentes andares do sistema<sup>127</sup>.

Sendo essa a corrente adotada pela doutrina majoritária, bem como pela jurisprudência, a concepção analítica irá conceituar o crime como uma conduta típica, ilícita e culpável. De acordo com essa corrente, a conduta precisa atender esses três aspectos para que seja de fato considerada criminosa e passível de punição.

Desse modo, ao destrinchar essa teoria e suas características, entende-se que o fato típico é composto por quatro elementos, sendo eles: a conduta dolosa ou culposa, o resultado, o nexo causal e a tipicidade.

Para o direito brasileiro a conduta é conceituada como uma ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade. Com esse conceito, fornecido por Fernando Capaz<sup>128</sup>, é possível adentrar ao entendimento do fato típico, uma vez que a teoria adotada coloca o dolo e a culpa no fato típico ao analisar a conduta humana.

Considera-se que toda conduta humana pode ser representada por uma ação ou omissão, de forma que esta representa um comportamento negativo, ou seja, uma abstenção, também chamado de conduta omissiva, enquanto àquela é caracterizada pelo comportamento positivo, um movimento, classificada como conduta comissiva, determinando, assim, o poder da vontade humana.

Como exemplifica Capez<sup>129</sup>, o dolo é a vontade livre e consciente do ser humano de praticar aquela conduta, enquanto a culpa, conforme determina o autor, é um conceito aberto, uma vez que para sua análise será necessário um juízo de valor, em que o aplicador da lei deverá

<sup>126</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. v.1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2024. p. 227.

<sup>127</sup> ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal, p. 85-86 *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: vol. 1. 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2024. *E-book*.

<sup>128</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: Parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 183.

<sup>129</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: Parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 285.

realizar uma comparação daquela conduta realizada pelo sujeito com a conduta que uma pessoa medianamente prudente teria na mesma situação.

Outro elemento do fato típico é o resultado, em que será analisado o que de fato foi alterado e modificado no mundo externo pela prática daquela conduta e as suas consequências, considerando que a prática de todo crime deixará um resultado jurídico penal a ser observado pelo julgador, de forma que, ao observar esse resultado o aplicador da lei deve considerar o impacto das consequências deixadas pela prática dessa conduta delituosa.

A análise do nexo causal como o quarto elemento do fato típico abordará uma espécie de elo, uma ligação entre a conduta do sujeito e o resultado, conforme explica Capez<sup>130</sup>, na medida em que caberá ao magistrado observar se de fato existe correlação entre a conduta comissiva ou omissiva praticada pelo sujeito e o resultado.

Já no que tange à tipicidade, o quinto e último elemento do fato típico, esse está diretamente ligado ao princípio da reserva legal, com fulcro no art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB, que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal [...]”<sup>131</sup>. Nesse sentido, o autor Fernando Capez<sup>132</sup> complementa o pensamento no sentido de que a lei penal é que irá descrever os delitos, delimitando o que será criminoso.

Portanto, com base nessa corrente analítica do crime, primeiramente deve-se observar o fato típico. Em seguida será analisada a ilicitude da conduta, de forma que essa segunda característica é autoexplicativa: se a conduta contraria a lei, é um fato ilícito.

Todavia, como o Direito Penal não é uma matéria de exatas, é necessária uma interpretação mais aprofundada sobre a ilicitude, na medida em que a doutrina traz o entendimento que tal característica será subdividida em quatro espécies a ser analisada pelo magistrado.

A primeira subespécie, a ilicitude formal, trata-se da contrariedade da lei sem nenhuma preocupação com o social e seus efeitos, independente das consequências daquela conduta ter de fato, causado algum prejuízo ao coletivo. Já na segunda subespécie, a ilicitude material, percebe-se uma lesividade social, há uma consequência ao coletivo<sup>133</sup>.

No entanto, na ilicitude subjetiva será necessário ao magistrado analisar se aquele sujeito que praticou o fato típico é pessoa capaz de avaliar o caráter criminoso da sua conduta,

---

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 228.

<sup>131</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 jan. 2025.

<sup>132</sup> CAPEZ, *op. cit.*, p. 260.

<sup>133</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: Parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 368.

informação fundamental à interpretação do caso concreto. No que tange à última subespécie, a ilicitude objetiva, essa, como explica Capez<sup>134</sup>, independe da capacidade de interpretação do sujeito, mas, sim, é necessário observar se aquela conduta não está amparada por alguma causa de exclusão.

Como última característica, a teoria do crime entende necessária a análise da culpabilidade, tema abordado neste trabalho anteriormente. A culpabilidade será a última característica, de forma que, nos moldes da doutrina brasileira, uma conduta só será considerada crime se for um fato típico, ilícito e culpável.

A teoria do utilitarismo é baseada no comportamento humano, no agir do homem, de forma que a análise da conduta é essencial a este estudo. Sendo assim, o estudo do doutrinador Fernando Capaz é relevante a esta pesquisa uma vez que o doutrinador explica a conduta pela seguinte ótica: “os seres humanos são entes dotados de razão e vontade. A mente processa uma série de captações sensoriais, transformadas em desejos [...]”<sup>135</sup>.

Nesse pensamento, fica clara a identificação da influência do utilitarismo na definição da conduta, a presença dos senhores soberanos que comandam todo o comportamento humano, ainda que de forma inconsciente, para Capez<sup>136</sup> representados pelo desejo, como se o ser humano, ao desejar, está na verdade à procura do prazer, de forma a se afastar de tudo que lhe causa dor.

Complementa ainda Capez:

As pessoas humanas, como seres racionais, conhecedores que são da lei natural da causa e efeito, sabem perfeitamente que cada comportamento pode resultar um efeito distinto (sabe-se que o fogo queima, o impacto contundente lesiona ou mata, a falta de oxigênio asfixia, a tortura causa dor etc.). Assim, conhecedoras eu são dos processos causais, e sendo dotadas de razão e livre-arbítrio, podem escolher entre um ou outro comportamento. É com isso que se preocupa o Direito Penal<sup>137</sup>.

Portanto, a análise criteriosa por trás dos motivos que levaram ao cometimento de uma infração penal e, portanto, a análise da conduta humana e, por conseguinte, a culpabilidade e suas interpretações, é um estudo relevante ao Direito Penal.

O que torna o presente trabalho importante para a elaboração de uma sentença. A importância da melhor interpretação e aplicação da pena pelo magistrado é um estudo que requer cada vez menos da arbitrariedade do juiz e mais da técnica livre das emoções do julgador.

---

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 369.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> *Ibid.*

### 2.3. O DELITO AO PENSAMENTO DO UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM

Na concepção de Jeremy Bentham<sup>138</sup>, o sentido do que é um delito varia de acordo com a situação em debate. Em outras palavras, há, portanto, um sentido interpretativo, como uma análise das peculiaridades de cada caso, um estudo minucioso de cada situação.

Em continuidade a esse raciocínio, o filósofo estabelece que, ao tratar-se de um sistema de leis, o delito será considerado aquilo que a lei identificar como proibido, independente dos motivos, de forma que o conceito de um delito é restrito àquilo que está proibido na lei, no ordenamento jurídico.

Em contrapartida, se for conceituado o delito baseado no utilitarismo, conforme os princípios da utilidade, torna-se uma verdadeira pesquisa pela melhor aplicabilidade da lei, na medida em que, a definição do delito ultrapassa aquilo escrito no papel, se transformando em toda conduta que possa, na sociedade, ser compreendida como proibida em razão de algum mal que produziu ou que tende a produzir.

O filósofo defende a ideia de que, tendo o homem cometido o delito voluntariamente ou involuntariamente, sua intenção será independente para o mal que sua conduta já cometeu. A intenção do sujeito será apenas relevante para como ele será analisado. Na medida em que, aquele que cometer um delito voluntariamente será um homem mau e perigoso, em contrapartida, o que produz uma conduta criminosa involuntariamente, será visto como um homem temido unicamente pela sua ignorância<sup>139</sup>.

Nessa linha de pensamento, a conduta delituosa terá um alcance que, para o filósofo, é possível dividir em quatro subdivisões, de acordo com as pessoas que são atingidas, direta ou indiretamente, pelo delito.

Sendo assim, a primeira das subdivisões são as ofensas em âmbito privado, quando a conduta criminosa é direcionada a um indivíduo em particular. Em função disso, e considerando que a felicidade e a tristeza de um indivíduo fluem das quatro fontes, o crime atacará essas fontes mediante um delito contra a pessoa, contra sua propriedade, contra sua reputação e contra a sua condição, essa, no sentido das suas relações domésticas.

---

<sup>138</sup> Tradução livre no original: “*What is meant by an offence? The sense of this word varies according to the subject under discussion*”. BENTHAM, Jeremy. **Theory of Legislation**: v. 2. Miami: HardPress, 2017. E-book.

<sup>139</sup> Tradução livre no original: “*Whether a man commits an offence knowingly and willingly, or unwillingly and designedly, the immediate evil is exactly the same. But the alarm which result is different. We regard him who has done an evil with the knowledge and design, as a bad and dangerous and without knowing it, is looked upon as a man to be feared only by reason of his inadvertence or his ignorance*”. Ibid.



Outra subdivisão dos delitos está no crime contra si mesmo, quando o indivíduo fere somente a si mesmo, ou, se ele vir a ferir outrem, considera apenas que foi consequência da sua vontade de ferir a si mesmo. Da mesma forma, o sujeito poderá ferir-se ao atentar contra si mesmo, sua propriedade, sua reputação, bem como sua situação civil e doméstica. Bentham<sup>140</sup> salienta que esse tipo de delito está além do alcance do poder legislador.

O delito em âmbito semipúblico, é quando a prática de um crime alcança uma porção da coletividade, como um crime direcionado a uma determinada religião ou, a um determinado grupo de pessoas, baseando-se na sua cor ou sexo. O filósofo considera que esse tipo de crime é pura maldade, interpretado como um crime de ódio.

Sendo assim, a quarta e última subdivisão da conduta criminosa é quando esta objetiva um o alcance público, quando o crime não é direcionado a uma pessoa particular ou um grupo particular, mas sim a toda a população.

A gravidade dessa conduta é severa, podendo ser perceptível por nove ângulos distintos: (i) quando a conduta do indivíduo coloca a segurança nacional em perigo; (ii) conduta delituosa contra a justiça; (iii) contra a polícia; (iv) contra as forças armadas; (v) contra o tesouro nacional; (vi) contra a população nacional; (vii) contra a saúde pública; (viii) contra a soberania nacional; (ix) contra a religião<sup>141</sup>.

Os motivos para o cometimento de uma conduta delituosa podem ser variados, todavia, destaca-se a tendência de que essa conduta produza um resultado prazeroso ou doloroso, devendo ser levada em consideração a complexidade do fato delituoso.

Bentham<sup>142</sup> determina a existência de crime primário e secundário, sendo o primeiro, o fato que produz o resultado criminoso desejado, e o segundo os atos preparatórios ao principal. Bem como crime positivo ou negativo, de forma que este representa a omissão de uma ação e aquele uma ação de fato, de forma que tal pensamento se assemelha ao atual entendimento do ordenamento jurídico aplicado.

Em manifesto à complexidade do delito, o filósofo identifica que o alarde que os diferentes delitos inspiram é suscetível muitos graus, desde um alarde discreto, até gerar um

<sup>140</sup> Tradução livre no original: “*Offences against one’s self are, properly speaking, vices and imprudence. It is useful to classify them, not in order to subject them to legislative severity, but rather to remind the legislator, by a single word, that such or such an action is beyond his sphere*”. BENTHAM, Jeremy. **Theory of Legislation**: vol 2. Miami: HardPress, 2017. *E-book*.

<sup>141</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. *E-book*.

<sup>142</sup> Tradução livre no original: “*The principal offence is that which produces the evil in question; accessory offence are acts which have a greater or less preparatory force towards the production of the principal offence*”. BENTHAM, Jeremy. **Theory of Legislation**: vol 2. Miami: HardPress, 2017. *E-book*.

grande terror<sup>143</sup>. Em função disso, entende-se que esse alarde é passível de ser determinado, de acordo com algumas circunstâncias.

Essas circunstâncias<sup>144</sup> seriam: primeiro, a grandeza do mal produzido; segundo, a intenção do delinquente; terceiro, a posição que lhe proporcionou a oportunidade de cometer o delito; quarto, seus motivos; quinto, a facilidade de burlar ou não as prevenções desse crime; sexto, a facilidade ou não de escapar da punição; sétimo o caráter do delinquente; e, por último, a condição da vítima.

De acordo com Bentham, “é no exame dessas circunstâncias que iremos descobrir a solução dos problemas mais interessantes das jurisprudências penais [...]”<sup>145</sup>. Dessa forma, entende-se que é possível uma análise do crime e das circunstâncias que o motivaram e, somente com esse estudo, pode o magistrado encontrar uma solução adequada ao problema.

Na análise das circunstâncias, quanto à grandeza do mal produzido pelo delito, essa análise se torna relevante na medida em que seu alarde se tornará maior ou menor. No que tange à intenção, como já mencionado no presente trabalho, para o filósofo, independe da intenção do sujeito se o mal já foi atingido.

Todavia, no estudo baseado na posição que ofereceu ao sujeito a oportunidade de delinquir, Bentham<sup>146</sup> apresenta uma perspectiva crítica. Quando o indivíduo é pessoa que possui grande poder ou influência social, tal como um magistrado, a repercussão de seus atos pode ser tão intensa que até mesmo uma conduta que não constitua, de fato, um crime, pode gerar alarme social. Um simples erro, sem a intenção de prejudicar, pode ser interpretado como algo grave, abalando assim a confiança da sociedade.

Na análise dos motivos do sujeito, deve-se considerar a tendência humana à procura do prazer e da felicidade. Quanto a facilidade de burlar as prevenções de um crime, verifica-se que toda sociedade é estabelecida por leis para a manutenção da ordem e civilidade. Dessa forma, analisando o ato do sujeito e a facilidade com que ele burlou essas normas para o cometimento da infração penal, é passível um alarde mais discreto.

---

<sup>143</sup> Tradução livre no original: “*The alarm which different offences inspire is susceptible of many degrees, from disquiet up to terror*”. *Ibid.*

<sup>144</sup> Tradução livre no original: “*1<sup>st</sup>. The greatness of the evil of the first order. 2<sup>d</sup>, the intention of the delinquent. 3<sup>d</sup>, The position which has furnished him an opportunity to commit the offence. 4<sup>th</sup>. His motive. 5<sup>th</sup>. The greater or less facility of preventing like offences. 6<sup>th</sup>. The greater or less facility of concealing them, and of escaping punishment. 7<sup>th</sup>. The character of the delinquent. To this head belong relapses. 8<sup>th</sup>. The condition of the individual injured*”. *Ibid.*

<sup>145</sup> Tradução livre no original: “*It is in the examination of these circumstances that we shall find the solution of the most interesting problems of penal jurisprudence*”. *Ibid.*

<sup>146</sup> *Ibid.*

Quanto maior o grau de punição da infração penal, maior entende-se o alarde gerado pela prática desse crime, de forma que, um delito punido mais severamente é, portanto, mais reprovável, e o cometimento desse ilícito penal irá gerar um alarde mais severo, passível de repreensão do mesmo nível.

No que tange ao caráter do delinquente, Bentham<sup>147</sup> afirma que esse será presumido diante da natureza do crime, especificamente quanto ao crime primário. Dessa forma, o caráter de um indivíduo será considerado mais perigoso quando os motivos para o cometimento de um ato criminoso tiverem domínio sobre ele.

No entendimento do filósofo, o caráter é sim uma influência na escolha do sujeito e deverá, portanto, ser fundamento de análise para uma punição adequada, no sentido de que, o caráter de um sujeito pode aumentar o alarde, e também porque traduz um índice de sensibilidade. Na medida em que, não é necessária uma repreensão severa para um sujeito de caráter fraco, mas com um fundo de bondade e ausência de má-intenção, em contrapartida, uma punição mais severa é necessária ao indivíduo de caráter forte, despido de bondade, repleto pela má-intenção.

Nesse contexto, Bentham<sup>148</sup> complementa que a ausência de má-intenção é perceptível nas seguintes ações: autopreservação, provocação, preservação de outrem, transgressão do limite de legítima defesa, submissão às ameaças, submissão à autoridade, embriaguez e menoridade. Sendo assim, o delito, não se origina da vontade do sujeito.

Em resposta a esses delitos, o filósofo impõe serem necessários quatro remédios, sendo eles: a prevenção, a supressão, remédios satisfatórios e, por último, a punição, também chamada de remédios penais<sup>149</sup>.

Sendo a prevenção, nada mais do que um meio para prevenir o cometimento de um delito, pode ser realizada de forma direta, com aplicação a um indivíduo ou delito específico, ou indiretamente, consistindo em prevenções genéricas. Em contrapartida, a supressão de um delito consiste, para um crime que já está em andamento, em uma tentativa de que o resultado não ocorra ou que pelo menos diminua suas consequências.

Os remédios satisfatórios são reparações feitas às vítimas, e a punição tem o objetivo de prevenir que outros delitos de mesma natureza sejam praticados, conforme determina Bentham,

---

<sup>147</sup> Tradução livre no original: “*The character of the delinquent will be presumed from the nature of the offence*”. BENTHAM, Jeremy. **Theory of Legislation**: vol 2. Miami: HardPress, 2017. E-book.

<sup>148</sup> Tradução livre no original: “*Absence of bad intention, self-preservation, provocation, preservation of some near friend, transgression of the limits of self-defense, submission to menaces, submission to authority, drunkenness, childhood*”. Ibid.

<sup>149</sup> Tradução livre no original: “*These remedies may be arranged in four classes: 1. Preventive remedies. 2. Suppressive remedies. 3. Satisfactory remedies. 4. Penal remedies, or punishments*”. Ibid.

“um remédio que opera mediante o medo, é chamado de punição [...]”<sup>150</sup>, uma forma de tirar a inclinação à repetição do ato delituoso.

Entretanto, faz-se necessário, na concepção do filósofo, que haja uma proporcionalidade entre o fato criminoso praticado e sua punição, na proporção que, quanto mais grave a conduta criminosa, mais severa deve ser sua punição, complementado a ideia de que, quanto maior a certeza pela punição, menor será a necessidade de sua severidade.

De forma que uma punição eficiente só será bem sucedida se o motivo da repreensão se sobressair aos motivos sedutores da prática delituosa. Então, de alguma forma, é necessário que a punição se sobressaia, na medida em que esta precisa se tornar mais um objeto de pavor do que o cometimento do ilícito é um objeto de desejo<sup>151</sup>.

A punição ligada ao Direito Penal é uma forma de controle social, como explica Nilo Batista<sup>152</sup>, na medida em que, apesar de o direito ser moldado às necessidades atuais da sociedade, para o doutrinador há, no entanto, uma grande harmonia entre os fins objetivados pelo Estado e os fins objetivados pelo Direito Penal.

Seguindo esse contexto, determina Batista:

Conhecer as finalidades do direito penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa que ultrapasse a área do jurista<sup>153</sup>.

Nesse sentido, utiliza-se o pensamento utilitarista e entende-se que o ser humano é guiado por dois senhores soberanos que ditarão o seu comportamento, seja de maneira consciente ou inconsciente, o afastando daquilo que o traz dor e infelicidade e o direcionando a tudo que o proporciona prazer e felicidade.

Deduz-se que, sendo a punição um objeto que o trará infelicidade, a tendência humana é se afastar desse sentimento. Todavia, para que a punição tenha esse efeito, é necessário entender os motivos que levaram o sujeito a delinquir e, por conseguinte, ao analisar os motivos faz-se necessário analisar a culpabilidade.

Da mesma forma, na análise da infração penal, os motivos pelo seu cometimento são muitos, e, muitas vezes, não são de fácil percepção. Porém, o seu cometimento resume-se a essa

<sup>150</sup> Tradução livre no original: “*A remedy which operates by fear, is called a punishment*”. BENTHAM, Jeremy. **Theory of Legislation**: v 2. Miami: HardPress, 2017. E-book.

<sup>151</sup> Tradução livre no original: “*for to prevent an offence, it is necessary that the repressive motive should be stronger than the seductive motive*”. *Ibid.*

<sup>152</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. E-book.

<sup>153</sup> *Ibid.*

mesma conclusão: o ser humano, ao cometer um ato infracional, se afastou daquilo que o trazia dor e delinuiu com o objetivo de buscar seu prazer, sua felicidade, na medida em que a reprovação desse ato será auferida na análise da culpabilidade.

### **3. A CULPABILIDADE E SUA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA**

No que tange à reprovação social sobre uma conduta delituosa, é necessário um estudo mais aprofundado do comportamento humano, uma abordagem histórica sobre o conceito e evolução da culpabilidade para a humanidade, na observação do aspecto objetivo, bem como do aspecto subjetivo da culpa e sua importância ao conceito contemporâneo de culpa.

Como demonstrado no presente trabalho, o ordenamento jurídico penal brasileiro adota o sistema tripartido, definindo o delito como uma ação típica, ilícita e culpável. Todavia, diante

da evolução histórica desse conceito, é possível destacar a presença de algumas teorias que trouxeram o aprimoramento do que se entende por culpabilidade, conforme ver-se-á a seguir.

Na antiguidade, a responsabilidade penal era tratada com objetividade, sendo apenas observado a relação entre a conduta e o resultado, ou seja, a punição, que era uma forma de castigo, era aplicada ao sujeito que realizou a conduta que gerou o resultado danoso, sem se preocupar se ele agiu com intenção de causar aquele resultado de fato. Tornando, assim, a culpa um objeto irrelevante à punição e, por conseguinte, à proporcionalidade da pena.

Nilo Batista<sup>154</sup> apresenta um exemplo que torna fácil a compreensão, na medida em que o doutrinador identifica que, na antiga legislação da Babilônia, se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e esta viesse a desabar matando outrem, o pedreiro sofreria a punição da morte; porém, se no desabamento tivesse morrido o morador e seu filho, a punição seria a morte do pedreiro e também de seu filho.

Nesse exemplo fica claro que o aceitável à época era a punição condizente com o resultado danoso produzido, independentemente da culpa, da manifestação ou não de vontade do pedreiro e de seu filho, sendo esse o entendimento da responsabilidade objetiva.

A primeira das teorias da culpabilidade, é chamada de teoria psicológica da culpabilidade, ou conceito psicológico, e tem como viés desmistificar essa responsabilidade objetiva, trazendo um aspecto psicológico na análise do crime. Essa teoria foi fortemente influenciada pelo período pós-iluminista, com base no direito natural, no qual o homem passa a ser o centro do universo em si mesmo, sendo, assim, um ser livre e racional, passível de realizar o bem e o mal, de forma que deverá ser responsabilizado pela prática do mal quando consciente<sup>155</sup>.

Com base na pesquisa da autora Bruna Gonçalves<sup>156</sup>, afirma-se que Karl Binding foi o precursor na concepção da culpa como um elemento da teoria do delito. O autor, entendia que toda conduta que fosse contrária ao direito deveria ser considerada uma conduta culpável, no entanto, ele não diferenciava a culpabilidade da antijuridicidade.

Considera-se a forte influência do positivismo no final do século XIX, em que a percepção do fato punível era dividida em duas partes, a interna e a externa, em que esta consistia no resultado danoso, objeto da antijuridicidade, enquanto aquela era atribuída à

---

<sup>154</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. *E-book*.

<sup>155</sup> LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e Vulnerabilidade: Proposta para um novo conceito de culpabilidade penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 25.

<sup>156</sup> *Ibid.*

culpabilidade, compreendida como um elemento subjetivo, uma alteração psicológica do autor do fato que poderia manifestar-se pelo dolo e culpa<sup>157</sup>.

Dessa forma, nasce a teoria psicológica, adotando a culpabilidade como elemento autônomo do delito. Nesse sentido, a ação passou a ser considerada um movimento que gera uma mudança no mundo exterior, enquanto a culpabilidade passou a ser definida como a relação psíquica entre o autor e o fato praticado<sup>158</sup>.

Portanto, observava-se uma preocupação em analisar a reprovabilidade da conduta diante da análise dos elementos subjetivos e, portanto, psicológicos do indivíduo que praticou um delito. A vontade ou não de agir se tornou o centro do debate, compreender se ele de fato tinha a consciência da reprovabilidade e dos efeitos danosos da sua conduta.

Diante das dificuldades que essa teoria enfrentou em justificar situações como a inimputabilidade e, as causas de exclusão de culpabilidade, bem como as situações de culpa inconsciente, ela foi superada pela teoria psicológica-normativa.

A teoria psicológica-normativa trouxe o juízo de reprovação ao sujeito diante da conduta praticada por ele. Nesse sentido, essa teoria exigia da culpabilidade mais que o dolo ou a culpa, mas também um elemento normativo, uma censura da conduta realizada pelo agente<sup>159</sup>.

Uma vez que, faz-se necessário a reprovabilidade da conduta, esse elemento normativo trazido pela teoria determina, como pressupostos para a culpabilidade, conforme identifica Capez: “(i) imputabilidade, ou seja, a capacidade de culpabilidade do autor; (ii) dolo e culpa, em sentido estrito; e (iii) exigibilidade de conduta diversa, se dele for exigível a prática de conduta diversa, trata-se da culpabilidade como juízo de reprovabilidade, como uma censura”.

160

A crítica a essa teoria psicológica-normativa se concentra no entendimento de que, ao determinar que a culpabilidade trata-se de um juízo de reprovabilidade, sobre o autor, diante do que este fez, essa análise, para ao julgador, pode tornar-se arbitrária e subjetiva, conforme interpretação do aplicador da lei.

Evoluindo para a teoria pura normativa, ela vai deslocar o dolo e a culpa para integrarem a conduta do agente, enquanto a culpabilidade vai se restringir a um juízo de reprovação, sendo excluído qualquer traço psicológico<sup>161</sup>. Nesse sentido, essa teoria é baseada no juízo de

---

<sup>157</sup> NUNES, Leandro Gornicki. **Culpabilidade e Exculpação**: O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. *E-book*.

<sup>158</sup> LOUREIRO, *op. cit.*, p. 24.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>160</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. São Paulo: Saraiva jur, 2018. p. 409.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 410.

reprovação, ou seja, parte do pressuposto de que o agente possui capacidade mental e psíquica para compreender o caráter ilícito da sua conduta e ainda assim escolhe praticá-la.

Os pressupostos que compõem a culpabilidade são apenas três: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa<sup>162</sup>. Todavia, doutrinadores entenderam que essa teoria falhou em classificar de fato o que é uma conduta reprovável.

A teoria adotada pelo Código Penal brasileiro é a chamada teoria limitada, que, segundo Capez: “para a teoria limitada da culpabilidade, o erro recai sobre uma situação de fato (descriminante putativa fática) é erro de tipo, enquanto o que incide sobre a existência ou limites de uma causa de justificação é erro de proibição [...]”<sup>163</sup>.

Esse conceito de culpabilidade traz muita semelhança ao conceito da teoria normativa, uma vez que se desdobra em três elementos: (i) imputabilidade; (ii) potencial consciência da ilicitude; e (iii) exigibilidade de conduta diversa.

Destrinchando esses elementos de forma breve, a imputabilidade é a capacidade de o agente compreender o caráter ilícito do seu comportamento, no entanto, não deve ser confundida com capacidade, sendo esta o gênero do qual a imputabilidade é espécie, conforme exemplifica Capez<sup>164</sup>.

A Lei penal determina um critério biológico, no artigo 27 do Código Penal<sup>165</sup>, determinando que os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, sendo essa a idade marco para compreender o desenvolvimento pleno da consciência humana. No entanto, deve ser observado também o critério psicológico, conforme explica Loureiro:

a lei penal exige que ele possua aparelho psíquico livre de defeitos funcionais ou constitucionais, os quais poderiam reduzir ou excluir sua capacidade de compreender o caráter proibido de sua conduta ou determinar seu comportamento de acordo com esse entendimento <sup>166</sup>.

Conclui a autora que os agentes maiores de 18 (dezoito) anos de idade completos e com condições favoráveis psíquicas serão dotados de imputabilidade, ou seja, terão capacidade para a culpabilidade e seu juízo de reprovação.

---

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 411.

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 412.

<sup>165</sup> BRASIL. **Lei nº 2.648, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 19 maio 2025.

<sup>166</sup> LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e Vulnerabilidade**: Proposta para um novo conceito de culpabilidade penal. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 52.



Com isso em mente, o ordenamento jurídico brasileiro compreende a existência de causas que excluem a imputabilidade e, portanto, exclui a possibilidade de realizar o juízo de reprovação e a culpabilidade, sendo essas hipóteses: quando o agente que praticar a conduta delituosa for portador de doença mental, ou estiver em desenvolvimento mental incompleto, ou desenvolvimento mental retardado; ou diante de uma situação de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

O segundo elemento da culpabilidade é a potencial consciência da ilicitude, que consiste na possibilidade de o agente que está praticando a conduta ilícita ter conhecimento de que sua conduta é contrária ao ordenamento jurídico, de forma que o sujeito deve conhecer a lei, sendo o desconhecimento da lei inescusável, nos moldes do artigo 21 do Código Penal<sup>167</sup>. Ou seja, não é possível alegar que não conhecia da lei, afinal, quem vive em sociedade rege-se pelas regras dessa sociedade.

Já na exigibilidade de conduta diversa, como apresenta Capez<sup>168</sup> é a expectativa social de um comportamento diferente daquele adotado pelo agente, de forma que a coletividade espera daquele sujeito uma conduta diferente, só podendo ser punidas condutas que poderiam ser evitadas, de forma que é possível excluir a exigibilidade de conduta diversa diante das hipóteses de coação moral irresistível e obediência hierárquica.

Diante dessa análise, é inquestionável o estudo da culpabilidade para a fixação da pena na dosimetria da pena. Todavia, a abordagem desse tema suscita críticas, tal como Loureiro que, ao analisar o atual modelo de culpabilidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, estabelece:

faz-se imprescindível a reformulação do conceito de culpabilidade, de forma a abranger não apenas a análise do comportamento ilícito e das condições mentais e psíquicas do agente no momento de sua realização, como também fatores externos e anteriores ao injusto penal que se relacionam ao processo de criminalização<sup>169</sup>.

A autora entende que elementos extrínsecos, como o social, o econômico e, o político, todos devem contribuir para uma análise mais refinada da culpabilidade. Deve-se observar as condições sociais em que o agente que praticou o ilícito convive, sua verdadeira realidade social deve tornar-se elemento de análise.

<sup>167</sup> BRASIL. **Lei nº 2.648, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 19 maio 2025.

<sup>168</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. São Paulo: Saraiva jur, 2018. p. 435.

<sup>169</sup> LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e Vulnerabilidade: Proposta para um novo conceito de culpabilidade penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 65.

No entanto, ainda assim, a análise da culpabilidade, seja diante dos elementos da teoria limitada adotada pelo Código Penal ou por novos elementos apresentados pela doutrina moderna, de uma forma ou de outra, consiste inteiramente na capacidade pensante do aplicador da lei, do julgador, da sua livre interpretação do caso concreto à luz a norma escrita.

### 3.1. A REPROVAÇÃO SOCIAL E A CULPABILIDADE

Diante de um resultado danoso causado pela prática de uma conduta comissiva, por meio de uma ação, ou de uma conduta omissiva, por meio de uma omissão, surge um prejuízo para a sociedade. Em razão disso, haverá reprovação social e a necessidade de uma resposta estatal. É nesse contexto que a culpabilidade do agente será analisada, podendo ensejar a aplicação de uma pena.

A partir dessa análise, José Antônio Paganella Boschi<sup>170</sup>, introduz a explicação de que a pena executada em penitenciária, que o autor chamará de pena estatal, que corresponde à pena privativa de liberdade, cujas espécies são: reclusão, detenção e prisão simples. Conforme o autor, essa modalidade de pena corresponde a uma evolução cronológica da história das penas, nas palavras do autor: “substitui-se a punição do corpo pelo suplício da alma [...]”<sup>171</sup>.

Dessa forma, a professora Gisela França da Costa<sup>172</sup> identifica que, segundo Massimo Pavarini, a instituição penitenciária surgiu nos séculos XVIII e XIX e que, antes do surgimento das prisões como pena, havia um complexo sistema de punições.

No estudo da culpabilidade, durante o período iluminista, nasceram as escolas para estudar o crime, sendo as mais conhecidas a Escola Clássica, a Escola Positiva, também conhecida como Escola Antropológica e, por fim, a Escola Eclética<sup>173</sup>.

Conforme o entendimento da Escola Clássica, o crime está ligado ao livre arbítrio do sujeito, de forma que a pena, nas palavras de José Antônio, trata-se da “a retribuição pelo mal cometido, imposta no interesse da sociedade [...]”<sup>174</sup>. Em sentido contrário, a Escola Positiva determina que o crime era uma questão psíquica ou até mesmo hereditária, devendo ser, portanto, afastada a ideia de livre arbítrio e a pena, para o crime cometido diante de tais

<sup>170</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*.

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> PAVARINI, Massimo. Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico: Edicions Bellaterra, 2003.p. 26 *apud* DA COSTA, Gisela França. **O Mito da Pena Ressocializadora: Exclusão Social e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024. p. 7.

<sup>173</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*.

<sup>174</sup> *Ibid.*

circunstâncias, objetivava proteger a sociedade de homens verdadeiramente perigosos, com base na capacidade de culpa.

No que tange à Escola Eclética, essa buscava conciliar as ideias trazidas pelas outras duas, uma mistura, que, negava a ideia do livre-arbítrio e, no entanto, reconhecia que o sujeito detinha uma liberdade, porém uma liberdade volitiva, de forma que a pena, diante de uma conduta criminosa, é um instrumento de defesa social<sup>175</sup>.

Diante da análise contemporânea da culpabilidade, torna-se fundamental mencionar Jakobs<sup>176</sup> e sua obra *Direito Penal do Inimigo*, na qual o autor traz o pensamento de que o objetivo da aplicação das penas em uma sociedade, é muito mais que reprovar ou prevenir o crime, mas visa reforçar a confiança da população na ordem jurídica do direito positivo, da norma violada.

Todavia, o ordenamento jurídico, conforme exemplifica José Antônio<sup>177</sup>, trata-se de uma estrutura complexa, uma vez que é constituída de valores, princípios e regras, tornando-se, assim, não apenas a norma estritamente, mas um aglomerado de sentidos quais seu intérprete irá analisar. Nesse sentido, o autor justifica: “o intérprete à aplicador da lei com muita frequência precisarão se socorrer dos valores e dos princípios para poderem encontrar a solução da questão concreta e específica posta diante de si [...]”<sup>178</sup>.

Isso acontece, segundo o autor, uma vez que a regra, sendo a lei, o direito positivado, muitas vezes entra em conflito com os valores de Justiça, de forma que caberá ao julgador reinterpretar.

Conclui-se, portanto, que nem sempre haverá uma harmonização entre o direito positivado e a justiça, em seu sentido valorativo, cabendo ao aplicador do direito utilizar-se de valores e princípios na reinterpretação das normas positivadas, dando a essas o verdadeiro sentido aclamado pela sociedade.

Quando tratar de valores, a interpretação que se dá a essa palavra, quando voltada para o ordenamento jurídico e suas normas, é no sentido cultural de uma sociedade. De forma que, os valores de uma sociedade, não são algo palpável, não são uma coisa corpórea e, portanto,

---

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> JAKOBS, Günter; MELIÁ, Câncio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p. 67 *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. ***Das Penas e seus Critérios de Aplicação***. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*.

<sup>177</sup> BOSCHI, *op. cit.* *E-book*.

<sup>178</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. ***Das Penas e seus Critérios de Aplicação***. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*.

não se pode deduzir que os valores de um povo sejam possíveis de definir precisamente, estão conectados à natureza humana, conforme determina José Antônio<sup>179</sup>.

Os princípios, para o autor: “os princípios, na função de *ratio legis*, atuam como excelentes ferramentas que ajudam o intérprete a extrair os significados das normas que compõe o ordenamento jurídico [...]”<sup>180</sup>.

A visão de que a correta aplicação do direito, das normas positivadas, só será possível mediante uma análise complexa do seu aplicador diante dos valores de uma sociedade e dos princípios, pode-se dizer que é uma ideia conectada com outras disciplinas, como a filosofia.

O filósofo Michael Oakeshott<sup>181</sup>, em sua obra *Rationalism in Politics and Other Essays*, identifica que o conhecimento vai além do que está escrito no papel, em um manual ou em um livro, é possível adquirir conhecimento com a vivência. O exemplo trazido pelo autor é de um homem consertando uma roda: não importa quantas batidas o manual diz que o homem terá de dar, o que realmente resolverá o problema é o memento que o homem sente a roda e percebe de fato, quantas batidas ele realmente precisa dar em ordem de consertar o problema.

Com um simples exemplo, de um homem e sua roda, o filósofo nos demonstra que para alcançar conhecimento é necessário interpretar além do que está escrito, utilizando também o conhecimento da vivência, da experiência; só assim o homem conseguiu de fato resolver o seu problema.

Em um comparativo do entendimento do filósofo e a ideia central deste capítulo, pode-se interpretar que para alcançar a verdadeira Justiça é necessário que o aplicador do direito olhe além das normas positivadas, e, ao utilizar os valores e princípios na aplicação para a melhor interpretação do ordenamento jurídico, estará utilizando ideias que transcendem o Direito Penal em seu sentido estrito.

Nessa analogia do campo da filosofia, é possível perceber que, para melhor aplicação, do Direito Penal no campo da criminalidade, como determina a professora Gisela França, é necessária uma perspectiva transdisciplinar:

o fenômeno da criminalidade e os conceitos e preconceitos que o cercam, bem como o aparato técnico e tecnológico empregado pelo Estado na utilização de seu *jus*

---

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> Tradução livre no original: “‘How dare you, a wheelwright, find fault with the book I am reading. If you can explain your statement, I will let it pass. If not, you shall die’. Speaking as a wheelwright, he replied, ‘I look at the matter in this way; when I am making a wheel, if my stroke is too slow, then it bites deep but is not steady; if my stroke is too fast, cannot get into the hand unless it comes from the heart. It is a thing that cannot be put into words’”. OAKESHOTT, Michael. **Rationalism in politics and other essays**. United States of America: Liberty Fund, 2010. *E-book*.

*puniendi*, somente podem ser verdadeiramente compreendidos através de uma perspectiva transdisciplinar<sup>182</sup>.

Nesse sentido, fica clara a importância dos princípios jurídicos na aplicação da pena, ao exemplo do princípio da individualização da pena, mencionado na presente obra, expresso no artigo 5º da Constituição Federal, no inciso XLVI, conforme exemplifica a professora:

a sanção penal a ser imposta deve ser especificamente mensurada, cabendo ao julgador determiná-la separadamente, quanto a cada um dos concorrentes e quanto a cada um dos delitos praticados, indicando fundamentadamente, suas razões de decidir, consoante o art. 93, IX da CRFB/1988. Individualizar a pena é mensurá-la de acordo com o caso concreto, assim o esposado no inciso XLVIII da Constituição Federal ao determinar que o cumprimento da pena privativa de liberdade será realizado em estabelecimentos distintos, levando-os em consideração a natureza do delito, a idade e o sexo do condenado, tornando patente a individualização no que tange à execução penal<sup>183</sup>.

Diante da importância de o julgador analisar concretamente o fato criminoso praticado pelo sujeito, que é um indivíduo detentor de singularidades próprias e intransferíveis, na aplicação das penas é fundamental a fundamentação das decisões judiciais, conforme determina o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal<sup>184</sup>.

Em que pese a aplicabilidade da lei penal, o magistrado, após análise do ordenamento jurídico, dos valores e princípios, respeitando o sistema trifásico do crime, mediante a observação da dosimetria da pena e com a devida fundamentação, elaborará sua sentença que, segundo o autor José Antônio: “a sentença, por meio da qual, ao menos teoricamente, o juiz restabelece a paz social e em nome do interesse público cobra responsabilidades daquele que ofende aos bens juridicamente protegidos [...]”<sup>185</sup>.

Nesse contexto, conclui-se que o ato criminoso, seja comissivo, mediante uma ação, ou omissivo, mediante uma omissão, sempre foi punido de alguma forma na história da sociedade, tendo em vista que tais condutas afloram uma reprovação social, ensejando um atuar das autoridades. Em função disso, percebe-se mais que adequada a conclusão do autor acima citado quando este afirma que a sentença do juiz restabelece uma paz social em nome do interesse público.

<sup>182</sup> COSTA, Gisela França da. **O Mito da Pena Ressocializadora: Exclusão Social e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024. p. 1.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>184</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 jul. 2025.

<sup>185</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*.

No entanto, não é possível ao magistrado aplicar uma sentença e estabelecer uma pena, sem a análise da culpabilidade e todas as suas anuências. Nas palavras de José Antônio: “o juiz não exerce poder arbitrário, pois deve guiar-se fundamentadamente (art. 93 da CF) por critérios legais e jurisprudenciais e proclamar a pena em espécie e quantidade que reflita o ideal da proporcionalidade entre a ação criminosa e a resposta penal [...]”<sup>186</sup>.

Conclui-se que a análise da culpabilidade pelo aplicador do direito é uma análise subjetiva que transcende a norma positivada.

### 3.2 A UTILIZAÇÃO DO UTILITARISMO PARA UMA ANÁLISE TÉCNICA DA CULPABILIDADE

A aplicação do Direito Penal, como visto no presente trabalho, deve ser realizada com cautela e estudo de cada caso concreto e suas peculiaridades. Como resultado, a dosimetria da pena, estabelecerá a análise das circunstâncias judiciais nos moldes do artigo 59, do Código Penal<sup>187</sup>.

Todavia, o Código Penal apenas estabelece quais são as circunstâncias judiciais que serão apreciadas na primeira fase da dosimetria da pena e ensejarão na manifestação do magistrado na estipulação da pena-base. De forma taxativa, o artigo determina a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do crime, consequências do crime e comportamento da vítima, sendo essas as circunstâncias judiciais.

No entanto, conforme determina o autor Gabriel Silveira, “a lei não fornece critérios de avaliação das circunstâncias previstas no artigo 59, tampouco estabelece pesos ou valores predeterminados a serem atribuídos a cada vetor [...]”<sup>188</sup>.

Conforme determina o autor, essa omissão da legislação em atribuir com clareza uma definição de cada uma das circunstâncias judiciais causa o que José Henrique Pierangeli<sup>189</sup> chama de anarquia interpretativa.

---

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> BRASIL. **Lei nº 2.648, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 31 ago. 2025.

<sup>188</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da Pena: e o problema da discricionariedade judicial**. Bahia: JusPodivm, 2021. p. 82.

<sup>189</sup> PIERANGELI, José Henrique. Código Penal comentado. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 140 *apud* CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da Pena: e o problema da discricionariedade judicial**. Bahia: JusPodivm, 2021. p. 82.

Ou seja, permite-se que os juízes e tribunais possam analisar as circunstâncias judiciais e aferir a pena-base com base em suas próprias visões pessoais, portanto, mediante fatores extralegais. Em função disso, possibilita-se a ocorrência de discricionariedade aos juízes<sup>190</sup>.

Gabriel Silveira<sup>191</sup> identifica que as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, apenas identificam quais são essas, sem, contudo indicar quais serão consideradas como favoráveis ou desfavoráveis ao acusado, de forma que é possível uma situação em que dois réus condenados pelo mesmo crime, cometidos sob idênticas circunstâncias fáticas, poderão receber sentenças diversas.

Esse fenômeno ocorrerá, pois a análise das circunstâncias judiciais do crime para a elaboração da pena-base será aferida pelo magistrado com base em fatores extralegais de cada juiz. Em outras palavras, com base em fatores interpretativos e subjetivos, o que poderá ocasionar decisões judiciais distintas, apesar de o crime ser o mesmo e de as circunstâncias fáticas serem idênticas.

Sendo assim, sem um critério claro e objetivo no que tange às circunstâncias judiciais, prevalecerá à discricionariedade do julgador.

No entanto, é necessário observar um preceito presente na Justiça Restaurativa, de que o réu trata-se, de um ser humano detentor de direitos e garantias constitucionais. Nesse sentido, condicionar a fixação da pena-base à interpretação subjetiva e, portanto, discricionária dos julgadores pode não ser o suficiente para que Justiça possa ser atingida.

A discricionariedade não é arbitrariedade; nos moldes do Supremo Tribunal Federal<sup>192</sup>, a discricionariedade é o exercício de uma faculdade, enquanto a arbitrariedade é um mero capricho. Essa diferenciação fica clara quando afirma-se que há limites à atuação do juiz, em sua decisão judicial, que deve ser devidamente fundamentada, com base nos princípios e valores, bem como nos limites impostos pela própria legislação e jurisprudência.

Portanto, a discricionariedade aqui discutida não é um mero capricho do julgador, nem mesmo uma sentença desarrazoável, mas sim, os critérios subjetivos do processo para o julgador chegar até a sentença de fato. É, na verdade, o estudo e a observação subjetiva desse julgador perante a culpabilidade do sujeito, a falta de clareza, de uma técnica exata para que o magistrado possa aferir essa culpabilidade.

---

<sup>190</sup> CAMPOS, *op. cit.*, p. 82.

<sup>191</sup> *Ibid.*

<sup>192</sup> SADDY, André. **Discricionariedade e Jurisdição Constituição Supranacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 8.

Lembrando que o magistrado, ao deferir a pena-base, deverá se basear no quantitativo mínimo e máximo previstos no preceito secundário do tipo, conforme determina o artigo 53, do Código Penal: “as penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime [...]”<sup>193</sup>.

Dessa forma, conclui-se que a pena-base de fato será obrigatoriamente dosada entre os limites mínimo e máximo previstos em abstrato pelo legislador no preceito secundário do tipo, conforme explica Ricardo Augusto Scmitt<sup>194</sup>.

No entanto, apesar desse limite à imposição da pena pelo magistrado, em que a pena mínima será o ponto de partida para a fixação da pena-base, na primeira fase da dosimetria da pena, esclarece o autor que a exasperação da pena será possível e dependerá de valoração do magistrado conforme: “estiver presente algum vetor que tenha sido reconhecido e, simultaneamente, valorado pelo juiz sentenciante como negativo ao agente na primeira fase [...]”<sup>195</sup>.

A discricionariedade do juiz foi assunto debatido no próprio Supremo Tribunal Federal, estabelecendo o precedente pela plena discricionariedade do magistrado, como observa o HC 103430 de Minas Gerais, que se trata de um habeas corpus que discutia a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, Lei de Drogas, afirmando o Tribunal Superior pela discricionariedade do juiz:

O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto<sup>196</sup>.

Com base no reconhecimento da discricionariedade do magistrado somado à incontestável importância da aplicação do Direito Penal na sociedade, destaca-se a contribuição de Claus Roxin<sup>197</sup>, ao afirmar que o Direito Penal é uma instituição de extrema importância

<sup>193</sup> BRASIL. **Lei nº 2.648, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>194</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal condenatória: Teoria e Prática**. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 195.

<sup>195</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal condenatória: Teoria e Prática**. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 196.

<sup>196</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 103430/MG**. Tráfico ilícito de entorpecentes [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 de agosto de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614468>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>197</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. São Paulo: Renovar *apud* BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. **Dosimetria e Discricionariedade: A fixação da pena no tráfico privilegiado**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. *E-book*.



para a garantia da paz social e para o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. O que torna o estudo da culpabilidade e a análise da aplicação das penas um assunto de reflexão ao Estado Democrático de Direito.

Apesar de ser um poder inerente às funções do magistrado, é necessário realçar os limites da com clareza, bem como é importante estabelecer critérios menos subjetivos para que o magistrado, ao analisar a culpabilidade do sujeito no momento da primeira fase da dosimetria da pena, não estabeleça uma pena-base carregada de subjetividade, comprometendo a justiça verdadeira ao caso concreto.

Nesse sentido, o utilitarismo é um fator relevante, abordado no presente trabalho como uma solução à mitigação dessa discricionariedade do magistrado ao analisar os elementos da culpabilidade na primeira fase da dosimetria da pena, de forma a auxiliar o aplicador do direito e tornar sua análise da culpabilidade menos subjetiva a valores extralegais, tornando esse processo mais técnico e menos pessoal.

É de conhecimento coloquial que o utilitarismo é uma filosofia voltada para a busca da felicidade, seja ela de um indivíduo ou a felicidade geral de uma sociedade. Nesse contexto, utilitarista em prol da felicidade geral da sociedade, os princípios do utilitarismo objetivam tornar o mundo um lugar melhor, de forma que seja reduzido o sofrimento.

Surge na Europa, com Francis Hutcheson<sup>198</sup>, a ideia de que o utilitarismo representa a maior felicidade do maior número. No entanto, apesar dessa interpretação do filósofo irlandês, o presente trabalho tem o objetivo de focar na interpretação do utilitarismo de Jeremy Bentham<sup>199</sup> e, por isso, se concentrar na ideia do utilitarismo focado no comportamento humano, que tende a se afastar de tudo aquilo que causa dor e sofrimento, buscando aproximação com a felicidade e o prazer.

Com esse pensamento, o presente trabalho pretende contribuir para o debate de forma a questionar a discricionariedade do magistrado na análise da culpabilidade para a elaboração da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena, entendendo que, mediante os princípios do utilitarismo de Bentham<sup>200</sup>, se reconhece uma forma de analisar essa culpabilidade utilizando as fontes trazidas pelo filósofo em seu trabalho para conceder um caráter menos valorativo à ação do aplicador do direito.

---

<sup>198</sup> HUTCHESON, Francis. **An Inquiry into the original of our ideas of Beauty and Virtue**: Revised Edition. United States of America: Liberty Fund, 2008. *E-book*.

<sup>199</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 4.

<sup>200</sup> *Ibid.*

Diante das enormes desigualdades enfrentadas pelo país, sendo essas geográficas, econômicas, sociais, dentre outras, é possível encontrar manifestações contrárias à resposta estatal ao crime e suas punições. Como nas palavras de Edna Del Pomo de Araújo, diante de uma matéria da revista CEJ: “o Estado intensifica sua repressão sobre as camadas mais pobres da população em um processo denominado por alguns intelectuais como ‘criminalização da pobreza’ [...]”<sup>201</sup>.

A autora dirige uma crítica ao Estado e à forma como exerce o seu direito de punir, destacando que esse mecanismo recai, em grande medida, sobre as classes sociais menos favorecidas. Em razão disso, ela denomina essa forma de punir de “ditadura dos pobres”<sup>202</sup>. Esse descontentamento pode ser justificado pela grande discricionariedade na aplicabilidade das penas, bem como observado no presente trabalho.

Essa injustiça penal decorre de um processo histórico, do Brasil Império, diante da construção da Casa de Correção do Rio de Janeiro. Essa instituição penal colonial tentou implementar uma nova concepção de punição estatal, que tinha o objetivo de reintegrar o criminoso à sociedade. Todavia, as prisões eram resultado de condutas parciais e injustas das forças policiais<sup>203</sup>.

A Casa de Correção do Rio de Janeiro foi inspirada nos estabelecimentos carcerários dos Estados Unidos e da Inglaterra<sup>204</sup>, cuja inspiração foi baseada no utilitarismo, sendo uma prisão voltada à recuperação do indivíduo, de forma que Bentham, em sua obra *O Panóptico*<sup>205</sup>, estabelece que: “quanto mais constantemente as pessoas a serem inspecionadas estiverem sob a vista das pessoas que devem inspecioná-las, mais perfeitamente o propósito do estabelecimento terá sido alcançado”.

Na medida em que a aplicação da pena é um processo histórico, por consequência, a discricionariedade do magistrado também é, o que torna o assunto de extrema relevância na atualidade.

As desigualdades sociais enfrentadas pela sociedade atual contribuem para elaboração de injustiças cometidas diante da discricionariedade na aplicação das penas, como cita Bruno

---

<sup>201</sup> ARAÚJO, Edna Del Pomo de. *Prisão e Socialização: a penitenciária Lemos de Brito*. **Revista CEJ**, Brasília, n36, p. 83-89, mar. 2007.

<sup>202</sup> *Ibid.*

<sup>203</sup> MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. **História das Prisões no Brasil**. v. 2. [s. l.]: Anfiteatro, 2017. *E-book*.

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Tradução Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. *E-book*.

Rotta Almeida<sup>206</sup>, em seu trabalho *A Prisão e Desumanidade no Brasil*. Constata o autor que: “a seleção e exclusão das pessoas que integram grupos sociais vulneráveis/vulnerabilizados e se concretiza nas constantes violações dos direitos fundamentais da população privada de liberdade”.

Uma forma de amortizar essa discricionariedade e causar um índice menor de desigualdades na aplicabilidade das penas no ordenamento jurídico brasileiro seria a utilização do utilitarismo.

A forma como o utilitarismo seria aplicado a um julgamento se concentra estritamente na análise da culpabilidade do sujeito como circunstância judicial na primeira fase da dosimetria da pena.

Relembrando que, nesse momento a culpabilidade analisada de forma genérica, como juízo de reprovabilidade da conduta do agente, isto é busca-se verificar se o seu comportamento merece maior ou menor a reprovação. Para realizar essa aferição o magistrado não deve recorrer a subterfúgios valorativos ou critérios extraleais. Nesse momento, deve haver uma análise criteriosa das fontes de origem dos sentimentos de felicidade e infelicidade do sujeito, trazidas pelo utilitarismo de Jeremy Bentham<sup>207</sup>.

Analizando essas fontes, é possível identificar o que deu causa à conduta do agente, sua motivação, origem e consequências. Diante dessa análise, é possível a elaboração de um critério de fundamentação mais técnica da culpabilidade do indivíduo.

Entendendo que todo comportamento humano se origina do seu afastamento de tudo aquilo que causa dor e infelicidade, à procura de sua felicidade, as fontes que geram essa felicidade e infelicidade são fatores imprescindíveis para aferir a culpabilidade e a reprovabilidade da sua conduta.

Lembrando que as fontes do prazer e da dor de um indivíduo são divididas em quatro, conforme a filosofia do utilitarismo de Bentham, sendo elas: a fonte física, ligada à vida presente do indivíduo; a fonte política, autoexplicativa, está relacionada às escolhas políticas daquele sujeito e como essas escolhas influenciam o mundo ao seu redor; já a terceira fonte, a moral, ligada a algo natural do individual; e, por último, a fonte religiosa, cujo alcance vai além da esfera física do sujeito alcançando um ser invisível.

---

<sup>206</sup> ALMEIDA, Bruno Rotta. *Prisão e Desumanidade no Brasil: Uma crítica baseada na história do presente*. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n74, p. 43-63, jun. 2019.

<sup>207</sup> BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 13.

No entanto, esta pesquisadora entende ser possível a utilização de uma quinta fonte, introduzida no presente trabalho de forma a atualizar o trabalho e melhorar a interpretação, sendo tal fonte a histórica, em que devem ser analisados também os impactos da história da humanidade na vida dos indivíduos, de forma que as minorias não sofram as desigualdades de seus antepassados.

Para alcançar a Justiça, assim alcançando a paz social e o bem-estar da coletividade, deve-se afastar as desigualdades até mesmo de decisões genéricas. A culpabilidade, a reprovação social de uma conduta, precisa passar pela análise dessas cinco fontes, de maneira a produzir uma maior eficiência ao seu resultado.

Seguindo a filosofia utilitarista, com base nos princípios da moral, essa é a maneira como os seres humanos tratam uns aos outros e, conforme questiona o filósofo contemporâneo e renomado professor da Universidade Norte Americana Harvard, Michael J. Sandel, em sua obra *Justiça, O Que é Fazer a Coisa Certa?*: “a coisa certa a fazer é simplesmente medir as consequências, os custos e benefícios [...]”.<sup>208</sup>

Utilizando a interpretação do professor universitário quanto ao utilitarismo, ele recomenda:

o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como utilidade ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento<sup>209</sup>.

Nesse sentido, a coisa certa a se fazer, seja a um indivíduo ou em termos coletivos estaria interligado a moral, de forma que, àqueles que de fato exercem Justiça e aplicam as leis, determinando, assim, o curso da vida de um ser humano e da sociedade como um todo, exige-se especial cautela. Tendo em vista que, sua decisão pode sofrer influência por suas convicções morais e pessoais, nublando, assim, seu ato pela sua moral.

Quando deparado com o certo a ser feito, a Justiça a ser feita, o julgador, portanto, está carregado por sua moral. Uma afirmativa que esta pesquisadora gostaria de ligar a problematização da discricionariedade aqui debatida.

Ainda que a discricionariedade de um julgador seja inerente à sua função, o questionamento que se faz é: até que ponto a sua moral, a sua ideia do que é o certo a ser feito,

<sup>208</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. *E-book*.

<sup>209</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. *E-book*.

não pode prejudicar a melhor e mais técnica decisão a ser tomada, a procura da Justiça que irá satisfazer a sociedade.

Conforme o utilitarismo de Bentham<sup>210</sup>, os seres humanos são governados pelos senhores soberanos do prazer e da dor, de forma que a tendência humana sempre os guiará a executar condutas que os levem à maior felicidade e prazer, ainda que de forma inconsciente. Seguindo essa lógica, para o aplicador do direito, a melhor forma de evitar um julgamento baseado na moral pessoal de um julgador é tornar esse julgamento o mais técnico possível.

Os princípios do utilitarismo, em sua base, introduzem ao comportamento fontes das quais o prazer e a dor se originam, baseando-se o legislador nessas fontes para analisar o comportamento do acusado e aferir a reprovabilidade social da sua conduta. Diante de sua culpabilidade, poderá trazer ao julgamento justamente esse grau técnico, menos discricionário da interpretação dos julgados, de forma a assegurar um julgamento mais Justo e assim realizar uma Justiça mais benéfica à sociedade, bem como ao indivíduo.

Dessa forma, por exemplo, percebe-se que o utilitarismo, ao propor que a moralidade das ações seja aferida pelas consequências, oferece uma lente interpretativa relevante para o estudo da culpabilidade. Se a pena tem como fundamento a reprovação da conduta e como finalidade a prevenção geral e especial, então a análise das circunstâncias judiciais, prevista no art. 59, do Código Penal, não pode se afastar da concepção de maximização do bem-estar coletivo.

Ao valorar elementos como; antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, o magistrado é constantemente desafiado a equilibrar sua percepção individual com um critério de justiça que atenda às necessidades da sociedade.

Nesse ponto, a teoria utilitarista apresenta um risco e, ao mesmo tempo, uma oportunidade. O risco de permitir que a moral subjetiva do julgador contamine a decisão e, contudo, também a oportunidade de orientar a aplicação da pena a partir de parâmetros objetivos, que considerem a utilidade social de cada escolha.

Assim, a culpabilidade, compreendida não apenas como reprovabilidade pessoal, mas também como limite à intervenção punitiva, deve ser examinada sob critérios técnicos e racionais. Evita-se, com isso, que a discricionariedade judicial se converta em arbitrariedade, garantindo maior previsibilidade e equidade.

---

<sup>210</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 4-5.

Portanto, a incorporação de fundamentos utilitaristas ao exame das circunstâncias judiciais, para uma racionalização do processo decisório, assegura que a sanção penal, ao final, cumpra um papel ético e socialmente justificado.

## **CONCLUSÃO**

Ao longo deste estudo, o presente trabalho objetivou demonstrar os conceitos de culpabilidade perante a evolução da sociedade, tendo em mente que o sistema de aplicação de pena e o sentido de Justiça, ao longo dessa evolução, foram sendo alterados e adaptados à realidade de cada sociedade.

Dessa forma, a reprovação social de uma conduta, condicionada à culpabilidade de um sujeito diante da prática de uma conduta danosa, seja ela comissiva ou omissiva, está condicionada a contextos sociais, de forma que o papel do julgador, ao analisar essa culpabilidade e fazer a Justiça de fato, estará sendo guiado através de valores extralegais, por sua ideia de moral, comprometendo o julgamento técnico, mediante o uso da discricionariedade.

A relevância da pesquisa é evidenciada no campo Jurídico, filosófico e social, uma vez que determina o processo da dosimetria da pena, mais especificamente no que tange à primeira fase, momento em que o magistrado precisará analisar as circunstâncias judiciais do crime para determinar a pena-base.

No âmbito do direito, É criticada a omissão legislativa em conceituar ou determinar de forma clara cada uma das circunstâncias judiciais, cabendo ao magistrado interpretar tais circunstâncias com base em sua discricionariedade, mediante a apreciação de valor e princípios extralegais.

No campo filosófico e social, a pesquisa apresenta a reflexão diante dessa discricionariedade do julgador, trazendo a moral do aplicador do direito a questionamento. Em função disso, esses valores e princípios extralegais utilizados pelos juízes ao elaborarem a pena-base estariam corrompidos pela sua moral, pela sua reflexão pessoal do que é Justiça, o certo a ser feito.

Diante do vício que acarretou essa análise subjetiva da culpabilidade pelo julgador, ao enfrentar tal questionamento, a pesquisa destacou a importância de uma análise mais técnica da culpabilidade, possibilitando, assim, um julgamento mais justo.

Como solução, foi apresentado o princípio do utilitarismo de Jeremy Bentham, seus conceitos filosóficos sobre o comportamento humano e, a inconsciência humana de ser guiado pelos seres soberanos do prazer e dor. Determinando, assim, que a natureza humana consiste sempre em se afastar das coisas que lhe causam dor e infelicidade e se aproximar da felicidade e do seu prazer.

A resposta alcançada por esta pesquisa, está baseada nos princípios do utilitarismo, introduzidos por Bentham, de forma criteriosa. O filósofo detalha, em sua obra, como a dor e o prazer influenciam no comportamento, bem como suas origens, sendo possível, dessa forma, justificar e compreender melhor o comportamento humano, o motivo que originou sua conduta, sua ação ou omissão.

Imperiosa foi a tarefa de compreender que o utilitarismo determina as fontes das quais emanam a dor e o prazer dos seres humanos, de forma que o magistrado, ao utilizá-las, possa fazer uma análise mais precisa e cautelosa da conduta do acusado, afastando-se assim dos seus valores morais e pessoais.

O trabalho vai além da esfera do Direito Penal e do Processo Penal através de um estudo transdisciplinar, envolvendo matérias do campo da filosofia e de outros ramos do conhecimento para traçar uma compreensão ampla do assunto.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Rotta. Prisão e Desumanidade no Brasil: Uma crítica baseada na história do presente. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n74, p. 43-63, jun. 2019.

ARAÚJO, Edna Del Promo de. Prisão e Socialização: a penitenciária Lemos de Brito. **Revista CEJ**, Brasília, n36, p. 83-89, mar. 2007.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Grupo gen, 2023.

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. *E-book*.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. *E-book*.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. United States of America: White Dog Publishing, 2010.

BENTHAM, Jermey. **O panóptico**. Tradução Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. *E-book*.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984.



BITENCOURT, Cesar R. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts.1º a 120). 29. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. *E-book*.

BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. **Dosimetria e Discricionariedade: A fixação da pena no tráfico privilegiado**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. *E-book*.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 2.648, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 5 mar. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Institui a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 21 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Súmula nº 444**. Brasília, DF, 28 de abril de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27444%27.num.&O=JT>. Acesso em: 05 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial 1.965.389/SC**. Homicídio culposo na direção de veículo automotor [...]. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro, 22 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=143908752&tipo=5&nreg=202103297468&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20220225&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 284.951/MG**. Homicídio culposo na direção de veículo automotor [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 8 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=34731754&tipo=5&nreg=201304114898&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140423&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 1352043/SP**. Continuidade delitiva [...]. Relator: Sebastião Reis Júnior, 10 de outubro de 2013. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200801036259&dt\\_publicacao=28/11/2013](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801036259&dt_publicacao=28/11/2013). Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14737compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm). Acesso em: 15 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 103430/MG.** Tráfico ilícito de entorpecentes [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 de agosto de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614468>. Acesso em: 15 jul. 2025.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena:** e o problema da discricionariedade judicial. Salvador: JusPodivm, 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COSTA, Gisela França da. **O Mito da Pena Ressocializadora:** Exclusão Social e Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Penas:** Histórico, funções, individualização e dosimetria. 2023. *E-book*.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Artigos 1º a 120 do Código Penal. v.1. 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. *E-book*.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal.** São Paulo: GZ, 2017. v. 1. *E-book*.

HUTCHESON, Francis. **An Inquiry into the original of our ideas of Beauty and Virtue:** Revised Edition. United States of America: Liberty Fund, 2008. *E-book*.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 10. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2024.

LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e vulnerabilidade:** proposta para um novo conceito de culpabilidade penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. **História das Prisões no Brasil.** v. 2. [s. l]: Anfiteatro, 2017. *E-book*.

MASSON, Cleber. **Direito Penal:** Parte Geral (arts. 1º ao 120). Vol. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024, *E-book*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

NUNES, Leandro Gornicki. **Culpabilidade e Exculpação:** O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. *E-book*.

OAKESHOTT, Michael. **Rationalism in politics and other essays.** United States of America: Liberty Fund, 2010. *E-book*.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria crítica**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SADDY, André. **Discrecionalidade e Jurisdição Constituição Supranacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. *E-book*.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.