

CRÍTICA AO CHAMADO “HOMEM MÉDIO” COMO BAREMA DE UMA CULPABILIDADE MORALIZANTE

COMMENT TO THE SO-CALLED “MIDDLE MAN” AS A BAREMA OF A MORAL CULPABILITY

Recebido: 16.06.2020

Aprovado: 25.02.2021

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

Doutor em Direito pela UFBA. Professor Adjunto do PPGD/UFBA. Advogado.

EMAIL: sbam@terra.com.br

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2042697331981933>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3051-2966>

RESUMO: O presente artigo, a partir da análise de decisões judiciais, analisa o parâmetro do chamado “homem médio”, comumente utilizado em juízos condenatórios ou em acréscimos na pena aplicada a um indivíduo concreto. Para tanto, discute-se, ante concepção normativa de culpabilidade, a suposta legitimidade da imposição de padrões generalizantes. Especificadamente, o cotejo com o ser humano médio não é estabelecido na pessoa do acusado, mas em figura abstrata de pessoa imaginada, ilustração ideal e que jamais chegou a existir de fato. Há ainda dificuldade de se definir com clareza o conjunto de características atreladas ao conceito de “homem médio”, o qual, conseqüentemente, recai em subjetivismos. Com efeito, por muitas vezes a medida em questão representa mera fórmula de substância argumentativa.. Assim, o que se preconiza é que a ponderação da culpabilidade abandone a figura do homem médio e passe a buscar seu fundamento no homem individualizado e concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Culpabilidade; Homem médio; Juízo moral; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The present article, based on the analysis of judicial decisions, question the parameter of the so-called “average man”, commonly used in condemnatory judgments or in additions to the penalty applied to a specific individual. For this purpose, the supposed legitimacy of the imposition of generalizing standards is discussed, under the normative conception of culpability. Specifically, the comparison with the average human being is not established in the person of the accused, but in an abstract figure of an imagined person, an ideal illustration that never actually existed. Also, there is a difficulty in clearly defining the set of characteristics linked to the concept of “average man”, which, consequently, falls into subjectivisms. Thus, what is advocated is that the consideration of culpability should abandon the figure of the average man and start looking for its foundation in the individualized and concrete man.

KEYWORDS: Criminal Law; Culpability; Average man; Moral judgment; Democratic State of Law.

Sumário: 1 Introdução - 2 A culpabilidade como “reprovação” e o barema generalizante do “homem médio” - 3 O “homem médio” como um suposto *topoi* que revela juízos morais -4 - Razões para o abandono da ideia do “homem médio” em uma sociedade multicultural - 5 Conclusões - 6 Referências

1. Introdução

“A conduta social do acusado, diante das informações obtidas dos autos, não se coaduna com a esperada do homem médio; personalidade do denunciado incompatível com o padrão médio da sociedade¹”. O trecho em referência consta da dosimetria da pena realizada pelo Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Sirinhaém, interior de Pernambuco, após condenação pelo corpo de jurados daquela localidade. Objeto de recurso de Apelação perante o Tribunal de Justiça, a pena foi mantida pela Corte.

Evidencia-se no trecho da decisão citada que o magistrado em questão utilizou o barema do chamado “homem médio” para valorar negativamente as circunstâncias judiciais na individualização da pena. Contudo, de tal valoração não restou claro quais foram os parâmetros axiológicos que definiram o “padrão médio” da conduta social e da personalidade, valorados na sentença como circunstância judicial negativa.

No entanto, o certo é que as circunstâncias consideradas “fora de padrão” pelo magistrado representaram acréscimo de pena ao condenado. Mais precisamente, por conta das circunstâncias “conduta pessoal” e “personalidade”, foram acrescentados dois anos adicionais na pena-base, que passou do mínimo legal, 12 (doze) anos, para 14 (quatorze) anos.

Não são raras as decisões que se utilizam de um padrão de ser humano médio para fundamentar ou mesmo individualizar a imposição da pena. Isto permite fazer reflexões sobre aquilo que se entende como culpabilidade do fato e do autor. Também permite questionar qual o paradigma utilizado para medir um padrão dito “médio” de conduta social ou personalidade. Esquemas dessa natureza podem interferir no juízo de condenação ou absolvição de alguém. Em última análise, agir de acordo com a expectativa de conduta de um ser humano médio pode representar a diferença entre ser condenado ou absolvido. Ser estranho a tais padrões, por sua vez, pode ser fundamento – ou pretexto – para imposição de pena a um indivíduo concreto.

O modelo do “homem médio” repercute também na dosimetria da pena, representando dias, meses ou anos adicionais de punição por conta de um modelo hipotético de pessoa construído na sentença e que se diferencia do réu. Nesse contexto,

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação Criminal nº 0000076-64.2011.8.17.1400 (0362621-1). Quarta Câmara Criminal. Relator: Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assunção. Julgado em 15 de junho de 2016.

o presente artigo pretende discutir, a partir de uma concepção de culpabilidade individualizante, a suposta legitimidade da imposição de padrões generalizantes a partir do chamado “cidadão médio”.

Para tanto, estabelece-se as relações entre o chamado “homem médio”² e baremas generalizantes de culpabilidade; em seguida, demonstra-se como tais juízos, utilizados para fundamentar eventuais condenações, não se coadunam com a valorização de diferenças próprias de um Estado Democrático e multicultural.

2. Introdução A culpabilidade como “reprovação” e o barema generalizante do “homem médio”

Desde que a culpabilidade deixou de ser um mero vínculo psicológico do autor com o fato e passou a ser pensada como um juízo de reprovação, discute-se qual seria o modelo, parâmetro ou conjunto de valores aptos a fundamentar e limitar a imposição da pena a um indivíduo concreto.

Quando Frank, em 1907, sustentou que a culpabilidade pode ser mensurada pela normalidade das “circunstâncias concomitantes”, terminou por definir culpabilidade – na ausência de uma expressão melhor – como reprovabilidade (*Vorwerfbarkeit*³). Sendo um juízo de reprovação sobre a conduta do autor, e às vezes, sobre o próprio autor, a culpabilidade não mais se resumia ao dolo e à culpa, como elementos psicológicos; ela passou a conter também elementos normativos, valorativos⁴.

Aduz Frank, então, existirem outras circunstâncias que podem graduar a culpabilidade, as quais denomina “circunstâncias concomitantes”, reconhecidas pela linguagem comum, e pelos tribunais, para graduar a culpabilidade, diminuindo-a ou aumentando-a⁵. A culpabilidade passa a ser vista como reprovação que recai sobre o

² E aqui a expressão “homem médio” já revela um caráter seletivo a partir do gênero, sendo a expressão utilizada, neste artigo, em face de sua referência histórica, mas com um viés crítico a partir da própria escolha de um modelo dominante como padrão de comportamento.

³ FRANK, Reinhard. ***Sobre la estructura del concepto de culpabilidad***. 2. Reimpr. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 29.

⁴ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p. 119.

⁵ FRANK, Reinhard. ***Sobre la estructura del concepto de culpabilidad***. *Op.Cit.*, p. 29.

autor, não apenas a partir de sua relação psíquica com o fato, mas também pela normalidade das circunstâncias, que serão valoradas pelo magistrado no caso concreto.

Ao conceituar culpabilidade como um fenômeno complexo, formado de elementos subjetivos e normativos, reunidos sob a denominação de reprovabilidade, Frank introduz o valor no plano central do conceito de culpabilidade, e traz para a discussão duas questões fundamentais: a) qual o parâmetro de normalidade que deve ser considerado; e b) quem tem legitimidade para impor tais padrões.

Tais questões são relevantes, pois a escolha do padrão de normalidade depende de uma série de fatores cujo conteúdo material é fluido e incerto. A amplitude do conceito de reprovabilidade e a falta de uma base referencial do que seja reprovação termina, como acentua Nilo Batista, por ocultar determinações sociais e mentalidades morais, as quais, de modo sub-reptício, influenciam na construção jurídica⁶.

Os padrões axiológicos encobertos pelo conceito de reprovação podem ser a diferença entre a condenação ou a absolvição do acusado. Neste aspecto, a reprovação – com toda sua amplitude conceitual – passa a ser a ideia básica que vai fornecer pesos e medidas para a avaliação da responsabilidade do sujeito. Torna-se o parâmetro de orientação do julgamento na esfera penal. Esta ideia enuncia um juízo de valor, significando a inscrição do discurso jurídico do crime no campo do discurso moral, na sua articulação com o discurso ético⁷.

Deste modo, a culpabilidade normativa passa a ser o elemento de valoração ética feita pelo julgador, que avalia, dentro dos parâmetros normativos do sistema jurídico, se o réu atuou em circunstâncias normais ou anormais, e a partir disto, se a conduta é digna ou não de ser penalmente censurada⁸. E tudo isto termina se condensando na expressão reprovabilidade, que, para Frank, tinha relação com a possibilidade de evitação individual do fato em virtude de suas circunstâncias individuais.

1. Concepções individualizadoras e generalizantes sobre a culpabilidade

⁶ BATISTA, Nilo, **Cem anos de reprovação, in:** BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (org.) Cem anos de reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro, Revan, 2011, p. 164.

⁷ BIRMAN, Joel, **Sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na cena penal, in:** BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (org.) Cem anos de reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro, Revan, 2011, p.90.

⁸ SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material de culpabilidade e suas relações com a medida da pena.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p.79.

Quando elementos valorativos ingressaram “oficialmente” no conceito de culpabilidade, instaurou-se uma dicotomia sobre a forma de se compreender o instituto. A ideia de culpabilidade está voltada para um juízo de individualização da imputação, de atribuição de responsabilidade pessoal pela prática de um injusto típico. Ainda assim, antagonizam-se concepções individualizadoras e generalizantes sobre as quais se assenta o juízo de reprovação.

De um lado, concepções individualizadoras de culpabilidade voltam seu juízo de censura e reprovação para o indivíduo, suas circunstâncias, motivação, sentimento interno de dever ou possibilidades individuais no caso concreto, tudo isso com arrimo no valor fundamental de justiça. De outro, concepções generalizantes de culpabilidade normativa, que, na análise dos juízos de exculpação, adotam como barema o que se chama de cidadão médio (*Durchschnitts-Staatsbürger Typ*).

Nas concepções generalizantes, o juiz, em vez de buscar as características do indivíduo concreto, recorre à experiência, conforme uma medida de comportamento padrão, a partir do qual será possível estabelecer o modelo de conduta ideal esperada do sujeito. É deste substrato que se obtém a figura do “homem médio”. A partir da expectativa de conduta do cidadão modelo, será possível, com base na experiência, estabelecer o juízo de culpabilidade do indivíduo concreto.

Estas concepções generalizantes, em maior ou menor medida, acompanharam o pensamento jurídico durante o Século XX. Segundo Achenbach, coube a Alexander Von Ferneck a primazia de apresentar uma versão inicial de uma culpabilidade generalizante. Para Ferneck, há uma estrita separação entre Direito e Moral, e há um processo metodológico diferente nos dois complexos de normas: onde a moralidade individualiza, a lei tem que generalizar. Desta forma, ele chega à fórmula de que, para a culpabilidade jurídica, são suficientes a previsibilidade geral do resultado e a violação da norma padrão. Com esse pensamento, chocante para a época, Ferneck tornou-se precursor das teorias generalizantes da natureza da culpabilidade, sendo consideradas como aquelas que se afastam do comportamento médio normal⁹.

⁹ ACHENBACH, Hans, **Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre Berlin, Lüderitz & Bauer, 1974, p. 55-6.**

Eberhard Schmidt também elabora um modelo generalizante, em que a essência do juízo de culpabilidade está na distinção que se faz entre a norma jurídica dirigida externamente ao autor e a norma de autopreservação própria do autor. E, com isso, diz que há culpabilidade quando a experiência permite contar com a vitória da norma jurídica sobre a norma de autopreservação¹⁰.

Segundo Jakobs, Eberhard Schmidt desenvolveu um conceito de culpabilidade mediante um elemento generalizador, determinando a culpabilidade como sendo uma atitude associal do autor, cuja comprovação depende da possibilidade de o autor chegar a ser consciente da danosidade social de seu comportamento. Além disso, é requisito da culpabilidade em Eberhard Schmidt a possibilidade de se exigir um comportamento conforme ao Direito em lugar do ilícito efetivamente realizado, e esta exigência se dá por aquilo que poderia fazer um cidadão médio, embora, naturalmente, levando em conta as capacidades psico-físicas cognoscíveis do autor¹¹.

Esta pessoa não é, na visão de Eberhard Schmidt, um tipo heróico ou um tipo ideal, pois cada pessoa não é apenas um membro da comunidade, mas também um indivíduo que nem sempre é capaz de satisfazer as exigências sociais. Desta dicotomia entre a pessoa como indivíduo e membro da sociedade se extrai a essência da culpabilidade. Assim, há de se admitir situações nas quais se presume que o comportamento conforme o Direito não é exigível, bem como outras conjunturas nas quais se presume exigível o comportamento conforme ao Direito¹². Tais presunções seriam obtidas, a partir da experiência, pelo cotejo do comportamento concreto com aquele que seria hipoteticamente adotado pelo chamado “homem médio”, um ser humano comum, nem herói, nem débil.

2.2. A figura do “homem médio” como resultado da impossibilidade de demonstração empírica do “poder atuar de outro modo”

¹⁰ PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención; las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p. 78.

¹¹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 571.

¹² MELENDO PARDOS, Mariano. **El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas**. Granada: Comares, 2002, p. 183.

Quando o finalismo de Hans Welzel estabeleceu seus paradigmas sobre a culpabilidade, houve um giro individualizador. Se a culpabilidade é reprovação de uma resolução de vontade daquele que poderia ter atuado licitamente (“poder atuar de outro modo”)¹³, as características a serem consideradas para o juízo de reprovação são as do indivíduo concreto, e não de um modelo hipotético de cidadão.

A culpabilidade, no finalismo, requer que o autor conheça – efetiva ou potencialmente – o injusto do fato concreto, bem como possa decidir por uma conduta conforme o Direito nas circunstâncias do caso. A reprovabilidade que caracteriza a culpabilidade tem como pressuposto existencial a capacidade de autodeterminação livre, conforme um sentido, do autor (imputabilidade). É também formada de elementos intelectuais (a consciência real ou potencial da ilicitude) e volitivos (a exigibilidade de obediência ao Direito).

Os critérios jurídicos fundamentais da culpabilidade fluem diretamente das determinações antropológicas básicas do ser humano – como ser atuante e conformador de seus impulsos. Firmam-se, pois, como elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a consciência efetiva ou potencial do injusto e a exigibilidade de conduta diversa.

No entanto, quando o finalismo defendeu a liberdade de vontade como fundamento da culpabilidade, houve diversas dificuldades de demonstração empírica do “poder atuar de outro modo”. Foram apontadas sensíveis dificuldades, quiçá impossibilidade, de se comprovar, num processo concreto, se o autor poderia ter agido de modo diferente de como atuou. Esta demonstração dependeria de que o Direito pudesse – e não pode – ter acesso aos condicionamentos psicológicos do indivíduo.

A impossibilidade de serem experimentalmente repetidas as condições e circunstâncias efetivas em que o sujeito se encontrava na situação particular inviabilizava a comprovação empírica de se o sujeito poderia ou não ter atuado de outra maneira quando cometeu o delito. Assim, o caminho do “poder atuar de outro modo” terminou chegando novamente na ideia do indivíduo médio, com o emprego de

¹³ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 89.

presunções generalizadoras, inutilizando-se a essência do juízo de imputação individual que constitui a culpabilidade.

Com efeito, a capacidade individual do sujeito passou novamente a ser substituída pela capacidade de um sujeito ideal, criado a partir de supostas características ordinárias de um cidadão comum. Ao se fazer este cotejo com o ser humano médio, a culpabilidade reforça suas estampas de natureza moral, religiosa e metafísica que distorce a natureza jurídica do juízo de censura¹⁴.

Jescheck e Weigend, defensores da ideia do ser humano médio, entendem que o juízo de censura da culpabilidade somente pode ser formulado quando, na situação em que se encontrava, o autor poderia atuar de outra forma. E este poder atuar de outro modo se verifica, segundo a experiência em casos similares, quando qualquer outro em seu lugar se teria comportado de modo diverso. Assim, haveria, para um cidadão comum, uma pressão da força da vontade para ser fiel ao Direito que possivelmente não estava presente no autor quando da prática da infração penal¹⁵.

Percebe-se, pois, que a visão apresentada (sustentada no paradigma do homem médio, colocado na situação em que se encontrava o autor) desloca o problema da censura do sujeito concreto para uma expectativa de conduta em relação ao “outro”, entendido este como um cidadão ordinário, comum. Dessarte, Jescheck e Weigend concluem que a exclusão da censura da culpabilidade em pessoas adultas só pode ocorrer em face de circunstâncias extraordinárias na pessoa do autor ou no fato concreto.

Ponderam também que qualquer pessoa poderá adquirir a força de vontade necessária para evitar a tentação de cometer o delito. Uma visão, portanto, restritiva das possibilidades de exculpação.

Para minorar o caráter generalizante de sua tese, Jescheck considera que o homem médio será imaginado com todas as características do autor (idade, sexo,

¹⁴MONTES HUAPAYA, Sandro, ***El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un Estado de Derecho, social y democrático***. En: *Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia* (Revista electrónica del Área Penal del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur de Bahía Blanca, República Argentina). Año 2007. Disponível em: < www.derechopenalonline.com >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. Ed. Granada: Comares Editorial, 2002.p. 441

profissão, aptidão física, capacidades intelectuais etc.) com exceção do parâmetro de atitude jurídica e de força de vontade, que serão considerados como uma medida média. Pondera, então, que a capacidade do homem médio é uma escala para a verificação da capacidade individual do autor. Assim aduz:

Com isso não será a capacidade geral do sujeito médio a que se converte na medida das atitudes individuais do autor, senão que é a partir da experiência com casos semelhantes, confirmada por meios empíricos, como se deduz a capacidade do autor para dirigir seu comportamento no concreto. A medida da culpabilidade, portanto, se orienta aqui de acordo com o estado da experiência judicial, psicológica e criminológica¹⁶.

Para Couso Salas, se o Estado parte de uma concepção de que há sujeitos livres e capazes de decidir, existe, pela concepção normativa de culpabilidade, um modelo de pessoa, a quem se pode chamar de pessoa “normal”, caracterizada pela ausência de indícios (nela e no seu entorno) que gerem a presunção de liberdade para se motivar pelas normas e evitar cometer delitos. Se a pessoa não acusa diferenças relevantes quanto a suas possibilidades de evitação, ela deve ser tida como livre e responsável ou, então, a ordem jurídica não é baseada numa imagem de pessoa livre¹⁷.

Entretanto, existe uma distinção, nem sempre tão nítida, entre pessoa normal e “homem médio”. Quando se define o fundamento material da culpabilidade, está-se fazendo, na verdade, um recorte na definição jurídica de pessoa: trata-se o culpável como alguém dotado de características e capacidades hábeis a torná-lo responsável, em face dos demais membros da comunidade em que vive, pelas infrações penais que lhe forem atribuídas. O conceito de pessoa culpável delimita uma concepção de ser humano como indivíduo responsável. Segue-se, em certa medida, uma tradição histórica de se

¹⁶No original: “Con ello no será la capacidad general del sujeto medio la que se convierta en medida de las aptitudes individuales del autor, sino que es a partir de la experiencia con casos semejantes, confirmada por medios empíricos, como se deduce la capacidad del autor para dirigir su comportamiento en el supuesto concreto”. La medida de la culpabilidad, por tanto, se orienta aquí de acuerdo con el estado de la experiencia judicial, psicológica y criminológica”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. Traducción de Patricia Esquinas Valverde. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 5, Universidad de Granada, 2003. Tradução do original “Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich” na Revista Juristische Blätter 1998, p. 609 y ss. e no caderno “Dienst am Strafrecht – Dienst am Menschen”, editado por Heribert Franz Köck y Reinhard Moos, p. 57 a 79, Universitätsverlag Rudolf Trauner, Linz. 1998.

¹⁷COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad: historia, teoría y metodología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 145-146.

atribuir ao ser humano características morais, intelectuais e espirituais que o tornam distinto dos demais seres vivos.

A ideia de que o ser humano é capaz de controlar seus impulsos e dirigir seu agir conforme a normas e valores significa que ele é responsável por suas atitudes perante os demais. Contudo, isto não significa que exista um cidadão modelo com o qual cada pessoa deva ser cotejada. Diante de situações concretas, particularidades, como sexo, raça, religião, escolaridade e ideologia política, não podem ser uniformizáveis numa categoria abstrata à qual se possa extrair um modelo único de conduta.

Inobstante, não são raras as oportunidades em que decisões judiciais se referem ao barema do modelo abstrato de ser humano médio, como no caso citado da Comarca de Sirinhaém. Há diversos casos em que o chamado “homem médio” entra em cena para demonstrar o quão anormal, cruel ou desviado é aquele que não corresponde ao referido padrão.

3. O “homem médio” como um suposto *topoi* que revela juízos morais

A culpabilidade, entendida como um juízo de imputação generalizante, a qual é encontrada a partir de um método hipotético de comparação com o que se pode chamar de “ser humano médio”, não tardou a ser utilizada como fundamento e limite em decisões judiciais. Assim como na decisão citada no começo deste trabalho, é possível encontrar diversos julgados em que o fundamento da condenação ou da absolvição está num juízo de comparação com o ser humano médio.

Nada obstante, a questão é saber como se constroem tais parâmetros. Na verdade, especificadamente, quando se utiliza a expressão “homem médio” em decisões judiciais, com muita frequência: a) não se define quais as características paradigma que são levadas em conta; b) se recorre a juízos morais que não encontram respaldo jurídico-constitucional.

Não há na concepção em questão clareza sobre qual o conjunto de características que integram o modelo, haja vista que as múltiplas possibilidades de densificação acarretam em inevitável risco de que o conceito de “homem médio” se torne uma expressão retórica, de mero efeito argumentativo, que, como muitas

outras, se compatibiliza com qualquer conteúdo, se as técnicas de argumentação forem construídas a par de sofismas linguísticos.

Nessa perspectiva, é certo que não há nenhum texto legal expresso que defina quais as características do “*cidadão tipo médio*”. No máximo é possível buscar similitudes em outros modelos jurídicos, como o *bonus pater familias*, utilizado no Direito Privado, para estabelecer padrões ideias de comportamento. Todavia, a escolha de tais padrões traz inegável aporte de matrizes éticas, morais e ideológicas, que em sua maioria não guardam correspondência com os princípios e valores que regem um Estado Democrático de Direito. Eventualmente – quiçá regularmente – o conjunto de características escolhido para compor a categoria “homem médio” pode espargir preconceitos e discriminações ilícitas.

Por sua vez, um Estado Democrático de Direito não tolera – ou ao menos não deveria tolerar – discriminações normativas sem que haja justa razão para tanto. O dever de tolerância jurídica com as diferenças, ou mais do que isso, a garantia jurídica do direito à própria identidade, proíbe que qualquer conduta desviada do ponto de vista moral possa constituir motivo para acréscimo da pena. Quando se procede um juízo de culpabilidade, seja como suposto fundamento, seja como limite da pena, não podem interferir condições e circunstâncias que refletem apenas o direito individual de ser diferente.

A título ilustrativo, podem-se acrescentar alguns julgados de tribunais brasileiros nos quais se percebe a forma com a qual o perfil do cidadão dito “médio” é construído.

Em Apelação Criminal julgada em junho de 2019, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais valorou negativamente a personalidade de dois réus a partir “*do senso comum, o que consiste em uma constatação meramente jurídica de características que distingam o acusado do padrão do homem médio, mensurando, assim, o grau de periculosidade do indivíduo*”. Em seguida, considerou que os dados reveladores de personalidade, para um dos réus, era uma “*agressividade fora dos padrões médios*”; para outro, a “*frieza exteriorizada no momento do delito*”¹⁸.

¹⁸ “[...]Na análise da personalidade do agente, o que se espera do magistrado não é uma análise com base no conceito científico da personalidade, mas sim do senso comum, o que consiste em uma constatação

Na mesma linha, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em dezembro de 2017, considerou, como paradigmas dissonantes do chamado “homem médio”, o fato daquele Réu ser *“pessoa dissimulada, ousada e mendaz, que não demonstrou nenhum acanhamento em urdir versão fantasiosa dos fatos no interrogatório perante o juízo com a finalidade de ludibriar as autoridades, o que denota traços de personalidade que o distinguem do homem médio”¹⁹*.

Pode-se citar também decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, de abril de 2019, que considerou equivocada a valoração da personalidade do Réu, realizada a princípio pelo Juízo de Primeiro Grau,²⁰ como sendo “voltada para o crime”. No entanto, o mesmo acórdão tece considerações sobre o paradigma do homem médio, afirmando que a personalidade do réu deve ser analisada com arrimo no *“senso comum, o que consiste em uma constatação meramente jurídica de características (traços emocionais e comportamentais) que distingam o acusado do padrão do homem médio, tomando por base os princípios gerais e/ou as regras de conduta/convivência pré-estabelecidas pela maioria que representa o Estado, mensurando, assim, o grau de periculosidade do agente”*.

No mesmo julgado, se considera que, para aferição da personalidade, devem ser avaliadas “qualidades morais e sociais do indivíduo”, como também sua “sensibilidade

meramente jurídica de características que distingam o acusado do padrão do homem médio, mensurando, assim, o grau de periculosidade do indivíduo. Em relação ao acusado Raul Soares Gomes, a agressividade demonstrada quando da prática da tortura (constatada por meio do vídeo do ato criminoso) realmente demonstra a distorção de sua personalidade, absolutamente fora dos padrões médios. Além de contar com a ajuda de várias pessoas e de empregar mais de uma forma de violência, o acusado açoitou a vítima por diversas vezes, agredindo-a nas pernas, nas costas e no rosto - em um ato de repugnância e brutalidade ímpares. Já em relação ao acusado Rodrigo Antônio, a frieza exteriorizada no momento do delito também demonstra a distorção de sua personalidade. Afinal, não bastassem a própria superioridade numérica e a dominação exercida pelo corréu Raul, Antônio ainda agrediu o ofendido com uma turquesa (o que evidentemente seria desnecessário em face da completa submissão da vítima à crueldade dos agentes), elevando ainda mais o grau de bestialidade do crime.

Dessa forma, percebe-se que a personalidade dos acusados de fato foge do que se espera para o padrão do homem médio, não havendo qualquer alteração a ser feita na bem fundamentada decisão do d. magistrado de primeiro grau - que expressamente fundamentou a mácula dessa circunstância com base na agressividade dos agentes.[...]” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 10582180005339001 MG. Relator: Edison Feital Leite. Data de Julgamento: 30 de junho de 2019. Data de Publicação: 10 de julho de 2019).

¹⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 00033447820144058000 AL. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Terceira Turma. Data de Julgamento: 07 de 12 de 2017. DJE 13 de dezembro de 2017.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Apelação nº 01444725920178060001 CE 0144472-59.2017.8.06.0001. 3ª Câmara Criminal. Relator: Francisco Lincoln Araújo e Silva. Data de Julgamento: 16 de abril de 2019.

social”, “eventuais desvios de caráter”. Mesmo dando provimento ao recurso, a referência ao homem médio utilizada toma como paradigma juízos de natureza ética ou moral.

Juízos meramente morais não podem ser introduzidos no contexto da culpabilidade e da limitação proporcional da pena. O que se vê é que em vez de dados, nas circunstâncias judiciais “culpabilidade”, “conduta social” ou “personalidade”, são inseridas meras adjetivações como pretexto para elevação da pena-base. Poucos são os elementos fáticos efetivamente referidos, e quando o são, revelam juízos de cariz moralizante.

No aspecto, se o réu tem uma vida sexual promíscua, se tem preferências religiosas tidas como extravagantes, ou mesmo se professa algum tipo de preferência ideológica minoritária – desde que lícita –, destas circunstâncias não podem resultar uma majoração da pena, qualquer que seja o crime, pois se trata de direito fundamental à liberdade sexual, religiosa ou política, que não podem ser utilizadas em prejuízo do acusado.

Na mesma ordem de ideias, ter um histórico de infidelidade conjugal, praticar artes marciais, fazer tatuagens, colocar *piercings*, submeter-se a uma *body modification*, vestir-se de determinada maneira, ou mesmo ter uma boa ou má formação acadêmica e social, não são questões que podem, por si só, funcionar como elementos de majoração da pena, porquanto todas estas condutas representam exercícios de direitos fundamentais.

Incrementar a pena em situações que não são, em si mesmas, ilícitas, seria transformar o juízo de imputação da culpabilidade num juízo de censura moral, e, por consequência, ignorar o direito a ser (ou não ser) diferente, postulado básico do Estado Democrático de Direito. Circunstâncias relativas à personalidade ou conduta social do réu somente podem ser utilizadas para diminuir a pena, e isso quando as referidas condições revelarem uma desigualdade desfavorável ao Réu, circunstância que pode ser utilizada em seu benefício da dosimetria da pena²¹.

²¹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p.385.

3.1. O recurso ao “senso comum”

O que seria, então, o ser humano médio? Pode-se arguir que tal figura passou a ser uma espécie de *topoi*, isto é, um método de formular argumentos. Na sua concepção não se consideram “dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão²²”. É a partir da utilização do “homem médio” como *topoi* que se leva, em um processo dialógico, à validação de premissas, que paulatinamente são conduzidas a uma interpretação supostamente mais justa no caso concreto. Desse modo, constrói-se um modelo abstrato, a técnica a partir do problema, com a validação das premissas através dos *topoi*.

Pode-se argumentar, então, que a abstração consistida no “ser humano médio” ganharia forma ou corpo pelos precedentes judiciais, sendo possível estabelecer, pela construção jurisprudencial, algumas premissas que funcionariam como uma espécie de referencial objetivo em torno do qual seria possível estabelecer características mínimas do ser humano que será cotejado com o indivíduo concreto.

Esta argumentação, embora sedutora, escamoteia uma séria de problemas. Como já adverte Warat²³, há um “senso comum teórico dos juristas”, pelo qual os operadores do Direito estão condicionados, na *práxis*, por um conjunto de representações, ideologias, costumes e preconceitos, que orientam atos, suas decisões e atividades no âmbito jurídico.

Este “senso comum”, dentro do qual é aportado o paradigma do “homem médio” funciona como um arsenal ideológico para a prática cotidiana do Direito. São, na verdade, pseudoconsensos, formados por um complexo de saberes éticos que servem como pautas que orientam o trabalho dos juristas, desde o ensino jurídico até a prática advocatícia e judicial.

Muricy, no mesmo diapasão, considera que este “senso comum dos juristas” é marcado pela arrogância dos argumentos de autoridade, a serviço de um conjunto de crenças e rotinas que ganham ares de sacralidade. Nas palavras da autora:

²² FERRAZ JR., Tércio Sampaio, **Teoria da Norma Jurídica**, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 23.

²³ WARAT, Luís Alberto. O Sentido Comum Teórico dos Juristas. IN: FARIA, José Eduardo. (org). A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: UnB, 1988. p. 31 – 42.

Esse 'senso comum teórico constrói o seu repertório de 'certezas 'ao arrepio da experiência vivida por parte dos destinatários da norma; propõe a homogeneidade, onde o mundo da vida acena para a diversidade. Argumentando com a coerência do sistema, afirma a uniformidade e a igualdade onde o homem comum enxerga a pluralidade e a desigualdade²⁴.

Para além do caráter certamente artificial do chamado senso comum dos juristas, nem mesmo a moral pode construir um paradigma de ser humano médio no Direito. Como assinala Streck, não é função judicial julgar por moral ou política: é o Direito que deve filtrar a subjetividade, a moral e as idiosincrasias de Juízes e membros do Ministério público, pois se a moral pode corrigir o Direito, não existe mais Direito²⁵.

A censura ao sujeito, nessas condições, é alicerçada pela discrepância entre a sua individualidade e a paradoxal "individualidade padrão" estabelecida pelo juiz no caso concreto. Se o Réu não se ajusta ao padrão moral de conduta estabelecido por um juiz – que não necessariamente partilhe dos mesmos princípios –, isto priva o cidadão de sua liberdade e de sua autonomia ética, pois deixa em aberto o conteúdo daquilo que se considera o comportamento ideal do cidadão médio.

Essa abertura conduz ao arbítrio, ao preconceito, à intolerância. A inexistência de critérios normativos claros permite que o cidadão médio seja qualquer um, desconsiderando os direitos fundamentais e a tolerância com as diferenças. A sentença, portanto, passa a depender da "boa ou má digestão do juiz", como já afirmara Beccaria²⁶.

4. Razões para o abandono da ideia do "homem médio" em uma sociedade multicultural

A tese do "homem médio" não resiste às severas críticas contra si formuladas aqui ou em outras obras. No momento em que se escolhe um ser humano, dito como médio, como barema, o poder punitivo, seja o Estado, seja o juiz, faz uma opção que,

²⁴ MURICY, Marília. **Senso Comum e Direito**. São Paulo, Atlas, 2015, p. 42.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz, **Precisamos Falar sobre Direito e Moral: Os problemas da interpretação e decisão judicial**. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2019, p.75.

²⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos Delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

amiúde, pode ser preconceituosa e discriminatória. As características do ser humano médio são universalistas, próprias de sociedades homogêneas ou antidemocráticas.

Poder-se-ia argumentar que, numa concepção aberta, foi uma opção legislativa deixar ao juiz a definição dos critérios para identificar as características do “homem médio”, isto é, a lei teria conferido ao juiz o poder para delimitar esse conceito no caso concreto, como se legislador fosse, sendo adotado procedimento semelhante ao dito por Aristóteles, em sua famosa obra *Ética e Nicômaco*²⁷:

Quando, portanto, uma lei estabelece uma regra universal e sobrevém em seguida um caso que escapa a essa regra universal, é então legítimo - na medida em que a disposição tomada pelo legislador é insuficiente e errônea por causa de seu caráter absoluto - trazer um corretivo para suprir essa insuficiência editando o que o próprio legislador editaria se lá estivesse, e o que teria prescrito em lei se tivesse tido conhecimento do caso em questão.

No entanto, Larenz adverte que o magistrado é submetido à óbvia tentação de deixar de lado o intrincado processo hermenêutico de subsunção da norma geral ao caso concreto e resolver o caso a partir da sua convicção íntima daquilo que se entende como justo e equitativo²⁸. Assim, o juiz, diante um caso sob sua jurisdição (e muitas vezes antes de esgotado o contraditório no processo), a partir de uma concepção particular de justiça, de natureza intuitiva e pessoal, toma uma decisão prévia sobre a maneira que deveria ter se comportado o “homem médio”.

As decisões têm como base, portanto, a pré-compreensão do magistrado. Não existem garantias de que serão construídas de acordo com uma perspectiva de direitos fundamentais próprios de um Estado Democrático de Direito. E este tipo de posicionamento é flagrantemente ilegítimo. Ainda que sejam questionados os métodos pelos quais o constituinte e o legislador ordinário tomem suas decisões políticas, não há dúvida que em um sistema de repartição de poderes, a opção pelos critérios materiais de justiça é repartida entre legislador e juiz.

Larenz complementa pontuando que este tipo de posicionamento, o qual não toma a lei como bitola do achamento da resolução, é perigoso, visto que comporta o perigo de manipulação da lei. Nessas hipóteses, o juiz termina por sobrepor-se à decisão valorativa do legislador. A aspiração a uma justiça do caso concreto é, para o autor, um

²⁷ ARISTÓTELES. **A Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martins Claret, 2001.

²⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 492.

fator legítimo no processo de decisão judicial, contudo, não pode induzir a manipulação da lei pelo juiz para atender suas convicções pessoais. Nesta linha, a busca do “homem médio” remete a uma contradição ao conceito de culpabilidade como instrumento garantidor da dignidade do indivíduo.

É possível, em tal conjuntura, que se repita o exemplo do “bom juiz Magnaud”, cujas decisões desnudavam a estreiteza das leis. O referido magistrado decidia contra o texto expresso das leis, protegendo os humildes e sendo severo e enérgico para com os ricos, em face da necessidade de que a lei fosse julgada de forma mais humana. Porém, da mesma forma que o “bom juiz” pode livremente arbitrar o direito de acordo com convicções de justiça consideradas “nobres”, nada impede que um outro juiz, a partir de concepções outras de justiça, estabeleça paradigmas de decisão não necessariamente louváveis.

Permitir que o juiz decida a partir de seus princípios, sem ao menos considerar o quadro normativo da ordem jurídica, é tão arbitrário e abusivo quanto a proibição de interpretação da lei. São duas faces da mesma moeda, em que se valoriza um poder em detrimento do outro. Mais grave, todavia, a situação do Judiciário, em face da definitividade da jurisdição. Diferentemente do que ocorre em relação aos poderes Legislativo e Executivo, os atos jurisdicionais não estão sujeitos a revisão por entes externos. A coisa julgada torna a decisão imutável e indiscutível. E, portanto, o “homem médio” se converte numa ditadura de comportamento.

É evidente que haverá significativas distinções entre o “homem médio” e o sujeito concreto, dado que nenhuma pessoa individual possui integralmente as características do homem tido como ideal. Esta generalização, evidentemente, não tolera a diferença, as particularidades, o multiculturalismo. E se torna mais grave quando o padrão médio termina sempre sendo um padrão que se afasta da clientela preferencial do Direito Penal, que são os setores mais vulneráveis e marginalizados do tecido social.

A recorrência ao ser humano médio até agora empregada, ainda que mitigada pela análise das circunstâncias individuais do sujeito, parte de uma concepção de totalizante dos fins do Século XVIII, isto é, de homens nascidos iguais e livres, dotados de similares aptidões e características, e titulares de racionalidade e livre-arbítrio para

escolher entre o caminho da licitude e o da delinquência. Um modelo incompatível com o moderno constitucionalismo.

Loebenfelder faz uma objeção categórica ao paradigma do homem médio, adequada a uma concepção de culpabilidade própria ao respeito da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais dela decorrentes, visto que até o mais “normal” dos seres humanos possui suas fraquezas, suas idiossincrasias. Questiona: qual o sentido de se adotar a figura do homem médio se ninguém está protegido pelo referido barema? O modelo é incompatível com Estado Democrático de Direito, justamente naqueles casos em que a censura da culpabilidade alcança pessoas que não alcançam os parâmetros abstratamente estabelecidos.

Em verdade, a comparação com o dito “homem médio” representa um tratamento cruel, desumano e degradante, violador do princípio da igualdade, dando lugar a uma presunção de culpabilidade²⁹. O Direito não pode chegar ao homem médio porque esta figura, idealizada pela dogmática, jamais chegou a existir de fato.

A concepção de ser humano médio afasta-se da própria ideia de culpabilidade, como maneira de individualizar e pessoalizar os critérios de imputação. Com a recorrência a um cidadão padrão, cria-se uma culpabilidade por analogia, por comparação, mediante uma construção intelectual, abstrata e impessoal.

Esta perspectiva facilita a discriminação, pois qualquer pessoa que não se amolde a uma das características ideais da pessoa média idealizada será considerada culpável, justamente por ser diferente. E em um Estado Democrático de Direito, a diferença é para ser garantida, e não discriminada.

É certo que tal corrente de pensamento busca a conjugação de liberdade jurídica com responsabilidade social. No entanto, a relação entre liberdade e responsabilidade, no juízo de culpabilidade, não se obtém com o confronto da conduta do agente concreto com a conduta esperada um agente ideal (o ser humano médio), nem tampouco com a substituição hipotética do agente por outra pessoa “normal” nas mesmas circunstâncias.

²⁹LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad Y Pena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 199.

O juízo de culpabilidade deve ser individualizado, por mais dificuldades que surjam em um mundo onde se propagam padrões e modelos de denúncias, processos, decisões e sentenças. Um evento tão grave como a ofensa à dignidade por intermédio da pena não merece e nem deve ser objeto de uma análise superficial, nem da compatibilização artificial do fato individualizado a um modelo de decisão preexistente, tampouco do cotejo da conduta do sujeito com o comportamento de um “homem médio”.

Ao se adotar uma culpabilidade pela comparação com o “tipo médio”, cada magistrado adotará seu próprio modelo, que será um reflexo de seus valores, de sua cultura, de sua formação. Obviamente, não se pode prescindir, numa ordem jurídica fundada numa ordem teleológica e axiológica de princípios, que o juiz esteja alheio às valorações próprias da atividade judiciária; nem se pode ignorar, tampouco, que os valores pessoais do magistrado interferem no conteúdo da decisão. Não obstante, as discrepâncias entre o cidadão concreto e o “cidadão médio” imaginado pelo magistrado não podem fundamentar um conceito de culpabilidade num Estado Democrático de Direito alicerçado em ideais de pluralismo e tolerância, pois isto representa um abandono à ideia de dignidade humana.

Não existe um cidadão padrão, nem um cidadão médio. Cada indivíduo possui algumas características típicas deste sujeito imaginado, e muitas outras que fogem a qualquer conceito de padrão ou normalidade. As inúmeras possibilidades e alternativas que existem em sociedades cada vez mais multiculturais e num mundo cada vez mais globalizado não permitem que um cidadão seja considerado culpável por divergir do padrão supostamente estabelecido.

São inúmeros os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como as liberdades política, ideológica, religiosa, cultural, que asseguram ao sujeito o direito de ser diferente do padrão médio, sem que as diferenças sejam utilizadas para fazer recrudescer o juízo de culpabilidade. Ao revés, quando tais diferenças denotarem uma situação de peculiar vulnerabilidade em face da norma geral, é possível limitar ou mesmo excluir a culpabilidade.

De acordo com Figueiredo Dias, no instante em que se substitui uma comprovação real de livre-arbítrio por uma categoria normativa abstrata (que é a

liberdade do atuar do homem médio) – a qual o próprio considera indemonstrável –, a imputação deixa de levar em conta a personalidade do sujeito, tendo em consideração apenas uma categoria normativa, uma situação circunstancial. Dita concepção desvincula a aceção de culpabilidade do conceito de pessoa³⁰, pois o que importaria, no caso, não seriam as características do agente, mas sim as características de um sujeito ideal inalcançável.

O juízo comparativo de culpabilidade a partir do cidadão médio não cumpre sua missão individualizadora, haja vista que as características essenciais para definir se o sujeito é culpável não estão na pessoa acusada, mas na figura abstrata da pessoa imaginada. Os aspectos postos em relevo são os do sujeito ideal, e este modelo termina por ser um Direito Penal que censura e desrespeita a diferença. Por esta razão, a culpabilidade deve abandonar a figura do homem médio, e buscar seu fundamento no homem individualizado e concreto, que foi um dos objetivos de grande parte dos postulados normativistas (neokantianos e finalistas), e que permanece como um objetivo a ser alcançado no pós-finalismo.

4.1. A impossibilidade de juízos moralizantes na análise da culpabilidade .

Da rejeição à ideia de homem médio surge uma segunda questão que deve ser ponderada: a exclusão de qualquer interpretação de conteúdo moralizante no juízo de culpabilidade. O problema em questão vem acompanhando historicamente o desenvolvimento do conteúdo material da culpabilidade, pelas seguintes razões: 1) a expressão “culpabilidade” não é domínio exclusivo do Direito, pois seu conceito diz respeito a outros ramos do conhecimento, como a moral, a filosofia, a teologia, a psicologia; 2) ainda está arraigado no meio social o sentimento de que a culpabilidade é o fundamento que justifica a pena como um castigo, que deve ser aplicado em consequência de características morais negativas exteriorizadas pelo sujeito através do crime.

³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal; Parte Geral: t.1. questões fundamentais: a doutrina geral do crime.** São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 519-520.

Nenhum desses argumentos, contudo, é capaz de justificar o amálgama que se faz entre a culpabilidade jurídica e a culpabilidade moral, e, por consequência, não podem incluir no conteúdo da culpabilidade jurídica um juízo moral sobre a conduta do autor. O juízo que envolve o conceito de culpabilidade não deve ser moralizante, mas sim jurídico, próprio de uma culpabilidade jurídica. A ideia de que a culpabilidade não deve ter um conteúdo moralizante é característica majoritária na doutrina penal contemporânea.

Jeschek e Weigend, a despeito de adotarem o conceito generalizante do “poder atuar de outro modo”, a partir da expectativa de comportamento do homem médio, sustentam o caráter jurídico da culpabilidade, seja pela independência recíproca entre a ordem moral e a ordem jurídica, seja porque o magistrado decide a partir de padrões jurídicos segundo um procedimento jurídico estabelecido perante os tribunais³¹. Ninguém pode ser considerado culpável apenas porque não segue um padrão moral dominante. Uma conduta lícita, que corresponde ao exercício de um direito, não pode servir – ainda que imoral – nem como fundamento, nem como limite da pena.

A culpabilidade jurídica, a despeito de travar relações com a culpabilidade moral (na exata medida em que o Direito tem relações com a moral³²), não se confunde com ela nem pode ser regida pelos seus critérios. O magistrado, quando considera alguém culpável, não o faz porque o sujeito manifestou uma moralidade incompatível com a moralidade média ou com a moralidade pessoal do julgador; o faz porque, de acordo com os valores fundamentais da ordem jurídico-constitucional, houve a prática de um ilícito penal por um sujeito, que revela, no caso concreto e levando-se em consideração suas condições e circunstâncias, ser portador dos requisitos jurídicos suficientes para a responsabilidade penal e consequente imposição de pena.

A vertente jurídica da culpabilidade não significa a completa ausência de interfaces entre o Direito e a Moral no âmbito da culpabilidade. Todavia, assim como a noção de bem jurídico representa um limite à moralização do Direito Penal no âmbito

³¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002, p. 449.

³² Sobre as relações entre direito e moral, conferir KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998; HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

do injusto³³, o fundamento material da culpabilidade deve, ainda com mais intensidade, evitar que o juízo que recai sobre o autor tenha um caráter moralizante.

Bustos Ramirez e Hormazábal dizem que o posicionamento ético da culpabilidade termina por representar uma censura moral das “maldades” do sujeito³⁴ (assim como na postura determinista, há uma censura pelos seus defeitos psíquicos, antropológicos ou sociais). Dessa maneira, se estigmatiza o sujeito como ser, como pessoa, pois assim lhe atribuem determinadas características de perversidade, que amiúde não possuem relação com o fato ilícito, ofendendo flagrantemente os princípios constitucionais de igualdade e dignidade entre as pessoas. Díaz Pita, nesse sentido, assinala:

A culpabilidade em Direito Penal se refere, principalmente, à infração de normas estatais e exclui, em princípio, qualquer interpretação moralizante de seu conteúdo. Culpável, desde uma perspectiva penal, será aquele que ofende uma determinada norma emanada dos órgãos estatais competentes para ditá-la³⁵.

Ainda que o senso comum – ordinário ou dos juristas - perceba o sujeito culpável infrator da norma como portador de uma “má” moralidade, o juízo penal de culpabilidade não pode introduzir tais elementos no juízo penal de censura, pois representaria um retorno a uma culpabilidade do modo de ser ou do modo de vida do autor, em que determinadas razões morais (as quais, em si mesmas, não são ilícitas) seriam suficientes para caracterizar ou incrementar o juízo de culpabilidade, que, na verdade, deve ser um juízo de empatia. Em outras palavras, em vez de comparar o acusado com o homem médio, o magistrado deve colocar-se no lugar do acusado, com

³³ No aspecto, cf. PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 48; BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 95-96.

³⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. **Lecciones de Derecho Penal**. v. II. Madrid: Trotta, 1999, p.327.

³⁵ No original: “La culpabilidad en derecho penal se refiere, principalmente, a la infracción de normas estatales y excluye, en principio, cualquier interpretación moralizante de su contenido. Culpable, desde una perspectiva penal, será aquel que lesiona una determinada norma emanada de los órganos estatales competentes para dictarla.”. (DÍAZ PITA, Maria del Mar. **Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 74). A referência de Díaz Pita à ofensa à norma jurídica, sem mencionar as características do sujeito que a pratica não significa, contudo, que a referida autora dispensa outros requisitos para que seja responsável penalmente o sujeito. Após referir-se à culpabilidade no seu tríplice aspecto, como responsabilidade subjetiva, limite e fundamento da pena, a referida autora confere especial atenção aos postulados de Jakobs, Kindhäuser e Günther, defendendo a culpabilidade como uma contradição externa com a norma, em que o sujeito renuncia a seu papel de cidadão, recusando-se a observar os conteúdos democraticamente estabelecidos.

suas particularidades e idiosincrasias, para compreender as razões pelas quais o injusto penal foi cometido.

E, evidentemente, tal concepção, que estabelece um padrão de comportamento a partir de uma ideia abstrata, se afasta do conceito de culpabilidade do fato. Preferências minoritárias, em um estado Democrático de Direito, devem ser respeitadas, e não se deve conferir ao Estado Juiz uma espécie de autoridade moral para censurar quem se comporta de maneira moralmente desviada – de acordo com um padrão dominante – mas não ilícita. Tatiana Stoco aponta serem impossíveis uma culpabilidade pelo fato e juízos de reprovabilidade fundados na personalidade, na atitude interior, nos sentimentos ou na formação da vontade ilícita³⁶.

Vertente diversa, Baratta pondera que o comportamento delinquente não pode ser considerado uma expressão de contrariedade às normas sociais e os valores da comunidade como um todo, pois há valores específicos e normas de subgrupos que operam de modo distinto, e até mesmo opostos, aos códigos morais dominantes. Assim, não se pode falar em culpabilidade quando é apenas aparente a possibilidade de o sujeito escolher livremente o sistema de valores ao qual adere³⁷.

É conhecida a crítica de Roxin, para quem é impossível fundar uma censura moral contra alguém com base em capacidades que talvez outras pessoas tenham, mas que precisamente estejam em falta no sujeito. Tal concepção carece de lógica e supõe um abandono do ponto de partida de que ao próprio sujeito há de ser possível uma decisão livre³⁸.

Teses dessa natureza são incompatíveis com uma concepção de dignidade da pessoa humana, pois tornam o homem responsável pelo que é, e não pelo que ele faz. Não se podem aceitar teses que responsabilizam o homem por atributos que escapam a qualquer possibilidade de escolha ou evitação, o que corresponde, em última análise, a responsabilidade objetiva. Responder pelo caráter permite a estigmatização de

³⁶ STOCO, Tatiana, **Culpabilidade e medida da pena: Uma contribuição à Teoria de aplicação da pena proporcional ao fato**. São Paulo, Marcial Pons, 2019, p. 62.

³⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.74/5.

³⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Thomsom-Civitas, 2003., p. 800.

pessoas por determinadas condições pessoais, revelando preconceitos e discriminações contra os mais vulneráveis, o que termina fazendo a culpabilidade mais moralizante do que a ideia de reprovação.

Conclusões

Ante valoração aberta de culpabilidade, é tentador recorrer a parâmetros generalizantes para se fazer uma censura moral a pessoa condenada. Mais tentador ainda, para o aplicador do Direito, é tentar generalizar pautas morais por intermédio do Direito Penal a partir de um pseudocritério de Justiça.

O ser humano médio, um modelo artificial e homogeneizado, cujos valores não estão previstos expressamente em nenhum diploma normativo, termina sendo um critério que institucionaliza preconceitos e discriminações não autorizadas em um Estado Democrático de Direito.

Um juízo condenatório, ou mesmo um juízo de individualização da pena, não pode ter como base de imputação censura sobre a moralidade, o caráter ou sobre comportamentos do réu que não adentram na esfera da ilicitude. Um comportamento imoral – que não seja ilícito – não pode ser parâmetro para a imposição ou acréscimo de pena a um indivíduo concreto. Isto viola os princípios essenciais de um Estado Democrático de Direito, e termina por legitimar, por via reflexa, o estabelecimento de uma culpabilidade de autor.

Em tempo, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o *Habeas Corpus* nº 384.625-PE³⁹, em voto do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, restabeleceu a racionalidade na aplicação da pena ao Réu condenado na Comarca de Sirinhaém.

Ponderou-se, sobre a circunstância judicial da conduta social que: o sentenciante cingiu-se a afirmar que a conduta social do acusado não se coaduna com a esperada do homem médio, deixando de apontar “em que consistiu a conduta social desvirtuada do

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 384.625-PE. Quinta Turma. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJE 22 de agosto de 2017.

paciente, a ensejar a necessidade de uma maior repressão penal, evidenciando, assim, o constrangimento ilegal, ante a ausência de motivação concreta e idônea”.

De igual sorte, ao analisar a personalidade, o voto do relator consignou que “o fato de ser incompatível com o padrão médio da sociedade não se mostra suficiente para supedanear a valoração negativa de dito vetor, pois, para a sua aferição, é necessário que haja elementos que possam ser objetivamente extraídos dos autos”.

Deste modo, ainda que seja tentador para o julgador cotejar o réu com sua visão pessoal de mundo, e, a partir desta, construir uma imagem de um ser humano dito “médio”, tal interpretação não é compatível com um Estado Democrático, que assegura o multiculturalismo e o direito à diferença como direitos que não podem sucumbir a pautas moralizantes de conduta.

6. Referências

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin, Lüderitz & Bauer, 1974.

ARISTÓTELES. *A Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martins Claret, 2001.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo, **Cem anos de reprovação**, *in*: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (org.) *Cem anos de reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro, Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos Delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BIRMAN, Joel, **Sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na cena penal**, *in*: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (org.) *Cem anos de reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro, Revan, 2011. *Brasil. Apelação n. 0000076-64.2011.8.17.1400*.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 384.625-PE*. Quinta Turma. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJE 22 de agosto de 2017. Disponível em: < <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;hc:2017-08-08;384625-1645815> . Acesso em: 20 de julho de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. *Apelação nº 01444725920178060001 CE 0144472-59.2017.8.06.0001*. 3ª Câmara Criminal. Relator: Francisco Lincoln Araújo e Silva. Data de Julgamento: 16 de abril de 2019. Disponível em: <

<https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3219031&cdForo=0> >. Acesso em: 20 de julho de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 10582180005339001 MG. Relator: Edison Feital Leite. Data de Julgamento: 30 de junho de 2019. Data de Publicação: 10 de julho de 2019). Disponível em: < <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=92&totalLinhas=365&paginaNumero=92&linhasPorPagina=1&palavras=turquesa&pesquisarPor=acordao&pesquisaTesauro=false&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> >. Acesso em: 20 de julho de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação Criminal nº 0000076-64.2011.8.17.1400 (0362621-1). Quarta Câmara Criminal. Relator: Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assunção. Julgado em 15 de junho de 2016. Disponível em: < http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml;jsessionid=3_7EYYCSCBmttDfkuNDjhxwERl4qIGERLCJ5TEQSy2mkNf3uB73y!2116076057 >. Acesso em: 20 de julho de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 00033447820144058000 AL. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Terceira Turma. Data de Julgamento: 07 de 12 de 2017. DJE 13 de dezembro de 2017. Disponível em: < <https://www4.trf5.jus.br/processo/00033447820144058000> >. Acesso em 20 de julho de 2021.

BUSTOS RAMIREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. **Lecciones de Derecho Penal**. v. II. Madrid: Trotta, 1999¹ DÍAZ PITA, Maria del Mar. **Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad: historia, teoría y metodología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 145-146.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal; Parte Geral: t.1. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. 2. Reimpr. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 1997

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria**. Traducción de Patricia Esquinas Valverde. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 5, Universidad de Granada, 2003. Tradução do original “Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich” na Revista Juristische Blätter 1998, p. 609 y ss. e no caderno “Dienst am Strafrecht – Dienst am Menschen”, editado por Heribert Franz Köck y Reinhard Moos, p. 57 a 79, Universitätsverlag Rudolf Trauner, Linz 1998).

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. Ed. Granada: Comares Editorial, 2002 KELSEN,

Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. **Culpabilidad Y Pena**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

MELENDO PARDOS, Mariano. **El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas**. Granada: Comares, 2002 .

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019.

MONTES HUAPAYA, Sandro, **El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un Estado de Derecho, social y democrático**. En: *Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia (Revista electrónica del Área Penal del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur de Bahía Blanca, República Argentina)*. Año 2007. Disponible en Internet: [http:// www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)). Acesso em 20/02/2020.

MURICY, Marília. **Senso Comum e Direito**. São Paulo, Atlas, 2015.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención; las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Thomsom-Civitas, 2003.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material de culpabilidade e suas relações com a medida da pena**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 384.625-PE. Quinta Turma. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJE 22/08/2017.

STOCO, Tatiana, **Culpabilidade e medida da pena: Uma contribuição à Teoria de aplicação da pena proporcional ao fato**. São Paulo, Marcial Pons, 2019.

STRECK, Lenio Luiz, **Precisamos Falar sobre Direito e Moral: Os problemas da interpretação e decisão judicial**. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2019.

WARAT, Luís Alberto. **O Sentido Comum Teórico dos Juristas**. IN: FARIA, José Eduardo. (org). **A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança**. Brasília: UnB, 1988. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 2001.