

UNFAIR ADVANTAGE E APLICAÇÃO DA PENA PROPORCIONAL AO FATO

Eduardo José Siqueira, Flavia Siqueira Cambraia

Apoio: PIBICMackenzie

RESUMO

O presente artigo busca analisar se a teoria da unfair advantage pode se mostrar útil para encontrar uma pena proporcional ao delito cometido no sistema jurídico penal brasileiro. Em primeiro lugar, são analisadas as raízes e a natureza filosófica dessa teoria através de revisão bibliográfica, para, após investigar como ela poderia ser instrumentalizada para fins de medida da pena através do conceito de culpabilidade, além da sua compatibilidade com as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. A teoria se mostra promissora em alguns aspectos, mas, por se tratar de conceito muito abstrato, a sua aplicabilidade é difícil.

Palavras-chave: unfair advantage, proporcionalidade, culpabilidade

ABSTRACT

This article seeks to analyze whether the theory of unfair advantage can prove useful to find a punishment proportional to the offense within the Brazilian criminal justice system. First, the roots and philosophical nature of this theory are analyzed through literature review, and then it is analyzed how it could be used to measure the penalty through the concept of culpability, in addition to its compatibility with the legal circumstances of Article 59 of the criminal code. The theory shows promise in some aspects, but because it is a very abstract concept, its applicability is difficult.

Keywords: Unfair advantage, proportionality, culpability

1. INTRODUÇÃO

As teorias retributivistas foram as teorias de justificação originais das penas e são tão antigas quanto as leis que históricas das primeiras civilizações que deixaram história escrita.

Foi em meados dos anos 1970, nos Estados Unidos, que ressurgiu a justificação retributiva da pena, talvez como uma resposta ao fracasso das teorias utilitaristas em prevenir o crime.(TEIXEIRA, 2018, p. 41), Além disso, havia o temor das penas utilitaristas pudessem extrapolar o âmbito da justificação da pena para se tornarem um instrumento rígido de prevenção, o que permitiria a priori a punição até mesmo de inocentes desde que o propósito preventivo seguido da utopia de uma sociedade sem crimes, fosse alcançado.(TEIXEIRA, 2018, p. 41)

Entre as teorias de justificação da pena retributivas que ressurgiram concebeu-se a da unfair advantage. Seu primeiro idealizador foi Herbert Morris, ele trazia a ideia de uma sociedade da qual direitos e deveres estão corretamente distribuídos entre seus membros, de modo que, quando um delito ocorre o seu autor está deixando de cumprir seu dever de se conter a cometer delitos e obtendo uma vantagem injusta em relação aos outros membros daquela sociedade. Logo seria tarefa do Estado remover essa vantagem injusta.(TEIXEIRA, 2018, p. 50) A teoria original de Morris é a base para qualquer teoria de unfair advantage, mas devido à sua insuficiência diversas correções foram realizadas ao longo do tempo, por parte de outros autores (a teoria, na verdade, foi desenvolvida em um pequeno artigo intitulado “Persons and Punishment” em que apenas está presente a ideia central). Importante ressaltar que a unfair advantage é uma variação das ideias de John Rawls que estabelecem uma sociedade contratualista e cooperativa. Ter isso em mente ajuda a compreensão do que é buscado através da unfair advantage.(STOCO, 2019, p. 205)

Outro evento histórico na dogmática penal, dessa vez no Brasil e na Alemanha e mais recente do que ressurgimento do retributivismo, é a preocupação com a proporcionalidade da pena. A aplicação da pena no Brasil é confusa, existe muito espaço para discricionariedade judicial e os elementos subjetivos são de difícil interpretação, além de terem legitimidade duvidosa no sistema jurídico do país.(STOCO, 2019, p. 25) Proporcionalidade, nas palavras de Bonfá, seria “o que se encontra na mesma relação que outra coisa em intensidade, grandeza e grau”(JESUS, 2016, p. 52), é a tentativa de encontrar a medida da punição exata para o delito cometido, uma lógica matemática na teoria da pena. Como afirma Sadurski trata-se de uma tentativa de conversão da gravidade de uma ofensa em gravidade de punição.(SADURSKI, 1986, p. 238)

Com esse problema em mente alguns doutrinadores brasileiros foram buscar nas teorias retributivas norte-americanas uma possível solução para esse problema, de modo a

assegurar a aplicação de uma pena proporcional ao delito praticado. Entre as teorias encontradas, a *unfair advantage* se mostrou peculiarmente promissora devido à rigidez que estabelece entre pena e vantagem injusta obtida, sem espaço para infiltração de ideias subjetivas que podem dar um poder discricional muito grande ao aplicador da pena.

Primeiro é estabelecido o conceito da *unfair advantage*. A partir do seu núcleo é investigado qual seria a interpretação mais adequada para que a teoria cumpra a proposta de servir como medida da pena. Após a investigação do conceito tem uma tentativa de integrar ele ao ordenamento jurídico através do conceito de culpabilidade, sendo brevemente investigado. Com a culpabilidade ao lado da *unfair advantage* se torna possível começar a pensar em algum meio de medir a pena, momento em são exploradas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e a compatibilidade de cada uma delas com a teoria que foi desenvolvida.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1. A teoria da *unfair advantage*

O conceito geral de *unfair advantage* deriva da teoria de justiça como equidade de Rawls (1971, p. 4), que, é uma variação da teoria do Estado liberal. Dessas raízes filosóficas, a *unfair advantage* herda duas características: é contratualista sendo baseada na equidade jurídica entre os membros do Estado.

Entre as diversas variações que surgiram ao longo do tempo desde a concepção dessa teoria é possível afirmar que em seu núcleo ela é composta das seguintes ideias: pessoas que desrespeitam o direito está tomando para si uma vantagem, e para preservar a equidade jurídica das pessoas é justo que o Estado administre punição a esses indivíduos; essa punição por parte do Estado existe estritamente para remover a vantagem adquirida através do desrespeito ao direito. (DUUS-OTTERSTRÖM, 2017, p. 2)

Se apenas a punição pode remover uma vantagem adquirida através da violação do direito, é evidente que a *unfair advantage* é uma teoria que incide sobre o direito penal. Logo a obtenção de uma vantagem injusta apenas pode ser atribuída a alguém quando essa pessoa cometer um crime. Na perspectiva da *unfair advantage* pode-se alegar “esse comportamento garante ao autor uma vantagem injusta perante os outros membros do Estado”. Disso já é possível delimitar o conceito da vantagem injusta. Ela não é uma classe de vantagens, como se um grupo de coisas que podem ser consideradas vantajosas fossem denominadas “vantagens injustas”, ela é uma espécie de vantagem, é uma. A vantagem adquirida através de um delito é, dessa perspectiva, uma Vantagem injusta. (DUUS-OTTERSTRÖM, 2017, p. 6)

Após ficar clara a natureza da *unfair advantage* é possível afirmar o seu caráter convencional/fictício. Ela não pode ser material, pois as vantagens materiais são diversas e isso seria agrupar diversas vantagens materiais sob a denominação de “vantagem injusta”, o que é ilógico dado que o conceito de *unfair advantage* é delimitado por aquela vantagem que decorre do descumprimento da lei. Logo, é espécie de vantagem e não gênero. Delitos podem garantir aos seus autores vantagens materiais, e essas vantagens podem ser consideradas injustas — e de um ponto de vista moral realmente são. Mas não são essas vantagens injustas que serão tratadas aqui.

“Vantagem” vem da palavra francesa *avant* que significa estar à frente. Dentro de uma comunidade existem várias formas de seus membros estarem a frente uns dos outros, como: eles podem ter nascido em uma família com posses, podem ter nascido com uma inclinação intelectual maior ou menor, com um corpo mais robusto ou mais frágil, podem ter se dedicado a algo por mais tempo do que outros, podem simplesmente ter mais sorte. Todas essas, entre

muitas outras, formas de se ter uma vantagem sobre outros indivíduos, de estar à frente deles na perseguição de sua vontade.

Quando se pensa em vantagem vem a mente um objetivo, a vantagem tem que existir em direção a algo, não dá para dizer que alguém possui vantagem por si só. Alguém tem vantagem sobre algo, de modo que existe sempre um objeto exterior à vantagem. Então, naturalmente é necessário encontrar qual é o objeto da vantagem injusta. O que faz um indivíduo estar à frente de outros quando ele comete um delito para se poder afirmar que ele adquiriu uma vantagem?

Grande parte do direito penal consiste em estabelecer restrições comportamentais aos indivíduos(SADURSKI, 1986, p. 226) para fazer a sociedade ser mais previsível e organizada. Todas as coisas tendem a fins, intrínsecos ou extrínsecos, e os humanos não escapam dessa lei universal que na filosofia clássica era chamada princípio de finalidade: “todo agente atua segundo um fim”. (SANTOS, 2020, p. 265) Os comportamentos humanos tendem a fins, e como um ser social esses fins habitam a sociedade e tem relação com outros de sua espécie. A perseguição dos fins é regulada pelo direito no Estado liberal, todos tem direito a perseguir sua vontade, mas seguindo determinadas regras para que a sociedade seja organizada e todos possam fazer.(VON LISZT, 1899, p. 173)

Fora dessa ficção que é o Estado, todas as oportunidades estão disponíveis, e quando se analisa a realidade sem a perspectiva do direito estatal, é possível captá-la ao seu redor. Existem muitas oportunidades de perseguição dos fins, porém algumas são proibidas de ser tomadas, o que traz certo sofrimento para os membros individuais da sociedade, afinal, a liberdade deles está sendo restrita em nome do coletivo, mas ainda assim essas restrições são respeitadas pela maioria das pessoas. Os indivíduos que veem essas oportunidades e as tomam para si, mesmo quando elas são ilegais, estão agindo com uma liberdade maior do que a dos outros, de modo que quando isso é feito esse indivíduo está em uma posição jurídica superior aos seus semelhantes, ele tem mais liberdade que eles.(SADURSKI, 1986, p. 228)

Se todos usassem as oportunidades que encontram para perseguir seus fins extrínsecos essa sociedade entraria em colapso e a lei do mais forte vigoraria outra vez, como é no estado natural.

A sociedade no seio do Estado liberal pode ser definida como um sistema de cooperação vantajoso para todos em que existe igualdade legal: todos são iguais perante a lei. Essa cooperação entre os membros apenas é possível porque eles se contêm de praticar determinados atos que a inviabilizariam, ou seja, a sociedade cooperativa seria resultado da auto restrição dos seus membros. Assim, o membro da sociedade que não se contém de

praticar delitos está usando os benefícios da cooperação gerados pela auto contenção dos demais enquanto ganha ainda mais benefícios através de seu comportamento ilícito. (DUUS-OTTERSTRÖM, 2017, p. 3)

Burgh estabelece quatro modelos de *unfair advantage*: (1) o ganho material; (2) ter mais liberdade do que os outros membros da sociedade; (3) satisfação emocional e (4) violar uma específica esfera de não interferência determinada pela lei penal enquanto goza dos benefícios de os demais respeitarem a sua esfera de não interferência. (BURGH, 1982, p. 203)

O segundo modelo se aplica a todos: em qualquer um dos outros três modelos o indivíduo tem mais liberdade do que os outros membros da sociedade, pois para ter mais liberdade do que os outros basta agir de forma ilegal. Afinal a única coisa que está sendo considerada aqui para medir a liberdade é a igualdade jurídica/legal. (SADURSKI, 1986, p. 226)

Um indivíduo que adquire uma vantagem injusta pode muito bem se conter de praticar outros delitos, embora já tenha sido estabelecido que a vantagem injusta é uma, é espécie, ainda assim seria ilógica a punição de alguém por violar, por exemplo, o patrimônio de outrem baseado em um conceito de violação de toda ordem jurídica. Se isso fosse adotado qualquer esperança de proporcionalidade seria perdida, pois, o delito seria um só e os tipos penais apenas diversos meios de cometê-lo de modo que a punição devida a todos eles deveriam ser igual. (STICHTER, 2010, p. 77) Os delitos diferem e, quando o agente comete um crime patrimonial ele está obtendo uma vantagem injusta porque os outros se contêm a não violar o seu patrimônio e não porque os outros se contêm a não atacar, por exemplo, a sua integridade física.

O direito penal resguarda elementos da vida dos filiados ao Estado que podem ser divididos em esferas, semelhante ao que o código penal brasileiro delineia em seus capítulos, embora elas nem sempre coincidam. O Estado protege o patrimônio (esfera de não interferência no patrimônio), a vida (esfera de não interferência na vida), a integridade física (esfera de não interferência na integridade física) e assim por diante. Essas esferas envolvem diversos elementos da vida dentro de uma certa classe de objetos e se pode imaginar como uma esfera permeável, uma bolha, em que humanos podem adentrar, colocar sua mão dentro e manipular o seu conteúdo de acordo com sua vontade, se o faz em sua própria esfera não é problema do direito penal, apenas se o faz na de um terceiro. Adentrar e manipular a esfera de não interferência de um terceiro gera uma vantagem injusta, pois a do invasor ainda está intacta e assim está porque a maioria dos membros da sociedade se auto contém a não interferir nela. (BURGH, 1982, p. 204)

A esfera violada pode nunca mais ser a mesma, pode perder um dos seus elementos para sempre, como, por exemplo, se alguém perde o braço direito em razão de uma lesão corporal, aquela esfera não vai mais conter “braço direito” dentro dela. Com isso, o objetivo da punição é restaurar o status do agente do delito para antes de ele ter tomado a vantagem e não restaurar o *status quo* da vítima para antes de ter tido uma esfera de não interferência violada.

São as esferas de não interferência que são primariamente graduáveis para fins de proporcionalidade. A vantagem injusta é apenas graduável secundariamente, pois o tamanho da vantagem obtida depende do quanto e em qual esfera o agente interveio.(BURGH, 1982, p. 204)

2.2. Dosimetria e proporcionalidade da pena

A primeira coisa que precisa ser estabelecida é que não existe proporcionalidade natural. Nenhum delito tem uma pena exata para ele por essa determinação ser impossível. Os delitos são convenções humanas e tudo que decorre deles também o são, necessariamente. Como também não se trata de um conceito matemático não é possível conseguir encontrar uma exatidão em nada que se trata de proporcionalidade penal.

O mais próximo que se tem de uma proporcionalidade natural é o senso de proporcionalidade encontrado nos indivíduos. Geralmente um indivíduo mentalmente saudável consegue diferenciar uma situação em que ele deve reagir moderadamente e outra que ele deve agir mais incisivamente, e provavelmente disto veio a exigência de que o Estado fizesse o mesmo quando fosse agir com uso da força. Ainda assim esse senso sofre grande influência da cultura o que a torna ainda menos confiável.(ALEXANDER; KESSLER, 2009, p. 38)

Como não é possível encontrar proporcionalidade natural isso significa que todos os sistemas de aplicação da pena proporcional são modelos estabelecidos conforme a cultura geral daquela civilização e o modelo de Estado que ela adotou. No ocidente a maioria dos países adotou Estado liberal aonde a pena costuma ser o encarceramento e não é admitida nenhuma outra forma de punição (salvo as penas restritivas de direitos, e em alguns países, a pena de morte em alguns países).

O motivo de se buscar uma pena proporcional ao fato decorre da própria natureza do direito penal: ele sanciona fatos.(AMÉRICO; SILVEIRA DE QUEIROZ CAMPOS;2020, p. 80) É ilógico haver um direito que sanciona fatos e uma pena que sanciona coisas alheias aos fatos como, por exemplo, as circunstâncias judiciais pessoais encontradas no artigo 59 do código penal como a que valora a personalidade. A pena proporcional ao fato é apenas uma

decorrência coerente do direito penal que esse Estado decidiu estabelecer, *ela é a forma de proporcionalidade mais coerente com o sistema*, e por esse motivo a que (provavelmente) chega mais próxima a uma proporcionalidade ideal.

É necessário haver uma base para calcular a proporcionalidade de um delito, uma lógica e uma justificativa para responder à pergunta “o quanto punir?” mas no Brasil não existe um sistema definido com esse objetivo. Todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do código penal supostamente concorrem em igualdade para mensurar a pena, muito embora o elemento culpabilidade seja visto por muitos como superior em relação às outras circunstâncias judiciais e que elas devem ser balizadas por ele (devido a seu relevante papel na teoria do delito e para política criminal) isso não é legalmente determinado. (AMÉRICO; SILVEIRA DE QUEIROZ CAMPOS, 2020, p. 403) Isso gera um problema grave de discricionariedade judicial na aplicação da pena, o sistema em que os juízes se baseiam é impreciso, a única coisa que o juiz tem como mínimo e máximo são as penas cominadas em abstrato pelo legislador que costumam ter um intervalo muito grande entre a pena mínima e a máxima.

Evidente que a discricionariedade é essencial para encontrar uma pena proporcional ao fato, pois cada caso costuma ser único, e a busca por um sistema completamente previsível acabaria com qualquer esperança de haver uma pena proporcional ao delito já que uma total previsibilidade exigiria um sistema rígido pré-definido. (AMÉRICO; SILVEIRA DE QUEIROZ CAMPOS, 2020, p. 257). Mas se houver uma base rígida para o cálculo da pena é possível que o sistema seja previsível de certa forma, com uma pequena margem de erro. Basta haver objetividade na análise das circunstâncias judiciais e uma base (lógica e justificada da aplicação da pena) estabelecida com rigidez, isso deve conseguir impedir discricionariedade excessiva mesmo na impossibilidade de encontrar precisão matemática/exatidão para aplicação da pena proporcional ao fato. (AMÉRICO; SILVEIRA DE QUEIROZ CAMPO, 2020, p. 90)

A *unfair advantage* é promissora para cumprir esse papel de base para cálculo da pena, integrando o sistema através do elemento culpabilidade do artigo 59 do código penal, como foi demonstrado anteriormente a *unfair advantage* é um conceito que aborda somente o fato praticado pelo agente.

No que tange à medida da vantagem injusta obtida pelo agente puder ser medida de alguma forma ela poderá ser muito útil para individualização da pena, já que cada delito garantiria uma vantagem única ao agente. O principal atrativo é a simplicidade da teoria: apenas se mede a vantagem injusta obtida e não incide nada além disso na medida da pena. Sua função é garantir um teto de pena, de modo que o autor deve ser punido apenas na

medida da vantagem que obteve. Afinal o objetivo é apenas restabelecer o *status quo* do autor perante a sociedade vinculada àquela determinada lei que ele atacou.

Como a *unfair advantage* não mostra nenhuma forma de medida da pena (apenas a justifica), e como também não há nenhuma forma de medida da pena inerente a ela, foi necessário estabelecer com exatidão a sua natureza e adotar a teoria das esferas de não interferência para organizar primariamente a gravidade dos delitos. Além disso, é preciso encontrar um parâmetro de medida para a vantagem (STOCO, 2019, p. 238), que seja suficientemente flexível para que cada autor tenha uma pena proporcional ao delito que praticou com exatidão.

A tese de Adriano Teixeira segundo a qual a justificação estatal/institucional da pena e os critérios de sua aplicação não precisam coincidir se mostra preciosa para o estudo da proporcionalidade. Se fosse exigido que os dois coincidissem, significaria que cada meio de analisar a proporcionalidade fora da justificação constitucional exigiria a fundação de um novo Estado, afinal, a justificação do poder punitivo do Estado é parte essencial de sua estrutura constitucional, e, se assim fosse, os estudos a respeito de proporcionalidade nunca iriam avançar. (TEIXEIRA, 2015, p. 72) Adotando essa tese, é possível buscar formas de encontrar medidas mais adequadas de aplicação da pena sem ter de ir tão longe a ponto de questionar os fundamentos sociais e filosóficos que embasaram uma constituição.

2.3. Culpabilidade como elo entre *unfair advantage* e proporcionalidade:

É necessário procurar um elemento na dogmática penal que permita fazer a conexão entre *unfair advantage* e proporcionalidade. A teoria da *unfair advantage* é originalmente um assunto da filosofia política e serve ao propósito apenas de justificar o poder punitivo do Estado, mas não fornece nenhuma forma de medida da pena. Ela se encontra em um momento muito anterior à práxis penal, no momento de concepção do Estado, enquanto a prática penal apenas ocorre após o Estado e suas leis já estarem consolidados.

O elemento da dogmática penal que se mostrou mais adequado para fazer essa ponte foi o conceito de *culpabilidade em sentido amplo*, a culpabilidade que serve para medida da pena, a mais próxima da práxis penal. Tomando aqui culpabilidade como “a medida graduável da reprovabilidade que se faz ao autor pelo seu fato” (STOCO, 2019, p. 25) a *unfair advantage* serviria como um possível meio de medir essa reprovabilidade.

A *unfair advantage* e a culpabilidade (principalmente os modelos de culpabilidade defendidos por Teixeira e Stoco) apresentam uma característica que as torna muito compatíveis: ambas são meios de limitar a aplicação da pena. (TEIXEIRA, 2015, p. 127) Aqui, a culpabilidade se torna o principal meio de medida da pena e as outras circunstâncias são

apenas auxiliares, de modo que devem ser interpretadas de acordo com o conceito de culpabilidade, afinal a culpabilidade é um conceito de relevância política e filosófica muito grandes ao contrário dos outros que tem aplicação restrita apenas à medida da pena.(STOCO, 2019, p. 80)

A ideia é dar essência para o conceito de reprovabilidade da culpabilidade. Juarez Tavares diz que culpabilidade é reprovabilidade e que esse juízo de valor é vazio, pois não indica o porquê da reprovabilidade.(TAVARES, 2020, p. 456) Na teoria da *unfair advantage* é possível alegar que o motivo da reprovabilidade é estar em uma posição jurídica superior aos demais através de uma vantagem injusta.

A pena, nessa concepção, seria totalmente baseada na culpabilidade e a medida da culpabilidade seria a vantagem injusta obtida pelo agente no delito. A vantagem como conceito uno, como espécie, não permite que sejam misturadas a ela conceitos estranhos como elementos da personalidade do agente. De fato, não é possível dizer que a vantagem foi maior ou menor dependendo de circunstâncias socioeconômicas do agente, pois ela é sempre uma: violar a lei penal gera uma vantagem injusta ao agente, e o único critério de equidade usado é a igualdade legal. Os indivíduos são iguais perante a lei e isso é dado como certo, é princípio, logo tomar uma vantagem injusta é estar em uma posição jurídica privilegiada. Não há espaço para mais nada além da medida da vantagem injusta adquirida.

Ignorar o artigo 59 do código penal e tomar a culpabilidade como meio de medir a vantagem injusta de forma pura seria *contra legem*, como Adriano Teixeira menciona. Então a ideia que ele mesmo apresenta pode ser usada: a culpabilidade é elemento maior da aplicação da pena e os outros elementos do artigo 59 devem ser interpretados de acordo com ela.(TEIXEIRA, 2015, p. 136) Stoco adota a mesma visão e coloca a culpabilidade como “hierarquicamente superiores e determinante” aos outros elementos do artigo 59, o que significa que o conceito de culpabilidade deve ser a medida da pena base e não é permitido fixá-la dele.(STOCO, 2019, p. 83)

2.4. Crítica à teoria da pena proporcional ao fato baseada na unfair advantage de Tatiana Stoco

Stoco foi não apenas uma das primeiras autoras a abordar a *unfair advantage* no Brasil, mas como foi uma das primeiras acadêmicas a construir uma pena proporcional ao fato baseado na *unfair advantage*. A teoria dela tem uma posição fundadora dessa corrente no Brasil e deve ser analisada.(STOCO, 2019, p. 221)

Tatiana Stoco rejeita a *unfair advantage* como conceito capaz de basear todas as

penas e a reserva apenas para os delitos econômicos porque neles é possível captar uma ideia de vantagem com mais precisão –a vantagem financeira obtida no delito. A vantagem adquirida através do delito é material e não convencional como foi demonstrado acima. E como o conceito material é de fácil mensuração, uma vantagem econômica pode ser enorme, grande, pequena ou insignificante, dependendo da quantidade de dinheiro que o agente do delito obteve com sua prática.(STOCO, 2019, p. 224)

Stoco toma a perspectiva do crime entre autor x vítima como quase uma relação privada entre eles, na qual o Estado apenas entra, pois possui poder punitivo/ direito de punir. De uma perspectiva assim não é possível imaginar um delito de *unfair advantage*, como o autor do fato poderia estar ganhando mais liberdade do que o resto da sociedade se essa relação é entre ele e a vítima? A sociedade apenas integra o delito quando se pensa em prevenção geral de delitos, ela é a sua justificativa e apenas isso. Por adotar essa perspectiva em relação ao crime que Stoco reserva a *unfair advantage* apenas para delitos econômicos e alguns delitos contra bens coletivos, afinal nesses casos não é possível encontrar uma vítima individualizável, geralmente as suas consequências são sentidas por um grande número de pessoas e o seu esquema cooperativo de direitos e deveres é facilmente constatado.

De acordo com Stoco os três argumentos à aplicação da *unfair advantage* para todos os delitos são:

Não é possível identificar a estrutura de cooperação mútua da sociedade nos delitos em que há vítimas individuais ou individualizáveis(STOCO, 2019, p. 222):

Como crítica a esse argumento, podemos alegar que não se busca encontrar a estrutura de cooperação no delito concreto (como e quando o autor contribuiu e aonde ele se encaixa nessa estrutura), viver na sociedade sob as leis do Estado já é o suficiente para caracterizar o indivíduo como parte desse sistema cooperativo. Mesmo se ele não contribuir através de sua auto restrição ao cometimento de delitos, o fato de as outras pessoas não cometerem delitos contra ele já basta para colocar ele no cenário cooperativo. Afinal, ele está aproveitando os benefícios mesmo se não contribuir de forma alguma para eles existirem.

Já que todos os membros da sociedade estão inseridos no esquema cooperativo naturalmente o autor e a vítima de um delito também estão. A sociedade é composta por muitos indivíduos e organizada. Naturalmente o ataque a alguns de seus membros não são suficiente para desestabilizá-la, por esse motivo as consequências da maioria dos delitos não são sentidas por pessoas de fora do círculo pessoal da vítima e do autor, mas permanece verdadeiro que essa sociedade apenas é possível devido à aderência da grande maioria das pessoas às leis estatais, e que o autor do delito, ignorando-as e perseguindo sua vontade através de meios ilegais está agindo com maior liberdade do que os demais.(DAGGER, 2008,

p. 261)

A minoria dos membros da sociedade está inclinada a cometer delitos, logo o argumento de auto restrição para o bem do esquema cooperativo é falso(STOCO, 2019, p. 222):

A maioria dos membros da sociedade adere à lei estatal e permite o funcionamento do esquema cooperativo, afinal se fosse o contrário a sociedade entraria em colapso. Stoco argumenta que não tem como dizer que todas as pessoas estão se auto restringindo de cometer crimes porque elas sequer possuem a inclinação para isso, ou seja, mesmo se o esquema cooperativo não existisse ela não cometeria determinados delitos.

O motivo disso ela não deixa claro, mas é possível afirmar que todos os delitos são cometidos por humanos, logo em todo humano existe a potência de cometer um crime e isso deve bastar para sustentar o argumento de auto restrição –não é possível saber se alguém está se auto restringindo ou não a cometer um delito, pois não é possível sondar seu íntimo. Também não é possível saber se esses valores que deixam os humanos menos inclinados a prática de delitos não são decorrentes de milênios vivendo em esquemas cooperativos. Os crimes de guerra mostram bem a fragilidade do argumento que Stoco dá: é comum relatos de saques, estupros e principalmente assassinatos em guerras, mas é possível verificar que esses soldados não cometiam esses delitos em sua terra original, no seu esquema cooperativo, mas de fato o fazem quando se trata do esquema cooperativo de outras sociedades das quais estão alheios.

Não é possível falar de vantagem injusta em uma sociedade desigual(STOCO, 2019, p. 221):

Otterstrom considera que essa é uma das “clássicas” objeções contra a unfair advantage. Afinal, como é possível definir que houve uma quebra de no equilíbrio da sociedade se essa sociedade não está em equilíbrio?(DUUS-OTTERSTRÖM, 2017, p. 12) Muito embora as respostas de Otterstrom sejam satisfatórias nós optamos pelo argumento da igualdade jurídica que soa mais adequado considerando que Brasil é um país desigual.

O conceito de vantagem injusta delimitado é puramente legal, logo tudo o que está fora da lei e pode ser considerado vantajoso é uma vantagem justa. Como a lei no Estado liberal determina equidade jurídica entre os seus membros é possível dizer que a priori todos estão no mesmo patamar jurídico e apenas cometer um delito causa desequilíbrio nele (o autor ganha mais liberdade — uma posição jurídica superior).(SADURSKI, 1986, p. 225) As circunstâncias materiais do autor podem ser analisadas no caso concreto durante a individualização da pena, mas não é possível afirmar que ele não tomou uma vantagem injusta

através do delito mesmo se a diferença material entre ele e a vítima ou entre ele e a sociedade em geral for muito grande, pois todos compartilham de igualdade jurídica. (SADURSKI, 1986, p. 232)

2.5. A medida da vantagem injusta

Converter a *unfair advantage* que foi desenvolvida ao longo dessa pesquisa em um critério para a medida da pena é peculiarmente desafiador. O motivo disso é que o conceito de *unfair advantage* descoberto é abstrato demais, enquanto a medida e a aplicação da pena são fatos da prática jurídica concreta.

É necessário, primeiro, analisar quais são os elementos que justificam a ideia de *unfair advantage*, como foi desenvolvida anteriormente.

Estabeleceu-se que há regras a serem seguidas para que os humanos possam perseguir as suas vontades, os seus fins. Essas regras diversas vezes dificultam a aquisição do que o indivíduo deseja. (DAGGER, 2008, p. 261) O tipo penal estabelece uma punição para o uso de determinados meios para alcançar determinados fins (que não seriam punidos se alcançados por outros meios, no caso lícitos) ou para a própria aquisição final (o fim desejado é passivo de punição, por diversos motivos).

O ponto é: esses meios existem e podem ser usados, esses fins existem e podem ser alcançados, porém, a maioria dos membros da sociedade não os utiliza, e mesmo se desejar determinado fim, não age para lo alcança. Se o motivo disso é medo da punição estatal, empatia, cidadania ou fortes princípios morais internos é uma resposta que não interessa à nossa teoria. Quando um membro da sociedade age de acordo com o tipo penal (persegue e alcança o resultado — fim — descrito nele, ou se usa dos meios descritos nele) ele está agindo com mais liberdade que os outros membros da sociedade e essa liberdade deve ser removida — foi isso que estabelecemos ao longo desse trabalho.

A liberdade que o agente adquiriu através do seu comportamento típico é requisito da unfair advantage, é isso que o coloca à frente dos demais membros da sociedade, que dá-lhe a vantagem injusta, que o facilita ou possibilita que ele alcance o que deseja, enquanto os outros membros da sociedade são obrigados a usar meios mais difíceis para alcançar suas vontades ou precisam se conter durante toda a sua vida de concretizar determinado fim, mesmo se eles o desejam muito. (SADURSKI, 1986, p. 226)

Mas como a liberdade pode ser usada para estabelecer a pena? É necessário encontrar o que exatamente o termo “liberdade” significa nesse contexto. Ser livre é possuir

mais meios de ação, ter uma quantidade maior de possibilidades que podem ser exploradas. Muito embora na teoria aqui desenvolvida esse conceito tenha um cunho comparativo entre agente do delito x membro da sociedade que se conteve a liberdade não é um conceito comparativo.(SADURSKI, 1986, p. 226) Mesmo se apenas existisse um homem no mundo e ele estivesse preso em um lugar pequeno sem a possibilidade de explorar os seus arredores ele ainda assim seria alguém com liberdade limitada, não precisa existir outros humanos fora de sua prisão para que ele concretamente não tenha a possibilidade de sair e se movimentar na área inacessível.

A teoria das esferas de não interferência de Burgh que foi trazida no início desse trabalho vai ter a sua serventia nessa tarefa: o quanto mais profundamente o agente for à esfera de não interferência da vítima mais liberdade ele arrogou para si mesmo com aquele delito.(BURGH, 1982, p. 203) O exemplo usado anteriormente era o de uma bolha permeável aonde o quanto mais fundo o agente colocava a sua mão mais ele invadia a esfera, e se ele tocasse o seu centro ela se desfaria (sendo esses os crimes contra a vida). Logo, considerando uma esfera com camadas, quando o agente passar a superfície ele está tomando liberdade para si mesmo e conforme vai indo mais fundo está tomando um grau maior de liberdade. Quanto mais ele adentra a esfera, mais liberdade ele está assumindo em relação aos outros membros da sociedade. As penas devem flutuar conforme as camadas e no que foi manipulado no tempo que o agente esteve em seu interior, sendo as camadas iniciais penas mais leves e as mais profundas penas mais severas.(BURGH, 1982, p. 204)

Mas como foi determinado que a vantagem injusta é uma, como ela poderia ser passiva de graduação? A vantagem não é mais ou menos injusta se o agente tocou apenas a borda da esfera ou se colocou sua mão até o centro e a destruiu, o que é graduável é o nível de liberdade que ele tomou para si perante os outros e não a “injustiça” da ação (ou omissão). O nível de liberdade é pretexto da vantagem injusta — é sempre injusto ter mais liberdade do que os outros membros da sociedade através da ilegalidade, mas apenas a liberdade pode ser maior ou menor, não a vantagem.(SADURSKI, 1986, p. 229)

Os critérios matemáticos não serão ser abordados, porém, é importante que sejam fixos — a quantidade de liberdade a mais que o agente tomou deve ser um número específico fixado naquela determinada camada da esfera de não interferência da vítima. Também é relevante que os casos sejam analisados de perto, afinal cada camada da esfera contém inúmeros bens jurídicos e possibilidades diferentes e cada esfera invadida é manipulada de uma forma específica dependendo dos fins do agente e dos meios que ele está usando para alcançá-los.

Não tem como ignorar o assunto das demais circunstâncias judiciais muito embora fosse ideal que pena fosse medida apenas através da culpabilidade.

As *circunstâncias do crime* analisam a situação em que o delito ocorreu (do latim *circumstantia* — situação/ocasião). Essa circunstância já é algo de certa forma inclusa no conceito de culpabilidade, já que a ocasião de um delito é parte essencial para analisar ele e medir a sua gravidade. Não há muito o que se dizer a respeito dessa circunstância judicial, pois é apenas uma decorrência natural do princípio de individualização da pena. (TEIXEIRA, 2015, p. 136)

As *consequências do crime* é uma circunstância judicial absolutamente incompatível com a teoria desenvolvida aqui. O motivo disso é que quando o agente toma a vantagem injusta para si o dano é feito imediatamente, seus efeitos não se prolongam no tempo. O agente se elevou a uma posição jurídica superior de mais liberdade e é apenas isso, enquanto a ideia de consequência significa sucessão causal de eventos que decorreram de determinado acontecimento. (TEIXEIRA, 2015, p. 136)

O ponto é a diferença entre a teoria desenvolvida aqui e a natureza de uma consequência. Uma consequência por definição é um elemento material enquanto a *unfair advantage* é uma ficção adotada para medir a pena na lógica de um Estado liberal. Como esses conceitos não habitam o mesmo plano eles se tornam completamente incompatíveis. As consequências do crime devem então aumentar ou diminuir a pena baseadas em um conceito material, não tem como a *unfair advantage* incidir aqui.

Outra circunstância judicial incompatível com a *unfair advantage* é o *comportamento da vítima* não tem como ser relevante porque a *unfair advantage* coloca a sociedade como vítima e não a pessoa que sofreu o delito, já que o autor toma uma posição jurídica privilegiada perante todos os que não cometeram aquele determinado delito, o que pode incluir ou não a vítima: se ela praticou e não foi punida, se ela nunca praticou ou se ela praticou, mas já teve ao status quo restaurado através da remoção da vantagem injusta — não importa desde que ainda exista pelo menos um membro da sociedade que ainda não cometeu aquele delito (logo, que se conteve). (TEIXEIRA, 2015, p. 137)

Na *unfair advantage* desenvolvida aqui a vítima é mero elemento do crime e qualquer coisa a ser debatida a respeito dela deve ser feito na esfera civil.

Não faz sentido analisar os *antecedentes do agente*, se forem bons ele apenas está cumprindo seu propósito regular na sociedade civil e estava em igualdade de *status* perante os outros membros da sociedade. Como foi averiguado a única coisa que pode alterar o *status* de um membro da sociedade é ele tomar para si uma vantagem injusta através de um delito.

Os *motivos do crime* é a sondagem do íntimo do agente sobre a razão pela qual ele cometeu aquele delito, ou seja, a razão pela qual ele tomou mais liberdade do que os outros e quebrou o seu dever de se conter. A única coisa nos motivos do crime que devem ser analisadas é a finalidade pela qual o autor quebrou o seu estado de auto contenção: se foram altruístas, ou se foram para perseguir os seus próprios fins. Se foi por um motivo altruísta talvez seja razoável diminuir a sua pena, no caso do autor se dar mais liberdade para fazer algo em prol de um bem maior ou uma causa justa. (TEIXEIRA, 2015, p. 138)

Se for em prol de si mesmo, então não se deve aumentar a pena, pois a perseguição dos fins individuais já é pressuposta da unfair advantage como foi visto nos capítulos introdutórios (se permitir tem mais meios para alcançar sua vontade). Mesmo quando os motivos soarem muito fúteis não faz sentido a pena ser aumentada e isso ocorre porque a vantagem é una, os motivos do crime não garantem uma vantagem maior ou menor, a liberdade que o autor toma para si, é sempre a mesma, ele rompeu o seu dever de se auto conter. (SADURSKI, 1986, p. 225)

As *circunstâncias subjetivas* não têm espaço algum na teoria desenvolvida, pois ela trata de um fato objetivo: a aquisição de uma vantagem injusta como definida nos capítulos anteriores. Como foi mencionada na análise dos antecedentes qualquer coisa que o autor fizer dentro da lei é jogo justo por parte do Estado mesmo se for algo moralmente reprovável, logo, elas não geram vantagem injusta e sem vantagem injusta não há pretexto para punição. Ou seja, valorar fatores subjetivos é ir além da unfair advantage e logo afastá-la ela como premissa de uma pena proporcional ao fato. (TEIXEIRA, 2015, p. 137)

Geralmente, a teoria da unfair advantage que foi desenvolvida nesse artigo é incompatível com a maioria das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do código penal, o que por um lado se mostra positivo, afinal, seu objetivo dela é simplificar a dosimetria e aplicação da pena e deixar ela mais próxima possível apenas ao fato cometido. Por outro lado, mostra-se negativo pelo motivo de que não dá para ignorar as circunstâncias judiciais no atual ordenamento, apesar de oferecer bons argumentos de *lege ferenda*.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A unfair advantage é uma teoria muito abstrata e existe uma ausência muito grande de literatura que traz tentativas de integra-la na realidade jurídica. Ela é abstrata porque o seu proposito original não é estabelecer a medida da pena, mas apenas justifica-la. A justificativa da pena e a sua aplicação de fato são assuntos diferentes, embora a primeira impressão seja de que eles devem estar intimamente relacionados.

Como ela foi desenvolvida aqui mostra que é cabível no ordenamento jurídico brasileiro, mas exigiria algumas reformas. Principalmente as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal se mostram incompatíveis com a teoria, pois a apreciação da subjetividade é muito patente na nossa legislação. Mas isso é uma incompatibilidade decorrente da própria natureza da unfair advantage que sanciona puramente o fato e nunca o autor, de modo que não encontramos nenhuma forma de conciliar as circunstâncias subjetivas com a teoria.

Uma vez que o conceito de culpabilidade e a teoria da unfair advantage são perfeitamente compatíveis, esse é um ótimo começo para trazer a teoria para dentro da prática judicial, mas a exigência de uma reforma jurídica da teoria da pena no Brasil é inevitável para isso ser possível.

4. REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry; KESSLER, Kimberly. **Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law**. 1. ed: Cambridge university press, 2009.

AMÉRICO, Bedê Junior.; SILVEIRA DE QUEIROZ CAMPOS, Gabriel; **Sentença Criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

BURGH, Richard. Do the guilty deserve punishment? **The Journal of Philosophy**, Vol. 79, No. 4 (Apr., 1982), pp. 193-210, v. 79, n. 4, p. 193–210, 1982.

DAGGER, Richard. Punishment as fair play. **Res Publica**, v. 14, n. 4, p. 259–275, 2008.

DUUS-OTTERSTRÖM, Göran. Fairness-Based Retributivism Reconsidered. **Criminal Law and Philosophy**, v. 11, n. 3, p. 481–498, 2017.

JESUS, Isabela Bonfá De. **Manual de direito e processo tributário**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAWLS, John. **A Theory of Justice (Original Edition)**. 1. ed. Cambridge: Harvard university press, 1971.

SADURSKI, Wojciech. **Giving Desert Its Due: Social Justice and Legal Theory**. 1. ed. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986. v. 80

SANTOS, Mario Ferreira Dos. **Filosofia concreta**. 1. ed. São Paulo: Editora Filocalia, 2020.

STICHTER, Matt K. Rescuing fair-play as a justification for punishment. **Res Publica**, v. 16, n. 1, p. 73–81, 2010.

STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2020.

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

TEIXEIRA, Adriano. LAS TEORÍAS RETRIBUTIVAS EN EL PENSAMIENTO ANGLOAMERICANO CONTEMPORÁNEO. **En Letra: Derecho Penal**, v. 7, p. 35–77, 2018.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão, TOMO I**. 1. ed. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899.

Contatos: siqueirajoseeduardo@gmail.com e flavia.cambraia@mackenzie.br