

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

Francisco de Aguiar Menezes

PENA-BASE E TEORIA AGNÓSTICA:

limites constitucionais e critérios de dogmática na dosimetria penal

Belo Horizonte

2026

Francisco de Aguiar Menezes

**PENA-BASE E TEORIA AGNÓSTICA:
limites constitucionais e critérios de dogmática na dosimetria penal**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof. Klelia Canabrava Aleixo

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Belo Horizonte

2026

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M543p Menezes, Francisco de Aguiar
Pena-base e teoria agnóstica: limites constitucionais e critérios de dogmática na dosimetria penal / Francisco de Aguiar Menezes. Belo Horizonte, 2026.
223 f.

Orientadora: Klelia Canabrava Aleixo
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Conselho Nacional de Justiça (Brasil). 2. Dosimetria da pena (Direito penal) - Jurisprudência - Brasil. 3. Princípio da individualização da pena. 4. Exclusão social. 5. Culpabilidade. 6. Redução de danos. 7. Dogmática jurídica. I. Aleixo, Klelia Canabrava. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.21

Francisco de Aguiar Menezes

PENA-BASE E TEORIA AGNÓSTICA:

Limites constitucionais e critérios de dogmática na dosimetria penal

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof. Klelia Canabrava Aleixo

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Prof. Dra. Klélia Canabrava Aleixo (orientadora)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira (examinador)

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (examinador)

Prof. Dr. Rodrigo Duque Estrada Roig (examinador)

Prof. Dr. Hamilton Gonçalves Ferraz (examinador)

Prof. Dr. Ilison Dias dos Santos (suplente)

Prof. Dra. Poliana Renata Cardoso (suplente)

Belo Horizonte, 9 de abril de 2026

Resumo

A tese parte do diagnóstico de que a dosimetria da pena-base na jurisprudência brasileira sofre de grave déficit teórico e metodológico, resultando em arbitrariedade judicial, ausência de critérios lógico-matemáticos consistentes e abuso semântico na interpretação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Esse cenário compromete princípios constitucionais como legalidade, individualização, culpabilidade e humanidade. Para enfrentar o problema, a pesquisa utiliza como base empírica o relatório do Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça (2022) e adota o método lógico-dedutivo fundamentado na teoria agnóstica ou negativa da pena.

As conclusões demonstram que os modelos tradicionais de fundamentação da pena estão esgotados, sendo a teoria agnóstica (em sua vertente moderada) o marco mais adequado para orientar a dogmática jurídica na contenção do poder punitivo. A tese conclui pela inconstitucionalidade dos vetores "personalidade" e "conduta social", por configurarem resquícios de um Direito Penal do Autor. Propõe-se a reconfiguração da culpabilidade como um filtro limitador — e nunca agravante — que deve incorporar a teoria da vulnerabilidade social para reduzir a sanção conforme a seletividade do sistema. Os resultados apontam que a exasperação da pena-base deve restringir-se a critérios objetivos vinculados à gravidade do fato (circunstâncias e consequências), interpretados como elementos normativos sujeitos ao rigor da taxatividade. Por fim, a pesquisa estabelece um modelo operacional de cálculo proporcional, buscando-se garantir, assim, a racionalidade, a previsibilidade e a efetiva redução de danos no processo dosimétrico brasileiro.

Palavras-chave: Dosimetria da Pena-Base; Teoria Agnóstica; Proporcionalidade pelo Fato; Redução de Danos; Direito Penal do Fato; Culpabilidade por Vulnerabilidade Social.

Abstract

The thesis proceeds from the diagnosis that the determination of the base sentence in Brazilian case law suffers from a serious theoretical and methodological deficit, resulting in judicial arbitrariness, the absence of consistent logical-mathematical criteria, and semantic abuse in the interpretation of the judicial circumstances set forth in Article 59 of the Criminal Code. This scenario undermines constitutional principles such as legality, individualization of punishment, culpability, and humanity. To address this problem, the research adopts as its empirical basis the report of the Working Group of the National Council of Justice (2022) and employs a logical-deductive method grounded in the agnostic or negative theory of punishment.

The conclusions demonstrate that traditional models of sentencing justification are exhausted, with the agnostic theory (in its moderate variant) constituting the most appropriate framework to guide legal dogmatics in restraining punitive power. The thesis concludes that the sentencing factors of “personality” and “social conduct” are unconstitutional, as they represent remnants of an offender-based Criminal Law. It proposes the reconfiguration of culpability as a limiting filter—never as an aggravating factor—which must incorporate the theory of social vulnerability in order to reduce the sanction in light of the system’s selectivity. The results indicate that any enhancement of the base sentence must be restricted to objective criteria linked to the seriousness of the offense (circumstances and consequences), interpreted as normative elements subject to the rigor of the principle of definiteness. Finally, the research establishes an operational model of proportional calculation, thereby seeking to ensure rationality, predictability, and the effective reduction of harm in the Brazilian sentencing process.

Keywords: Sentencing of the Base Penalty; Agnostic Theory; Proportionality by the Act; Harm Reduction; Act-based Criminal Law; Culpability by Social Vulnerability.

*Dedico este trabalho (e todo o resto)
à minha esposa Carol e ao meu filho Miguel.
Minha pequena e meu pequenino.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Rita de Cássia Aguilhar Menezes e ao meu, pai Gilberto Jorge de Menezes, pela estrutura e apoio incondicional em toda minha vida.

Agradeço à minha esposa, Caroline Pereira Domingueti por todo amor, carinho e cumplicidade.

Agradeço ao meu filho, Miguel, por toda a minha inspiração e alegria.

Agradeço à minha irmã, Ana Clara Aguilhar Menezes, por todo o companheirismo e confiança.

Agradeço à minha orientadora, Klélia Aleixo, por toda a paciência e conhecimento compartilhado.

Agradeço ao meu amigo e parceiro Murillo Ribeiro pelos anos de companheirismo no mestrado e doutorado.

Agradeço, especialmente, a todos os grandes professores que tive na vida.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	12
1.1 Justificativa, hipóteses, objetivos e metodologia	13
1.2 O estudo do CNJ acerca da pena-base no Brasil. Uma visão panorâmica do relatório GT/CNJ.....	14
1.3 Estrutura da tese.....	16
2. Delimitação do problema: a discricionariedade judicial na dosimetria da pena-base segundo as diretrizes do relatório GT/CNJ.....	19
2.1 A individualização da pena como princípio e sua normatização no direito brasileiro	22
2.2 A individualização da pena enquanto princípio constitucional limitador da injunção penal.....	28
2.3 A estrutura normativa da aplicação da pena-base no Brasil.....	31
2.4 A caracterização das circunstâncias judiciais enquanto elementos normativos e sua limitação semântica pelo princípio da legalidade	33
3. O esgotamento dos modelos teóricos tradicionais de fundamentação da pena-base	40
3.1 A incompatibilidade constitucional dos modelos absolutos e (neo)retribucionistas.	41
3.2 Problemas empíricos e de fundamentação teórica dos modelos de prevenção geral negativa.	49
3.3 Antinomias entre a dignidade humana e os modelos de prevenção especial negativas.	54
3.4 As (des)humanidades da prevenção especial positiva.....	58
3.5 Prevenção geral positiva: abstrações e antinomias.....	62
3.6 Inocuidade de desumanizados pelo direito penal do inimigo.	68
3.7 As contradições inerentes aos modelos mistos ou ecléticos de fundamentação e breves conclusões	72
4. A teoria agnóstica da pena: da perspectiva redutora à construção de uma criminodogmática consequente	75
4.1 Construção histórica da teoria agnóstica da pena.....	75
4.2 A teleologia redutora a partir do modelo agnóstico.	86
5. Critérios de aplicação da pena compatíveis com um modelo dogmático-penal redutor de danos	92
5.1 Os modernos modelos teóricos de aplicação da pena	95
5.3 Uma conciliação possível entre o modelo agnóstico-redutor e a teoria da proporcionalidade pelo fato.....	108

5.4 Uma reaproximação entre a dogmática da teoria do delito e os critérios de fixação da pena-base	110
6. Culpabilidade	118
6.1 A semântica da culpabilidade enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.....	118
6.2 Evolução histórica das teorias da culpabilidade: da teoria psicológica à normativa	124
6.3 O conceito material da culpabilidade e sua ligação com a medida da pena	127
6.4 O que se entende por culpabilidade como circunstância judicial	139
6.5. Valorações inidôneas da culpabilidade enquanto circunstância judicial.....	146
6.6 Conclusões parciais	148
7. Antecedentes	151
7.1 A semântica dos antecedentes do agente enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.	151
7.2. A dogmática jurídica (passada e atual) dos antecedentes.....	153
7.3 A crítica agnóstica aos antecedentes em uma perspectiva redutora.....	154
7.4 Limite temporal dos antecedentes e o direito ao esquecimento.	156
8. Conduta social.....	158
8.1 A semântica da conduta social enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.....	158
8.2 Direito penal do fato e direito penal do autor: o resquício etiológico e a (in)compatibilidade constitucional da “conduta social”	160
8.3 Conclusões parciais	163
9. Personalidade	164
9.1 A semântica da personalidade enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.....	164
9.2 A ausência de um critério metodológico de análise: crítica doutrinária à imprecisão conceitual da personalidade	167
10. Motivos.....	172
10.1 A semântica dos motivos na jurisprudência enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.	172
10.2 Problemas tangentes à conexão entre motivo e fato punível: o afastamento de decisões eticizantes.	174
10.3 A valoração idônea dos motivos do crime conforme uma perspectiva redutora	176
11. Circunstâncias em sentido estrito.....	177
11.1 A semântica das <i>circunstâncias em sentido estrito</i> na jurisprudência enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.	177

11.2 A necessária ligação entre as circunstâncias e os elementos do injusto culpável: desordem hermenêutica e <i>ne bis in idem</i>	179
11.3 Circunstâncias em sentido estrito no concurso de agentes: aproximações com a teoria do domínio do fato em uma perspectiva redutora.	186
12. Consequências	191
12.1 A semântica das <i>consequências</i> na jurisprudência enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.	191
12.2 A inadequação de considerações abstratas, conjecturais e morais na avaliação das consequências	192
12.3 A inconstitucionalidade da responsabilidade por efeitos transcendentais: da irresponsabilidade objetiva à possível aproximação com a teoria do bem jurídico	194
13. Comportamento da vítima	199
13.1 A semântica do <i>comportamento da vítima</i> na jurisprudência enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.	200
13.2 A valoração do comportamento da vítima em uma perspectiva redutora	201
14. o cálculo da pena-base	202
14.1 O cálculo da pena-base no relatório GT/CNJ.....	202
14.2 O cálculo da pena-base na doutrina	204
14.3 Proposta de um critério lógico-matemático proporcional ao fato.....	210
CONCLUSÕES	213
Referências	217

1. INTRODUÇÃO

O baixo desenvolvimento dogmático da teoria da pena causa um vácuo de legitimidade teórica que costuma ser preenchido pelos tribunais com uma burocracia dosimétrica rasa que faz pouco mais do que esquematizar, em modelos de sentença, as etapas legais de aplicação da sanção penal, fundamentando-se as discricionariedades e os decisionismos dos julgadores na própria jurisprudência, em uma dinâmica autorreferencial carente de qualquer cientificidade jurídica.

Não são poucos os autores que revelam a atecnia jurisprudencial na dosimetria da pena. Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 706) afirmam que a hipotrofia da teoria da pena, em comparação à teoria do delito, dá oportunidade à arbitrariedade judicial, principalmente quando o legislador, para se esquivar de sua responsabilidade, comina margens penais de exagerada amplitude. Na doutrina estrangeira, Hassemer (1984, p. 137) há muito afirma que a determinação da pena é o “muro de lamentações dos penalistas”, não só no campo científico como prático, tendo em vista o baixo grau de precisão e transparência das categorias dogmáticas quanto à teoria da pena. Cirino dos Santos (2017, p. 521) é pertinente ao lembrar que o (raso) discurso oficial da teoria jurídica da pena “não cancela o conflito entre os objetivos declarados e objetivos reais do sistema penal nas sociedades contemporâneas”, o que se percebe pela seletividade estrutural do sistema penal evidenciada pelo número infinitamente maior de tipos penais contidos em lei em comparação aos crimes efetivamente processados e punidos, restando óbvio o fato de que critérios políticos de seletividade da criminalização podem facilmente vazar pelas frestas deixadas pelo vazio teórico quanto à reprimenda penal e se derramar sobre as sentenças no cálculo da pena.

Conquanto a anemia teórica da prática seja evidente em todo o procedimento de aplicação da pena, nenhuma das fases da dosimetria é mais carente de técnica do que a pena-base. Nesta que é a primeira fase da determinação quantitativa da reprimenda penal na sentença condenatória, o julgador deverá valorar o fato punível pelas lentes das 8 circunstâncias judiciais

previstas no artigo 59 do Código Penal que, conforme esclarece Salo de Carvalho (2015, p. 328), atuam como elementos normativos cujo conteúdo semântico deve ser deduzido a partir de um juízo de valor durante a individualização da pena. Embora a função garantista do princípio da legalidade se estenda indubitavelmente à aplicação da pena, demandando o mínimo de determinação dos significados possíveis às circunstâncias e critérios dosimétricos, é na abertura semântica dos institutos legais que orientam a pena-base que os abusos jurisprudenciais se fazem mais graves e evidentes. É na primeira fase da dosimetria que se tortura a significação normativa dos termos legais para que estes confessem, ao final da sentença, que a pena foi fixada em quantidade suficiente para que não esteja prescrita e/ou para que justifique o regime inicial desejado desde o começo pelo julgador.

Estas críticas, há muito tecidas pela doutrina nacional e estrangeira, não possuíam, contudo, uma demonstração empírica sistemática para além de pesquisas jurisprudenciais pontuais e específicas, que são naturalmente limitadas pelos objetivos e recortes metodológicos de cada pesquisador. Este cenário, entretanto, recebeu importante atualização a partir do ano de 2022 quando o Conselho Nacional de Justiça instituiu, através da portaria 207/2021, um Grupo de trabalho para elaboração de diretrizes envolvendo a dosimetria da pena nos processos criminais composto exclusivamente por magistrados. Tal grupo apresentou, no ano de 2022, o relatório de uma pesquisa empírica que resume o estado da arte do procedimento dosimétrico quanto à pena-base na jurisprudência brasileira.

1.1 Justificativa, hipóteses, objetivos e metodologia

É evidente a relevância de trabalho realizado por órgão do próprio judiciário para consubstanciar o atual entendimento, não apenas sobre o procedimento utilizado pelos julgadores nacionais na dosimetria, mas também quanto à semântica imputada por estes às circunstâncias judiciais, uma vez que estas são (ou deveriam ser) chaves valorativas para definição da quantidade de pena sobre a qual incidirá, posteriormente, agravantes e majorantes. O impacto da pena-base na pena total é, portanto, de extrema relevância.

A partir da análise do mencionado relatório, pretendemos testar a primeira hipótese: a dosimetria da pena-base na jurisprudência brasileira se encontra em grave omissão de fundamentos teóricos, ausência de critério lógico-matemático coerente no cálculo do quantum da pena e imensa abertura semântica quanto ao que representa cada uma das circunstâncias judiciais. Tais carências possivelmente resultam em direta violação dos princípios constitucionais que orientam a aplicação da pena (culpabilidade, individualização, intranscendência, humanidade, legalidade e secularização), mas são, acima de tudo, sintomáticos de uma flagrante desconexão entre a operacionalidade da dosimetria da pena-base com quaisquer das teorias que orientam teleologicamente os fundamentos da pena. Na primeira fase da dosimetria, parecem tornar-se evidentes os critérios de mera conveniência burocrática e casuística.

Esta pesquisa pretende, portanto, a partir da análise sistemática do mencionado relatório do CNJ, que tomamos como base empírica, criticar o estado da arte da dosimetria da pena-base no Brasil e, por meio de método lógico-dedutivo e uso de fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras, construir critérios dosimétricos consonantes com os princípios constitucionais e com a teoria agnóstica/negativa da pena que adotaremos como precípua marco teórico.

Em nossa abordagem, escolhemos não compartimentalizar o trabalho em fragmentos isolados que não se articulam para resolver o problema de pesquisa. Assim, não haverá um capítulo dedicado a cada um dos princípios penais tal qual um manual de direito. Tais temáticas estarão presentes ao longo do texto conforme se mostrem úteis para a crítica sistemática do relatório que usamos como base ou para a construção dogmática da qual nos propusemos.

1.2 O estudo do CNJ acerca da pena-base no Brasil. Uma visão panorâmica do relatório GT/CNJ

O relatório escrito pelo grupo de trabalho organizado pelo CNJ é dividido em 3 partes que possuem diferentes objetivos e metodologias.

A primeira parte envolve uma extensa pesquisa empírica. Através de formulário eletrônico, com garantia de anonimato, colheu-se respostas de 1.732

magistrados que possuem competência criminal, seja exclusiva, seja cumulada, pertencentes a todos os Tribunais de Justiça estaduais do país (embora a maior parte dos respondentes sejam do TJMG, TJSP e TJPR), todos os Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e Superior Tribunal Militar (CNJ, 2022, p. 10-12). O número amostral é bastante significativo tendo em vista a abrangência das regiões do país incluídas na pesquisa e o universo total de 6.115 varas com competência criminal no Brasil (CNJ 2022, p. 10).

O questionário envolveu perguntas acerca das frações adotadas para valorar as circunstâncias judiciais do art. 59 e sobre a base de cálculo a partir da qual o julgador faz incidir a fração (se esta é aplicada sobre a pena máxima, mínima ou sobre a diferença entre ambas). Também se perguntou sobre o uso de condenações não transitadas em julgado como maus antecedentes, sobre o reconhecimento de período depurador nos maus antecedentes e sobre a valoração da personalidade do réu e do comportamento da vítima. As últimas perguntas foram referentes ao processo dosimétrico dos crimes da lei de drogas, especificamente a respeito da fração e do critério utilizados para se valorar a quantidade e natureza da droga na pena-base, conforme ordena o art. 42 da Lei 11.343/06 (CNJ, 2022, p. 14-30)¹.

A segunda parte do relatório consiste em uma breve exposição acerca do propósito da individualização da pena e da importância que a primeira fase da dosimetria assume para este desiderato. O que se segue é uma vasta pesquisa jurisprudencial relativa às diretrizes para a dosimetria da pena-base (CNJ, 2022, p. 31-126). Em nossa concepção, trata-se do mais relevante segmento do relatório, onde, a partir da jurisprudência atualizada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, se investigou a semântica imputada a cada uma das oito circunstâncias judiciais do artigo 59² e seus critérios de valoração. Embora não tenha sido escrito com um propósito crítico, a minuciosa compilação jurisprudencial evidencia o maior dos problemas que atacaremos ao longo deste trabalho: o abuso hermenêutico-linguístico da valoração de cada

¹ Consideramos que tais questões são atuais e relevantes e abordaremos criticamente todas elas ao longo deste trabalho. Especificamente, nos capítulos 7, 9 e 12 visitaremos o resultado do questionário acerca dos antecedentes, personalidade do agente e comportamento da vítima, no bojo da discussão semântica de cada uma das circunstâncias judiciais.

² Respectivamente: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias do crime, consequências do delito e comportamento da vítima.

uma das circunstâncias judiciais e o (in)consequente decisionismo jurídico-penal que viola frontalmente os princípios constitucionais que orientam a dosimetria.

A terceira e última parte do relatório consiste em uma breve reflexão sobre caminhos para o aprimoramento do processo dosimétrico no Brasil (CNJ, 2022, p. 127-134), apresentando links para seminários sobre dosimetria da pena e uma concisa conclusão na qual se admite que o trabalho não encerra, mas, ao contrário, serve de início ao debate acerca dos desafios quanto à pena-base no direito pátrio. Debate para o qual pretendemos colaborar nesta tese.

1.3 Estrutura da tese

Citaremos, ao longo deste trabalho, os julgados compilados no mencionado relatório do CNJ como base de nossa crítica à jurisprudência atual, mas também nos utilizaremos de teses de jurisprudência, súmulas e temas de repercussão geral tanto do STJ como do STF para compor um cenário mais amplo e fidedigno quanto ao entendimento corrente sobre a pena-base no Brasil.

No capítulo dois, será aprofundada a discussão sobre a discricionariedade judicial na dosimetria da pena-base, conforme abordado pelo relatório GT/CNJ, analisando como essa discricionariedade é validada e, paradoxalmente, quais são seus limites. O trabalho demonstrará que, na prática, esses limites não são observados, levando à violação de princípios constitucionais. Serão explorados os mandamentos principiológicos constitucionais que deveriam restringir a valoração judicial, como os princípios da legalidade e da individualização da pena. Será argumentado que as circunstâncias judiciais devem ser caracterizadas como elementos normativos, limitados semanticamente pelo princípio da legalidade e sua taxatividade. Além disso, será exposta a estrutura normativa da aplicação da pena-base no Brasil, com foco no método trifásico e nas oito circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

No capítulo três se dedicará à crítica dos modelos teóricos tradicionais de fundamentação da pena, sejam eles retributivos, preventivos ou ecléticos, demonstrando seu esgotamento tanto em termos de legitimação constitucional quanto de eficácia empírica. Será analisada a incompatibilidade constitucional dos modelos absolutos e (neo)retribucionistas. Em seguida, serão abordados os problemas empíricos e de fundamentação teórica dos modelos de prevenção

geral negativa. O capítulo também discutirá as antinomias entre a dignidade humana e os modelos de prevenção especial negativa, bem como as (des)humanidades da prevenção especial positiva. Serão exploradas as abstrações e antinomias da prevenção geral positiva e a crítica ao direito penal do inimigo. Por fim, serão examinadas as contradições inerentes aos modelos mistos ou ecléticos de fundamentação da pena.

No capítulo quatro, será introduzida e desenvolvida a teoria agnóstica da pena, apresentando-a como uma perspectiva que, ao invés de legitimar a sanção penal, a compreende como um dado político da realidade, buscando, a partir daí, o papel da dogmática jurídico-penal compatível com os limites constitucionais. O capítulo traçará a construção histórica da teoria agnóstica da pena, com ênfase nas contribuições de Tobias Barreto, Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista e Salo de Carvalho. Finalmente, será proposta uma teleologia redutora de danos a partir do modelo agnóstico, delineando um arcabouço em três eixos integrados: taxatividade e interpretação restritiva das normas dosimétricas, reformulação das circunstâncias judiciais em chave redutora e incorporação de um fator de redução de danos na fórmula de cálculo da pena-base.

O capítulo cinco analisará os modernos modelos teóricos de aplicação da pena, como a teoria do espaço livre, a teoria dos níveis, a teoria da retribuição da culpabilidade e a teoria da proporcionalidade pelo fato. O objetivo é identificar qual desses critérios é mais compatível com um modelo dogmático-penal redutor de danos. Será defendida uma conciliação entre o modelo agnóstico-redutor e a teoria da proporcionalidade pelo fato, argumentando que esta é o critério mais adequado para a fixação da pena-base. Será proposta uma reaproximação entre a dogmática da teoria do delito e os critérios de fixação da pena-base, onde o injusto culpável servirá como parâmetro central para a determinação da pena.

No capítulo seis, iniciando a análise crítica das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, nos dedicaremos à culpabilidade. Será examinada a semântica da culpabilidade como circunstância judicial na jurisprudência, conforme o relatório GT/CNJ, destacando sua problemática e sua desconexão com a dogmática jurídica. Será abordada a evolução histórica das teorias da culpabilidade, desde a teoria psicológica até a normativa. Serão discutidos o conceito material da culpabilidade e sua ligação com a medida da pena, incluindo as perspectivas de Welzel, Roxin, Jakobs, Kindhäuser e Zaffaroni. O capítulo

definirá o que se entende por culpabilidade como circunstância judicial sob uma perspectiva agnóstica e redutora, e identificará as valorações inidôneas que devem ser afastadas, como a análise da intensidade do dolo ou da culpa e juízos moralistas.

O capítulo sete abordará os antecedentes do agente como circunstância judicial. Será apresentada a semântica dos antecedentes segundo a jurisprudência, com base no relatório GT/CNJ, que reconhece o uso de condenações transitadas em julgado e os limites para evitar *bis in idem*. Será explorada a dogmática jurídica dos antecedentes, comparando posições tradicionais e contemporâneas. O trabalho desenvolverá uma crítica agnóstica aos antecedentes a partir de uma perspectiva redutora, questionando sua constitucionalidade e propondo que, se utilizados, sejam restritos a delitos qualitativamente semelhantes. Além disso, será discutido o limite temporal dos antecedentes e o direito ao esquecimento, argumentando contra a perpetuidade dos maus antecedentes.

No capítulo oito será analisada a personalidade do agente como circunstância judicial. Será exposta a semântica da personalidade na jurisprudência, conforme o relatório GT/CNJ, que a define como um conjunto de caracteres que avaliam a sensibilidade e o modo de agir do criminoso. O capítulo destacará a ausência de um critério metodológico claro para a análise da personalidade, expondo as críticas doutrinárias à sua imprecisão conceitual e seu conflito com princípios constitucionais como a legalidade, secularização e culpabilidade. Será argumentado que a circunstância da personalidade é inconstitucional e deve ser afastada da dosimetria da pena.

No capítulo nove serão examinados os motivos do crime como circunstância judicial. O capítulo apresentará a semântica dos motivos na jurisprudência, conforme o relatório GT/CNJ, mostrando como fatores psíquicos que levaram o agente ao crime são valorados, muitas vezes com base em juízos éticos. Serão discutidos os problemas relacionados à conexão entre motivo e fato punível, incluindo a reincidência de *bis in idem* e a inadequação de decisões eticizantes ou moralistas. Será proposta uma valoração idônea dos motivos do crime sob uma perspectiva redutora, sugerindo que os motivos devem ser considerados apenas de forma subsidiária e favorável ao acusado.

O capítulo dez se concentrará nas circunstâncias em sentido estrito do crime. Será analisada a semântica das circunstâncias na jurisprudência, revelada pelo relatório GT/CNJ, que considera os pormenores acidentais do fato delitivo para avaliar a gravidade do crime. Será defendida a necessária ligação entre as circunstâncias e os elementos do injusto culpável para afastar a desordem hermenêutica e o *ne bis in idem*, propondo que a exasperação da pena seja baseada na gravidade do fato e não em julgamentos personalistas. Além disso, serão exploradas as circunstâncias em sentido estrito no concurso de agentes, aproximando a análise da teoria do domínio do fato para diferenciar as responsabilidades de forma proporcional ao fato.

No capítulo onze serão examinadas as consequências do crime como circunstância judicial. O capítulo apresentará a semântica das consequências na jurisprudência, conforme o relatório GT/CNJ, que se refere aos impactos do fato delitivo que transcendem o resultado típico. Será discutida a inadequação de considerações abstratas, conjecturais e morais na avaliação das consequências, defendendo que a análise deve ser objetiva e focada na intensidade da lesão ao bem jurídico tutelado. Será abordada a inconstitucionalidade da responsabilidade por efeitos transcendentais, promovendo uma aproximação com a teoria do bem jurídico para limitar a valoração a resultados previsíveis e diretamente ligados à esfera de proteção da norma penal.

No capítulo doze se analisará o comportamento da vítima como circunstância judicial. Será apresentada a semântica do comportamento da vítima na jurisprudência, conforme o relatório GT/CNJ, que estabelece que essa circunstância nunca deve exasperar a pena-base, sendo sempre neutra ou favorável ao réu. Será discutida a valoração do comportamento da vítima em uma perspectiva redutora, complementando o entendimento atual com estudos da vítima-dogmática para melhor compreender como a conduta do ofendido pode ter contribuído para a gravidade do fato, sem implicar em sua reprovação.

2. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA: A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE SEGUNDO AS DIRETRIZES DO RELATÓRIO GT/CNJ

A parte II do relatório GT/CNJ³ inicia com a reiterada validação da discricionariedade judicial como vetor imprescindível da dosimetria da pena (CNJ, 2022, p. 31). O relatório colaciona uma miríade de julgados do STF e do STJ que reafirmam que o juiz da condenação é discricionário na aplicação e individualização da pena, uma vez que o Código Penal não apresenta rígidos esquemas ou regras absolutamente objetivas para esta tarefa (CNJ, 2022, p. 32). Algumas das passagens citadas fundamentam superficialmente tal discricionariedade judicial no dever que o juiz possui de conciliar justiça material e segurança jurídica, abordar inevitáveis premissas valorativas, bem como balizar as circunstâncias do caso concreto e aquelas referentes ao próprio criminoso.⁴ Esta liberdade judicial alcançaria tanto a valoração dos institutos legais aplicados ao delito quanto o critério aritmético utilizado na dosimetria (CNJ, 2022, p. 33).

Consideramos ser razoavelmente previsível que um relatório elaborado por um órgão do judiciário defenderia efusivamente a discricionariedade dos magistrados. Há de se notar, todavia, que são também colacionados julgados e citações que alertam para os limites do arbítrio judicial. Tais limitações podem ser aqui resumidas em quatro pontos: (1) os parâmetros legalmente estabelecidos; (2) a proporcionalidade entre a pena aplicada e a gravidade do delito; (3) a isonomia dos condenados, que não podem receber penas significativamente diferentes em delitos objetiva e subjetivamente semelhantes e (4) a explícita e devida fundamentação da decisão. Fala-se, nesta ordem, em discricionariedade guiada ou vinculada na concretização do princípio constitucional de individualização da pena (CNJ, 2022, 35-36).

Como demonstraremos, entretanto, não é possível notar tais limites ao longo dos dados constantes no relatório GT/CNJ, seja na quantificação da pena, seja nos critérios de valoração das circunstâncias judiciais. Outrossim, o relatório nos mostra que inúmeros princípios constitucionais restam rotineiramente violados na atividade dosimétrica brasileira.

³ Comentaremos a parte I, que trata dos critérios matemáticos para a dosimetria da pena segundo a pesquisa empírica do CNJ, no capítulo 13 do presente trabalho.

⁴ Em outras palavras, a suposta antinomia entre legalidade e individualização da pena só poderia ser solucionada com irrestrita discricionariedade judicial. Conforme pretendemos demonstrar, a antinomia é apenas aparente e a solução presente na atual jurisprudência é equivocada e contraditória.

Entendemos, ademais, que o mandamento constitucional da individualização da pena não é propriamente respeitado no estado da arte de nossa jurisprudência, uma vez que, conforme demarca Salo de Carvalho (2015, p. 267): “nos países democráticos, sobretudo nos de tradição jurídica romano germânica, a ideia de individualização está indissociavelmente coligada às funções da pena” e, com a crise das clássicas teorias fundamentadoras, individualizar a sanção tornou-se, como afirma Rodrigo Duque Estrada Roig (2015, p. 112), tarefa hermenêutica que deve ser orientada pelo dever jurídico-constitucional de minimizar a afetação do indivíduo, pois, como abordaremos, trata-se do único fundamento demonstravelmente defensável e racional a partir de uma perspectiva democrática.

Do mesmo modo, a legalidade, enquanto princípio constitucional, não limita a atividade dosimétrica apenas no que tange às balizas quantitativas das penas cominadas pelos tipos penais, pois, conforma ensina Nilo Batista (2005, p. 78), o princípio da legalidade em sentido estrito (taxatividade) não exige apenas a determinação semântica dos elementos previstos no preceito primário dos tipos penais e dos limites quantitativos da escala de pena. Se o juiz deve valorar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 para fixar a pena-base dentro dos limites dos preceitos secundários dos tipos penais, o conteúdo semântico de tais circunstâncias não pode ser discricionariamente escolhido pelo julgador a partir de suas concepções pessoais de justiça, proporcionalidade e equidade ou dos supostos imperativos de defesa social, mas deve seguir os preceitos de uma dogmática tecnicamente fundamentada, constitucionalmente válida, consciente das funções da pena (ou da ausência destas) no Estado democrático de direito e da influência que estas devem exercer no processo de individualização.

A partir desta análise, a delimitação do problema se torna notória: a jurisprudência nacional parece assumir a falsa premissa de que há uma antinomia entre legalidade e individualização da pena que somente pode ser solucionada com uma quase irrestrita discricionariedade dos julgadores que seriam totalmente livres para interpretar semanticamente as circunstâncias judiciais e a conseqüente subsunção do caso concreto a estas, conquanto que limitados quantitativamente à escala penal dos preceitos secundários dos tipos. Seguindo esta lógica, acreditamos que tais premissas levam às equivocadas

conclusões jurisprudenciais percebidas ao longo de todo o relatório GT/CNJ (2022): um evidente abuso semântico e linguístico quanto à valoração da maioria das circunstâncias judiciais, uma completa desconexão entre as teorias fundamentadoras da pena e os critérios dosimétricos e uma subversão utilitária da quantificação da sanção aos números necessários para garantir o regime inicial desejado desde o início e para evitar a prescrição retroativa.

Estabelecido o problema, a justificativa de uma pesquisa crítica se torna manifesta: considerando a inegável importância da pena-base no processo dosimétrico brasileiro, é necessário apontar os erros jurisprudenciais e erigir critérios para fixação da pena que sejam constitucionalmente válidos e orientados por uma dogmática consciente.

O primeiro passo desta tarefa reside em demonstrar os mandamentos principiológicos constitucionais que limitam a valoração judicial quanto à dosimetria da pena-base, função restritiva que é realizada, precipuamente, pelos princípios da legalidade e individualização da pena. Começamos com a exposição de como o ordenamento jurídico disciplina a primeira fase da dosimetria.

2.1 A individualização da pena como princípio e sua normatização no direito brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, assim como nos países centrais, a individualização da pena enquanto obrigatória tarefa judicial é relativamente recente.

Conforme expõe Paganela Boschi (2020, p. 139-140), desde os primórdios da estruturação normativa da punição, as sanções penais não eram orientadas em prol da justa individualização da pena ao delito e ao delinquente. Ora reações desmedidas e impessoais (como ocorria no período de vingança divina) ora retribuições qualitativa e quantitativamente equivalentes à gravidade do crime (com a instituição do talião e da vingança privada), a história das penas é marcada pela fundamentação teológica e pelas punições corporais e suplícios

de toda espécie⁵, aplicados com maior ou menor grau de arbitrariedade, mas sem maiores preocupações com a individualização racional.

Foi com a eclosão do pensamento iluminista no século XVIII que, segundo Inacio Carvalho Neto (2022, p. 24), a pena se afastou de sua base teológica. Com o lastro filosófico de autores contratualistas como Locke, Hobbes e Rousseau, os autores da chamada “escola clássica”⁶, dos quais se destaca Beccaria, Pietro Verri e Carrara, buscaram criar uma economia jurídica da punição, fundamentada não nos suplícios retributivos das penas corporais, mas na proporcionalidade e humanidade essenciais aos novos propósitos de utilidade preventiva das sanções.

Segundo ensina Paganella Boschi (2020, p. 140-142), o novo *ethos* iluminista inspirou, no Código Penal francês de 1791, oriundo da revolução, o desaparecimento das penas incertas, pela primeira vez sendo estabelecida a proporcionalidade das sanções como direito individual do apenado. Porém, o novo diploma apresentava um regime de penas tarifadas, não oferecendo ao juiz qualquer faculdade interpretativa, reduzindo-o à “boca da lei”. Foi apenas a partir da reforma de 1810 da lei francesa, que as penas cominadas adquiriram limites mínimos e máximos que o juiz poderia percorrer na aplicação em concreto. Tal sistema, como veremos, inspirou o Código Penal brasileiro de 1830.

A partir das novas diretrizes racionais e seculares impostas pelo direito penal da ilustração, os propósitos orientadores da cominação e aplicação da pena flutuaram conforme os ventos do embate entre partidários da escola clássica, que defendiam o livre-arbítrio como fundamento da reprovação e a prevenção geral negativa como finalidade da pena, tal qual defendia a coerção psicológica de Feuerbach (2007, p. 60), e da escola positivista que, a exemplo de Enrico Ferri (1900, p. 223-224) fundamentava a reação punitiva na defesa social contra a periculosidade do agente, em evidente direito penal do autor.⁷

⁵ A clássica descrição, feita por Michael Foucault (1999, p. 8), da execução de Damians por parricídio diante da porta principal da igreja de Paris é perfeita ilustração do estado das coisas no que tange aos suplícios como método padrão de aplicação e execução das penas.

⁶ Conforme expõe Salomão Shecaira (2018, p. 125) não existiu uma “escola clássica” enquanto bloco monológico e organizado de pensadores. Tratou-se, na verdade, de um termo quase pejorativo imputado a eles pelos positivistas, no sentido de serem antigos e já ultrapassados por não utilizarem o método empírico-indutivo em suas investigações.

⁷ O embate entre clássicos e positivistas será por nós revisitado no capítulo referente aos modelos teóricos de fundamentação da pena-base, uma vez que o art. 59 do Código Penal,

Nesta ordem de ideias, conforme salienta Rodrigo Roig (2015, p. 108), estabeleceu-se uma tensão entre o imperativo de preponderância de aspectos objetivos nos fundamentos da individualização (defendido pela escola clássica) e a necessidade de calcular a pena conforme critérios de periculosidade subjetiva, com pretensões preventivas especiais, conforme a concepção positivista.⁸

Segundo Busato (2018, p. 839), foi neste momento que a expressão *individualização da pena* foi utilizada pela primeira vez, por Wilhelm Emil, professor da Universidade de Viena, que, em 1869, defendia, a partir de uma perspectiva aliada ao positivismo, que o juiz possuía tarefa de individualizar a pena segundo o caráter pessoal de cada criminoso, o que nomeava como *doutrina do caráter*.⁹

O mais importante marco teórico do período, contudo, é Raymond Saleilles com sua obra *A individualização da pena*, de 1898. Saleilles (2006) resume a história da individualização da pena trazendo os fundamentos da individualização judicial fundada na responsabilidade individual, típica da escola clássica e neoclássica, trata da individualização fundada na periculosidade, própria da escola positivista. Após, estabelece vetores para individualização da pena que devem passar pelas circunstâncias do crime no caso concreto (incluindo consequências e motivações do criminoso), mas também os antecedentes criminais do réu, sua personalidade e circunstâncias sociais, unindo pressupostos das duas supracitadas escolas do pensamento criminológico. O autor também é responsável por estabelecer a tradicional divisão de atribuições: individualização legal, judicial e administrativa. Rodrigo Roig (2015, p. 108) afirma, acertadamente, que parte dos problemas contemporâneos quanto à individualização da pena são provenientes da falta de dinamismo e criatividade em romper com o modelo clássico de individualização formatado por Saleilles.

paradoxalmente, adota ambas as posições, acendendo “uma vela para Ferri e outra para Carrara”.

⁸ Este embate ainda pode ser percebido na redação do atual artigo 59 do Código Penal brasileiro.

⁹ Busato (2018, p. 839) deixa claro que a perspectiva de Wahlberg é insustentável nos dias de hoje, por abraçar uma culpabilidade do autor. Conforme veremos, contudo, perspectivas eticizantes e nada seculares ainda são abundantes na jurisprudência dos tribunais superiores.

Durante o século XIX e XX, o princípio da individualização da pena foi elevado à condição de princípio-garantia por vários ordenamentos jurídicos, incluindo o brasileiro.

Voltaremos nossa atenção ao histórico da adoção do princípio no ordenamento jurídico do Brasil.

Ordenações Afonsinas (1500-1514), Manuelinas (1514-1603) e Filipinas (1603-1830) reproduziam, em grande parte, um direito penal medieval, com penas corporais que concretizavam diversas espécies de suplícios, mutilações e execuções, cuja aplicação era orientada pela quase absoluta arbitrariedade do julgador. Segundo Paganela Boschi (2020, p. 142-143), o Brasil caminhou com lentidão no que tange à adoção expressa da individualização das penas, tendo o Código Penal Imperial de 1830 reproduzido as amarras do Código Penal Francês de 1810, isto é, a pena era fixada em graus pré-estabelecidos (mínimo, médio e máximo), que deveriam ser fixados com base na presença de agravantes e atenuantes e, na dúvida, a sanção deveria ser aplicada no grau médio. O julgador não possuía discricionariedade para além de constatar o fato, verificar a presença das circunstâncias e aplicar a pena. O juiz era a típica “boca da lei”, expressão que tornou famosa quanto às codificações da era napoleônica.

O Código Penal de 1890 representou um avanço civilizatório no tocante à humanidade das sanções: revogou a pena de galés, reduziu a 30 anos o limite máximo das penas e permitiu a detração penal. Entretanto, não houve mudanças tão significativas no que diz respeito à individualização. Conforme explicam João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem (2022, p. 912-913), a pena deveria ser aplicada no grau médio, calculado a partir da soma entre os graus mínimos e máximos seguida da divisão por dois, caso não houvesse atenuantes ou agravantes. A presença de agravante(s) sem que houvesse qualquer atenuante demandava a aplicação da pena máxima. A pena seria mínima caso houvesse atenuante(s) sem agravantes. Havendo concurso entre agravantes e atenuantes, a sanção deveria variar entre o grau médio, em caso de empate entre o número de agravantes e atenuantes, o grau submédio (metade da soma entre o grau mínimo e o médio), se preponderassem as atenuantes e o grau submáximo (metade da soma entre o grau médio o máximo) caso preponderassem as agravantes.

Percebe-se que o Código Republicano elegia a aritmética como critério dosimétrico e esvaziava qualquer prerrogativa discricionária do julgador em analisar de forma global as circunstâncias concretas do crime para adequar a pena à culpabilidade individual do réu.

Com Código Penal de 1940, eliminou-se as fórmulas aritméticas em nome da adoção de um sistema de ampla discricionariedade para o juiz a partir de parâmetros legais de dosimetria. Como ensina Luiz Regis Prado (2019, p. 836), tratou-se de um sistema de relativa determinação, que fugia do legalismo extremo das penas tarifadas sem, contudo, adotar uma perspectiva de absoluto arbítrio judicial. O artigo 42¹⁰ estabelecia que pena deveria variar conforme as margens penais dos tipos com base na valoração de determinadas circunstâncias apreciadas pelo juiz: os antecedentes, a personalidade do agente, a intensidade do dolo, o grau da culpa e os motivos perfaziam as circunstâncias subjetivas para o cálculo da pena, enquanto as circunstâncias em sentido estrito e as consequências do crime eram os únicos parâmetros objetivos.

Conforme é possível inferir a partir das palavras de Boschi (2020, p. 144), esta foi a primeira estrutura normativa que permitiu uma individualização racional da pena, vinculando o juiz apenas quanto às balizas da escala penal e à valoração das circunstâncias judiciais. Estas, todavia, voltavam a ponderação judicial para a improvável conciliação dos fundamentos que iluministas e positivistas davam à punição, devendo o juiz averiguar elementos pessoais do condenado para medir sua periculosidade subjetiva e ao mesmo tempo observar as consequências e circunstâncias fáticas do crime para medir a pena à retribuição do dano causado.

Quanto à teorização do método da individualização da pena, existiam, na época, duas grandes correntes. Roberto Lyra (1942, p. 173) defendia uma aplicação em modelo bifásico, no qual o juiz primeiramente aplicaria a pena-base a partir de uma valoração conglobada das circunstâncias judiciais (previstas no

¹⁰ **Fixação da pena**

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

artigo 42) e das agravantes e atenuantes (constantes, respectivamente, nos artigos 44, 45 e 48 do Código Penal). Em seguida, aplicar-se-ia as causas de aumento e diminuição de pena previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código.

A segunda corrente era creditada a Nelson Hungria (1958, p. 476-477) que defendia uma primeira fase (pena-base) dedicada exclusivamente à valoração das circunstâncias judiciais do artigo 42 para fixação da pena, em um cálculo discricionário, limitado quantitativamente pelas margens da escala penal. Sobre o valor concretizado, o juiz faria incidir as atenuantes e agravantes (pena intermediária) e, por último, as causas de diminuição e aumento (pena definitiva).

Autores como José Duarte (1942, p. 216) defendiam a superioridade do critério trifásico justamente pelo protagonismo dado às circunstâncias judiciais. Resumindo os argumentos do autor, o critério trifásico estabelece as circunstâncias judiciais como critério geral de medida de pena com relação ao crime, considerado substancialmente, critérios estes que estariam sempre presentes, ao passo que as circunstâncias legais possuiriam um caráter excepcional a incidir sobre o *quantum* definido anteriormente pela pena-base. Ademais, método exige que o juiz estabeleça, logo na primeira fase, uma quantidade certa de pena sobre a qual incide as circunstâncias legais, permitindo mais racionalidade e clareza na fundamentação de cada uma das valorações do julgador. Com o critério bifásico sugerido por Lyra, o quantum aplicado pela agravante acabaria subsumido aos valores correspondentes às circunstâncias judiciais desfavoráveis, diminuindo a clareza da sentença condenatória, o que acabaria por prejudicar a fundamentação de eventual apelação defensiva.

Concordamos com a superioridade do critério trifásico. Mesmo com a primazia dada à pena-base, uma vez que constitui o valor de referência para a incidência de todos os institutos legais na dosimetria, é indiscutível o potencial de maior racionalidade e transparência da sentença sob tal método, entretanto, tais atributos estão condicionados à observância de duas premissas: (1) a cientificidade dos critérios hermenêuticos na valoração do horizonte semântico de cada circunstância judicial e (2) o mínimo de previsibilidade quanto ao raciocínio lógico-matemático no cálculo do *quantum* da pena-base. Como continuaremos a demonstrar, nenhuma das duas qualidades são perceptíveis na atual jurisprudência nacional.

O critério trifásico foi positivado explicitamente pela primeira vez no Código Penal de 1969 (Decreto-Lei 1004/69, artigo 52), porém, após anos de *vacatio legis*, o diploma foi revogado sem um dia sequer de eficácia.

Com a reforma da parte geral, operada pela Lei 7.209/84, a individualização da pena privativa de liberdade pelo método trifásico foi oficialmente adotada (artigo 68)¹¹¹², vindo a reboque toda a importância que o critério acaba por afixar às circunstâncias judiciais, agora listadas no artigo 59.

A individualização da pena tornou-se, ainda, princípio constitucional inscrito no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal de 1988. Atualmente, trata-se de princípio aceito pela maior parte da doutrina nacional e estrangeira e que possui funções limitadoras do poder punitivo cuja relevância à dosimetria da pena-base passaremos a demonstrar.

2.2 A individualização da pena enquanto princípio constitucional limitador da injunção penal

Já exposto o histórico quanto à adoção da individualização da pena enquanto mandamento constitucional, é necessário compreender o conceito atual do princípio e a limitação que este exerce na fixação da pena-base.

Salo de Carvalho (2015, p. 265) ensina que a individualização da pena resulta na “necessidade de limitação da sanção ao grau de culpabilidade dos coautores e dos partícipes do delito, o que impõe uma adequação quantitativa e qualitativa em todos os níveis de habilitação do poder punitivo”.

¹¹ Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

¹² A exposição de motivos afirma expressamente no item 51: “Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59, consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes, incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o *quantum* da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude da garantia constitucional da ampla defesa”.

A mais basilar das funções de tal princípio, segundo Nucci (2015, p. 27) é a “fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz como ser pensante”. O autor ainda afirma que tal postulado tem a pretensão de possibilitar uma sanção que seja justa e adequada ao delito e ao delinquente.

Luiz Regis Prado (2019, p. 769) afirma que o princípio constitui “diretriz constitucional orientadora de imposição, aplicação e execução da pena no sentido de que o condenado receba a pena adequada à reprovação e prevenção do crime”. Acrescenta que a individualização deve se dar em três fazes distintas: (1) na fase legislativa, o princípio orienta a cominação de penas, exigindo que, em sua atividade, o legislador preveja uma escala penal adequada e proporcional à conduta incriminada; (2) na individualização judicial, o julgador possui a missão de, na sentença penal condenatória, adequar, ao delito e ao delinquente, a espécie de pena aplicável dentre as cominadas, a quantidade de pena privativa de liberdade, o regime inicial, a substituição e suspensão condicional da pena. Finalmente, (3) na individualização executiva, a atividade judicial é voltada para a progressão e regressão de regime, livramento condicional, bem como remição detração e comutação, enfim, consiste na possibilidade de alteração da quantidade e qualidade da pena durante a execução da sanção.

O princípio da individualização da pena, todavia, faz mais do que estabelecer uma proibição à pena padronizada que atravessa a fase legislativa até a execução da sanção. Conforme ensina Salo de Carvalho (2015, p. 267), “nos países ocidentais democráticos, sobretudo nos de tradução jurídica romano germânica, a ideia de individualização está indissociavelmente coligada às funções da pena”. Tal teleologia parece óbvia quando o artigo 5º XLVI da Constituição Federal delega à legislação infraconstitucional a regulamentação da individualização da pena, o que é feito, quanto à fase judicial da aplicação da pena privativa da liberdade, pelos artigos 68 e 59 do Código Penal, sendo que este último, ao estabelecer os critérios pelos quais as circunstâncias judiciais devem ser valoradas, é claro ao afirmar que o juiz deve ter como norte a pena “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

O próprio relatório do CNJ aponta diversos julgados que confirmam que a razão de tanta discricionariedade judicial está na tensão entre as finalidades

preventivas da pena, a segurança jurídica e liberdade do condenado (CNJ, 2022, p. 32).

Defendemos, porém, que, em que pese as perspectivas adotadas pelo artigo 59 do Código Penal, isto é, retribuição e prevenção enquanto finalidade das penas, a atual Constituição da República provocou uma ruptura com tais objetivos, pois, como demonstraremos, a Carta Constitucional não referendou qualquer das funções clássicas da pena¹³ que permanecem, pois, esvaziadas pela ilegitimidade (por atentar contra direitos fundamentais) ou pela inutilidade, uma vez que a o propósito preventivo nunca pôde ser empiricamente constatado.

Acreditamos, porém, que a organização teleológica da individualização da pena ainda tem razão de ser. Nas palavras de Rodrigo Duque Estrada Roig (2015, p. 110), o princípio em análise impõe duas obrigações ao julgador: (1) abraçar, a partir da perspectiva redutora de danos, o propósito de diminuir a irracionalidade inerente ao poder punitivo e a esfera de afetação que este apresenta ao indivíduo e, para isso, deve o juízo (2) abandonar os fundamentos ligados à gravidade em abstrata do delito, uma vez que estes impedem que a decisão apresente poder argumentativo concreto o bastante para conter a ação irracional do Estado.

A interpretação teleológica-constitucional da individualização da pena, orientada pelo propósito que redução da irracionalidade inerente à natureza político-beligerante do sistema penal é o corolário da teoria da pena, que, a partir dos aportes teóricos de autores como Zaffaroni, Batista, Salo de Carvalho e Rodrigo Roig, impõe limitação necessária à atividade dosimétrica, principalmente no tocante ao horizonte semântico das circunstâncias judiciais. Este é o ferramental teórico que justificadamente utilizaremos.

Antes, porém, de tratarmos mais propriamente do critério teleológico com o qual aprofundaremos a crítica ao relatório do GT/CNJ, precisamos abordar outro dos argumentos inaugurais utilizados por este para fundamentar a quase ilimitada discricionariedade judicial na dosimetria da pena-base: o princípio da legalidade, especificamente no corolário da taxatividade, limita o julgador em

¹³ Conquanto tenha positivado diversos mandados constitucionais de criminalização quanto à diversas pautas políticas, tais quais o repúdio às formas de discriminação racial (CF, art. 5º, XLII) e a proteção do Estado Democrático de Direito (CF, art. 5º, XLIV), o texto constitucional, ao contrário de várias das Cartas europeias, não abraça diretamente qualquer teoria fundamentadora da pena.

mais do que os valores mínimos e máximos da escala penal. Aproveitaremos o ensejo para abordarmos a natureza das circunstâncias judiciais e sua influência na dosimetria da pena-base segundo a lei brasileira e a dogmática jurídica da teoria da pena.

2.3 A estrutura normativa da aplicação da pena-base no Brasil

A dinâmica da aplicação da pena privativa de liberdade é legalmente definida como um método trifásico descrito no artigo 68 do Código Penal. A primeira destas fases será a pena-base, que, conforme diz Paganella Boschi (2020, p. 156), demarca o ponto de partida de todas as circunstâncias legais que influenciam a sanção com posteriores acréscimos e subtrações, demarcando o ponto nevrálgico da dosimetria. É também, como se percebe a partir do relatório GT/CNJ (2022), o ponto de maior abuso decisionista na prática judiciária.

Perante a ausência de uma definição legal para a primeira fase da dosimetria, Busato (2018, p. 841) conceitua a pena-base como “o produto final de variáveis que individualizam o fato e seu autor, com vistas à composição de um ponto de partida geral para a pena correspondente às exigências do princípio da culpabilidade”.

Começemos conhecendo a estrutura normativa.

O artigo 59 do Código Penal estabelece que, com base em 8 circunstâncias, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima, deve o juiz aplicar a pena conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Estas são as circunstâncias judiciais, assim nomeadas, como explica Bitencourt (2020, p. 768), porque a lei não as define, deixando a cargo do juiz a função de encontrá-las no caso concreto e utilizá-las como critérios de mensuração da pena-base.

Quanto à natureza de cada uma das circunstâncias, é célebre a classificação de Aníbal Bruno (1967, p. 153) pela qual as cinco primeiras são subjetivas, uma vez que se referem ao agente e seu elemento anímico, enquanto as três últimas são de natureza objetiva, já que se referem ao fato e seus desdobramentos. Seja como for, é o magistrado que atribuirá ao caso concreto as valorações conforme tais circunstâncias.

Conforme ensina Ricardo Schmitt (2020, p. 174), o mandado constitucional de motivação das decisões, contido no art. 93, IX¹⁴ da Constituição, exige mais do que o apontamento as razões de fato pelas quais as pena-base foi quantificada. É necessário que a subsunção do caso concreto às circunstâncias judiciais seja feita a partir de um enfrentamento semântico de cada uma delas e da explicitação do caminho lógico-dedutivo utilizado pelo magistrado ao considerá-las como favoráveis ou desfavoráveis ao acusado.

E não é só. Salo de Carvalho (2015, p. 334-336) enumera satisfatoriamente as cinco responsabilidades judiciais na dosimetria da pena-base: (1) delimitação do sentido de cada circunstância judicial, (2) definição do tipo de informação processualmente válida para verificação de tal conteúdo semântico no caso concreto, (3) valoração de cada circunstância como positiva ou negativa, (4) determinação quantitativa de cada circunstância no aumento ou diminuição da pena-base e (5) estabelecimento de critério de preponderância entre as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis. O mesmo autor admite que as três últimas tarefas são meramente acessórias à duas primeiras. E a dificuldade prática que se vê estampada na jurisprudência nacional está calcada na porosidade denotativa das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, que é maior do que em todos os outros critérios orientadores da dosimetria penal.¹⁵

Não negamos o fato de que certo grau de indeterminação é inerente à moderna feição do direito, especialmente do direito penal, seja porque a própria linguagem humana possui textura inerentemente aberta, seja porque o direito penal próprio da sociedade do risco tensiona a taxatividade das normas incriminadoras, para que estas se adequem ao dinamismo nos novos riscos

¹⁴ (CF, art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação).

¹⁵ As agravantes do artigo 61 e atenuantes do artigo 65, embora possuam certa dimensão normativa, tendem a ser mais compreensíveis em seu sentido, principalmente quando se referem à fatos determinados como a idade (art. 65, I) do agente ou da vítima (artigo 61, II, h). Mas ainda quanto àquelas que possuem termos com maior grau de porosidade, como “abuso de autoridade” (art. 61, II, f) ou “emboscada” (art. 61, II, c), devido à maior especificidade de sua aplicação, tendem a ter um horizonte de significados consideravelmente menor.

sociais.¹⁶ Contudo, conforme adverte Salo de Carvalho (2015, p. 336), é fundamental o papel da dogmática jurídico-penal em estabelecer, por meio de interpretação conforme a Constituição, limites de tolerabilidade e de razoabilidade interpretativa aos sentidos atribuídos às circunstâncias judiciais, limites estes que o relatório GT/CNJ revela não serem claros na jurisprudência nacional.

Creemos que as linhas gerais destes freios hermenêuticos começam a ser desenhadas a partir de duas orientações: (1) a constatação de que o princípio da legalidade, especificamente quanto ao corolário da taxatividade, também deve ser aplicado às circunstâncias judiciais que, conforme argumentaremos, devem ser interpretadas como elementos normativos que se agregam aos preceitos secundários dos tipos penais; bem como (2) a orientação teleológica do próprio artigo 59 do Código Penal comanda que o esforço denotativo sobre as circunstâncias judiciais seja teleologicamente orientado pelos fins da pena que, segundo a lei penal brasileira, devem ser os da retribuição e prevenção. Veremos, contudo, que estas finalidades se mostram incompatíveis com os princípios constitucionais ou fracassadas em termos de demonstração empírica. Tais constatações, entretanto, não nos compele ao abandono da orientação teleológica do horizonte de sentidos dos critérios dosimétricos da pena-base, ao contrário, nos força à orientação constitucionalmente embasada do propósito da atividade judicial na dosimetria, que é, como demonstraremos, a postura redutora de danos perante a teoria agnóstica da pena. Dedicaremos o próximo item deste capítulo à exposição da primeira destas linhas argumentativas (taxatividade das circunstâncias judiciais) e a totalidade do próximo capítulo à demonstração da segunda.

2.4 A caracterização das circunstâncias judiciais enquanto elementos normativos e sua limitação semântica pelo princípio da legalidade

¹⁶ Tais tendências são Jesus Maria Silva Sanches (2007) ao dissertar, com base na perspectiva sociológica de Ulrick Beck, sobre a expansão do direito penal.

O fundamento do princípio da legalidade como salvaguarda jurídico-penal da liberdade individual¹⁷ frente ao poder punitivo do Estado emergiu na era moderna, particularmente no século XVIII, em consonância com os ideais da Revolução Francesa, os quais preconizavam um papel ativo do Terceiro Estado representando o povo na condução do poder. Este princípio foi inicialmente codificado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. O próprio Beccaria (2012, p. 68), em sua obra seminal "Dos Delitos e Das Penas", sustenta que apenas as leis têm o direito de estabelecer as punições para os crimes, e esta autoridade repousa exclusivamente no legislador, representante da sociedade unificada pelo contrato social. Ele argumenta que as leis deveriam ser claras e específicas na definição dos crimes bem como na imposição das penas, pois, como sustenta sua célebre afirmação, a prevenção do delito se daria não pelo peso da sanção, mas pela certeza de sua infalibilidade.

A sistematização dogmática do princípio da legalidade é atribuída, contudo, a Feuerbach (2007), que consolidou em uma fórmula única as garantias pelas quais a aplicação da sanção penal está condicionada à existência de lei, à prática de uma ação previamente incriminada e à existência de uma lesão jurídica determinada (reserva legal, anterioridade e taxatividade). Esta estruturação tinha como objetivo a prevenção geral negativa da lei penal, que exerceria uma coação psicológica sobre os potenciais autores de infrações jurídicas. A doutrina contemporânea, exemplificada por Cláudio Brandão (2014, p. 147-152), enfatiza o princípio da legalidade como requisito fundamental para o desenvolvimento da dogmática do direito penal, atribuindo-lhe um significado material que permite a análise da dimensão política do Estado.

Na esfera política, a legalidade denota a supremacia do Poder Legislativo como órgão que representa a vontade geral do povo perante os demais poderes do Estado, enquanto sua dimensão técnica orienta os legisladores sobre a forma de produção das normas penais. Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 22-25) identifica os corolários jurídicos do princípio da legalidade nos crimes, nas penas e nas medidas de segurança, expressos pelas fórmulas *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex certa*. Estes dois últimos desdobramentos do princípio são

¹⁷ É necessário destacar, contudo, que tal proteção individual nunca foi equânime e que, em seu nascedouro, o princípio era destinado a poucos na sociedade ocidental.

concebidos como um único comando de determinação que autores como Jesus Maria Silva Sánchez (1992, p. 254) preferem aglutinar estas duas garantias em um único mandado ou comando de determinação, pois se fundamentam na mesma necessidade de precisão daquilo que se incrimina e comina, de forma que a criminalização primária seja cognoscível à população (*lex certa*) e que a criminalização secundária se mantenha dentro daquilo que é percebido nas elementares do tipo (*lex stricta*).

Defendemos, todavia, que a determinação das penas, oriunda da taxatividade legal, não pode se encerrar apenas nos limites da escala penal. Afinal, nas palavras de Rogrigo Roig 2015 (p. 109) “a vagueza presente no art. 59 do CP e nas demais normas de aplicação da pena é atentatória ao princípio da legalidade, uma vez que não pode haver pena ou seu incremento sem lei estrita”. cremos que a necessidade de tal limitação se dá pela própria natureza das circunstâncias judiciais. Não se trata de meros guias interpretativos ao juiz, pois, se o julgador deve navegar as escalas do tipo penal a partir de tais normas, é forçoso reconhecer que estas se vinculam ao preceito secundário deste enquanto elementos normativos. Circunstâncias judiciais devem, portanto, receber o mesmo rigor de determinação dos elementos normativos do tipo penal, pois esta é exatamente sua natureza.

Salo de carvalho (2015, p. 328) aponta que existem duas razões para considerarmos o artigo 59, *caput*, como espécie de tipo penal aberto: (1) a inexistência de indicadores que informem como e quando as circunstâncias devem influenciar o juiz ao atribuir a pena-base e (2) a presença marcante de elementos normativos como critério de determinação dos marcadores da dosimetria nesta primeira fase. Vamos além. cremos que esta segunda característica é a chave para veicularmos nossa crítica, uma vez que, como defendemos, cada uma das 8 circunstâncias judiciais devem ser interpretadas como elementos normativos agregados a todos os preceitos secundários dos tipos penais, pois não há outra forma de respeitar a taxatividade no que concerne à pena. Tal constatação nos permite conectar a moderna teoria do delito, com toda a sua maior sofisticação e robustez teórica, com a muito menos desenvolvida teoria da pena, porém, nos abre a nova tarefa de investigar como os elementos normativos do tipo podem ser delimitados em seu significado concreto.

Não há, todavia, uma definição uníssona do que seja um elemento normativo do tipo. Segundo Ana Elisa Bechara (2018, p. 192), convivem, hoje, duas correntes de pensamento. A primeira caracteriza o elemento normativo a partir de um referencial valorativo e até cultural. A segunda defende que só pode se chegar ao sentido de tal elemento recorrendo-se a outras normas, jurídicas ou não. Investiguemos cada uma das perspectivas.

Há se de se notar que o tipo penal, enquanto modelo abstrato de conduta proibida sob ameaça de pena, nasce como um instituto neutro e acromático criado por Von Belling (1944, p. 197), para quem a norma incriminadora deveria ser puramente descritiva de um movimento corporal voluntário que causava uma modificação no mundo exterior. Afinal, no causalismo naturalista, o fato típico não dependeria de qualquer juízo de valor, de forma que seria impossível conectar os critérios de dosimetria da pena à teoria do delito.¹⁸

Foi apenas a partir da influência do neokantismo que os elementos normativos ingressaram na teoria do tipo penal. Conforme explica Cláudio Brandão (2019, p. 48), a partir da dicotomia kantiana entre a crítica da razão pura e a crítica da razão prática, as ciências da cultura puderam se afastar dos métodos de investigação das ciências da natureza. Afinal, nestas, o sujeito cognoscente tem a missão de explicar o objeto cognoscível, valendo-se do método empírico e do raciocínio indutivo. Já nas ciências culturais, o sujeito cognoscente compreende o objeto cognoscível, o que traduz uma interrelação entre este e aquele, intermediada pela textura aberta da cultura que dá o cabedal para os valores através dos quais pode-se afixar signos positivos ou negativos às condutas e circunstâncias. É nesta ordem de ideias que nasce a primeira perspectiva conceitual dos elementos normativos do tipo: seriam aqueles que não descrevem a realidade objetiva, mas que possuem conteúdo semântico somente atingido através de um juízo do valor realizado pelo julgador.

Neste sentido, Mezger (1955, p. 388), que estabelece a face mais bem acabada do neokantismo alemão, afirma que os elementos normativos são aqueles que somente podem ser precisados a partir de valoração da situação de

¹⁸ Curiosamente, também seria inviável conectar os parâmetros dosimétricos à teoria do crime no que diz respeito ao desenvolvimento da culpabilidade naquele período histórico, uma vez que, no causalismo, vigorava a teoria psicológica da culpabilidade, que considerava o terceiro substrato do conceito de crime como mero vínculo psicológico entre o autor da conduta e o resultado naturalístico por ela produzido (PRADO, 219, p. 590).

fato. Na doutrina espanhola, Jimenez de Asua (1963, p. 901-904) afirma que os elementos normativos são uma espécie de impaciência do legislador que insere, antecipadamente, a valoração normativa no próprio tipo penal.

No direito brasileiro, Cláudio Brandão (2014, p. 111) afirma que os elementos normativos dependem de “um juízo de valor, que visa ser uma abertura conceitual para complementar a matéria de proibição, porque em alguns casos não é possível que se recorre exclusivamente aos elementos objetivos”. O autor acrescenta que este juízo de valor pode ser cultural ou jurídico.

Para uma segunda corrente doutrinária, os elementos normativos são compreensíveis apenas quando contemplados em vinculação com outra norma. Como exemplifica Karl Engisch (2001, p. 212), o elemento *coisa alheia* no crime de furto somente pode ser compreendido a partir do conhecimento das normas tangentes ao direito de propriedade, típico do Direito Civil. Santiago Mir Puig (2005, p. 235) afirma que os elementos normativos são identificados por aludirem a uma realidade determinada por uma norma jurídica ou social. Em Portugal, é a posição de Jorge Figueiredo Dias (1995, p. 195) que, em uma obra destinada a estudar o problema da consciência da ilicitude na dogmática penal, elementos normativos utilizam o recurso a uma norma para descrever um fato essencial a uma norma incriminadora.

Acreditamos, contudo, que tal dicotomia é falsa.¹⁹ A primeira corrente apresenta patente fragilidade, uma vez que mesmo elementos tidos como os mais objetivos necessitam de alguma valoração para atribuição de sentido, tanto na adequação típica do caso concreto quanto em sua denotação abstrata. O singelo exemplo do homicídio é muito significativo: o núcleo *matar* parece o mais descritivo da realidade naturalística de todos os verbos contidas em tipos penais. Contudo, determinar o momento da consumação e os efeitos necessários para determinar a morte requer valoração significativamente complexa. Caso a conduta do agente provoque destruição de órgãos duplos na vítima, o que cria um contexto fisiológico incompatível com a vida sem intervenção médica continuada, é correto afirmar que ocorreu a morte? Caso a destruição causada pelo ataque do sujeito ativo do delito proporcione destruição da massa encefálica

¹⁹ Como quase sempre ocorre com a polarização de conceitos jurídicos ou filosóficos.

da vítima, porém, o coração continue batendo, o homicídio se consumou? Para resolver os problemas semânticos quanto à atribuição de sentido desta ação nuclear, é necessário, conforme explica Busato (2017, p. 23), recorrer a uma interpretação lógico-sistemática através da lei de transplantes de órgãos (9.434/97) que, em seu artigo 3º, autoriza a retirada dos órgãos a partir da morte encefálica.²⁰

Percebe-se que, se os elementos descritivos são aqueles que se referem a realidade objetiva, cujo entendimento independe de qualquer juízo de valor, até o núcleo do tipo penal de homicídio seria um elemento normativo.

A segunda corrente, que defende que a denotação do elemento normativo é marcada pela remissão a outras normas, jurídicas ou não, parece se esquecer que a produção das normas é impreterivelmente embebida de valorações que permeiam a esfera cultural, afinal, a determinação da morte encefálica como o momento jurídico da morte é dependente da forma como a sociedade percebe a vida como dependente da autonomia da consciência. Ademais, a própria aplicação da norma pressupõe atividade valorativa, pois, conforme expressa Ana Elisa Bechara:

A despeito da divisão dos dois grupos de conceitos sobre os elementos normativos do tipo, observa-se não existir uma diferenciação drástica entre eles, haja vista que a remissão a normas, jurídicas ou não, implica necessariamente uma integração valorativa pelo aplicador do direito (BECHARA, 2018, p. 195).

Vários autores admitem os problemas do suposto dilema quanto à distinção entre elementos descritivos e normativos. Claus Roxin (1997, p. 306), de forma precisa, afirma que até mesmo elementos supostamente objetivos como “coisa” ou “ser humano” dependem de valorações jurídicas para serem precisados, de forma que a maior parte dos elementos típicos constituem um amálgama de descrição e valoração. No Brasil, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 154) já afirmava que os elementos normativos são aqueles cujo significado é

²⁰ Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

atingido a partir de um juízo de valor referente a outras normas que são ético-sociais ou jurídicas. Nota-se um hibridismo entre os referenciais normativos e valorativos.

Creemos que a suposta dicotomia também é pouco útil, uma vez que as duas posições apenas se dedicam a descrever as distinções entre elementos descritivos e normativos ao invés de contribuir para a construção de critérios de limitação do arbítrio judicial na flexibilização de significados.

Embora adote a referência normativa como delimitação semântica dos elementos normativos do tipo, no sentido de que a remição às normas jurídicas ou extrajurídicas é um marco denotativo mais preciso do que a valoração cultural, Ana Elisa Bechara (2018, p. 222-226) erige interessante labor teórico na tentativa de delimitar criticamente os possíveis sentidos de um elemento normativo do tipo. A autora afirma que, para operar tal restrição semântica, é necessário recorrer ao conteúdo material do tipo, referente à finalidade protetiva do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, assim como aos princípios penais fundamentais que demarcam um direito penal democrático, tornando a atividade integrativa do julgador permeada por uma dogmática político-criminalmente vinculada. Nas palavras da autora:

Conclui-se, assim, que a única construção – e interpretação – legítima do conteúdo dos elementos normativos é a teleológica, isto é, conforme critérios relacionados ao princípio penal fundamental de proteção subsidiária de bens jurídicos e, assim, à relevância jurídico-penal do comportamento em termos de gravidade da ofensa material do bem jurídico tutelado, e não formalmente, sem que se possa verificar a existência de uma efetiva afetação da convivência social. Na mesma linha, uma segunda forma importante de delimitação do conceito dos elementos normativos e das possibilidades de sua elaboração como técnica de construção típica dá-se por meio da política criminal e de seus critérios valorativos, vinculados democraticamente aos direitos humanos (Bechara, 2018, p. 229).

Também entendemos que a interpretação teleológica é o melhor caminho para a estruturação dogmática de delimitação dos elementos normativos do tipo, contudo, as conclusões de Bechara, embora válidas e fundamentadas, são mais pertinentes aos elementos constantes nos preceitos primários dos tipos penais. Embora defendamos que circunstâncias judiciais não passam de elementos

normativos do tipo penal, estas pertencem aos preceitos secundários do tipo e, por isso, os critérios valorativos de denotação devem se vincular precipuamente à teleologia da pena e suas limitações constitucionais.

A conclusão parece ser corroborada pela redação do artigo 59 do Código Penal que, quando lista as circunstâncias judiciais, vincula a natureza e a quantificação da pena aplicada à necessidade e suficiência da sanção para a reprovação e prevenção do delito. Tal perspectiva mista ou eclética dos fundamentos da pena parece ser a chave hermenêutica que nos permitirá avaliar os abusos da jurisprudência brasileira. Contudo, isto nos leva a um outro problema: tais perspectivas fundamentadoras da pena mostram-se incompatíveis com nossas bases constitucionais ou desprovidas de qualquer eficácia empírica. A construção teleológica dos critérios delimitadores da pena-base nos obrigará a enfrentar estes problemas e reinterpretar o texto legal conforme a Constituição. A isto nos dedicaremos no próximo capítulo.

3.O ESGOTAMENTO DOS MODELOS TEÓRICOS TRADICIONAIS DE FUNDAMENTAÇÃO DA PENA-BASE

Conforme demonstrado no capítulo anterior, cremos que a construção teleológica do sentido dos elementos normativos do tipo, tal como postulado por Bechara é a mais adequada para estabelecer os limites semânticos das circunstâncias judiciais, uma vez que estas estão inevitavelmente ligados aos preceitos secundários dos tipos penais, vinculando a escolha judicial da quantidade de pena dentro da escala típica.

O comando do artigo 59, aliás, já se encarrega de atrelar a exegese da pena-base à sanção necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Luiz Regis Prado (2019, p. 746) afirma que tal visão unitária, mista ou eclética, que conjuga os fins de retribuição jurídica com os de prevenção geral e especial, tende a ser a mais comum na doutrina estrangeira e é bem aceita pela brasileira, por estar em conformidade com os termos do Código Penal. Busato (2018, p. 742) acentua que tal tendência, presente em muitas legislações europeias na virada do século XX para o século XXI, está justificada na incapacidade das visões individuais de fundamentar a intervenção penal e convencer de sua idoneidade.

Demonstraremos, contudo, que não são poucas as vozes na doutrina atual que evidenciam o esgotamento das perspectivas retributivas, preventivas ou ecléticas tanto na legitimação constitucional quanto na eficácia empírica das finalidades da pena. Soma-se a isso a ausência de aderência dos discursos tradicionais na jurisprudência dos tribunais superiores que, veremos, podem ser criticadas, dentre tantos outros pontos, por desobedecer ao comando de orientação teleológica do artigo 59.

No relatório GT/CNJ, embora se admita o comando legal de condicionar a dosimetria aos propósitos retributivos e preventivos da pena, percebe-se que pouco deste direcionamento finalista é perceptível na análise semântica das circunstâncias judiciais além de menções obscuras ao termo “reprovabilidade” na dedução do sentido de culpabilidade enquanto medida de pena²¹ ou à “periculosidade”²² do acusado, retomando noções positivistas ou que abraçam um direito penal do autor.

Nosso trabalho irá se voltar para a crítica aos discursos tradicionais de finalidade da pena, rumo a uma reconstrução de possíveis parâmetros teleológicos que podem guiar a jurisprudência nacional para um terreno de maior constitucionalidade e previsibilidade na dosimetria.

3.1 A incompatibilidade constitucional dos modelos absolutos e (neo)retribucionistas.

O primeiro dos fundamentos discursivos do castigo, tanto na menção da lei quanto na história contemporânea, resultou na teoria absoluta ou retributiva da pena, que é referente à passagem do estado absolutista para o estado liberal.

Ensina Bitencourt (2020, p. 149) que a essência da teoria absoluta é tratar a pena como um castigo que possui valor axiológico intrínseco, isto é, a imposição de um sofrimento “justo” a quem causou um mal “injusto”. Tal perspectiva não atrela a punição a qualquer razão utilitarista, aliás, ao vocábulo

²¹ Em diversas menções, uma vaga e plurívoca ideia de reprovabilidade resume, como veremos, o conceito de culpabilidade para a jurisprudência, como se percebe nas páginas 43 a 51 do relatório GT/CNJ.

²² O termo é notado no relatório GT/CNJ tanto na definição jurisprudencial de personalidade (p. 48 a 57) quanto na análise das circunstâncias do crime (p. 108).

latino *absolutus* denota aquilo que não é vinculado ou relativo a algo. Pune-se para compensar o injusto produzido pelo delinquente.

Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée (1982, p. 120) observam que o labor teórico da perspectiva retributiva ainda é caudatário do momento político referente ao fim da era absolutista, marcada, por sua vez, por pensamento teológico e religião institucionalizada. Com as mudanças operadas pelo iluminismo, a expiação foi sucedida pela retribuição, a razão divina pela razão de Estado, o jusnaturalismo teocrático pelo jusnaturalismo antropológico e a pena tornou-se a instrumento de restauração da ordem jurídica turbada pela prática do crime.

Parecem conviver, na perspectiva retributiva, um resquício de expiação religiosa e vingança pública, porém matizadas com ideias liberais e individualistas que fundam a retribuição da culpabilidade no livre-arbítrio do homem, instituto tão caro aos pensadores do período em que surgiu o direito penal da ilustração.

Antes de criticar a perspectiva retributiva ou apresentar suas virtudes, é preciso destacar dois dos clássicos modelos retributivistas e expor as visões contemporâneas do tema.

Em que pese o fato da teoria retributiva ser usualmente associada a noções vindicativas e punitivistas, importantes filósofos do pensamento ocidental enxergavam na retribuição a única proposta possível para a pena. O primeiro que investigaremos é Immanuel Kant (2003, p. 174-176) para quem a pena “jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem do próprio criminoso ou da sociedade civil”. O autor assim defendia por duas principais razões. Primeiramente, um ser humano jamais deveria ser instrumentalizado para finalidades alheias, sejam privadas ou públicas. A personalidade inata a todo ser racional o protege de ser coisificado, tornando o homem um fim em si mesmo.

A segunda razão de Kant diz respeito à própria máxima de observância ao direito. Nas palavras do autor:

A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo a fim de descobrir algo que liberte o criminoso da punição ou, ao menos, reduz sua quantidade pela vantagem que promete, de acordo

com palavras farisaicas: “é melhor que um homem morra do que pereça um povo inteiro”. (KANT, 2003, p. 166)

Para Kant, os imperativos categóricos são princípios morais absolutos que devem ser seguidos independentemente das consequências²³. A aplicação da pena seria um desses imperativos categóricos. Este autor critica duramente a abordagem que chama de *eudaimonista*, que tenta justificar a mitigação da punição com base nos benefícios que poderia trazer para a sociedade. A justiça deveria ser mantida em sua pureza retributiva, sem ser distorcida por cálculos de vantagem ou bem-estar.

Após estabelecer os fundamentos da pena, Kant (2003, p. 175-178) passa a analisar sua qualidade e quantidade justa. Chega à conclusão de que é o *ius talionis*, representado pela igualdade entre o mal praticado e o castigo aplicado, afinal, expõe o filósofo, “seja qual for o mal imerecido que infliges a uma outra pessoa no seio do povo, o infliges a ti mesmo. Se o insultas, insultas a ti mesmo; se o feres, feres a ti mesmo”. Haveria somente duas limitações segundo a reflexão kantiana: (1) a pena deveria ser aplicada por meio de jurisdição, afastando-se o julgamento particular e (2) embora o talião obrigue ao Estado a aplicação da pena de morte ao homicida, caso o crime tenha muitos concorrentes, para evitar a depopulação do território, o soberano (e não o juiz) deveria, com base em uma espécie de estado de necessidade, converter a pena em sanção diversa da capital.

O segundo autor é Hegel (1997, p. 90-93), cuja proposta não é moral como a de Kant, mas sim relacionada ao direito e à teoria do Estado. Definia a pena com a prestigiada frase: trata-se da “negação da negação do direito”. É o

²³ Kant, na obra “Fundamentação da Metafísica dos costumes” (2007), criou os conceitos de imperativos categóricos e hipotéticos com o objetivo de fundamentar uma moralidade baseada na razão e na universalidade, diferenciando-a de outras teorias morais que dependem de contingências, desejos ou consequências. Kant (2007, p. 50-52) definia os imperativos hipotéticos como condicionais e dependentes de um desejo ou objetivo específico que se deseja alcançar. Eles têm a forma de “Se você quer X, então faça Y”. São ainda divididos em imperativos de habilidade, relacionados a meios necessários para alcançar um fim específico, e imperativos de prudência: relacionados ao bem-estar geral e à felicidade. Os imperativos categóricos, por outro lado, são incondicionais e aplicam-se a todos os seres racionais independentemente de seus desejos ou objetivos pessoais. Eles prescrevem ações que são moralmente obrigatórias em todas as circunstâncias. Uma das formulações mais conhecidas do imperativo categórico formulado por Kant é: “aja apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal.” Aplicar a pena cominada em lei a quem delinquisse se encaixaria em uma destas máximas morais que seria livremente escolhida por qualquer ser humano racional.

reestabelecimento da ordem jurídica turbada com a prática do crime. Nas palavras do autor:

A supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. (HEGEL, 1997, p. 90).

Santiago Mir Puig (2005, p. 36) afirma ser evidente o uso do método dialético hegeliano na sua construção do fundamento da pena. A ordem jurídica, representada pela vontade geral racional, faz o papel da tese. A antítese está na violação do direito pela conduta movida pela vontade irracional do agente. O castigo conclui o procedimento dialético trazendo a síntese: a negação da negação.

Bitencourt (2020, p. 155) observa que, na concepção hegeliana, a pena deveria retribuir ao delinquente a lesão causada ao ordenamento e precisaria ser quantitativamente dosada pela gravidade da infração, observando-se novamente o *ius talionis*, embora a qualidade da pena, ao contrário do que postulava Kant, não precisaria ser equivalente ao delito.

Hegel (1997, p. 90-93) rejeita qualquer orientação preventiva para a pena, pois, somente a punição baseada na negação da conduta criminosa trata o delinquente como um sujeito racional e livre, enquanto os princípios preventivos o igualam a um animal que se quer adestrar.

Outros importantes autores na história do direito penal abraçaram perspectiva precipuamente retributiva.

Entre os clássicos, Francesco Carrara (1971, p. 155) em seu *Programa de Direito Penal* se aproximava da concepção hegeliana ao afirmar que a pena tem a finalidade de reestabelecer a ordem alterada pela desordem do delito. Não há de se admirar a adesão às teorias absolutas por parte de autores da chamada “escola clássica”, uma vez que esta se baseava fortemente no dogma do livre-arbítrio, ainda considerado por muitos como fundamento da reprovação de culpabilidade.

O pensamento neokantiano também não foi livre de retributivismos. Mezger (1955, p. 467) admite o caráter retributivo da pena, afirmando que esta

consiste na aplicação de um mal que deve ser dosado de acordo com a gravidade do crime cometido contra a ordem jurídica.

Ao longo do século XX, a justificativa retribucionista perdeu fôlego e cedeu lugar para modelos correccionalistas ou mistos que viam a ressocialização do condenado (prevenção especial positiva) como principal objetivo da sanção penal. Conforme acentua Salo de Carvalho (2015, p. 79), o sucesso da visão ressocializadora se dá, em grande medida, pela transformação das funções do Estado nas democracias ocidentais, nas quais se clamou por mais intervenção Estatal a partir de uma sobreposição do Estado de bem-estar²⁴ ao Estado liberal. O novo paradigma criou uma pressão difusa para abordar a questão criminal como algo solucionável por meio de políticas públicas assistenciais que fornecem ao criminoso um sistema de ortopedia moral, corrigindo o déficit de socialização que o levou a delinquir²⁵.

Conforme veremos em capítulo específico deste trabalho, a partir dos anos 1970, a falência empírica dos modelos de ressocialização, conforme demonstrada por trabalhos como *what works* de Robert Martinson (1974), somada à derrocada do estado de bem-estar e à ascensão do neoliberalismo proporcionaram a ressurreição da tipologia retributiva sob uma roupagem ligeiramente diferente.

Salo de Carvalho (2015, p. 100-102) afirma que o chamado neorretributivismo nasceu dos países anglo-saxões onde a tipologia correccionalista havia produzido um sistema de penas indeterminadas que permitia alta discricionariedade judicial. A partir da crítica a este modelo e do declínio da prevenção especial positiva, ganharam força as teorias do justo merecimento (*just deserts*) que guardam alguma responsabilidade pelo avanço do punitivismo e pelas altas taxas de encarceramento estadunidenses.

O trabalho de Andrew Von Hirsch compõe as linhas gerais da teorização neorretributivista. Para Hirsch (1998, p. 31), a justificativa do castigo deve se basear na reprovabilidade da conduta perante o dano causado pelo infrator.

²⁴ Não se desconhece o fato de que o Brasil jamais teve um Estado de bem-estar de fato. Contudo, é inegável que o alcance discursivo do *welfare* influenciou notavelmente tanto o Código Penal quanto a teleologia da Lei de Execução penal.

²⁵ Falaremos mais sobre os méritos e problemas da prevenção especial positiva em capítulo próprio.

Somente assim as penas podem ser proporcionais à gravidade das infrações e as sentenças previsíveis e limitadas em sua discricionariedade.

O autor afirma a existência de dois fundamentos para a pena: (1) ameaçar de castigo desagradável como forma de criar um estímulo negativo ao cometimento de delitos, o que chama de razões prudenciais para a desistência da ação e (2) estabelecer a reprovação das condutas delitivas, o que reforça as razões morais da proibição (HIRSCH, 1998, p. 35).

Percebemos que o neorretribucionismo, nas linhas deste autor, empresta o caráter utilitário da prevenção geral negativa, ao estilo de Feuerbach, mas parece manter a reprovação como função precípua da pena, uma vez que, nas palavras de Hirsch (1998, p. 40) prevenção sem censura equivaleria ao “controle de tigres”.

No que diz respeito à proporcionalidade da sanção, Hirsch (1998, p. 42) a divide em dois vértices: (1) a **proporcionalidade ordinal** refere-se à ordem relativa das penas atribuídas a diferentes crimes, evitando-se a cominação e a aplicação de penas distintas a delitos de semelhante magnitude. Finalmente, (2) a **proporcionalidade cardinal** tange à intensidade absoluta das penas, o que leva em consideração os limites intrínsecos a todas as penas em um dado ordenamento jurídico, bem como uma ponderação de proporcionalidade em sentido estrito a partir da comparação entre a gravidade da lesão causada e da pena a ser aplicada. Ambas as perspectivas acentuam a primazia da função retributiva da pena.

Embora pareça, para nós, que as ideias neorretribucionistas, por enfatizar o caráter retributivo e até moral das sanções, corroboraria para o aumento do encarceramento, o próprio Hirsch (1976, p.16) propõe a limitação da pena de prisão para os crimes mais graves, sugerindo um limite de 3 anos para delitos violentos ou do colarinho branco e 5 anos para homicídios.

A proposta do autor, conforme salienta Salo de Carvalho (2015, p. 104), além de permitir a redução do grau de discricionariedade dos juízes, pondo fim às penas indeterminadas, projeta um modelo político-criminal de uso subsidiário da pena carcerária, privilegiando o princípio da intervenção mínima.

Há de se concluir, juntamente com Luiz Regis Prado (2019, p. 746), que estas novas perspectivas retributivas são, na verdade, mistas ou ecléticas, pois

não conseguem abrir mão, discursivamente, de um direcionamento utilitário ainda que concentrado na prevenção geral positiva.

Traçadas as linhas mestras das teorias absolutas, **vamos às críticas.**

Primeiramente, há de se concordar com Salo de Carvalho (2015, p. 61) no sentido de que as perspectivas retributivas possuem inegáveis virtude: é supostamente capaz de limitar o excesso punitivo e permitir a determinação da pena conforme a dimensão da culpabilidade do réu. Estabelece a máxima da proporcionalidade entre crime e castigo e, inegavelmente, contribuiu para modelar a estrutura dogmática da teoria do delito no que tange à concepção da culpabilidade enquanto juízo de reprovação pessoal.

Ousamos afirmar que o retributivismo é, ao fim e ao cabo, a mais coerente e razoável de todas tradicionais propostas fundamentadoras da pena. As críticas, no entanto, são abundantes e fatais, podendo ser resumida em 6 pontos.

Começemos com a crítica de Roxin (1997, p. 84-86) para quem a teoria da retribuição não pode ser cientificamente sustentável hoje. O autor alemão propõe uma reaproximação do direito penal (enquanto dogmática jurídica) com a política criminal do estado social e democrático de direito, o que pressupõe que as categorias da teoria do delito, bem como os propósitos da pena, sejam funcionalizados conforme a missão de proteção subsidiária de bens jurídicos. A retribuição do mal causado se coloca incompatível com estes fins e, por isso, a sanção não teria legitimidade social. Na visão roxiniana, a questão da legitimidade é ainda mais profunda, pois, o Estado, como instituição humana, não é capaz de realizar a ideia metafísica de justiça nem está legitimado para isso. A ideia de que se pode compensar ou suprimir um mal causando outro mal adicional só é passível de uma crença ou fé, à qual o Estado não pode obrigar ninguém desde o momento em que já não recebe seu poder de Deus, mas do povo. Ademais, mesmo a ideia da pena como expiação da culpabilidade é incompatível com perspectiva retributiva, uma vez que a expiação pressupõe a assimilação da carga moral da punição, o que é impossível de ser verificado.

Embora Roxin construa sua argumentação a partir da texto constitucional alemão, é seguro dizer que a Constituição brasileira apresenta semelhante desenho de Estado social e democrático de direito, de forma que o problema referente à validade da proposta retributiva é perfeitamente pertinente à nossa realidade.

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 111-112) aprofundam a crítica quanto ao déficit empírico dos modelos absolutos, afirmando que tanto a perspectiva Hegeliana quanto a Kantiana são excessivamente formais e abstratas: não há qualquer evidência fática que demonstra o reestabelecimento da ordem jurídica turbada a partir da negação de sua negação e o cumprimento moral do imperativo categórico não é uma justificativa da pena em si.

Sobre este último ponto discursa Bitencourt (2020, p. 157) afirmando que as teorias retributivistas confundem o fim geral justificador da pena com a questão da distribuição da pena. Aquele (que se refere à pergunta *por que punir*) só pode ser um fim utilitário de prevenção, enquanto esta (*quando punir*) aceita uma resposta retributiva, estabelecendo a lesão de direitos como condição e limite da pena.

Ferrajoli (2014, p. 238-240) aprofunda a crítica afirmando que as concepções retributivas (seja na vertente moral kantiana ou jurídica hegeliana) ignoram a pergunta do porquê proibir, que é pressuposto lógico do “porquê punir”. Tal omissão causa confusão entre validade e justiça, legitimação interna e externa da pena e, portanto, são argumentos circulares que jamais conseguem ultrapassar um moralismo ou substancialismo jurídico, caudatários dos velhos esquemas jusnaturalistas injustificáveis em ordenamentos democráticos. O autor italiano por entende que a retribuição, por inevitavelmente apregoar a troca de um mal por outro, somente poderia se justificar em ordenamentos dominados por crenças supersticiosas que reivindicam uma “vingança espiritualizada”.

Salo de Carvalho (2015, p. 62) alerta para o que, ao nosso ver, é o mais importante dos argumentos contrários às teorias retributivas: estas seriam insustentáveis do ponto de vista normativo, por pressuporem um nexo de causalidade necessário entre crime e castigo. Tal liame, falsamente pressuposto, compreende a pena como uma resposta natural à afluência do delito, quando este é também criado através dos seletivos rótulos de criminalização afixados pelos órgãos e agentes encarregados da persecução penal nos diversos níveis de criminalização. Tal pressuposição acaba por naturalizar a pena como única sanção desejável ao mal (invisivelmente pressuposto) do crime, evitando novas formas de composição do conflito.

Críticas semelhantes podem ser feitas ao neorretribucionismo. Conforme apontado por Augusto Jobim do Amaral e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2019, p.

162-164), a teoria de Hirsch coincide com a prevenção geral positiva, uma vez que o caráter de reprovação moral supostamente encampado pela sanção teria a função de proteger a “identidade normativa” de uma dada sociedade. Contudo, dado o caráter criminogênico da pena, tal preservação através da punição seria no mínimo contraditória. Todo o resto de sua teoria possui feições utilitárias, que serão por nós comentadas mais à frente.

Também são valiosos os argumentos de Klaus Günther (2006, p. 190-192) que argumenta que a retribuição se origina de ciclos de vingança que o Estado tentou limitar através do monopólio da violência, o que faz um certo sentido. No entanto, no nível de abstração moderno, a pena retributiva torna-se uma mera contranorma, símbolo ou "negação da negação" sem qualquer demonstrabilidade racional de que uma injustiça seja realmente compensada pela imposição de sofrimento.

Conclui-se que a pena enquanto retribuição, embora seja útil para limitar quantitativamente a sanção penal, mormente quando pensamos na proporcionalidade ordinal aos moldes sugeridos por Hirsch (1998), revela-se constitucionalmente ilegítima e empiricamente inválida perante às críticas supracitadas.

Conforme veremos, os fundamentos relativos/utilitários não são superiores em nenhum destes quesitos.

3.2 Problemas empíricos e de fundamentação teórica dos modelos de prevenção geral negativa.

As teorias relativas são aquelas que vinculam a finalidade da pena a uma proposta utilitária baseada na prevenção dos delitos futuros. O modo com o qual o castigo preveniria o crime e o fundamento sistêmico e normativo de tal prevenção foi e é matéria de intenso debate dogmático e criminológico.

Conforme afirma Paganella Boschi (2020, p. 94) intitula-se *prevenção geral* aquela destinada a toda a sociedade e é *negativa* aquela que visa dissuadir os cidadãos “honestos” a não perpetrarem os ilícitos penais através de uma intimidação coletiva por meio da ameaça de pena.

Salo de Carvalho (2015, p. 66) identifica a prevenção geral negativa como oriunda do paradigma liberal-contratualista, centrado no livre-arbítrio como

fundamento da culpabilidade, na punição estatal como forma legítima de manter a organização civil em detrimento do indesejável estado de natureza e no iluminismo como movimento filosófico fundante. O autor destaca de forma sagaz que, como o contrato social concerne à entrega de parte da própria liberdade individual para a formação do Estado, somente esta mesma liberdade poderia ser executada em caso de violação do contrato.

O próprio marquês de Beccaria (2015, p. 52-53), no livro inaugural do direito penal da ilustração, rejeita a perspectiva retributiva, afirma que o propósito único da pena não coincide com a aplicação de um mal para expiação do injusto, senão com a prevenção de crimes através da retirada do criminoso do seio social e da condução da sociedade ao caminho da licitude. Clama, para isso, que as penas sejam o menos cruéis possível e, ao mesmo tempo, proporcionais, rápidas e, dentro do possível, infalíveis, de modo a gerar no espírito público uma impressão eficaz e durável.

É memorável a atenção que Beccaria (2015, p. 104-105) dá a outras formas de prevenção dos crimes e da interação destas com as características supracitadas das penas. Para o autor, a prevenção de delitos se dá mais naturalmente em um país de leis claras, com menos privilégios de classe, com cidadãos instruídos (principalmente na “virtude das luzes”) e que valoriza o desenvolvimento da ciência e do pensamento científico.

O autor que mais encampa a teoria da prevenção geral negativa é, contudo, Feuerbach (2007, p. 60-61) que afirmou que a pena não poderia apresentar feições corretivas do apenado, uma vez que o Estado não é tutor da moralidade e da cultura, mas apenas da liberdade. Em seu tratado de direito penal, o autor afirma que o propósito da pena é a coação psicológica de todos os possíveis protagonistas de lesões jurídicas.²⁶

Por sua simplicidade e objetividade, a prevenção geral negativa permaneceu no vocabulário dos penalistas pelos últimos dois séculos e,

²⁶ É interessante perceber que Feuerbach, ao criar a feição moderna do princípio da legalidade a partir da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tinha objetivos notavelmente ligados à prevenção geral negativa da pena. Afinal, a coação psicológica só pode ocorrer quando a população tivesse a plena capacidade de compreender os limites da proibição, que ficaria esvaziada em seu alcance simbólico caso as normas incriminadoras fossem abertas ou com baixa taxatividade.

conforme dispõe Paganella Boschi (2020, p. 94), continua a ser defendida por grande parte dos juristas de matriz romano-germânica.

Não obstante a objetividade bastante elegante, pairam sobre a coerção psicológica críticas inafastáveis.

Começemos por afirmar, juntamente com Salo de Carvalho (2015, p. 69) que modelo preventivo geral negativo é o único que verdadeiramente respeita o pressuposto ilustrado da secularização do direito e que mantém a separação entre direito e moral.

Ferrajoli (2014, p. 258-259) chega a afirmar que objetivo dissuasório serve como fundamento racional de três princípios garantistas essenciais: (1) a estreita legalidade, uma vez que só é possível prevenir aquilo que o destinatário da norma conhece taxativamente, (2) o princípio da materialidade dos delitos, já que somente é possível prevenir comportamentos consubstanciados em ações ou omissões e não ânimos interiores, situações subjetiva ou estados existenciais e, finalmente, (3) o princípio da culpabilidade e da responsabilidade pessoal, uma vez que somente as condutas culpáveis praticáveis pelo próprio infrator podem se querer prevenidas.

Os problemas, contudo, são inúmeros.

Hassemer (1984, p. 382-383) apresenta dois importantes questionamentos de constatação empírica, iniciando com o fato de que a coerção psicológica pressupõe (1) o conhecimento da norma jurídica por seu destinatário, algo que era alegado por Feuerbach como função do princípio da legalidade como condição da capacidade preventiva da pena. Contudo, a partir de toda a expansão do direito penal e da complexificação do ordenamento jurídico, nem mesmo os estudiosos do direito possuem conhecimento sobre a extensão da miríade de normas incriminadoras em nosso direito objetivo. Praticamente todas as esferas de convívio e exercício de direito civil e atividades profissionais está permeada por múltiplos tipos penais: das relações de consumo às obrigações tributárias, dos impostos sonegados pela disparidade de valores entre escrituras e contratos às plantas ornamentais destruídas culposamente.²⁷ Tão inchados são nossos estatutos repressivos, que, conforme ensina Zaffaroni

²⁷ O parágrafo único do art. 49 da Lei 9.605/98, ao arremetimento de quaisquer das construções possíveis do princípio da subsidiariedade, criou o curioso crime de pisar culposamente na grama.

(2015, p. 26), os órgãos encarregados da persecução penal só podem operar seletivamente, pois, se empregassem os mesmos rigores e recursos que empregam na criminalização de delitos como tráfico de drogas, roubo e homicídio a todos os tipos, é bem provável que toda a população poderia ser criminalizada várias e várias vezes. Neste contexto, a concepção precisa da cominação não é capturada pelos cidadãos e o próprio conhecimento do injusto é construído pelos efeitos das rotulações perpetradas pelos órgãos repressivos sobre o imaginário da população.

Também afirma Hassemer (1984, p. 383-384) que (2) a coerção psicológica depende da capacidade da cominação de motivar seus destinatários. Esta suposta persuasão se fundamenta totalmente na figura do homem racional, dotado de livre-arbítrio, típica criação abstrata do iluminismo, que pondera os prós e contras de suas decisões antes de se comprometer com a conduta criminosa. Entretanto, este ideal do *homo oeconomicus* dificilmente se adequa à imensa variedade de ilícitos e das razões pelas quais estes são perpetrados. É falacioso afirmar que em todas as coisas o ser humano se comporta a partir de um cálculo racional.²⁸

Bitencourt (2020, p. 162) complementa os argumentos críticos acima expostos ao afirmar que, ainda que uma parcela das pessoas compreenda o conteúdo do injusto e se conforme às normas proibitivas, é impossível avaliar empiricamente a idoneidade dos meios preventivos em comparação aos meios informais de controle. Pior ainda, quando utilizado como critério de dosimetria, a presunção de que a coerção psicológica é um instrumento idôneo para a proteção de bens jurídicos pode fundamentar penas excessivas e posturas judiciais autoritárias sem que haja qualquer comprovação empírica dos efeitos preventivos desejados. Embora a fundamentação teleológica esteja pouco

²⁸ Em que pese não se dedicar especificamente à questão criminal, são esclarecedoras as ponderações do pesquisador e psicólogo social Jonathan Haidt (2012) ao dissertar, no que tange às questões comportamentais de ética e moralidade, sobre as recentes descobertas da ciência acerca das limitações da razão no processo decisório dos seres humanos, uma vez que este é guiado por matrizes emocionais inatas ou desenvolvidas a partir das interações sociais ao longo do desenvolvimento pessoal. O autor expõe e desenvolve as 6 matrizes emocionais do comportamento humano quanto às decisões morais, relegando à razão o coadjuvante papel de compor uma justificativa compreensível para as resoluções tomadas, de forma que a mente racional possui um papel evolutivo muito mais ligado à busca da aceitação social daquilo que se faz do que à decisão de qual conduta realizar. O que não significa dizer que não há qualquer liberdade em dilemas morais, mas que a natureza humana é complexa demais para ser reduzida a simplificações

presente nas decisões que compõem o relatório GT/CNJ, é possível afirmar que a jurisprudência brasileira padece deste mal, uma vez que, conforme explicado no capítulo 2 deste trabalho, existe uma presunção de que, na aplicação das penas, o juiz deve equilibrar a segurança jurídica e o respeito aos direitos fundamentais com a pacificação social supostamente produzido pela pena, ficando subentendido que certos conflitos somente podem ser pacificados com uma pena mais pesada (CNJ, p. 33).

Roxin (1997, p. 93) explora mais profundamente o problema tangente à duração da pena: se o efeito intimidatório da pena é o desejado a partir de sua aplicação, a coação estatal pode se transformar em terror estatal sob a justificativa de que penas duras são aquelas que resguardam o interesse da sociedade. Em poucas palavras: a perspectiva pode abrir caminho para uma ideologia de defesa social e penas indefinidas.

Salo de Carvalho (2015, p. 73) apresenta o mais contundente argumento: não só é impossível demonstrar a relação causal entre os efeitos intimidatórios da pena e a licitude do comportamento daqueles que não delinquem, como os dados de encarceramento contemporâneo nos faz inferir a inexistência de qualquer correlação direta entre a criminalização ou descriminalização de condutas e a flutuação dos índices de criminalidade. O autor exemplifica com a Lei dos crimes hediondos (8.072/90) que, a partir da previsão do regime integralmente fechado²⁹, aumentou sensivelmente o encarceramento brasileiro com nenhum efeito significativo sobre os índices de criminalidade que só aumentaram nos anos 1990. Lembra-se também da Lei 11.343/06 que, em que pese tenha proporcionado a despenalização do delito do usuário (que foi recentemente descriminalizado pelo STF) e da previsão do tráfico privilegiado, as taxas de encarceramento por crimes envolvendo drogas no Brasil somente aumentaram, sem que tenha se modificado a prática de venda ou o consumo de entorpecentes.

O próprio Ferrajoli (2014, p. 258), apesar de enaltecer os méritos garantistas da prevenção geral negativa, admite que a teoria pode justificar a pena enquanto meio para assegurar eficácia às proibições penais, mas não justifica as proibições em si.

²⁹ Tal previsão continuou eficaz no ordenamento brasileiro até ser reconhecida inconstitucional pelo STF no histórico HC 82.959/SP.

As críticas de Klaus Günther (2004, p. 193-194) à prevenção geral negativa são profundas e abrangem dimensões normativas, empíricas e psicológicas. O modelo intimidatório transforma o condenado em um mero instrumento para alcançar fins sociais, o que desconsidera sua dignidade e sua conduta específica. A punição passa a ser um "exemplo" para os demais, e a severidade da pena passa a depender da intensidade da demanda social por prevenção, e não da gravidade do ato ou da culpa do autor. Para o autor, se o objetivo é apenas intimidar, delitos comuns (como infrações de trânsito) poderiam ser punidos de forma mais rigorosa do que crimes graves, porém raros, apenas para gerar um efeito de dissuasão em massa.

Günther (2004, p. 195) observa que a eficácia da intimidação depende de aprovação social acerca da justiça da pena. Se a punição for vista como excessiva ou desproporcional, ela perde seu efeito intimidatório; contudo, essa fronteira da justiça é instável e depende das noções morais predominantes em cada momento histórico.

O autor destaca ainda que não existe certeza científica de que penas mais duras realmente desencorajam o crime e cita como exemplo os Estados Unidos, onde a comparação entre estados com e sem pena de morte não demonstra que a severidade da sanção reduza a criminalidade. Destaca que o "medo e o horror são maus professores", pois, em vez de promover uma compreensão da norma, a intimidação gera apenas uma "adaptação aparente" ou um comportamento oportunista, no qual o indivíduo busca apenas evitar ser pego, sem internalizar o respeito à lei. Por fim, a prevenção geral negativa é criticada por ser puramente reativa e negativa; ela não oferece alternativas ao comportamento delitivo nem comunica a legitimidade das normas, reduzindo a obediência a um reflexo mecânico de defesa (GÜNTHER, 2004, p. 194).

Por todas estas razões, a aplicação da pena não pode se fundar em seu suposto caráter intimidatório. Há, porém, outras perspectivas preventivas que merecem ser analisadas.

3.3 Antinomias entre a dignidade humana e os modelos de prevenção especial negativas.

Os modelos de prevenção especial são aqueles nos quais a pena se destina teleologicamente ao próprio apenado e não à população em geral. É negativa a perspectiva pela qual a sanção busca subtrair da sociedade as condutas criminosas através, conforme acentua Bitencourt (2020, p. 168), da neutralização forçosa dos impulsos criminais mediante a simples segregação do delinquente do convívio social.

Trata-se, sem dúvida, do mais singelo e direto de todos os discursos fundamentadores da pena e o que mais está presente no *Zeitgeist* dos leigos e das propostas político-demagógicas mais populares (e populistas).

Busato (2018, p. 736-737) nos ensina que a prevenção especial negativa teve seu inicial desenvolvimento na escola positivista italiana que, em contraposição aos autores *clássicos* do iluminismo penal, rechaçavam o livre-arbítrio e a responsabilidade individual centrada na culpabilidade em detrimento do determinismo (biológico ou social) que demandaria uma postura estatal de defesa social. A pena, outrora dosada pela gravidade do crime e com fundamentos retributivos e preventivos gerais, cede lugar à medida de segurança de caráter neutralizador da periculosidade do agente.

Na dogmática penal alemã, a pena como neutralização se consolidou no modelo integrado de política criminal postulado por Von Liszt (1927, p. 9-10) para quem o objetivo preventivo da pena é triplo: intimidar os possíveis futuros criminosos, corrigir aqueles passíveis de ressocialização e neutralizar os incorrigíveis.

Conforme enfatiza Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 6-7) a neutralização daqueles que não se adequam às relações de produção e consumo está no centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas que encampa os reais objetivos dos sistemas jurídico-penais da atualidade: a proteção dos interesses político-econômico dos grupos sociais hegemônicos. Bem por isso o discurso jurídico oficial tenha se afastado da proposta neutralizadora e abraçado o projeto ressocializador em uma perspectiva mais sanitária e pseudohumanizada.

Conforme explicado no capítulo 3.2 deste trabalho, os discursos neorretribucionistas, a partir do final do século XX, retomam a neutralização como norte sancionatório juntamente com a novas teorias do justo merecimento

que foram muito funcionais ao punitivismo efficientista típico das ideologias como a de “tolerância zero”.

Mais recentemente, readquire popularidade ideologias de economia carcerária que pregam a neutralização seletiva apenas dos criminosos mais “perigosos” de forma que adquire certo prestígio uma política criminal atuarial baseada e prognósticos de risco que, conforme explicado por Maurício Stigman Dieter (2012) em sua tese de doutoramento, pretende transformar a burocracia forense em tecnocracia forense.

No que tange aos possíveis méritos desta perspectiva punitiva, Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 426) reconhece a que a incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos, por óbvio, impede diretamente a prática de delitos fora dos limites da prisão.

Todavia, não é preciso muito esforço mental para perceber os múltiplos problemas da prevenção especial negativa.

Primeiramente, até mesmo o supostamente evidente caráter neutralizador da pena de prisão pode ser questionado na era da informação. Os onipresentes smartphones proporcionam o pleno intercâmbio de ideias entre criminosos, o desenvolvimento de fraudes cibernéticas cada vez mais criativas feitas eletronicamente no próprio estabelecimento carcerário, além da formação de organizações criminosas que se projetam para fora dos muros do presídio, colonizando e revolucionando a delinquência nacional. Segundo o anuário de segurança pública, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023) a delinquência informática no país tem crescido ao ritmo de 65% ao ano e gerado prejuízos milionários. A prisão enquanto neutralização da delinquência não possui qualquer eficácia social a esta espécie de crime.

O maior óbice, contudo, não é prático, mas sim de validade jurídica ou constitucional.

Para Zaffaroni e Nilo Batista (2003, p. 128) o conceito de pessoa e seus direitos inerentes (art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁰ e no art. 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos³¹) concede a todos os

³⁰ Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

³¹ Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua

seres humanos autonomia ética que é incompatível com a criação de um mero obstáculo mecânico ou físico, uma vez que este não motiva o comportamento, mas apenas o impede, revelando o cariz de defesa social que a perspectiva neutralizadora possui.

O problema quanto à duração da pena também é evidente, uma vez que quando a inocuização é atrelada à periculosidade, incentiva-se a aplicação de penas altas a partir de vieses subjetivistas, além de afastar a prestação jurídica do princípio da lesividade.

No que tange à compatibilidade constitucional, Rodrigo Roig (2015, p. 130) afirma que a pretensão de neutralização é incompatível com uma matriz constitucional democrática e humanizadora. O autor elenca três razões. (1) Fomenta-se a aplicação de penas desproporcionais e desarrazoadas, (2) reproduz-se e aprofunda-se a estigmatização do indivíduo e a fixação dos rótulos criminosos, o que acaba por perpetuar a intervenção penal como única solução dos conflitos sociais e (3) cria-se uma falsa crença de que o apenado é um desviante em uma sociedade homogênea e coesa, ocultando-se as diversidades de posições e vulnerabilidades socioeconômicas que servem como fatores de seletividade dos órgãos encarregados da persecução penal.

A mais óbvia das objeções à neutralização como fundamento da pena é a de que, no cárcere, o Estado não pode garantir o respeito à dignidade humana do apenado, especialmente durante longos períodos de encarceramento. Não apenas é impossível conter a violência horizontal, realizada de preso contra preso, como as condições ilegais e inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro transforma a pena em constante e injustificável violência estatal. Não se trata de hipérbole ou figura de linguagem: basta observar que o artigo 88 da Lei de execução penal exige cela individual como o padrão para o cumprimento de penas privativas de liberdade em regime fechado. A jurisprudência já admitiu o lamentável quadro ao reconhecer que nosso sistema carcerário consiste em um “estado de coisas inconstitucional” (ADPF 347).

jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

É forçoso reconhecer que a neutralização não pode ser a finalidade que guia a dosimetria, pois isso levaria a um inafastável direito penal do autor, uma vez que qualquer prognóstico de periculosidade transcenderia a mera análise da lesão de direitos produzida pelo crime e adentraria no escrutínio das “escolhas de vida” do agente.

No que tange às tendências atuariais de neutralização seletiva, a crítica de Maurício Dieter (2012, p. 190-196) revela a violação aos princípios da legalidade, lesividade e culpabilidade que os prognósticos de risco inevitavelmente geram.

Por fim, a mera instrumentalização do ser humano a partir da perspectiva da inocuização é inaceitável em um estado social e Democrático de direito.

3.4 As (des)humanidades da prevenção especial positiva

Ao longo do século XX, a filosofia carcerária foi tomada por objetivo supostamente humanitário e socialmente funcional: ressocializar o apenado, reabilitando-o para o exercício de atividades profissionais lícitas e reintegrando-o ao convívio social.

Salo de Carvalho (2015, p. 79) ensina que as teorias da emenda ou correccionalistas, de perfil ressocializador, dominaram o discurso carcerário na segunda fase da modernidade penal, em modificação à coação psicológica que marcou a primeira. Segundo o autor, a mudança da perspectiva foi inaugurada pelo positivismo criminológico que proporcionou a centralização das investigações criminológicas no criminoso e não no crime.

Na dogmática penal, o modelo correccional passa a ser defendido pela *Escola Sociológica* de Liszt (1927, p. 9-10) para quem a pena deveria servir, a um só tempo, como coação psicológica, dirigida à sociedade e motivação individual, voltada ao sujeito. Intimidar, inocuizar e corrigir.

A consolidação das ideias ressocializadoras se deu, porém, a partir da mudança da postura estatal para com o resguardo ou o provimento de direitos sociais. Salo de Carvalho (2015 p. 79-81) afirma que a “sobreposição do Estado intervencionista (*welfare*) ao Estado liberal redimensionará a expectativa quanto às formas de atuação no controle do delito”.

A partir do momento em que o Estado avoca para si a obrigação de prestar direitos sociais, os conflitos e problemas da sociedade passam a ser encarados não mais como obras do acaso ou de uma convergência de fatores contingentes, mas sim como o sintoma de um déficit organizacional do poder público que, se estruturasse melhor suas forças, conseguiria restaurar aos desviados o grau de dessocialização que os levou a delinquir, da mesma forma que se oferece tratamento médico aos doentes e educação às crianças. Soma-se a isso o fato de que a narrativa ressocializadora lança um verniz supostamente humanista à violência institucional, tornando-a palatável à população e politicamente defensável pelos mais progressistas dos homens públicos. Esta lógica reformula a própria noção de criminoso e de intervenção penal, substituindo o paradigma do livre-arbítrio e da coerção psicológica por um determinismo calcado no grau de sociabilização do desviado, o que transformaria o aparato punitivo em um instrumento de ortopedia moral do apenado.

O léxico correccionalista é explicado por Garland (2001, p. 78) quando diz que “a ressocialização se tornou um foco central da política de justiça criminal, particularmente durante o final do século XX”. A idealização do novo *wefarismo* penal parece apregoar que uma mistura de devido processo legal, bem-estar carcerário, proporcionalidade das penas e conhecimento criminológico poderia levar a um ambiente penitenciário propício à reabilitação dos criminosos.³²

Os efeitos jurídicos do correccionalismo penal são explicados por Salo de Carvalho (2015, p. 81-82) em três aspectos: (1) na teoria da pena, a culpabilidade deixa de ter o livre-arbítrio como fundamento material e passa ser orientada pela *periculosidade* enquanto impulso delitivo individual que deve ser abordado pelos instrumentos estatais, enquanto (2) a punição passa a ser não mais concebida como retribuição da culpabilidade ou coerção psicológica, mas sim como espécie de intervenção terapêutica para tratar os déficits individuais que levam o agente a delinquir. No que tange à teoria do delito, o fundamento liberal da culpabilidade é substituído por um determinismo causal-mecanicista, percebendo-se a redução dos limites entre imputáveis e inimputáveis.

³² Garland (2001, p. 45) expõe, entretanto, que embora a ressocialização dos infratores tenha sido historicamente promovida como um componente chave da política penal, nas últimas décadas, no entanto, esse ideal tem sido desafiado por abordagens mais punitivas.

O discurso da ressocialização tornou-se o predominante na execução penal do ocidente e embasa explicitamente a legislação brasileira. É perceptível no artigo inaugural da Lei de Execução Penal³³ (7.210/84) e mesmo recentemente, no projeto de lei nº 513/2013 que propõe reformar a dita Lei, o propósito ressocializador é reforçado. A força retórica da proposta se mantém, em que pese o fato de que o neorretribucionismo tenha reduzido sua intensidade.

Em termos críticos, contudo, não é um exagero afirmar que a prevenção especial positiva é a mais falaciosa, equivocada e contraproducente de todas as tradicionais teorias fundamentadoras da pena.

Em primeiro lugar, cumpre reconhecer que ao sobrepor o modelo inocuidador com o ressocializador, permite-se que o poder público oriente a maquinaria punitiva com o propósito de dar ao apenado oportunidades de educação e formação profissional, respeitando a dignidade humana ao invés de objetificar ou subjugar a pessoa pela sua condição de recluso.

Contudo, esta perspectiva só se mostraria verdadeiramente positiva se o aprimoramento pessoal fosse um direito do preso, uma vez que, quando se considera a reeducação um fundamento da própria pena, autoriza-se todas as formas de ortopedia moral que violam princípios constitucionais ligados à autonomia, liberdade e à própria dignidade do apenado. Dois autores alocam esta crítica em princípios distintos, chegando, contudo, em conclusões semelhantes.

Rodrigo Roig (2015, p. 60-64) dispõe que o princípio da humanidade exige que, na sanção penal, o Estado se furte a fazer juízos eticizantes, que condene projetos de vida ou negue a dignidade e autonomia do acusado. Trata-se de uma máxima de tolerância, pluralismo e alteridade que obriga o poder público a reconhecer a legitimidade das escolhas do indivíduo e que proíbe a instrumentalização de pessoas ou a ingerência estatal por meio dos mecanismos da ortopedia moral penitenciária.

Tal postulado possui alicerce Constitucional na própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), nos objetivos fundamentais da república

³³ Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

tangentes à construção de uma sociedade livre e solidária e de erradicação da marginalização e da promoção do bem de todos sem preconceitos ou discriminação (art. 3º, I, III e IV da CRFB). Também está contido nos direitos individuais concernentes à liberdade de manifestação de pensamento e inviolabilidade de consciência e crença (art. 5º, IV e VI da CRFB).

Nesta ordem de ideias, o princípio da humanidade parece ser incompatível com uma perspectiva reeducadora, uma vez que é impossível ressocializar sem pressupor uma inadequação entre o projeto de vida do réu e uma escala de valores e virtudes que fariam do acusado uma pessoa apropriada para o convívio social.

Salo de Carvalho (2015, p. 245-247) afirma que o processo de laicização do direito, gerador da primeira modernidade penal, criou verdadeiro princípio da secularização que impõe uma “imunização da esfera da consciência”, essencial ao direito penal laico no qual os aparatos formais de controle não podem impor correções àquilo que ofendem a diversidade de escolhas e modos de vida.

Faz ainda menos sentido o argumento de que a pena buscaria uma readaptação técnica do acusado. Primeiramente porque tal afirmação é sintomática de um olhar de condescendência para com os criminalizados, parecendo presumir que somente pessoas inaptas e incultas delinquem, quando tal impressão é, como revela Zaffaroni (2015, p. 26), viciada pela seletividade estrutural do sistema penal que usualmente recai apenas sobre a parcela mais vulnerável em termos socioeconômicos. Em segundo lugar, ainda que a inaptidão para o trabalho lícito fosse o fator que induz as pessoas a delinquir (evidente que não é), o cárcere dificilmente se apresenta como terreno fértil para uma readaptação profissional, especialmente em uma sociedade dinâmica, globalizada, informatizada e marcada pelo mercado de serviços. A prisionização, ao contrário, mitiga a capacidade de adaptação social, pois obriga o apenado a se amoldar a uma nova sociedade com demandas e perigos próprios.

Ferrajoli (2014, p. 254-255) acrescenta que, além da inafastável confusão entre direito e moral, o projeto penal reeducativo pressupõe uma patologização ou infantilização do apenado, resultando em institutos disciplinares de adestramento e aculturação coativa que somente se sustenta discursivamente a partir da vazia categoria da periculosidade que sempre foi desprovida de real conteúdo semântico. Não à toa, boa parte dos sistemas políticos autoritários ao

longo do século XX basearam suas práticas penais em doutrinas correccionalistas.

As críticas de Klaus Günther (2004, p. 195-196) à prevenção especial positiva se baseiam na falibilidade do modelo behaviorista e na ineficácia pedagógica da punição. O autor aponta que, ao focar na dominação de atitudes futuras do autor, existe forte tendência de que a pena deixe de ser proporcional à gravidade do crime ou ao grau de culpa.

As falhas do modelo do cálculo racional também são evidenciadas por Günther (2004, p. 196-197): o modelo assume que o criminoso realiza uma análise de custo-benefício antes de agir, mas o autor argumenta que a maioria dos crimes, especialmente os mais graves como homicídios, ocorre em contextos de conflitos dramáticos e “situações tensas e sem saída”. Nessas circunstâncias, o autor do ilícito carece da racionalidade e das informações necessárias para avaliar alternativas menos custosas.

Em vez de arrependimento, o sofrimento da pena costuma gerar reações defensivas, nas quais o prisioneiro nega a injustiça cometida ou neutraliza o sofrimento da vítima por meio de justificativas internas. O isolamento e o cumprimento da pena privativa de liberdade deixam o indivíduo sozinho com os problemas cotidianos que o levaram ao crime, sem oferecer alternativas reais de comportamento. Ao ser libertado, o indivíduo tende a retornar aos mesmos padrões desviantes, muitas vezes agora mais integrados ao meio criminoso devido ao convívio carcerário. (GÜNTHER, 2004, p. 197).

Em que pese o fato de nossa legislação ter abraçado o discurso da ressocialização como mote da execução penal brasileira, parecem ter razão Klélia Aleixo e Flávia Penido (2018, p. 40-42) quando afirmam que tal perspectiva serve para esconder as funções reais de neutralização e extermínio dos apenados e naturalização da violência institucional com a consequente manutenção de um estado de exceção perene na execução penal.

3.5 Prevenção geral positiva: abstrações e antinomias

Após a década de 1970, os discursos funcionalistas ganham impulso na Europa e, a reboque destes, os modelos de prevenção geral positiva que se

baseiam, segundo Claus Roxin (1997, p. 91-92), em três efeitos interrelacionados para a sanção penal: (1) a pacificação social com a aparente solução do conflito social, (2) a reafirmação da confiança na ordem jurídica e, principalmente, (3) a motivação sociopedagógica dos membros da sociedade através da internalização e reafirmação dos valores ético-sociais encampados pelas normas incriminadoras.

Esta perspectiva imputa à pena um caráter comunicacional de integração da sociedade, o que pressupõe valores éticos comuns que alicerçam o consenso comunitário. Neste contexto, conforme analisa Feijoo Sánchez (2007, p. 268-269) o juízo de culpabilidade passa a ser visto como um distanciamento subjetivo da comunidade, e a pena exerce a função de negar a dissonância criminosa, reestabelecendo a consciência jurídica comum. Não é por acaso que o discurso funcionalista surge como reafirmação das teorias criminológicas do consenso, que presumem uma sociedade que atua organicamente com o concertado funcionamento de seus órgãos fundantes, ao contrário de um conflito entre classes sociais com interesses dissonantes conforme defende algumas vertentes da criminologia crítica.

É comum se afirmar, porém, que o gérmen da teoria já era gestado por Welzel (1970, p. 327), para quem o direito penal exerce uma função ético-social de garantia de vigência aos valores de ação da atitude jurídica. A pena possuiria uma função comunicacional de reforço da vigência de tais valores no seio social e da fidelidade ao direito por parte dos cidadãos.

Na segunda metade do século XX, duas principais vertentes foram desenvolvidas: a prevenção geral positiva fundamentadora de Jakobs e a prevenção geral positiva limitadora de Hassemer.

Conforme expõe a introdução de Luís Greco (2000, p. 140), a originalidade do funcionalismo proposto por Günther Jakobs está na substituição de categorias como a causalidade naturalista e da finalidade ontologicista (linhas fundamentais da teoria do delito na primeira metade do século XX) pelo fundamento dos papéis sociais e as correlacionadas expectativas normativas, oriundas dos trabalhos sociológicos de Luhmann.

A função do direito penal, para Jakobs (2003, p. 49-50), não coincide com a proteção de bens jurídicos. Para o autor, as pessoas interagem com o mundo natural a partir de expectativas cognitivas que são aprendidas com a experiência.

O exemplo utilizado é o da interação do homem com as intemperes oceânicas: após múltiplos naufrágios, os navegadores já sabem o que esperar das marés e das vicissitudes que emergem das viagens náuticas e ajustam sua conduta para aquilo que é necessário para a travessia marítima. A interação no mundo social, contudo, não é guiada por expectativas cognitivas (cuja defraudação gera uma aprendizagem seguida da conformação da conduta), mas por expectativas normativas criadas pelo sistema jurídico que, quando frustradas, necessitam do poder contrafático da sanção para garantir sua estabilidade e vigência.

Para Jakobs (2003, p. 63), a prática do crime representa a frustração das expectativas normativas consubstanciadas no ordenamento positivo, possuindo a pena, por consequência, um aspecto comunicacional: a sanção serve de negação da conduta e da vontade do criminoso, proporcionando, na comunidade, a estabilização contrafática das expectativas normativas, garantindo-se o reforço à vigência da própria norma jurídica. Nega-se a concepção de mundo do infrator para reforçar aquela estabelecida pelo mundo do direito, garantindo, de maneira mediata, a coesão social viabilizada pelo sistema.

Conforme notam André Luís Callegari e Raul Marques Linhares (2017, p. 136-137), Jakobs parece não crer que o direito penal seja capaz de sanar quaisquer consequências externas produzidas pela violação da norma jurídica, nem mesmo reparar danos produzidos. A punição também não almeja modificar o modo de ser do delinquente ou intimidar futuros criminosos. A sanção possuiria um efeito comunicacional que se volta à manutenção da vigência da própria norma, evitando-se alguma erosão social potencialmente causada pela defraudação das expectativas normativas.

Percebe-se que a justificação da punição se dá em nível abstrato e se fundamenta na necessidade de desautorizar a desobediência à norma e, apenas de forma mediata, reforçar a fidelidade ao direito.

Antes de passarmos às críticas, cumpre assinalar que a prevenção geral positiva possui outra perspectiva cuja estrutura é mais adequada aos limites constitucionais democráticos.

A prevenção geral positiva limitadora, cujo principal teórico é Hassemer (1984, p. 393-394), parte de algumas premissas em comum com a teoria de Jakobs: a pena é enxergada como um instrumento de estabilização das normas

e convencimento social de sua idoneidade, influenciando, indiretamente, os demais processos, menos formais, de controle social.

Hassemer (2003, p. 34-35), em uma defesa do sistema penal democrático e crítica ao abolicionismo, afirma que:

Nós necessitamos do Direito Penal, do Direito processual penal e das penas, uma vez que eles restringem os procedimentos de controle social, os tornam avaliáveis e controláveis e os conectam a princípios fundamentais que servem à proteção de todos os seres humanos vinculados a este difícil conflito que tem a ver com a infração da norma: os prováveis responsáveis, os sentenciados, as vítimas, as testemunhas, os que repartem a justiça e finalmente a sociedade. Formalizar o controle social não é outra coisa mais que limitar as faculdades de ingerência penal (HASSEMER, 2003, p. 34-35).

Percebemos que, para o autor, a formalização dos mais gravosos instrumentos de controle é um dos efeitos colaterais mais desejáveis da pena, uma vez que esta delimita as possíveis reações estatais à violência e ao conflito social, estabelecendo garantias ao apenado, limites qualitativos e quantitativos ao castigo (prestigiando-se a proporcionalidade) ao mesmo tempo que impede a vingança privada e reforça a consciência social da norma.

A juridicidade da resposta ao fato punível, para Hassemer (1999, p. 136-137), também pertence ao caráter da pena e constitui parte de sua função: a apropriação do conflito, distanciamento entre autor e a vítima, vedação da vingança privada e limitação do horizonte punitivo são vistos como condições para a estabilização da idoneidade social da norma em um estado democrático de direito.

Ambas as posições descritas são bastante questionáveis, mas a prevenção geral positiva fundamentadora é, possivelmente, a mais problemática de todas as teorias preventivas da pena.

Vamos às críticas.

A teoria de Jakobs pretende atribuir à pena as funções de reação à atitude de infidelidade ao direito e de prevenção da erosão da confiança na validade e estabilidade do sistema normativo. A primeira parece retomar a postura

retributiva hegeliana, padecendo de excesso de abstração e impossibilidade de demonstração empírica. A segunda afasta o indivíduo e a proteção de direitos do centro do sistema normativo, que se torna autorreferente e por isso imune às críticas criminológicas. Quando a finalidade da pena é resguardar a vigência do próprio sistema, o conteúdo da norma ou seus efeitos colaterais contraproducentes adquirem relevância meramente secundária. Na clara síntese de Paulo César Busato:

A centralidade na norma e não no indivíduo, a artificialidade da ancoragem sistemática, que não resiste ao teste da autorreferência, e a clara impermeabilidade à crítica normativa fazem do sistema proposto por Jakobs uma estrutura completamente desprezível tanto no seu aspecto técnico-jurídico quanto político criminal (BUSATO, 2018, p. 231).

Alessandro Baratta (1985, p. 16-21) acrescenta que, sob o ponto de vista interno, Jakobs não especifica se a estabilização das expectativas deve ocorrer necessariamente a partir da imposição de uma pena ou se poderia acontecer com sanções extrapenais, isto é, se existe ou não uma máxima de proporcionalidade em sentido estrito quando à gravidade da punição em proporção ao crime. A ausência de tal ponderação leva, ainda segundo o autor, a uma crítica extrassistêmica: o modelo de Jakobs acaba por legitimar, de forma acrítica e conservadora, uma expansão tecnocrática da resposta penal perante os mais básicos problemas sociais.

Não obstante, o modelo de prevenção geral positiva limitadora, à moda de Hassemer, tem feições mais consonantes com o Estado democrático. Bitencourt (2020, p. 176-177) tece elogios a este fundamento, uma vez que, ao dar juridicidade à resposta do desvio, evita-se a vingança privada e vincula-se a punição aos limites da lei e dos princípios constitucionais, além de proteger a consciência social quanto à idoneidade da norma.

Entretanto, críticas negativas não são menos devidas. Primeiramente, conforme acentua Busato (2018, p. 762), a jurisdicionalização da resposta ao desvio e a conseqüente delimitação da pena não produzem, por si sós, qualquer garantia de que o sistema obedecerá a um caráter de fragmentariedade e subsidiariedade, tampouco serve como critério para medir a pena justa.

Para Klaus Günther (2004, p. 200) a prevenção geral positiva reduz a punição estatal a um simples ato comunicativo que visa transmitir a mensagem de que a norma violada continua válida e que a "contranorma" do autor do ilícito não deve prevalecer. Desnecessidade da inflição de um mal: Günther questiona por que essa mensagem de validade do direito precisa ser atrelada necessariamente à inflição de um mal (sofrimento físico ou restrição de liberdade) (p. 192, 200). Se o objetivo é apenas comunicar a responsabilidade do autor e a vigência da norma, o autor defende que outros meios mais brandos e humanos seriam suficientes, como uma declaração pública de culpa em um processo formalizado de determinação dos fatos.

Günther (2006, p. 200) sustenta que o vínculo entre o sofrimento imposto pela pena e a mensagem de confiança na norma é puramente contingente, não havendo nenhuma prova de que exista uma relação necessária entre a violência da sanção e a eficácia da comunicação social. Ademais, a teoria pressupõe que os cidadãos só conseguem compreender a importância das normas através da linguagem da pena, o que ignora a capacidade de seres autônomos de agir por convicção racional. A prevenção geral positiva apenas incorpora a realidade da pena, descrevendo como ela funciona atualmente na prática social, mas falha em oferecer uma justificativa racional que comprove por que o Estado deve continuar recorrendo a esse método violento em vez de buscar alternativas de comunicação mais eficazes.

Outrossim, considerando que os vários autores que debatem a criminologia crítica evidenciaram o caráter criminogênico da própria pena³⁴, a reafirmação da validade do ordenamento e da fidelidade ao direito não podem ser alcançados por meio da sanção penal, uma vez que esta apresenta papel fundamental na produção, consolidação e reprodução do desvio. Por fim, conforme lembra Zaffaroni (2015, p. 40), especialmente na América Latina (mas não apenas), a aplicação do direito penal apresenta seletividade estrutural tanto no que se refere à natureza dos crimes efetivamente punidos quanto aos caracteres dos criminalizados: a vulnerabilidade do sujeito (e não a mera ilegalidade da conduta) é o principal pressuposto para a criminalização. Apenas uma parcela minúscula dos crimes diuturnamente praticados é processada e

³⁴ Citamos, por todos, Alessandro Baratta (2016).

punida e a clientela do sistema penal é majoritariamente composta de pessoas marginalizadas em qualquer dos três regimes prisionais³⁵, o que revela o romantismo um tanto quanto ingênuo da prevenção positiva limitadora ao propor integração social e reforço à lealdade ao sistema normativo a partir da punição.

3.6 Inocuidade de desumanizados pelo direito penal do inimigo.

No início do século XXI, o funcionalismo alemão gerou uma (supostamente) nova teoria da pena que pretende ser, a um só tempo, um instrumento de contenção da crescente expansão do direito penal contemporâneo (com sua conseqüente diluição das garantias penais) e uma proposta de inocuidade da periculosidade às estruturas normativas representada por alguns indivíduos.

Muñoz Conde (2005) ensina que o termo remonta à “Jornada de Professores de Direito Penal”, na Universidade de Frankfurt, na qual Jakobs utilizou a expressão de forma crítica, demonstrando preocupação com as atuais tendências de expansão do direito penal, que levariam à erosão de boa parte das garantias oriundas do direito penal da ilustração. Sua postura passou para uma fase descritiva quando voltou a tocar no assunto em 1999 e sua sutil mudança de tom foi caracterizada pela ausência da conclamação para a luta contra as tendências de um direito penal do inimigo, deixando implícito sua inevitabilidade. A fase legitimadora surgiu após o ataque às torres gêmeas de 11 de setembro de 2001, mais precisamente em 2003 com a publicação de obra que pretendeu legitimar a “nova” teleologia punitiva.

Jakobs (2012, p. 21) afirma, de início, que a expressão “direito penal do inimigo” não se pretende pejorativa, nem mesmo consiste em uma defesa de duas esferas isoladas de direito penal, porém, de duas tendências ou espectros opostos em um só contexto jurídico penal.

Já dissemos que, para o funcionalismo sistêmico jakobiano, a pena é uma negação que desautoriza a conduta do delinquente para estabilização das expectativas normativas, reforçando-se a vigência da norma e, de forma mediata, a fidelidade ao direito violado, proporcionando a autopoiese do sistema.

³⁵ As estatísticas do sistema penal brasileiro que demonstram tal seletividade serão expostas e analisadas no capítulo seguinte quando tratarmos dos pressupostos da teoria agnóstica da pena.

Esta interação simbólica, segundo Jakobs (2012, 22-23), deve receber outros contornos perante delitos de especial gravidade ou quanto aos agentes que não mais apresentam garantia cognitiva de um comportamento respeitoso ao direito. Para estes, o caráter comunicacional da pena deve dar lugar a uma perspectiva de eficácia contra a periculosidade do delincente.

Em seus esboços jusfilosóficos, Jakobs (2012, p. 24-27) afirma que sua teoria está perfeitamente fundamentada nos próprios filósofos alicerçantes do pensamento iluminista ocidental. O autor lembra as passagens de Rousseau quando este afirma que qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este. Fichte também é lembrado por afirmar que quem abandona o contrato cidadão, por modo voluntário ou por imprevisão, deve perder seus direitos como cidadão e como ser humano. Contudo, Jakobs discorda da postura de ambos na medida em que consideram todo delincente um detrator do pacto social. O professor da Universidade de Bonn possui ideias mais alinhadas com Hobbes, que afirma que o delincente deve manter sua cidadania a não ser que se trate de um traidor ou de um rebelde, pois isso significaria um retorno ao estado de natureza por parte deste, o que obrigaria ao Estado castigá-lo como um inimigo. Jakobs também é partidário das ideias de Kant, que escreveu em “sobre a paz eterna” que aquele que, de forma permanente, não participa em um Estado comunitário-legal deve retirar-se dele.

Jakobs (2012, p. 40-43) passa à conceituação e identificação do inimigo: trata-se daquele que abandonou a ordem jurídica de forma presumidamente permanente. Isto é, aquele que não dá segurança cognitiva mínima necessária de um comportamento consentâneo ao direito. Estes indivíduos, que não admitem ser obrigados a entrar em um estado de cidadania, não podem participar dos benefícios do conceito jurídico de pessoa. São, no tocante às garantias penais oriundas aos direitos de cidadania, **não-pessoas** cuja periculosidade deve ser neutralizada.

André Callegari e Raul Linhares (2017, p. 144) explicam que, para o funcionalismo de Jakobs, pessoa e ser humano não se confundem. A pessoa, enquanto ente jurídico, não possui um conceito absoluto ou universal, mas sempre relativo à determinado universo de direitos e deveres. As pessoas relevantes a um casamento são apenas os cônjuges. Em uma alienação de

imóvel, apenas o comprador, o vendedor e a instituição financeira que detém a garantia fiduciária guardam este status. No mesmo sentido, as garantias penais constitucionais, tangentes aos direitos de cidadania, estão reservados àqueles que dão garantia cognitiva de alguma lealdade à ordem jurídica.

A identificação do inimigo, para Jakobs (2012, p. 33, 34), se dá a partir de seu comportamento ou de sua integração associativa. Na primeira perspectiva, cabe ao legislador estabelecer uma legislação de luta³⁶ que identifica as condutas delitivas que são sintomáticas de um afastamento duradouro do direito. Os exemplos comuns são os delitos relacionados às drogas, à criminalidade econômica, os crimes sexuais e o terrorismo. Outrossim, a integração do agente às organizações criminosas é determinante de sua periculosidade.

Tratando das consequências deste novo propósito ao direito penal, Jakobs (2012, 37-39) elenca aquelas que já são utilizadas por muitos países e que seriam legitimadas em definitivo para a neutralização de inimigos como a intervenção nas telecomunicações, investigações secretas, intervenção de agentes infiltrados, a incomunicabilidade de certos presos (até mesmo no que tange às conversas com seu defensor), antecipação da tutela penal para condutas que causam perigo ainda que remoto, além da relativização da taxatividade penal.

A mais relevante das mudanças, contudo, se refere ao próprio escopo do sistema punitivo, que abandonaria, no que tange aos inimigos, qualquer propósito de manutenção da vigência do ordenamento através da estabilização das expectativas normativas para abraçar a finalidade de mera inocuidade eficaz da periculosidade daqueles que não podem usufruir dos benefícios do conceito de pessoa.³⁷

Nas palavras finais de seu texto, Jakobs evidencia a finalidade maior de sua doutrina:

Um Direito Penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que

³⁶ O autor faz questão de afirmar que a natureza beligerante da legislação deve ser posta de forma evidente, de modo a frisar o caráter de excepcionalidade do tratamento e do propósito de neutralização do inimigo, em dissonância com a estabilização das expectativas normativas que se destina ao cidadão. A clareza da legislação de combate faria (supostamente) com que o direito penal do cidadão ficasse resguardado de suas influências.

³⁷ Estas últimas palavras são a tradução direta das linhas de Jakobs (2012, p. 35). Ao menos não se pode acusá-lo de ser desonesto.

entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do inimigo (JAKOBS, 2012, p. 47).

O crescimento da popularidade da doutrina jakobiana evidencia a importância das críticas que podem e devem ser feitas à esta perspectiva penal.

Seja a nível constitucional, criminológico, político ou dogmático, o Direito Penal do inimigo é a verdadeira negação de todas as já combatidas conquistas do Direito Penal da ilustração. De início, podemos apontar a violação ao princípio da isonomia, previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal, que não permite distinções ao tratamento de pessoas em cidadãos e não-cidadãos.

As críticas de Muñoz Conde (2005) são precisas e extensas e podem ser resumidas em 4 pontos. (1) O Direito Penal do Inimigo se apresenta como uma ruptura com o Estado de Direito, pois o tratamento de certas pessoas como *não-cidadãos*, criaria uma categoria à margem das garantias e direitos fundamentais cuja universalidade é a base do próprio sistema constitucional. (2) Abre-se a possibilidade para que o Estado tome um rumo autoritário, legitimando um tratamento mais punitivo e seletivo contra certos indivíduos ou grupos inviabilizando-se os freios democráticos ao poder de punir. (3) Proporciona-se, quanto ao inimigo, o abandono da função de reintegração e recuperação da pena, bem como à preservação da dignidade humana. Para ele, essa separação entre Direito Penal para "cidadãos" e "inimigos" representa um Direito Penal puramente funcionalista, orientado apenas para a contenção e eliminação de ameaças, em detrimento de princípios fundamentais como a presunção de inocência. Finalmente, Conde alerta para a frágil definição do conceito de "inimigo". O uso arbitrário do conceito poderia levar à criminalização de indivíduos com base em critérios políticos, sociais ou culturais, favorecendo um "Estado de exceção" que legitimaria o desrespeito às normas constitucionais.

É, no entanto, de Eugênio Raul Zaffaroni (2007, p. 155-167), em seu livro "O inimigo no direito penal", uma das mais extensas e contundentes críticas à esta perspectiva. Inicialmente, o professor argentino reconhece, na proposta de Jakobs, a tentativa de contenção dos aspectos mais beligerantes e expansivos do direito penal contemporâneo e atribui certo mérito ao autor alemão pela forma explícita e direta de seu vocabulário: a adoção do termo "não-pessoa" foi um acerto corajoso, já que outros históricos doutrinadores, como Karl Schmitt ou até

mesmo Liszt, defenderam posturas até mais violentas, porém camufladas por eufemismos.

A ilegitimidade da doutrina de Jakobs é, todavia, descortinada pela crítica de Zaffaroni em 3 pontos fundamentais. (1) Não existem conceitos limitados ou estáticos de inimigo. O inimigo sempre dependerá do juízo subjetivo do julgador e este, por sua vez, pode ser direcionado apenas para os infratores previamente selecionados pelos filtros de seletividade estrutural do sistema penal. A proposta de Jakobs apenas legitimaria a desumanização dos mesmos criminalizados de sempre. (2) Haveria inevitável quebra do Estado de direito cuja existência se fundamenta justamente em sua função de proteção dos direitos fundamentais perante a conveniência política da eliminação de indesejáveis. (3) Não há real esperança de que legitimar a despersonalização de determinadas pessoas (o que já acontece ilegitimamente a décadas na prática punitiva da América Latina) pode conter as tendências expansivas do sistema punitivo, cuja realidade dinâmica tende a escapar da própria legalidade e proporcionalidade. O direito penal, enquanto dogmática jurídica, tem como função precípua servir de dique de contenção a estas pulsões.

Conclui-se que o direito penal do inimigo é nada mais que a legitimação de um modelo de prevenção especial negativa, sem quaisquer amarras constitucionais, que seria dedicado aos mesmos vulneráveis que são atualmente selecionados pelo poder punitivo. Longe de se mostrar um novo modelo de fundamentação da pena, trata-se de mera naturalização das violências sistêmicas que poder punitivo perpetra diariamente a partir da renúncia, por parte da dogmática jurídica, de qualquer tentativa de contenção dos aspectos mais beligerantes que o sistema penal destina aos criminalizados.

3.7 As contradições inerentes aos modelos mistos ou ecléticos de fundamentação e breves conclusões

Conforme atesta Luiz Regis Prado (2019, p. 746), os discursos predominantes na atualidade buscam conciliar a exigência de retribuição com algum fim de prevenção geral e especial.³⁸ Um modelo exclusivamente

³⁸ Conforme já afirmamos, a maior parte dos modelos neorretribucionistas ou de *pena justa* são mistos.

preventivo poderia permitir a punição de um inocente ou mesmo a quebra da proporcionalidade entre a gravidade do crime e do castigo se estas medidas forem socialmente úteis à prevenção de delitos, o que fica impossibilitado pela adição do caráter retributivo da pena à equação.

Uma das mais sofisticadas perspectivas mistas é a de Claus Roxin (1997, p. 745) para quem as funções da pena se expressam em três etapas sucessivas: (1) a cominação em abstrato se fundamenta na prevenção geral (negativa e positiva), enquanto que, (2) na aplicação em concreto, a realização da justiça penal mediante atividade judicial se escuda na prevenção geral positiva (integração aos valores ético-sociais encampados pela norma incriminadora) e prevenção especial negativa (interrupção da atividade criminosa para a proteção do bem jurídico) e, finalmente, (3) na execução, a pena deve primar pela prevenção especial negativa, com vistas à ressocialização ou, pelo menos, ao freio da dessocialização.

É correto afirmar que Roxin (1997, p. 745) não reconhece a função retributiva como legítima perante a principiologia do Estado Social e Democrático de direito e, por esta razão, tenta diferenciar sua postura das tradicionais teorias mistas. Contudo, admite a culpabilidade do fato como limite intransponível da pena em sua individualização.

O Código Penal brasileiro parece ter adotado esta perspectiva, no artigo 59, ao admitir que o juiz deverá dosar a pena conforme necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime.

As fragilidades e contradições do modelo eclético, contudo, são ainda mais evidentes que as presentes nos modelos puros.

Primeiramente, como teoria mista depende da validação e adoção dos pressupostos de todas as outras propostas fundamentadoras, todas as críticas já esboçadas sobre estas são, aqui, cabíveis.

A retribuição padece de parca legitimidade perante os pressupostos constitucionais do Estado Social e Democrático de direito, posto que indissociável de uma vingança pública legatária da velha expiação de matriz cristã. Ademais, a restituição da ordem jurídica turbada a partir da pena é fundamento abstrato que não possui demonstração empírica possível, além de naturalizar uma falsa relação de causa e efeito entre crime e castigo, desconsiderando que o próprio desvio pode ser produto das interações

simbólicas entre as condutas de determinadas pessoas e a operação seletiva dos órgãos incumbidos da persecução penal.

As propostas utilitárias não são menos falaciosas. A prevenção geral negativa (coação psicológica) parece presumir o conhecimento, por parte da população, de um ordenamento jurídico positivo em crescente complexidade e acelerada expansão, além de assumir um caráter dissuasório da pena que é desmentido pelas estatísticas da reincidência penal brasileira. A prevenção especial negativa (neutralização), além de ofensiva à dignidade e extremamente custosa ao Estado, é virtualmente impossível na era da informação. A prevenção especial positiva (ressocialização) é um dos mais perniciosos dos fundamentos discursivos do castigo, que, além de dar um falso ar humanista à pena, ignora o fato de que os efeitos da prisionização tornam o cárcere espaço infértil à qualquer adaptação social. Finalmente, a prevenção geral positiva fundamentadora incorre na mesma abstração indemonstrável que a retribuição hegeliana e possui problemas estruturais fatais, uma vez que a delimitação do poder punitivo e o reforço à fidelidade ao direito são antitéticos ao caráter criminogênico da própria pena.³⁹

A admissão de tipos mistos de justificação da pena, segundo Salo de Carvalho (2015, p. 126-127), parece ser sintomática do esgotamento das grandes narrativas da pena, como se a adoção de um modelo polifuncional pudesse anular as lacunas e as contradições parciais das teorias puras, estabilizando as estruturas punitivas. O autor ainda acrescenta o que entendemos ser o maior dos problemas da teoria mista: a contradição entre os pressupostos extrajurídicos das perspectivas que tenta agregar. Explica-se: a pena enquanto coação psicológica, conforme visualizada por Feuerbach e demais autores da chamada “escola clássica”, pressupõe que o homem é livre e que atua a partir de cálculos econômicos de ponderação racional entre os potenciais custos e benefícios de sua conduta. Já o discurso ressocializador, gestado em variações do positivismo perpetuado pelo correccionalismo europeu, assume que o criminoso não possui livre-arbítrio, mas, ao contrário, é

³⁹ Para o fundamento doutrinário e normativo destes pontos além de várias outras críticas e antinomias, remetemos o leitor para as argumentações desenvolvidas durante todo o capítulo 3 deste trabalho.

determinado por sua biologia ou, principalmente, por sua dessocialização, o que acaba por anular qualquer lógica retributiva.

Percebe-se, pois, que as teorias ecléticas da pena admitem características opostas (e excludentes) para a natureza humana, além de herdar todas as falhas dos discursos tradicionais que tentam conciliar, acabando por esvaziar discursivamente a pena, tratando-se, na verdade, de uma não-fundamentação da punição.

Estas conclusões não afastam, todavia, nossa tentativa de delimitar, através de uma interpretação teleológica, as denotações possíveis às circunstâncias judiciais. Precisamos, contudo, nos utilizar de outra hipótese discursiva que será doravante avaliada.

4. A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: DA PERSPECTIVA REDUTORA À CONSTRUÇÃO DE UMA CRIMINODOGMÁTICA CONSEQUENTE

Perante a incapacidade das tradicionais teorias fundamentadoras do castigo de legitimar a sanção penal ou instrumentalizar a teleologia dosimétrica, por todas as razões expostas nos capítulos anteriores, analisaremos a punição por uma outra perspectiva: a teoria agnóstica da pena que, a partir de um modelo negativo, não pretende legitimar ou mesmo explicar juridicamente a existência da pena, senão a toma por um dado político da realidade para, a partir daí, encontrar o papel da dogmática jurídico-penal compatível com os limites constitucionais.

4.1 Construção histórica da teoria agnóstica da pena.

Os precedentes históricos da moderna teoria agnóstica da pena remontam ao século XIX com a doutrina de Tobias Barreto. O autor pernambucano desenvolve aquilo que passaria a ser considerado o gérmen da teoria negativa em três obras fundamentais.

A primeira delas é *Menores e Loucos*, publicada em 1884, em que Tobias Barreto expressou certa aversão às explicações metafísicas, filosóficas ou moralistas dos fundamentos da pena, típicas dos escritos iluministas que ainda povoavam o imaginário jurídico oitocentista. Para Barreto (1926, p. 11-12), a

pena advém da necessidade e não da racionalidade, de forma que os discursos fundamentadores são apenas pretensamente explicativos.

Em *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*, Tobias Barreto (1881, p. 131) afirma que os metafísicos do direito teriam o “dom especial de tornar incompreensíveis as coisas mais simples deste mundo (...) sabem dar sempre uma definição, pela qual o axioma se converte de repente em enigma da esfinge”. Nesta obra, o autor também critica as teorias mistas ou ecléticas que, ao combinar propósitos retributivos e preventivos, misturam justiça moral com utilidade social, combinando princípios inconciliáveis cuja posologia carece de qualquer critério metodológico, afinal qual é a dose em que deve se administrar cada um dos citados *sais* para uma pena perfeita? Aparentemente, só os *metaquímicos* do direito presumem saber em suas aulas e suas sentenças.

Nessa obra, Barreto (1881, p. 136) classifica o direito de punir como uma necessidade do organismo social que se conceitua como não mais do que o sacrifício de um indivíduo perante o corpo social, sacrifício cuja crueldade é proporcional ao grau civilizacional e cujo rigor não pode ser mensurado pelos institutos jurídicos muito menos abolido por sentimentalismo humanitário. Quem procura o fundamento jurídico da pena, afirma o autor, deve primeiro encontrar o fundamento jurídico da guerra.

Em *Prolegômenos ao estudo do Direito Criminal*, mantendo o realismo em sua análise dos fundamentos da pena, Tobias Barreto (2000, p. 62) expressa uma de suas mais icônicas passagens:

O centro de gravidade do direito criminal está na pena, como o direito civil está na execução. Ora, ainda não se buscou saber qual a razão filosófica do direito de exequir; para que buscar a razão para o direito de punir? De todas as bolhas de sabão metafísicas é talvez essa a mais fútil, a que mais facilmente se dissolve ao sopro da crítica.

Em análise dos principais contributos à construção da teoria agnóstica, Hamilton Gonçalves Ferraz (2018, p. 60-62) afirma que a crítica de Barreto ao fundamento jurídico da pena vinha a reboque de uma visão conflitiva da sociedade, na qual o direito e a pena são produtos histórico-políticos do embate dialético entre forças sociais. A sanção é, pois, uma espécie de síntese

Hegelian, produto de um embate de natureza política e, portanto, impossível de se justificar pelas categorias jurídicas.

Ferraz (2018, p. 58) alerta ainda para o fato de que, por toda a obra de Barreto, a citada concepção da pena e da sociedade não está livre de contradições. Percebemos diversas antinomias em cada uma de suas obras. Em *menores e loucos*, Tobias Barreto (1926, p. 11) afirma que a pena tem a pretensão de adequar as ações humanas à ordem pública, ao bem-estar da comunhão política e ao “desenvolvimento geral da sociedade”. Há, aqui, uma ideia de “seleção legal” que faz papel análogo à seleção darwinica, identificando-se a pena como um fator evolutivo artificial de seleção e adaptação do homem à sociedade, o que parece antitético ao ceticismo que o autor apresenta no mesmo texto acerca das presunçosas asserções dos metafísicos do direito sobre o propósito da pena.

Contradição semelhante se percebe em *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*, onde Barreto (1881, p. 144-145) classifica a pena como espécie de legítima defesa exercida pela sociedade, o que aproxima o autor dos paradigmas positivistas de defesa social.

Contudo, mesmo com o aparente paradoxo, é preciso afirmar, juntamente com Nilo Batista (2005, p. 19), que Tobias Barreto se antecipou extraordinariamente às concepções jurídicas do Brasil (e do mundo) a sua época. Conforme conclui Hamilton Gonçalves Ferraz (2018, p. 64), se Tobias Barreto realmente tinha uma visão legitimante ou deslegitimante da pena não importa tanto para o reconhecimento de suas contribuições. Certo é que:

Sua abordagem sincera e real da punição e do Direito Penal, informada por uma visão conflitiva da sociedade e sua categorização precisa da pena, diferenciando-a das demais formas de solução de conflitos, tornam-no um dos pais latino-americanos da teoria agnóstica da pena (abraçasse ou não esta concepção e suas consequências) (FERRAZ, 2018, p. 64).

Ainda na América Latina e já no século XX, a visão agnóstica da pena foi desenvolvida pela contribuição de Eugênio Raúl Zaffaroni. As obras do autor argentino podem ser divididas, quanto às ideias sobre a legitimidade da pena e papel da dogmática penal perante o poder punitivo, em duas fases.

O primeiro Zaffaroni (1977, p. 11-44) se mostrava relativamente fiel a uma base dogmática finalista-welzeliana bem próxima da doutrina tradicional, conceituando o direito penal como o conjunto de normas positivadas que regem os crimes e as penas, bem como a estrutura dogmática-interpretativa que estuda este arcabouço legislativo. Apregoava ainda que a missão do direito penal era a tutela de bens jurídicos contra lesões intoleráveis.

Neste momento de sua escrita, Zaffaroni (1977, p. 46-62), embora não reconhecesse um direito subjetivo de punir, certamente conferia certa legitimidade à pena, ainda que com significativa dose de hesitação e pessimismo, afirmando que a prevenção especial positiva é “a alternativa que resta”, mas que deveriam ser extirpados da pena todo aspecto moralista ou relativo à ideia de expiação, por serem incompatíveis com a preservação da dignidade humana e os ditames do Estado social de direito. Neste diapasão, o papel da ciência jurídica seria de impor racionalidade à pena.

O pensamento de Zaffaroni apresentou uma guinada paradigmática a partir da obra *Criminologia: aproximação desde a margem*, de 1988, que, em que pese não ser um livro voltado à dogmática penal, inaugurou a visão crítica do autor à artificial criação de realidades que o discurso jurídico-penal costuma operar, desde a abertura axiológica do sistema neokantista, o que proporciona uma aparente legitimidade à violência real operada pelas agências de persecução penal, principalmente na América Latina (ZAFFARONI, 1989, p. 190-191). Nasce o *realismo marginal*, instrumental teórico a partir do qual o autor analisará e criticará o sistema punitivo a partir das margens do capitalismo global.

A crítica de Zaffaroni caminhou para a estrutura dogmática a partir da obra *La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica*, de 1989, em que descortina a patente deslegitimidade do discurso penal na América Latina, onde o poder de fato exercido pela operatividade das agências de persecução penal, precipuamente pela polícia nos sistemas penais subterrâneos, proporciona um verdadeiro “genocídio em marcha” de violências seletivas e penas arbitrárias que recebem mera aparência de validade pela dogmática tradicional. O autor, todavia, reconhece que o jurista não poderia abandonar a dogmática, pois esta seria o único instrumento racional de contenção do poder punitivo. Tal tensão seria mais bem ilustrada por sua famosa metáfora da guerra,

na qual a dogmática jurídico penal apareceria tal como o direito humanitário, incapaz de anular a belicosidade desumana da guerra, mas nem por isso dispensável considerando-se a inexistência de outros instrumentos de contenção (ZAFFARONI, 2005, p. 97-102).

Segundo a análise de Hamilton Ferraz (2018, p. 70), Zaffaroni manteve-se fiel ao referencial teórico do finalismo welzeliano, mas virou do avesso as estruturas lógico-reais (elemento fundamental da dogmática de Welzel): no lugar da ação final e do livre-arbítrio do homem, colocou o exercício real do poder punitivo exercido pelas agências penais, conforme evidenciado pela crítica criminológica, no centro de sua doutrina, propondo um novo modelo integrado de ciências criminais que se propusesse à contenção racional de tais violências.

Foi na obra *Em busca das penas perdidas*, de 1989, que Zaffaroni expôs sua mais ácida crítica à deslegitimação do sistema penal, repetindo a metáfora da guerra e reconhecendo expressamente a influência de Tobias Barreto. O autor argentino passa a admitir a completa irracionalidade da pena, por compreendê-la como uma manifestação de poder desprovido de idoneidade para a solução de conflitos ou construção de valores, coação psicológica de futuros delinquentes ou ressocialização de apenados, de forma que qualquer discurso da dogmática construído no sentido de legitimar a sanção penal desaguaria, impreterivelmente, em modelos de defesa social.

A esta reflexão Zaffaroni (2015, p. 25-27) acrescenta uma série de caracteres, dos quais a punição se reveste na realidade dos países da periferia global, que fulminam a verossimilhança dos discursos relegitimadores da pena dos quais citaremos 4: (1) a seletividade estrutural⁴⁰ do sistema que faz com que a punição sempre recaia sobre os mesmos tipos penais e sobre integrantes das

⁴⁰ Apesar dos quase 40 anos da obra de Zaffaroni, a seletividade estrutural do sistema penal brasileiro continua sendo uma de suas maiores e mais deslegitimantes características. Os relatórios publicados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais – SENAPPEN (2024) – demonstram que mais de 90% da população carcerária brasileira encontra-se cumprindo pena (nos 3 regimes prisionais) devido a 8 tipos penais, sendo o tráfico de drogas o delito responsável por mais um terço da população prisional. Se considerarmos que este fragmento é retirado de um universo de mais de 1700 normas incriminadoras e que, obviamente, boa parte destas são praticadas todos os dias, é fácil perceber o quão seletiva é a atuação dos órgãos persecutórios, o que revela, por sua vez, o caráter eminentemente político da sanção penal, uma vez que os instrumentos estatais são voltados a perseguição de alguns tipos em detrimento de todos os outros senão por escolha de seus dirigentes.

mesmas classes sociais, (2) a deficiência de critérios legais e doutrinários claros para a quantificação das penas, reinando-se patente arbitrariedade⁴¹, (3) a proliferação de tipificações penais com limites difusos ou critérios valorativos moralistas (problema este também detectado nos critérios dosimétricos) e (4) a aparente renúncia à própria legalidade por parte dos órgãos persecutórios, não apenas na tipificação de tipos abertos e de perigo presumido, mas principalmente na operacionalidade violenta dos agentes da persecução e nas condições desumanas (e por isso ilegais e inconstitucionais) às quais são submetidos os criminalizados⁴².

O conceito de pena passa a ser assim desenvolvido por Zaffaroni:

Pena é qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos demais ramos do direito (ZAFFARONI, 2015, p. 204).

Percebe-se, a partir dos aportes do professor argentino, a necessidade de criação de uma teoria da pena que prescindir de uma justificação para a sanção penal, mas que nem por isso renuncia à dogmática jurídica como ferramenta teórico para conter o poder punitivo e, na medida do possível e do necessário para sua redução, racionalizá-lo.

A partir de um momento de maior maturidade em sua obra, Zaffaroni (2002, p. 44-46) passa a sustentar uma nova teoria agnóstica ou negativa da pena. É agnóstica, pois parte do desconhecimento de qualquer função comprovada da pena, reconhecendo-a como uma *coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor que não repara nem restitui, nem tampouco*

⁴¹ Trata-se, indubitavelmente, do mote deste trabalho, que teve, no citado livro de Zaffaroni, sua maior fonte de inspiração perante o desconforto perante a realidade dos sistemas penais latino americanos.

⁴² Para notar o evidente desapego à legalidade e à constitucionalidade dos órgãos repressivos, conforme concluído pelo próprio Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, decisão em que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, basta ler o art. 88 da Lei de execuções penais (7.210/84) que estabelece, em uma norma material penal (por isso regida pelo princípio da legalidade estrita) que o cumprimento de pena em regime fechado deve se dar em cela individual.

detém lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. Tal conceito é, ainda, *negativo*, pois não se atribui qualquer função positiva possível à pena.

Nesta ordem de ideias, a atual teoria agnóstica enxerga na pena uma natureza política beligerante, incapaz de realizar suas funções declaradas. É, no entanto, um fenômeno inegável da realidade contemporânea e, bem por isso, é impossível prescindir do discurso jurídico para compreendê-la e contê-la. Para isso, a dogmática jurídico-penal é muito pouco, quase nada, mas é tudo o que temos. Zaffaroni (2002, p. 86) a concebe como um dique que contém progressivamente, a partir de progressivas comportas (teoria da norma, teoria do crime e, é claro, teoria da pena) as parcelas mais belicosas e irracionais do poder punitivo, mantendo, no que é possível, a estrutura do Estado de direito.

Após as valiosas contribuições de Zaffaroni, feitas admitidamente a partir das contribuições de Tobias Barreto, a teoria agnóstica da pena se desenvolveu nas últimas décadas na América Latina a partir de decisivos aportes de autores brasileiros.

Nilo Batista (2010, p. 62-63), no segundo volume da tradução e adaptação da obra de Zaffaroni, passa a validar as críticas exercidas pela teoria agnóstica aos tradicionais modelos fundadores da pena (teoria preventiva geral positiva oriunda dos sistemas funcionalistas alemães por exemplo) e postula que a dogmática jurídico-penal deve seguir uma teleologia redutora da possibilidade de exercício do poder punitivo que, por sua natureza política, tende a expandir-se ignorando ou atropelando os próprios limites legais.

Em importante texto, Nilo Batista (2011, p. 161-180) colabora ainda com a criação de um conceito agnóstico de culpabilidade: repudiando a proposta vigente desde o neokantismo de Frank, propõe a separação entre culpabilidade e reprovabilidade.⁴³

Mas foi Salo de Carvalho que construiu uma das mais coerentes e bem estruturadas leituras da teoria agnóstica. Em um primeiro momento, na obra *Penas e Garantias*, Salo de Carvalho (2008, p. 143-144) propõe uma improvável conciliação entre um modelo deslegitimante da pena de Zaffaroni (realismo marginal) e o garantismo ferrajoliano, afirmando que este último autor admite

⁴³ Trataremos da construção agnóstica da culpabilidade quando avaliarmos esta enquanto circunstância judicial.

que os discursos justificacionistas tendem a padecer de falhas ideológicas e metaéticas. Nesta aproximação, a existência de um sistema punitivo formal serviria de limitação à violência privada resultante da inexistência de pena, sendo necessária uma teoria normativa que estabelecesse os limites e condições de legitimidade da pena a fim de se minimizar a dor causada por esta.

Posteriormente, em seu *Antimanual de Criminologia*, Salo de Carvalho (2015, p. 259-269) iniciou um distanciamento das teorias defensivistas e passou a abraçar uma perspectiva negativa da sanção penal. O primeiro mérito original do autor foi encontrar, na Constituição brasileira, a fundamentação necessária para defender a compatibilidade da teoria agnóstica com nosso ordenamento jurídico. A constatação reside no fato de que, embora o texto constitucional não esteja alinhado com a perspectiva abolicionista, posto que existem diversos mandados constitucionais de criminalização⁴⁴, percebe-se uma perspectiva absenteísta acerca de nossos fundamentos punitivos. Em outras palavras, ao contrário de várias outras cartas constitucionais⁴⁵, a Constituição Federal brasileira expressa um silêncio eloquente quanto a *por que punir*, não havendo adoção de qualquer discurso legitimador da pena.

A Carta da República se expressa abundantemente, entretanto, a respeito de *como punir*, estabelecendo uma série de princípios penais limitadores do sistema punitivo, impondo a legalidade da criminalização, bem como a individualização, intranscendência, proporcionalidade e humanidade das penas criminais e respeito à integridade física e moral dos apenados.⁴⁶ Nas palavras de Salo de Carvalho:

A consequência do entrelaçamento entre a ausência do discurso legitimador e a determinação de critérios limitativos à

⁴⁴ Tais mandados Constitucionais de criminalização podem ser percebidos no art. 5º em diversos de seus incisos: XLI e XLII, ao pugnar pela punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais com ênfase ao racismo que passou a ser crime imprescritível; XLIII, ao tratar sobre a criação de uma Lei de crimes hediondos e da equiparação de tortura, tráfico e terrorismo a estes; XLIV, que afixa imprescritibilidade aos crimes de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático são os exemplos mais comuns que demonstram o afastamento entre nossa Constituição Federal e o ideal abolicionista.

⁴⁵ Salo de Carvalho (2015, p. 259-260) esclarece que a Constituição espanhola adota de forma expressa a reeducação e reinserção social como fundamento da pena no art. 25, § 2º, enquanto na Itália existe previsão constitucional para a reeducação do condenado no art. 27.

⁴⁶ Todos os princípios constates no art. 5º, Incisos XXXIX, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX da Constituição Federal.

interpretação, aplicação e execução é a projeção de *política punitiva de redução de danos*. (...)

A cadeia principiológica definida pela Constituição, ao optar pela exclusiva fixação de limites à forma (meios), supera as finalidades históricas das penas, concebendo a política criminal ciente dos danos causados. Outrossim, reconhece a tendência natural do poder punitivo em extravasar os limites da legalidade, preocupando-se, essencialmente, em reduzir ao máximo as hipóteses de transbordamento punitivo. Não por outro motivo se pode verificar na Constituição perspectiva agnóstica (CARVALHO, 2015, p. 261).

Nesta ordem de ideias, ao se limitar pela colocação de barreiras e condicionantes ao poder punitivo sem adotar qualquer teoria fundamentadora, a Constituição Federal torna-se compatível com a perspectiva negativa da pena e, perante a falência empírica ou patente ilegitimidade das tradicionais teorias fundamentadoras, restaria, aos operadores do direito, a missão constitucional de reduzir os danos do poder punitivo cuja beligerância é reconhecida por múltiplas passagens constitucionais.

Foi, todavia, em sua obra *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro (2015)* que Salo de Carvalho elaborou sua mais acabada contribuição para a teoria agnóstica da pena.

Após rechaçar todos os modelos penológicos que atribuem alguma virtude civilizatória à sanção penal, com fundamento na doutrina de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, Salo de Carvalho (2015, p. 151-153) estrutura os 4 pressupostos da perspectiva agnóstica da pena: **(1) a sanção penal possui fundamento político**. Desnaturalizando-se o suposto nexos causal entre crime e castigo e refutando-se os tradicionais fundamentos jurídicos ilegítimos ou falaciosos, a pena é transferida para o âmbito da política, e denotada como exercício de violência institucional. Rechaça-se, desta forma, o suposto *direito* de punir do Estado, que pressupõe a apoliticidade da pena, subsistindo apenas o *poder* de punir. **(2) A sanção penal exerce uma função de controle social**, verdadeira concretização da ingerência violenta do Estado sob seus próprios cidadãos, análoga ao uso das armas de guerra para combater ameaças externas. **(3) A pena, na qualidade de instrumento da política, é um fenômeno incancelável nas sociedades atuais**. O autor salienta que as críticas impostas pelos movimentos abolicionistas são preciosas para a compreensão da beligerância do poder punitivo, porém, é ingênuo e até ilógico

pensar que a pena, enquanto fenômeno da realidade, tende ao desaparecimento nas sociedades contemporâneas. Muito pelo contrário, conforme já demonstraram muitos autores, por todos citamos Jesus Maria Silva Sanchez (2011), o sistema punitivo nas sociedades pós-industriais tendem a uma constante e pouco racional expansão.⁴⁷ Por último, **(4) a sanção criminal, por ser um ato político de coação e fenômeno da realidade que tende irracionalmente à expansão, necessita ter sua pulsão mais violenta contida por uma teleologia jurídica redutora.** Este é o mais importante papel da dogmática jurídica perante a natureza da pena.

A partir destas premissas, é urgente que a técnica jurídica seja orientada para a redução, realista e estruturada, do sofrimento humano produzido pela inerente irracionalidade da pena em seu caráter beligerante expansivo. Nesta toada, Salo de Carvalho (2015, p. 153) afirma que a teoria agnóstica ou negativa não é uma teoria da pena, mas um “modelo dogmático crítico que objetiva, por meio da manipulação virtuosa das ferramentas jurídicas pelos atores do sistema penal, restringir a potência punitiva”.

Finalmente, a teoria agnóstica foi também desenvolvida por Rodrigo Duque Estrada Roig (2015, p. 45-47) que, a partir dos aportes de Zaffaroni e Nilo Batista e reconhecendo a concepção inicial de Tobias Barreto, reflete sobre a teoria negativa da pena a partir da dicotomia entre os modelos ideais de Estado de polícia e Estado de direito. No primeiro, as diretrizes normativas são decididas unilateralmente por uma classe dominante e o poder é exercido de forma arbitrária, vertical e paternalista pelo Estado. No segundo, as diretrizes são fixadas pela própria sociedade e o poder é exercido de forma horizontal, democrática e através de uma justiça procedimental que afete o mínimo possível a esfera individual de cada cidadão. A teoria agnóstica da pena revela que as funções declaradas da sanção penal são, na realidade, discursos legitimantes do Estado de polícia (ao qual o sistema punitivo irracionalmente tende), empiricamente falsas e/ou carentes de legitimidade constitucional. Assim, a

⁴⁷ Dentre as várias razões trabalhadas por Silva Sanchez (2011) para a expansão do direito penal ao longo do século XX e XXI estão: a criação de novos bens jurídicos a partir da mudança das funções do Estado perante a sociedade; a eclosão de novos interesses sociais (tais como a proteção do meio ambiente); a institucionalização da insegurança social na sociedade do risco através do sistema punitivo; o aumento da sensação difusa de insegurança; a ineficácia de outros métodos formais de satisfação de riscos sociais na percepção pública; o surgimento da esquerda punitiva e do direito penal simbólico.

perspectiva negativa atribui ao direito penal, entendido como dogmática jurídica, a função de “conter a ação do poder punitivo do Estado de polícia em prol do fortalecimento das bases de um Estado de direito”.

A partir destas constatações, Rodrigo Roig (2015, p. 47-48) declaradamente adota a teoria agnóstica, acrescida do arsenal da teoria materialista/dialética da pena, e assume o compromisso de tecer uma crítica principiológica aos métodos, critérios e limites para aplicação da pena no direito brasileiro.

Finalmente, a reconstrução histórica não seria completa sem a análise das críticas doutrinárias à teoria agnóstica. Uma das mais aguçadas foi composta por Luís Greco:

Talvez o filósofo possa dar-se ao luxo de afirmar a ilegitimidade da pena. O jurista que adote esta posição cai forçosamente em um dilema entre a ingenuidade da abstração e o incômodo frente ao concreto. Ele permanece nessa ingenuidade se restringe seu olhar à pena como instituição, sem perguntar-se por qualquer caso individual (ou apenas por casos escolhidos a dedo e que, por isso, não incomodam). Ao enfrentar-se, por exemplo, com problemas concretos – o torturador de um regime ditatorial, o violador pedófilo que arruinou várias vidas – ou o jurista se contradiz e aceita que, neste casos, excepcionalmente menos pena não é pior, ou então se cala (GRECO, 2000, p. 4).

A crítica de Greco não é diretamente dirigida à teoria agnóstica e bem por isso parece adequada apenas às perspectivas abolicionistas e somente perante os mais gravosos desvios criminais, no sentido de que a contenção da violência extrema é impraticável sem uma pena privativa de liberdade formalmente cominada e proporcionalmente aplicada.

Com efeito, não discordamos: não é crível que formas alternativas de composição possam ser estruturadas e satisfatoriamente executadas em nosso atual nível civilizacional em delitos significativamente violentos. Não pretendemos defender com esta afirmação que, ainda que nestes casos extremos, a pena criminal se mostra legítima ou adequada para apaziguar o conflito social, pois, fosse este o caso, as teorias fundamentadoras por nós analisadas no capítulo 3 assim teriam feito-nos concluir. É de se admitir, porém, que a violência institucional, enquanto poder político beligerante que tende à expansão, seria a solução provavelmente esperada pelos envolvidos na situação

problemática e desejada pela opinião pública e, ainda que não produza qualquer efeito positivo ou apaziguador, a ausência de uma resposta institucional poderia abrir espaço para a vingança privada e uma dinâmica ascendente de violência. Porém, conforme afirma Hamilton Gonçalves Ferraz (2018, p. 88), o “estuprador que arruinou vidas, o latrocida e todo e qualquer tipo ideal de desviante extremo terminam punidos (de uma forma ou de outra)” o que não nos indica muito sobre a consistência da teoria fundamentadora reivindicada nesta ou naquela punição.

Os argumentos de Greco, embora constituam um repúdio pragmático do abolicionismo penal, não agregam qualquer justificativa à pena e não conseguem reforçar ou corrigir os múltiplos problemas das tradicionais teorias justificadoras (retributivas ou preventivas). Outrossim, não precluem a postura jurídica redutora de danos resultante da constatação da ausência de efeitos positivos legítimos e/ou empiricamente verificáveis oriundos da sanção penal.

Paulo César Busato (2018, p. 805) tece críticas semelhantes, acusando a deslegitimação operada pela teoria agnóstica e possível guinada rumo ao abolicionismo penal de temeridades pouco realistas no mundo contemporâneo. O autor, contudo, não necessariamente discorda das principais críticas construídas pela criminologia crítica aos discursos tradicionais de fundamentação da pena, de forma que os mesmos argumentos tecidos acerca das palavras de Greco também se aplicam a Busato: nenhuma das críticas afasta a possibilidade de construção de um modelo redutor da danos baseada na perspectiva negativa da pena.

4.2 A teleologia redutora a partir do modelo agnóstico.

Compreendida a forma como a perspectiva agnóstica não se propõe a ser mais uma teoria fundamentadora da pena, mas uma desconstrução lógica, empírica, principiológica e constitucional das funções tradicionais declaradas da sanção penal, é necessário compreender em que medida o modelo agnóstico pode contribuir para a criação de uma dogmática de redução e racionalização do poder punitivo.

Hamilton Gonçalves Ferraz (2018, p. 88-89) afirma que a teoria agnóstica proporciona ao direito penal possibilidades externas e internas. As primeiras se referem ao fomento de modelos alternativos de resolução de conflitos, seja a

partir do desenvolvimento de uma justiça restaurativa e toda a aproximação entre ofensor e vítima que esta preconiza para uma resolução horizontal e negociada das situações problemáticas (em detrimento da solução vertical, violenta e institucionalizada do direito penal que sequestra para si o conflito da vítima), bem como da criação de um direito administrativo sancionador que absorvesse parte das demandas hoje tuteladas pelo direito penal sem ostentar as mesmas sanções em termos de gravidade.

Todavia, para abordar os problemas enfrentados neste trabalho, são mais interessantes as possibilidades internas propostas pelo autor. A concepção agnóstica, de início, ao aproximar a sanção criminal de outras sanções aflitivas, como as medidas socioeducativas e medidas de segurança, pode incentivar a construção de modelos dogmáticos redutores para inimputáveis. No contexto propriamente jurídico, além de óbvios efeitos que a postura agnóstica pode exercer sobre a execução penal⁴⁸ e sobre o direito processual penal, Hamilton Gonçalves Ferraz (2018, p. 89) afirma que, quanto ao direito penal propriamente dito, ao assumir a postura agnóstica, o penalista pode desenvolver duas respostas para a pergunta: *é possível aceitar punição excepcional sem legitimar a pena?*

A primeira resposta é uma **versão forte ou radical da proposta agnóstica** que, ao visualizar a pena como um fenômeno puro da política que se consubstancia em nada além de dor inutilmente imposta, possui como única alternativa o abolicionismo em sua proposição imediata e radical ou mediante um minimalismo que, ao contrário das prescrições utilitaristas de Ferrajoli, pretende diminuir a potência do sistema punitivo até matá-lo por inanição. Esta visão, mais negativa do que agnóstica, reputa o direito penal como pouco mais do que um saber funcional à manutenção do poder punitivo e não concede qualquer legitimidade que seja à pena.

A posição acima não parece adequada por dois motivos. (1) A pretensão de inocular ou abolir o sistema punitivo a partir de uma deslegitimação jurídica da pena parece contraditória à conclusão, defendida por vários dos autores já analisados, que a pena é um poder político beligerante incancelável nas

⁴⁸ Poder-se-ia propor um rigoroso controle judicial, desprovido de qualquer proposta correccional ou utilitarista, sobre os sofrimentos impostos aos apenados. Algo que é feito por Rodrigo Duque Estrada Roig (2015) em obra destinada a este fim.

sociedades contemporâneas, de forma que a pretensão absolutamente deslegitimadora parece utópica, ingênua e, em última análise contraproducente aos interesses dos próprios criminalizados. O que nos leva à segunda razão (2) esta postura é inócua à produção de qualquer dogmática de contenção que não pretenda a completa neutralização do poder punitivo e, por isso, não tem nada a dizer quanto à resolução de nosso problema de pesquisa.

A segunda resposta apresentada por Halmilton Ferraz (2018, p. 89-90) é **uma versão fraca ou moderada da agnose**, que, embora ainda critique o sistema penal, desloca a ilegitimidade deste para a vinculação necessária entre pena e delito, revelando a artificialidade desta relação de causa e efeito (a partir da falsidade das teorias fundamentadoras) sem repudiar a existência da pena enquanto fenômeno político inevitável. Passa-se, neste cenário, a condicionar a pena a um ônus argumentativo de racionalidade constitucional, desprovido de argumentos utilitaristas ou eticizantes, no qual admite-se que a pena, limitada em sua quantidade e qualidade por princípios e garantias constitucionalmente inscritas, reforça os mais importantes bens jurídicos constitucionais (o que demanda uma análise de proporcionalidade para com o valor e o interesse violado), embora não se possa provar que sua aplicação serve empiricamente para proteger tais bens. Nas palavras do autor:

Por sua natureza violenta e, tendo-se em vista a irrealização ou, no mínimo, a contestação criminológica substancial a todas as funções comumente atribuídas à pena, trata-se de um instrumento de uso, em princípio, negado, mas cujo manejo não é, de pronto, interdito (o que não implica em qualquer louvor ou aclamação à punição penal). A resposta “talvez punir” não condiciona discussões e respostas relativas a “como punir”, e, assim, propostas punitivas podem desfrutar de alguma legitimidade, desde que baseadas em forte ônus argumentativo – no caso, por parte do Direito Penal, apenas a legitimidade do bem afetado pela conduta ofensiva e a constatação de ineficácia de outra forma de controle social desta afetação (FERRAZ, 2018, p. 89).

Mais ao final de sua obra, o autor arremata:

É permitida (ou mesmo impositiva) ao Direito Penal a afirmação política de *condições jurídicas de possibilidade* ao exercício do poder punitivo. Distinguir quais criminalizações podem ser legítimas ou não e quais punições podem ser adequadas a essas criminalizações é um controle dogmático fundamental

que, ainda que rarefeito e, de certa maneira conformista (por decepcionar mentes mais sonhadoras e libertárias), pode contribuir a minimizar, de alguma forma, ao nível concreto e real, o sofrimento e as angústias daqueles e daquelas para quem nossas contradições sociais, políticas e econômicas (ainda inviabilizam a construção de um outro mundo, menos violento, mais livre, mais solidário, mais igual e mais generoso (FERRAZ, 2018, p. 93).

Reputamos a agnose fraca ou moderada como sendo a mais adequada para a construção de um sistema compreensivo e que se aproxima da validade constitucional para a dosimetria da pena. Parece-nos que a defesa de uma ilegitimidade absoluta da pena é falsa, uma vez que o texto constitucional recorre abundantemente a mandados de criminalização, e é contraproducente, pois não permite a criação de qualquer estrutura de contenção que não vise à extinção do sistema, o que não é crível do ponto de vista prático e cultural, tendo em vista o populismo penal contemporâneo e o direito penal simbólico cada vez mais utilizado por grupos de ambos os espectros políticos.⁴⁹

Esta tomada de posição, embora possa ser por alguns considerada por demais conciliatória, resignada ou complacente com as desumanidades da pena, não resulta na relegitimação da pena ou na redenção de uma de suas teorias fundamentadoras. Pelo contrário: a postura agnóstica pressupõe a falsidade ou ilegitimidade dos modelos de fundamentação da sanção penal em um contexto no qual esta existe (e continuará a existir) enquanto poder político beligerante, resultando na urgência da criação de um modelo redutor a partir de uma crítica constitucional ao estado da arte da dosimetria na jurisprudência. Trata-se de perspectiva perfeitamente consentânea com os mandamentos constitucionais, tendo em vista que, conforme já constatamos, a Constituição Federal brasileira não adota explicitamente qualquer fundamento para a pena criminal.

Zaffaroni (2007, p. 184), em seu livro: O inimigo no direito penal, quando trata da esperada resposta penal no combate ao terrorismo, recorre ao que chama de **lógica do quitandeiro**: “se uma pessoa vai a uma quitanda e pede um antibiótico, o quitandeiro lhe dirá para ir à farmácia, porque ele só vende verduras”. A didática alegoria é muito adequada ao direito penal antiterrorista,

⁴⁹ Maria Lucia Karan (2021) explica como, nas últimas décadas, parte da esquerda abandonou a crítica ao direito penal para encambar a punição como instrumento de alavancagem de pautas sociais.

uma vez que o endurecimento das leis penais visando um combate a um fenômeno centenário tomado recentemente pelo populismo penal⁵⁰ é um fenômeno que se apega a ilusão eficientista que ecoa as falaciosas fundamentações da pena. Entretanto, se a resposta do sábio e pacato quitandeiro for utilizada para toda e qualquer questão criminal, será muito fácil simplesmente ignorar seu prudente aviso perante os persuasivos brados de guerra que clamam por punição. Hamilton Ferraz (2018, p. 92-93) sugere uma metáfora diferente: ao lado do quitandeiro, precisamos de um **diplomata**. Diplomatas não declaram as guerras e nem questionam sua função ou utilidade, porém, cientes do sofrimento que estas trazem podem argumentar e ativamente arquitetar pactos e acordos que visam mitigar seus danos.

Finalmente atacando o problema de pesquisa a partir das premissas aqui expostas, a fim de construir um **modelo dogmático-penal redutor de danos** na dosimetria da pena-base a partir da **teoria agnóstica da pena**, propomos um arcabouço em três eixos integrados.

(1) Taxatividade e interpretação restritiva das normas referentes à dosimetria da pena: retomando as ponderações acerca das irradiações do princípio da legalidade sobre a dosimetria, que expusemos no capítulo 2 enquanto abordávamos o problema de pesquisa, entendemos que as circunstâncias judiciais são elementos normativos vinculados indiretamente aos tipos penais e, por isso, os mesmos rigores do princípio da taxatividade (corolário da legalidade) aplicáveis às normas incriminadoras são atribuíveis aos institutos do art. 59 do Código Penal.

Nessa linha argumentativa, são valiosos os aportes de Ana Elisa Bechara (2018, p. 229) no sentido de que os elementos normativos do tipo dependem de um juízo de valor cuja abertura semântica só pode ser preenchida com uma interpretação teleológica atenta às funções constitucionais do próprio direito penal. Quanto a estas, entretanto, já evidenciamos que o texto da Constituição não adota qualquer teoria de fundamentação ou finalidade para a pena criminal e, embora não abrace uma postura abolicionista, adota declaradamente diversos princípios e garantias que limitam a qualidade, intensidade e quantidade de

⁵⁰ Expusemos a evolução da encampação do antiterrorismo pelo Direito Penal no livro *Direito Penal Antiterrorista Brasileiro* de nossa autoria.

punição que o Estado pode legitimamente impor. Desta feita, o comando constitucional é perfeitamente compatível com a teoria agnóstica da pena e com a proposta dela resultante de criação de um sistema redutor dos danos oriundos do sistema penal e sua natureza político-beligerante.

O comando teleológico do art. 59 do Código Penal merece, conseqüentemente, uma interpretação conforme a Constituição, uma vez que a retribuição e prevenção não são finalidades recepcionadas pela Constituição ou empiricamente factíveis conforme os aportes da criminologia crítica.⁵¹

Enfim, impõe-se a taxatividade das circunstâncias judiciais (que, frise-se não podem ser livremente denotadas a partir de arbítrio judicial) e o sentido dado a cada uma delas, perante a falsidade e/ou ilegitimidade das funções declaradas da pena e a interpretação teleológica das garantias constitucionais-penais deve priorizar a racional redução de danos do sistema penal em consonância com os princípios constitucionais.

(2) Reformulação das circunstâncias judiciais (art. 59 CP) em chave redutora: a avaliação dos erros e acertos da jurisprudência nacional (a partir do relatório GT/CNJ) será o ponto de partida para a reconstrução da janela de sentidos possíveis para os elementos normativos que orientam a dosimetria da pena-base respeitando-se a taxatividade, lesividade, culpabilidade, *ne bis in idem* e secularização exigidos pela principiologia constitucional.

Nesta reconstrução, deve-se priorizar o desapego a qualquer pretensão moralista, eticizante ou preventiva, permitindo-se que a punição seja exacerbada apenas quando não extrapola um obstáculo constitucional e quando a pena reforça ou valida um valor constitucional fundamental sem que isso valide alguma das fundamentações clássicas da pena.

Não se quer aqui defender a prevenção geral positiva (aos moldes de Winfried Hassemer) no sentido de que a pena reforça valores ético-sociais encampados pelas normas incriminadoras e demarca os limites da punição. Conforme dissemos no capítulo 3, se é certo que as descobertas empenhadas pelo interacionismo simbólico e aprofundadas pela criminologia crítica evidenciaram o caráter criminógeno das cerimônias degradantes inerentes à prisionização e a seletividade estrutural do sistema penal, resta impossível (ou

⁵¹ Conforme desenvolvemos no capítulo 3.

ao menos contraditório) que a integração social ou a fidelidade ao direito seja obtida através da punição criminal.

Todavia, no espírito da agnose que se desenvolveu ao longo deste capítulo, é necessário conceder que a exacerbação da pena somente pode se dar quando desprovida de decisionismos, moralismos e violações arbitrárias dos princípios constitucionais, restando reputar como aceitável a reafirmação de valores constitucionais essenciais. Esclareceremos o que estes significam no contexto do estudo de cada uma das circunstâncias judiciais.

(3) Incorporação de um fator de redução de danos na fórmula de cálculo da pena-base: é necessário, por fim, criar critérios balizadores para a determinação do quantum de pena na primeira etapa dosimétrica. De nada valerá denotar validamente cada uma das circunstâncias judiciais, se o cálculo da pena não se atrelar a nenhuma medida de proporcionalidade que seja verificável e previsível.

Exposto o referencial teórico com o qual avaliamos, por um prisma teleológico, o problema da pena-base e tomada a posição tangente à pragmática postura da agnose fraca ou moderada, devemos, agora, nos dedicar a desvendar (ou conceber) um critério de aplicação da pena-base que seja condizente com um **modelo dogmático-penal redutor de danos**.

5. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA PENA COMPATÍVEIS COM UM MODELO DOGMÁTICO-PENAL REDUTOR DE DANOS

A dogmática penal contemporânea desenvolveu diversos critérios de aplicação da pena que pretendem aproximar a dosimetria dos princípios da culpabilidade, proporcionalidade e individualização da sanção penal.

O relatório do CNJ (2022, p. 14-30), que utilizamos como base empírica deste trabalho, demonstra que a jurisprudência brasileira não adota de forma precípua ou generalizada qualquer critério rígido para a dosimetria da pena-base, embora haja certa inclinação para a teoria do espaço livre (que desenvolveremos a seguir). Esta lacuna metodológica é sintomática do vazio de cientificidade em que a aplicação da pena se encontra na práxis jurídica brasileira.

Não é demais lembrar que o art. 59 do Código Penal comanda o juiz a valorar as 8 circunstâncias judiciais e, dentre outras consequências jurídicas, deve o magistrado aplicar a pena-base, dentro das balizas legais do preceito secundário do tipo, conforme esta valoração. A forma pela qual tal expediente interfere no cálculo da pena não é claramente delineado pela lei.

O modelo dominante na jurisprudência, segundo o diagnóstico empírico apresentado, revela um padrão majoritariamente intuitivo, que, embora formalmente compatível com o método trifásico consagrado pela jurisprudência da Suprema Corte e pelo art. 68 do Código Penal, padece de acentuada assimetria na justificação dos quantitativos atribuídos.

A jurisprudência nacional parte da premissa de que o juiz possui discricionariedade técnica para fixar a pena-base acima do mínimo legal quando presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, bastando para tanto a indicação de elementos concretos extraídos dos autos (CNJ, 2022, p. 36). No entanto, o relatório demonstra que, em lugar de critérios objetivos e uniformes, a prática forense tem consagrado uma arquitetura fragmentada de valoração, na qual cada magistrado determina, em frações diversas e por vezes arbitrárias, o montante de elevação ou redução da pena em função de cada vetor judicial, com ampla margem para variação vertical entre os tribunais.

A título ilustrativo, aponta-se que alguns julgadores elevam a pena em frações fixas — por exemplo, $1/8$ ou $1/6$ da diferença entre o mínimo e o máximo da pena cominada — para cada circunstância desfavorável, enquanto outros preferem definir percentuais mais elevados em caso de vetores “mais graves”, sem, contudo, estabelecer um critério verificável de gradação da gravidade (CNJ, 2022, p. 40). Essa pluralidade de métodos, ainda que sob o signo da individualização judicial da sanção, gera profunda disparidade punitiva entre casos materialmente semelhantes.

Observa-se também que, embora a jurisprudência do STJ tenha reiteradamente exigido fundamentação individualizada de cada circunstância judicial valorada negativamente, tal exigência é frequentemente reduzida a fórmulas genéricas e a trechos padronizados, em que se afirma a “gravidade concreta do delito” ou a “reprovabilidade acentuada da conduta” como justificativas autossuficientes para incremento da pena-base (CNJ, 2022, p. 45). Há, ainda, práticas recorrentes de valoração conjunta de vetores, com majoração

global da pena sem discriminação precisa de quanto cada vetor contribuiu para a exasperação.

O relatório revela, enfim, que o cálculo da pena-base no Brasil é operado com base em uma combinação de critérios parciais, interpretações flexíveis e fórmulas ad hoc, mais influenciadas pelo estilo de escrita do julgador e pela cultura institucional do tribunal do que por uma matriz racional comum ou por parâmetros afinados com a dogmática jurídica. Tal moldura é ainda mais complacente no que diz respeito ao sentido de valoração de cada circunstância judicial, ora se apegando a um direito penal do autor que tenta desvendar o quão perversa é a psique do réu, ora cedendo a opiniões pessoais do julgador acerca do que é eticamente censurável na sociedade contemporânea. Trata-se de uma prática que, embora formalmente assentada nos preceitos da individualização da pena e da discricionariedade vinculada, acaba por conferir ao julgador uma margem decisória amplíssima, o que o relatório não deixa de reconhecer como um ponto de tensão com os ideais constitucionais de proporcionalidade, isonomia e previsibilidade judicial (CNJ, 2022, p. 49).

Conforme já desenvolvemos no capítulo 2, este estado da arte é mais ofensivo, todavia, ao próprio princípio da legalidade, em seu corolário **taxatividade** e, no que tange à denotação das circunstâncias judiciais (que enxergamos como o maior dos atuais problemas na dosimetria da pena brasileira), a questão poderia ser contornada a partir de uma interpretação teleológica dos elementos normativos que compõem o art. 59 do Código Penal. Contudo, as tradicionais finalidades da pena contempladas neste mesmo artigo são anacrônicas, inconstitucionais ou empiricamente falaciosas, conforme desenvolvemos no capítulo 3.

O propósito redutor de danos estabelecido pela teoria agnóstica da pena, que analisamos no capítulo 4, é perfeitamente compatível com as normas da Constituição Federal brasileira, que não adota expressamente qualquer finalidade da pena, de forma que os elementos do art. 59 do Código Penal podem ser interpretados conforme a Constituição, a fim de se estabelecer um critério dogmático-redutor afinado com um modelo agnóstico fraco/relativo e compatível com os supracitados princípios constitucionais. Analisaremos, agora, com este objetivo, os tradicionais e modernos critérios de aplicação da pena.

5.1 Os modernos modelos teóricos de aplicação da pena

Adriano Teixeira (2015, p. 35), em sua tese de doutoramento, resume com precisão as teorias de aplicação da pena criadas pela dogmática penal romano-germânica a partir da segunda metade do século XX. Os quatro principais modelos normativos são: (1) a teoria do espaço livre, (2) a teoria dos níveis, (3) a teoria da retribuição da culpabilidade e (4) a teoria da proporcionalidade pelo fato. Analisemos cada uma.

A teoria do espaço livre, também chamada de teoria do espaço de jogo (*Spielraumtheorie*) ou teoria da margem de liberdade originou-se, segundo Adriano Teixeira (2015, p. 37-39), ainda no século XIX a partir dos trabalhos de Albert Berner que a criou, com base em uma perspectiva retributiva e preventiva da pena, um modelo que, em meados do século XX, passou a ser majoritário na jurisprudência alemã. A teoria parte da presunção de que é impossível definir de forma precisa um *quantum* de pena que seja exatamente adequado à gravidade do delito ou ao grau de culpabilidade, de forma que a lei concede ao juiz um espaço livre para que este estabeleça uma margem de culpabilidade, que deve ser mais estreita do que as balizas mínimas e máximas do tipo penal. Dentro desta margem, qualquer pena estaria adequada à culpabilidade, contanto que o juiz fundamente a aplicação em necessidades preventivas.

Adriano Teixeira (2015, p. 39) exemplifica didaticamente: caso o tipo penal comine pena de 4 a 12 anos, o juiz, por critérios retributivos, poderia estabelecer que a pena adequada à culpabilidade fica entre 8 e 10 anos. Assim, 8 anos já é adequada à culpabilidade e 10 anos ainda é pena adequada à culpabilidade. A escolha entre estas duas balizas atenderá à necessidade de prevenção geral ou especial.

Rodrigo Roig (2015, p. 35) esclarece que este modelo tende a ser dominante na doutrina atual, mas é criticável por três principais razões: (1) a margem de culpabilidade não é definida segundo conceitos bem determinados de culpabilidade, o que acaba abrindo brecha para adoção de um direito penal do autor ou de critérios subjetivistas e moralistas por parte dos juízes na tentativa de encontrar um intervalo de pena justa. Esta realidade acaba levando (2) a disparidades significativas entre sentenças penais de contextos praticamente idênticos, o que viola o princípio da proporcionalidade. Ademais, (3) a pena final

é definida por critérios de prevenção geral e especial, de forma que todas as críticas por nós desenvolvidas a estas teorias fundamentadoras da pena no capítulo 3 são aplicáveis, mormente o fato de que não há critério metodológico claro para se estabelecer um *quantum* de pena apta a prevenir delitos futuros, seja porque existem poucas evidências criminológicas de que o peso da pena contribui para a diminuição do número de crimes ou que a neutralização é improvável (senão impossível) na era da informação.

A primeira das críticas acima é reiterada por Tatiana Stoco (2018, p. 25) em sua tese de doutoramento, cujo objetivo de pesquisa foi delimitar o papel da culpabilidade na medida da pena, quando afirma que, na teoria do espaço livre, a valoração da pena adequada à culpabilidade acaba por depender impreterivelmente de critérios subjetivos impassíveis de serem contestados. Da mesma forma, se obtém uma delimitação muito imprecisa do que seja uma pena adequada à medida de culpabilidade quando se sobrepõe fatores preventivos às circunstâncias ligadas à subjetividade do réu, o que acaba sendo o produto dosimétrico de tal teoria: uma pena “sentida” pelo juiz como adequada, mas com baixíssimo grau de cientificidade e previsibilidade.

Na Alemanha, Tatjana Hörnle (1999, p. 17-27) apresenta uma crítica abrangente à **Spielraumtheorie** (teoria do espaço livre) no contexto da dosimetria da pena, destacando suas inconsistências teóricas e falhas práticas. A autora argumenta que, embora predominante na doutrina e prática alemãs, a teoria é inútil como teoria para a determinação taxativa da pena e que uma **reorientação fundamental é necessária**, pois tal modelo **mais obscurece do que resolve problemas centrais** acerca da dosimetria. Em suma, a autora apresenta como problemas da teoria do espaço livre: a vaguidade e indefinição do “quadro de pena segundo a culpabilidade” (Schuldrahmen), as dificuldades de se traduzir as necessidades preventivas em uma quantidade adequada de pena considerando-se as condições reais de trabalho da prática judicial, pois exigiria a análise de informações criminológicas complexas e a realização de prognósticos individuais que são demasiado morosos e inviáveis para serem feitos rotineiramente. A autora conclui que as citadas questões proporcionam empobrecimento científico e desigualdade nas sentenças penais.

Parece-nos que o atual sistema dosimétrico brasileiro da pena-base se aproxima da teoria do espaço livre: a valoração de cada uma das circunstâncias

judiciais encampa a pretensão de encontrar a pena na medida da culpabilidade conforme a escala do tipo penal, e o juiz deve, neste mister, se orientar pelos propósitos retributivos e preventivos. Porém, como demonstramos no início deste capítulo, a operacionalidade da jurisprudência brasileira se afasta de qualquer teoria coerente, apresentando uma dosimetria subjetivista e precipuamente intuitiva, tanto nos critérios quantitativos quanto na semântica das circunstâncias judiciais. A práxis nacional apresenta, contudo, todos os problemas atribuídos à teoria do espaço livre, os quais consideramos insuperáveis no paradigma da teoria e incompatíveis com a finalidade redutora constitucional.

A **teoria dos níveis** (*Stellenwerttheorie*)⁵², segundo Tatiana Stoco (2018, p. 77-79) foi originalmente criada por Henkel, porém adotada e desenvolvida por Horn e Schöch e apregoa que as espécies de sanção penal são orientadas por finalidades distintas, de forma que servir como reação ao delito é a única finalidade geral da pena. Nesta ordem de ideias, a quantificação da pena seria estabelecida apenas pela compensação da culpabilidade, devendo depender, pois, da medida do injusto culpável. A prevenção não possuiria qualquer papel em estabelecer o *quantum* da pena, mas somente no momento de escolha de sua modalidade, substituição ou suspensão.

Adriano Teixeira (2015, p. 52-53), com precisão, adapta os ditames da teoria para o direito positivo nacional: na sentença penal condenatória, a espécie de pena (quando o tipo penal comina sanções alternativas a escolha do juiz conforme art. 59, I do CP) deve ser determinada por considerações de prevenção. Na dosimetria propriamente dita, nenhum fundamento preventivo poderia ser ventilado: apenas a gravidade do delito, proveniente do injusto culpável, seria levada em consideração na quantificação da pena em todo o critério trifásico (art. 68 do CP), ou seja, pena-base, pena intermediária e pena definitiva. Finalmente, o juízo do magistrado seria novamente formado pela finalidade preventiva na fixação do regime inicial (art. 59, III e 33 do CP), na substituição da pena privativa de liberdade e por restritiva de direito (art. 59, IV

⁵² Adriano Teixeira (2015, p. 53) expõe as dificuldades de tradução de *Stellenwerttheorie*. Diversas foram as propostas: teoria do valor posicional, teoria do valor concreto, teoria do valor relativo, teoria do valor de emprego. O nome quer expressar que em cada nível de aplicação da sanção os fins da pena possui uma importância diferente.

e 44 do CP), no Sursis da pena (art. 77 do CP) e em institutos despenalizadores como a transação penal e suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89 da Lei 9099/95).

Apesar de reconhecermos as virtudes da teoria dos níveis, várias são as críticas devidas. Começemos por estas.

Rodrigo Roig (2015, p. 38) afirma que a teoria não possui significativo prestígio na doutrina por ser contraditória ao estabelecer, sem fundamento plausível, que a prevenção não possui lugar na quantificação da pena, mas é critério exclusivo na determinação de sua espécie. Ademais, o autor critica, e neste ponto é ecoado por Tatiana Stoco (2018, p. 80), que a ancoragem retributiva da quantificação da pena acaba produzindo uma “absolutização” do pensamento retributivo” o que parece ser antitético à missão de preservação de bens jurídicos.

Na doutrina alemã, Claus Roxin (1997, p. 55) afirma que, além da proteção de bens jurídicos, é desejável que a pena seja balizada por considerações de prevenção especial com a finalidade de se interromper a dessocialização do condenado.

Por fim, Adriano Teixeira (2015, p. 55) acrescenta que o uso de critérios meramente preventivos nos vetores dos institutos penais posteriores à quantificação da pena (como a substituição ou suspensão da pena) poderia levar a uma subjetivização dos requisitos legais a estes, o que produziria inafastável direito penal do fato, uma vez que os substitutos penais seriam avaliados a partir de prognósticos de periculosidade.

Entendemos que o mérito da teoria dos níveis está em reconhecer que é inadequado (senão contraproducente) fundamentar a quantificação da pena na prevenção do delito, pois, como já argumentamos à exaustão no capítulo 2, a ausência de critérios metodológicos e fundamento estatístico e criminológico produz inevitáveis juízos moralistas e subjetivistas que desaguam na absoluta imprevisibilidade judicial e/ou em um direito penal do autor. Contudo, compartilhamos da crítica quanto aos fundamentos preventivos da determinação da espécie de pena e dos demais institutos pertinentes à sanção penal, que padeceriam de todos os problemas acima. Ademais, a ancoragem da dosimetria em fundamentos estritamente retributivos é frágil por conta de todos os problemas que o retributivismo coleciona, desde a indemonstabilidade empírica

da retribuição à natureza artificial do nexo de causalidade entre crime e castigo perante a inexistência de uma verdadeira natureza ontológica do delito.⁵³

Entretanto, restringir os critérios dosimétricos aos elementos de gravidade do fato encampados pelo injusto culpável soa-nos como um imenso acerto, pois nos permite afastar os elementos subjetivistas típicos do direito penal do autor, que embasa as piores tendências da ideologia da defesa social, além de permitir menor decisionismo e maior previsibilidade das decisões judiciais. Não obstante, seria um retrocesso se tal ancoragem resultasse em uma relegitimação da finalidade retributiva da sanção penal. Examinaremos, por hora, outros critérios e teorias.

A teoria da retribuição da culpabilidade que, segundo Adriano Teixeira (2015, p. 55-56) é defendida por autores como que abraçam abertamente um abandono de razões de prevenção na dosimetria (tais como Michael Köhler e E.A. Wolff), apregoa que a pena deveria ser guiada apenas pelo propósito da retribuição da culpa na determinação da pena justa. A prevenção não poderia exercer qualquer papel na aplicação da pena, pois, na melhor concepção kantiana, o indivíduo não deve ser instrumentalizado como mero objeto de combate ao crime. Tatjana Hörnle (1999, p. 102-104), discute a teoria da retribuição da culpabilidade, enquadrando-a no que ela chama de "teorias absolutas de punição" (absolute Straftheorien) que são baseadas no "Tatschuldausgleich" (compensação da culpa pelo ato).

Há óbvias e merecidas críticas. A teoria baseada exclusivamente na retribuição da culpa, além de todos os problemas que já mencionamos nos parágrafos acima, careceria de um critério metodológico técnico de medição da pena devida a partir do delito. Hörnle (1999, p. 105) reconhece que poder-se-ia tornar a inflição do mal mais justificável, focando-se na ideia de que o infrator obteve um benefício injustificado ao violar o dever recíproco de contenção estabelecido pela norma proibitiva. A pena, nesse sentido, retiraria esse benefício, que é mais "palpável" do que a ideia abstrata da "negação do direito" professada por Hegel ou de uma máxima moral do imperativo categórico de Kant. No entanto, mesmo essa linha de argumentação, que torna a inflição de um mal mais defensável, não resulta numa teoria convincente de fixação da pena

⁵³ Remetemos o leitor ao capítulo 3.2 desta tese no qual trabalhamos os modelos retribucionistas e neorretribucionistas clássicos e contemporâneos.

se construída diretamente sobre uma teoria penal absoluta, pois esta não consegue determinar de forma precisa qual a quantidade de mal necessária para restaurar a ordem jurídica perturbada.

A teoria da proporcionalidade pelo fato foi inaugurada na doutrina alemã por Bernard Schünemann (1991, p. 172-176) e ainda é centrada na ideia de prevenção geral, porém limitada pelo juízo de culpabilidade e pela proporcionalidade do fato. Para o autor, o princípio da culpabilidade não tem o condão de fundamentar a pena, mas somente de limitá-la, afastando a possibilidade de imputação de fatores imprevisíveis ou que o agente não poderia evitar. A finalidade da pena estaria na prevenção geral negativa e positiva (intimidação e integração) e para alcançá-la e ainda preservar os princípios da isonomia e proporcionalidade, o critério precípuo para a quantificação da pena deve ser apenas a gravidade das circunstâncias imputadas ao autor a título de culpabilidade, o que incluiria a qualidade e extensão da violação (ou perigo de lesão) ao bem jurídico e a intensidade da energia criminal. Em outras palavras, a teoria proposta por Schünemann levaria a um método que considera exclusivamente o desvalor da conduta e, principalmente, do resultado, deixando de lado considerações subjetivistas sobre a índole ou a periculosidade do agente.

Foi criada, porém, por Tatjana Hörnle (1999, p. 26-28) a mais eloquente teorização de uma determinação da pena a partir do uso da proporcionalidade do fato. Resumidamente, a autora defende que só seria possível vencer o decisionismo, o subjetivismo e a imprevisibilidade da dosimetria da pena e, conseqüentemente, respeitar os princípios da legalidade, proporcionalidade e isonomia, a partir de um método lastreado tão somente na proporcionalidade do injusto culpável. Para tal, Hörnle procura vincular os critérios de dosimetria da pena às estruturas dogmáticas da teoria do delito.

O método de aplicação e os critérios para a quantificação da pena proporcional ao fato de Hörnle (1999, p. 26-28) são expostos em duas etapas principais. O juiz começaria com a avaliação comparativa da gravidade do fato, etapa focada na identificação e valoração dos fatores que caracterizam a gravidade de um delito em comparação com outros da mesma espécie.

A segunda etapa passaria por uma tripla análise referente aos institutos da teoria do delito: o desvalor do resultado, o desvalor da conduta e a culpabilidade em sentido estrito.

No desvalor da conduta, considera-se a maneira de execução do ato e a intensidade do elemento anímico do agente, abordando as gradações do dolo e da culpa imprudência, mas sem se descuidar sempre do ponto de vista do ofendido. A autora critica a inclusão de elementos da personalidade do agente (como "energia criminosa" ou "*Gesinnung*") sob esta rubrica, considerando-os anacrônicos. O desvalor do resultado é o critério mais decisivo para a medida da pena. Neste se avalia a extensão da lesão ao bem jurídico, focando na perspectiva do seu titular (sujeito passivo do delito). A quantificação busca classificar o resultado em categorias de gravidade (ex: mínima, baixa, média, grave, gravíssima), requerendo a análise de critérios materiais para a ordenação de cada fato conforme o bem jurídico tutelado por cada um dos tipos penais (Hörnle, 1999, p. 145-151).

Ainda na análise do injusto, pode haver circunstâncias que diminuem o desvalor do resultado e justifiquem uma mitigação da pena, como a contribuição da vítima para o evento delituoso e a reparação do dano (Hörnle, 1999, p. 297-301).

A culpabilidade em sentido estrito, no modelo proposto por Hörnle (1999, p. 151) funciona como um **filtro**, mas não como um elemento que permite exacerbar a pena. Trata-se de um instituto que garante que a imputação seja pessoal e que a punição seja condicionada à capacidade para atuar conforme o direito. Assim, caso os elementos da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) estejam presentes, haverá culpabilidade plena⁵⁴, mas poderá haver estados de culpabilidade atenuada que, embora não sejam graves o bastante para afastar a existência do crime, podem reduzir a pena. Estes incluiriam perturbações psicopatológicas abaixo do limiar da semi-imputabilidade, estados afetivos compreensíveis e situações de exigibilidade limitada.

⁵⁴ Esclareça-se: para Hörnle, a análise do injusto penal, que encampa o desvalor da conduta e do resultado, resume os critérios que devem ser utilizados para balizar a pena "para cima". Após, a culpabilidade em sentido estrito apenas pode manter a pena como está, quando seus elementos estiverem plenamente presentes, ou podem levar a pena "para baixo" quando algum fato mitigue, embora sem afastar, um dos elementos da culpabilidade.

A autora repudia a análise da conduta prévia do agente (antecedentes) e sua personalidade para agravar a pena, pois a culpabilidade deve se relacionar ao ato e não à disposição do agente (HÖRNLE, 1999, p. 159).

Imprescindível compreender que ela estabelece a proporcionalidade do fato enquanto critério dosimétrico como corolário de uma “teoria expressiva da pena”: um dos aspectos da prevenção geral positiva, esta teoria estabelece que a sanção penal é espécie de censura, que tem por objetivo estabilizar a norma jurídica, comunicando à sociedade o desvalor jurídico da conduta, ao mesmo tempo que se comunica à vítima que a infração por ela sofrida foi um injusto reconhecido pelo Estado. A medida da pena deve ser equivalente ao desvalor do fato, igualando-se, em proporcionalidade, a infração e sua censura. Assim, a pena não estaria atrelada em uma ideia meramente retributiva. Trata-se, na verdade, na equivalência necessária entre a ofensividade do delito e o peso da pena enquanto expressão de censura (Hörnle, 1999, p. 143).

A partir dos aportes de Hörnle, Adriano Teixeira (2015, p. 71-72) se propõe à criação de uma fundamentação alternativa à teoria da pena proporcional ao fato. De forma precisa, defende o autor que o mais importante argumento para tal teoria é a estrita observância de dois princípios penais constitucionais: culpabilidade e legalidade forte.

Inicialmente, Adriano Teixeira (2015, p. 97-98) afirma, com esteio em Hart e Rawls, que, independentemente da teoria na qual se lastreie a existência da pena e sua cominação pelo legislador, o magistrado, no momento de aplicação da sanção, não deve necessariamente ser guiado pelas mesmas razões. Deve haver, pois, uma relativa independência entre a teleologia da pena e a teleologia da aplicação da pena: a primeira fundamentaria a existência de uma instituição social e o propósito da segunda, seria fazer valer os princípios constitucionais que regulam e limitam o funcionamento da justiça criminal. Nesta toada, seriam os princípios da culpabilidade e legalidade que representariam as principais molduras para uma pena estritamente proporcional ao fato.

O princípio da culpabilidade, na aplicação da pena, atua primordialmente como a exigência de que a punição ocorra somente com relação àquilo que o agente podia prever e na medida do que poderia ter evitado. Disso se depreende que nada além do injusto e da culpabilidade em sentido estrito poderia fundamentar a quantificação da pena, pois estes elementos resumiriam a

cognoscibilidade individual e a exigibilidade de conduta diversa que possuem relevância jurídica na criminalização. Apenas o injusto culpável poderia ser conhecido e evitado (TEIXEIRA, 2015, p. 106-107)⁵⁵.

Quanto ao princípio da legalidade, importa-nos o mandato de determinação, também chamado de princípio da taxatividade. Adriano Teixeira (2015, p. 108-112) insiste que a proibição dos tipos penais abertos incide não apenas sobre os elementos do preceito primário do tipo, mas também sobre as consequências jurídicas do delito,⁵⁶ o que exigiria previsibilidade e calculabilidade da pena, que, por sua vez, exigiria critérios dosimétricos transparentes e reconduzíveis à lei e à dogmática jurídica. Este caminho somente pode ser percorrido se o julgador se reportar tão somente ao fato delituoso⁵⁷ a partir de uma valoração que vise graduar a presença dos elementos do injusto culpável conforme os atuais conceitos dogmáticos da teoria do delito.

Nas palavras do autor:

A aplicação da pena é a continuação, a quantificação das categorias dogmáticas da teoria do delito. Portanto, o “se” e o “como” ou “quanto” não são dois planos independentes, estanques, mas sim funcionam como vasos que se comunicam. Ancorar a determinação judicial da pena à teoria do delito significa um ganho para o Estado de direito, pois privilegia o princípio da culpabilidade pelo fato, sublinha a determinabilidade legal da pena, e tem o condão de evitar o arbítrio e assegurar a igualdade na aplicação da sanção penal (TEIXEIRA, 2015, p. 121).

Não se trata de postular uma dupla valoração que resultaria em indisfarçável *bis in idem*, mas de graduar o desvalor da ação e o desvalor do resultado, avaliando-se a intensidade da presença dos elementos do tipo, a medida do risco ou da lesão do objeto protegido e as variações do dolo e da culpa.⁵⁸ As causas de justificação poderiam servir como parâmetros para se

⁵⁵ Em conclusão muito semelhante chega Hörnle (1999, p. 586), para quem apenas uma valoração retrospectiva do fato satisfaz devidamente o princípio da culpabilidade.

⁵⁶ Não apenas concordamos inteiramente, como esta é uma das principais premissas do presente trabalho, conforme expusemos no capítulo 2.

⁵⁷ O autor abre a possibilidade de análises excepcionais e subjetivas que ultrapassam a retrospectiva do fato praticado, mas apenas a favor do acusado (TEIXEIRA, 2015, p. 114).

⁵⁸ Aqui, as formulações de Adriano Teixeira coincidem com as propostas construídas por Tatjana Hörnle e por nós já comentadas neste capítulo.

reduzir a pena quando apenas parte de seus elementos estiverem presentes, como nas hipóteses de consentimento imperfeito da vítima ou excesso extensivo de legítima defesa. Por fim, a culpabilidade em sentido estrito não se fundaria na reprovabilidade da atitude interna do autor, mas na imputação subjetiva consistente na possibilidade de conhecer e evitar o delito e somente poderia viabilizar ou atenuar a pena, uma vez que a presença de todos os elementos da culpabilidade levaria a uma “culpabilidade plena”, enquanto a relativa deficiência de um deles (tal como ocorre em uma coação resistível) proporcionaria uma culpabilidade reduzida (Teixeira, 2015, p. 125-127).

Finalmente, no que se refere à aplicação prática da pena-base, Adriano Teixeira (2015, p. 141) conclui que todos os elementos do art. 59 devem ser interpretados tendo em referência ao injusto culpável, afastando-se fatores personalistas.

A doutrina brasileira ainda apresentou em Tatiana Stoco outra eloquente defesa da regulação da pena pela proporcionalidade do fato.

Também bebendo da fonte de autores como Hirsch e Tatjana Hörnle, Stoco (2018, p. 58-59) propõe uma reunificação estruturada entre a dogmática penal (teoria do delito) e a aplicação da pena. Para a autora, a dogmática penal não se esgota no estabelecimento dos requisitos de punibilidade (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), mas se estende à decisão sobre o “quanto” da pena, de forma que assim, as categorias sistemáticas do delito devem ser graduadas no momento da fixação da sanção, funcionando como elementos quantitativos.

Essa abordagem visa trazer racionalidade e fundamentos claros para a dosimetria da pena, superando a discricionariedade, imprevisibilidade e vazio técnico do cenário atual, o que poderá ser tecnicamente alcançado com a transposição dos elementos da categoria do delito para a dosimetria, expediente que representaria uma “continuação da qualificação daquele fato como delito” e a melhor forma de se encontrar uma pena ajustada à culpabilidade do fato (STOCO, 2018, p. 62).

Stoco (2018, p. 89) diferencia o plano da justificação da existência da pena estatal (perante a sociedade) do plano da inflição concreta da pena (perante o apenado). A autora não repudia as teorias relativas da pena, mas, defende que para a determinação da pena concreta, o foco não deve ser as finalidades preventivas que justificam a pena em abstrato, mas sim a

legitimidade da imposição da sanção ao indivíduo, o que somente pode ocorrer quando a sanção é quantificada pela proporcionalidade do fato.

Nesta ordem de ideias, Stoco (2018, p. 106) argumenta que, para se legitimar a sanção frente ao apenado, respeitando-se os princípios constitucionais, é necessário admitir que “o critério da culpabilidade para a determinação da pena somente serve à função de constituir uma determinada quantidade de sanção quando entendido como um conceito amplo e como sinônimo de *injusto culpável*”.

O injusto possuiria um papel constitutivo da medida da pena, com ampla capacidade de atenuação e agravamento. No injusto de ação, fatores como a intensidade do dolo (compreendido como domínio do agente sobre a ação e o perigo objetivo gerado) e o grau de violação do dever de cuidado (na culpa) são elementos do injusto e devem ser referenciais da valoração. Critérios como a forma de execução do delito (ex: brutalidade, uso de meios cruéis) e a infração de deveres especiais (decorrentes de cargo ou profissão) são também considerados (STOCO, 2018, p. 125-130).

Quanto ao injusto de Resultado, determinado a partir da perspectiva da vítima, deve-se valorar o dano causado com base no grau de redução da qualidade de vida do portador do bem jurídico lesado ou ameaçado. Quanto a este quesito, STOCO (2018, p. 147-152) desenvolve, com base na doutrina alemã, extensos parâmetros pelos quais os danos primários e secundários sobre a qualidade de vida da vítima poderiam influenciar na fixação da pena.

Finalmente, autora defende que a culpabilidade em sentido estrito deve ter um papel fundamentalmente limitador da intervenção estatal, garantindo que o apenado responda apenas pelo que podia conhecer e evitar. Assim, a valoração da culpabilidade poderia apenas levar a uma diminuição da pena ou à viabilidade da punição (conforme a culpabilidade seja plena ou atenuada), mas nunca ao seu aumento. Nesta análise, deve-se afastar a apreciação da personalidade do autor ou dos aspectos subjetivos quanto às suas escolhas de vida e incluir elementos que refletem a limitação da capacidade do autor de agir de modo diverso (ex: perturbações mentais que reduzem a capacidade de compreensão ou autodeterminação). A autora enfatiza que "mais do que uma capacidade completa não existe", refutando a ideia de que uma valoração negativa da culpabilidade poderia agravar a pena (Stoco, 2018, p. 68-69).

Stoco (2018, p. 3-4) adota como premissa de seu trabalho, o fato de que a doutrina e jurisprudência brasileiras interpretam a culpabilidade bem como as outras circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal de forma controversa e sem clareza. Essa interpretação, majoritariamente, a entende como "reprovabilidade" da vontade ilícita e a preenche com elementos subjetivos do agente (como personalidade, motivos, atitude interior). A autora aponta que essa abordagem leva a decisões arbitrárias e a exasperações ilegítimas da pena, por depender de elementos subjetivos que são inviáveis de aferir na prática judicial. Além disso, essa dependência é incompatível com um "Direito Penal do fato", que responsabiliza o indivíduo pelo ato cometido e não por quaisquer características pessoais.

Há, todavia, críticas e objeções oponíveis à teoria da proporcionalidade pelo fato e suas versões. Enumeraremos 4 delas.

O primeiro dos contra-argumentos é justamente a maior das virtudes da teoria: (1) o abandono de perspectivas preventivas como critério de cálculo da pena. Apesar de preservar princípios constitucionais de uma culpabilidade do fato, tal divórcio aparentemente se contrapõe às diretrizes do art. 59 do Código Penal que expressamente ordena que a dosimetria se baseie na retribuição e prevenção e que avalie diversos elementos pessoais do agente como personalidade e conduta social.

(2) Adriano Teixeira (2015, p. 68) elenca interessante crítica à fundamentação que certas vertentes da teoria possui. Especificamente, à perspectiva de Hörnle, que se baseia na teoria expressiva da pena: a ideia de censura poderia descrever a pena criminal enquanto fenômeno jurídico, mas não conseguiria legitimar a sanção e muito menos servir de critério para a quantificação da pena. Além de não legitimar a pena, a censura não demandaria logicamente seu cálculo a partir da proporcionalidade do fato. Estar-se-ia confundindo censura (descrição da pena) com pura retribuição (verdadeiro fator de cálculo da pena pela gravidade do crime).

(3) Finalmente, poder-se-ia argumentar que a significativa diminuição da margem de discricionariedade do juiz, que seria obrigado a verificar apenas a gravidade do crime, poderia proporcionar um indesejável efeito reverso: o recrudescimento das penas nas sentenças e consequente elevação do nível punitivo do sistema penal.

Embora haja de se concordar parcialmente com certos aspectos das objeções acima, cremos que nenhuma delas seja incontornável.

A dimensão teleológica do art. 59 do Código Penal parece clara em adotar uma fundamentação eclética para a pena, orientando o juiz de direito a se orientar por prevenção e retribuição e analisar diversos elementos pessoais do agente. Contudo, discutimos extensamente no capítulo 2 o déficit de legitimidade e eficácia da retribuição e prevenção do crime e, no capítulo 3, como a Constituição Federal não abraça expressamente qualquer finalidade para a sanção penal, mas impõe uma série de princípios condicionantes da punição, o que revela a inadequação constitucional da teleologia estabelecida no art. 59 perante o baixo grau de legitimidade e demonstrabilidade empírica (o que impacta na proporcionalidade-adequação da norma). Ademais, ainda que a busca por uma finalidade da pena seja considerado essencial à atividade do legislador (opinião com a qual já expusemos nossa discordância), tal fundamento é contraproducente quando utilizado como móvel da sentença judicial.

O segundo argumento parece-nos mais contundente. A censura não pode legitimar a pena por conta de todos os argumentos por nós desenvolvidos contra a prevenção geral positiva no capítulo 3⁵⁹, no entanto, esta não é uma contestação à teoria da proporcionalidade pelo fato como um todo, mas se adequa especificamente à concepção de Tatjana Hörnle. A medição da pena exclusivamente pela gravidade do fato expressada pelos elementos do injusto culpável possui a virtude de contornar vários dos problemas de decisionismo, atecnidade e ilegitimidade constitucional, independentemente de qualquer fundamento que se dê (ou não) à sanção.

Finalmente, a crítica quanto ao possível aumento do peso da criminalização é a menos crível de todas. O afastamento de vários dos institutos jurídicos baseados em propósitos preventivos, eticizantes ou personalistas representaria uma diminuição significativa da abrangência das normas incriminadoras além de aumentar a previsibilidade e cientificidade das decisões judiciais, cumprindo com o principal papel da dogmática jurídica.

⁵⁹ Em apertada síntese: o caráter criminogênico da pena, o papel da prisionização na produção e reprodução da conduta criminosa e a seletividade estrutural que mitiga o impacto do caráter comunicacional da pena são as principais oposições.

Por todo o exposto, cremos que a teoria da proporcionalidade pelo fato é a mais adequada ao atual paradigma constitucional e, com ajustes concernentes à fundamentação, pode ser o critério adequado à proposta da agnose relativa encampada por este trabalho.

5.3 Uma conciliação possível entre o modelo agnóstico-redutor e a teoria da proporcionalidade pelo fato

Sob a égide da teoria agnóstica da pena, que parte do pressuposto de que a sanção criminal é um fenômeno político-coercitivo sem função restaurativa comprovada e que, portanto, não se justifica teleologicamente, emerge, com força inconteste, a **teoria da proporcionalidade da pena pelo fato** como o critério mais adequado para a fixação da pena-base.

Em vez de refugiar-se no subjetivismo de um “espaço livre” incontrolável, em que o juiz, sob o pretexto da prevenção ou da retribuição moral, se arroga a faculdade de escolher arbitrariedades, a proporcionalidade pelo fato restabelece o vínculo radical da pena com o injusto concreto. E apenas com ele.

A **teleologia redutora de danos**, que os defensores da teoria negativa sintetizam como missão primordial da dogmática jurídica, encontra no critério fato-proporcional um instrumento prático-racional de contenção do poder punitivo. Ao vincular o quantum punitivo ao desvalor do fato, a técnica repele qualquer tentativa de inflar a pena sob o pretexto de prevenção ou retribuição moral e perante à carência de legitimidade da doutrina nacional, reduz-se ao mínimo possível o sofrimento imposto ao condenado, respeitando os princípios constitucionais da legalidade, humanidade, individualização e culpabilidade.

Conforme desenvolvemos no capítulo 4, entendemos como contraproducente a defesa de uma agnose forte ou absoluta que postularia a diminuição da injunção penal tendente à sua neutralização ou abolição, além de literalmente inconstitucional frente aos múltiplos mandados de criminalização presentes no texto da Constituição Federal.

Entendemos que a chave para a resolução do imbróglio dosimétrico atual está na adoção de uma agnose relativa, que reconhece o caráter político beligerante da pena, admite os irreconciliáveis problemas das teorias tradicionais, porém aquiesce com a existência da pena, com a pretensão de

reduzi-la em qualidade e quantidade compatível com os princípios constitucionais e aplicada a partir de um critério técnico e previsível que, sem depender de propostas de *lege ferenda*, utilize os avanços da dogmática penal da teoria do delito para ancorar a jurisprudência na recuperação do papel fundamental da dogmática em traçar os limites da janela de decisões possíveis para uma contenção realista do poder punitivo estatal.

Não se trata de relegitimar os tradicionais fundamentos da pena para servir a uma práxis conciliatória e resignada, mas sim, de admitir que, perante à incancelabilidade da pena no atual horizonte jurídico-constitucional e ao vazio de técnica jurídica na dosimetria feita pela jurisprudência nacional, mormente quanto à pena-base, se faz necessário eleger um critério de aplicação de pena que afaste os equívocos mais intoleráveis e que, ao mesmo tempo, não dependa da perseguição desta ou daquela finalidade punitiva.

Nesta ordem de ideias, a princípio não seria possível a simples adoção de uma das teorias já expostas de forma integral, uma vez que aparentemente se baseiam, ainda que de maneira indireta, nas tradicionais teorias preventivas.⁶⁰ Contudo, esta impressão se dissolve quando percebemos, como pretendemos demonstrar ao longo deste capítulo, que o principal propósito da teoria da pena proporcional ao fato é divorciar a prevenção, que pode motivar a cominação pelo legislador, da atividade dosimétrica realizada pelo julgador, uma vez que esta não deve medir a pena com base na perspectiva de prevenir futuros delitos, mas, exclusivamente, na gravidade do fato revelada pelo injusto culpável.

Tatjana Hörnle (1999, p. 126) afirma explicitamente que “a equiparação da teoria teleológica da pena à teoria teleológica da determinação da pena negligencia a diferenciação necessária entre a razão de ser de uma instituição social e os princípios que regem o seu funcionamento”.⁶¹ A medição da pena proporcional ao fato não depende, portanto, da perseguição de qualquer

⁶⁰ Dos autores investigados, Bernard Schünemann (1991) adota uma teoria preventiva geral (positiva e negativa), Tatjana Hörnle (1999) baseia sua visão em uma teoria expressiva da pena, que não deixa de ser uma vertente da prevenção geral positiva. Adriano Teixeira (2015, p. 77) adota uma feição moderna da prevenção geral intimidadora (negativa) e Tatiana Stoco (2018), por sua vez, não parece adotar abertamente uma das teorias tradicionais, justamente por abraçar a noção de que a investigação da culpabilidade como medida de pena não deve ser feita a partir de perspectivas preventivas.

⁶¹ Tradução livre de: Die Gleichsetzung von teleologischer Straftheorie und teleologischer Strafzumessungstheorie vernachlässigt die notwendige Differenzierung zwischen dem Existenzgrund einer sozialen Institution und den Prinzipien, die ihre Arbeitsweise im einzelnen regeln. (HÖRNLE, 1999, p. 126).

finalidade para a pena e nos permite conectar os limites da dosimetria da sanção penal aos critérios e institutos dogmáticos da teoria do delito. Entendemos, assim, que é perfeitamente compatível com a teoria agnóstica da pena, na versão fraca ou relativa por nós defendida, que, por sua vez, é claramente compatível com os princípios constitucionais penais que regem a dosimetria e com a missão constitucional de redução da esfera de afetação do indivíduo que nos foi legada pela estrutura normativa do Estado Democrático de Direito.

Das possíveis objeções a esta conclusão, podemos adiantar duas. (1) A perspectiva seria incompatível com a orientação expressa do art. 59 do Código Penal e (2) a proporcionalidade pelo fato seria uma espécie de retorno a uma perspectiva meramente retributivista.

O primeiro argumento já foi por nós debatido no capítulo 3: as finalidades estampadas no art. 59 possuem incontornáveis déficits de legitimidade e demonstrabilidade empírica e abrem brecha para todo o decisionismo subjetivista presente em nossa jurisprudência e que fere frontalmente diversos princípios constitucionais. Assim, tendo em vista que o texto constitucional não adota qualquer finalidade específica para a pena, mas estabelece diversos princípios limitadores, é perfeitamente razoável (senão mandatório) que estabeleçamos uma interpretação conforme a Constituição para limitarmos o alcance das circunstâncias sociais aos ditames de uma pena proporcional ao fato.

A segunda objeção não nos parece logicamente pertinente. Não se trata de permitir a aplicação da pena para retribuir um mal injusto com o mal justo da pena. Nem se reconhece que a aplicação da pena pode restituir a ordem jurídica turbada com a prática do delito. A pena proporcional ao fato é, simplesmente, a melhor forma de viabilizar a dosimetria em respeito aos princípios constitucionais da culpabilidade, legalidade e proporcionalidade.

5.4 Uma reaproximação entre a dogmática da teoria do delito e os critérios de fixação da pena-base

Adriano Teixeira (2015, p. 115-117) defende que o injusto culpável deve ser o parâmetro central da determinação da pena e isso só pode ser alcançado a partir de um esclarecimento terminológico a respeito do termo “culpabilidade”

que pode definir a relação entre a teoria do crime e a dosimetria: o “se” e o “como” da pena. Para o autor, quando o Código Penal utiliza o termo “culpabilidade” em passagens como a do art. 59 ou 29, a legislação está se referindo à *culpabilidade em sentido amplo* que seria um critério de quantificação da sanção penal lastreado nos conceitos dogmáticos desenvolvidos pela teoria do crime, ou seja, centrado nos elementos do injusto culpável. A *culpabilidade em sentido estrito*, por sua vez, seria um instituto menos amplo, referente ao terceiro elemento do conceito analítico de crime, definido como juízo de reprovação pessoal do injusto penal, composto de todos os elementos preconizados pela teoria normativa, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade em sentido estrito estaria, pois, contida na culpabilidade em sentido amplo.

O autor defende, portanto, que a aplicação da pena deve ser a “quantificação das categorias dogmáticas da teoria do delito” e não são, portanto, planos estanques ou independentes, mas construções jurídicas que precisam se comunicar. Esta ancoragem seria uma forma eficaz e adequada para preservar o princípio da culpabilidade, evitar a abertura semântica tão antitética ao princípio da taxatividade e, conseqüentemente, evitar o arbítrio estatal na dosimetria privilegiando a igualdade e a proporcionalidade constitucionais (TEIXEIRA, 2015, p. 120-121).

Tatiana de Oliveira Stoco, (2018, p. 58), propõe uma reaproximação substancial entre a teoria do crime e a teoria da pena na aplicação da sanção penal, visando a conferir racionalidade e legitimidade ao processo de dosimetria da pena. Para a autora, o sistema penal deve ser visto como uma "unidade sistêmica", na qual as categorias dogmáticas do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade em sentido estrito) não se esgotam na fundamentação da condenação, mas são "atualizadas no momento de fixação da sanção, agora como elementos quantitativos".

As circunstâncias de interesse para a teoria do delito e para a determinação da pena devem formar uma unidade e, para isso, é necessário rechaçar o entendimento (ainda muito difundido no Brasil) de que a culpabilidade como medida de pena é um mero juízo vazio de reprovabilidade, uma vez que tal entendimento facilmente se confunde com a reprovação da vontade do agente o que usualmente ocorre com argumentos tangentes à subjetividade do

julgador perante à ausência de critérios dogmáticos acerca do que é reprovável. Neste sentido, Stoco entende que a culpabilidade, enquanto circunstância judicial, não pode ser um conceito autorreferente, mas sim subordinado e referido ao injusto culpável. Esta vinculação permitiria a eliminação de incrementos ilegítimos que extrapolam a medida daquilo que resulta da atribuição da responsabilidade penal conforme os institutos centenariamente desenvolvidos pela dogmática penal. Assim, defende a autora que a graduação da culpabilidade deve ter como base os elementos do fato típico, da ilicitude (que justos perfazem o injusto penal) e da culpabilidade em sentido estrito. Desta forma, os critérios de quantificação da pena podem se aproximar do fato criminoso e não da subjetividade do agente (STOCO, 2018, p. 52-53).

Embora não haja comando expresso neste sentido, a própria legislação penal brasileira, segundo Tatiana Stoco (2018, p. 69), permite-nos defender que os elementos do conceito analítico de crime oferecem critérios relevantes para a quantificação da reprimenda penal. A autora remete às inúmeras passagens, na parte geral e especial do Código Penal, além da legislação extravagante, em que a intensidade do injusto é graduada pelo legislador de forma a estabelecer uma estrutura valorativa que deve ecoar na teoria da pena: os tipos penais apresentam capacidade de graduação quando cominam pena distintas a depender da intensidade da realização da conduta (quando atribui valores distintos aos diversos verbos núcleos como “subtrair, abusar, constranger, apropriar”, ou aos modos de execução como “violência ou “grave ameaça”) e, principalmente, do resultado, pois existem uma infinidade de circunstâncias qualificadoras e majorantes que aprofundam a reprovação a partir do aprofundamento do resultado típico.

É claro que os institutos não seriam simplesmente repetidos em uma reanálise tautológica, pois isso acabaria em *bis in idem*. A autora expõe estes diversos exemplos para abstrair deles critérios objetivos de graduação do desvalor do injusto: o maior risco causado pela conduta ou a profundidade da lesão ao bem jurídico produzida pelo resultado (STOCO, 2018, p. 70).

Quanto à ilicitude, as causas de justificação também colaborariam na construção de critérios dosimétricos: enquanto a plena subsunção do fato típico à norma permissiva justificante levaria à pena zero (por ausência de crime), a realização parcial da discriminante poderia servir como circunstância que

mitigaria a pena, como por exemplo o excesso intensivo ou extensivo na legítima defesa (STOCO, 2018, p. 71).

Enquanto o injusto penal representaria o potencial constitutivo da exasperação da pena, a culpabilidade em sentido estrito teria, para Stoco (2018, p. 72-73) uma capacidade limitadora. Da mesma forma que ocorreria com as discriminantes, as causas excludentes da culpabilidade, quando presentes, levariam à exclusão do crime, mas quando as circunstâncias dirimentes estiverem apenas parcialmente verificadas, poderia haver redução proporcional da pena. A autora defende que a presença plena da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa não permitiria a elevação da pena, pois não demonstrariam maior grau de reprovação do que o necessário para a existência do crime. Somente o injusto seria capaz de contribuir para o aumento da sanção penal.

Por defender que a pena deve ser quantificada pela proporcionalidade do fato, Stoco (2018, p. 100) apregoa que critérios preventivos não devem ter qualquer influência na definição do *quantum* da reprimenda penal, embora afirme que possam ser utilizados na fixação do regime inicial ou dos substitutos penais.

Os autores acima mencionados fundamentam suas conclusões na doutrina estrangeira que já empreendeu tentativas de aproximação entre a sistemática de aplicação da pena e os mais desenvolvidos elementos da dogmática da teoria do delito.

Dignos de nota são os aportes do espanhol Jesus Maria Silva Sanches (2007, p. 3) que defende que a teoria da determinação da pena deve ser compreendida como a dimensão quantitativa (ou de grau) de um sistema da teoria do delito. Seu principal argumento, neste sentido, é que a política criminal exercida pelo juiz na individualização da pena deve ser canalizada por vias dogmáticas, aproveitando-se o desenvolvimento dogmático da teoria do crime, pois só assim seria possível evitar o intuicionismo e o decisionismo na política criminal exercida pelos julgadores.

Silva Sánchez (2007, p. 3-4) destaca e lamenta o **desenvolvimento desigual entre a teoria do delito** (que determina o "se" do crime e da aplicação da lei penal) **e a teoria da individualização judicial da pena** (que define o "quanto" da pena dentro do limite legal). O autor critica a visão de que a individualização da pena se relaciona diretamente com as teorias dos fins da

pena (retribuição, prevenção geral ou especial), resultando em um terreno "impuro ou misto" de argumentação que mescla o retrospectivo (fato) com o prospectivo (fins da pena). Esse estado de coisas, segundo o autor, leva a raciocínios judiciais pobres, variáveis e, por vezes, diretamente arbitrários na quantificação da pena.⁶²

O autor critica a tese dominante de que o juízo de culpabilidade não pode aumentar o merecimento da pena, apenas excluí-lo ou diminuí-lo. Para Silva Sánchez (2007, p. 8), é como se as teorias da culpabilidade por caráter ou atitude interna, que permitem o efeito agravatório de determinados motivos do agente, ainda regessem implicitamente a culpabilidade na determinação da pena, isto é, ou se aceita como fundamento material da culpabilidade velhas categorias subjetivistas ou se admite que a culpabilidade é mero limite da pena. Assim, ele propõe que se reconstrua o injusto para incluir nesta categoria as considerações tais que permitam integrar uma valoração dos móveis do sujeito ativo. Em outras palavras, defende Silva Sanchez que a valoração do injusto penal (objetivo e subjetivo) seja transposta para a dosimetria e sirva como fator que possa agravar a pena, em contraposição à culpabilidade que, avaliada conforme os elementos da teoria normativa, permitiria sua manutenção ou diminuição.

Além disso, defende a necessidade de elaboração categorial para além da culpabilidade para fatores relevantes na individualização que atualmente carecem de suporte dogmático claro, como comportamentos posteriores, sensibilidade à pena, transcurso do tempo, chegando a apelar à "obscura categoria da punibilidade" (SILVA SANCHEZ, 2007, p. 9).

O autor espanhol chega a sugerir um modelo de quantificação do injusto objetivo *ex-ante* que reúne a avaliação de riscos ao bem jurídico e deveres especiais e *ex-post* que reuniria a medida da efetiva lesão ao bem jurídico, bem como uma avaliação do injusto subjetivo que leve em consideração o grau de conhecimento da probabilidade da lesão produzida (SILVA SANCHEZ, 2007, p. 12 e 13).

⁶² Como exemplo, Silva Sanchez (2007, p.) cita uma sentença que agravou a pena de um juiz por sua condição profissional sem que isso agravasse o injusto ou a culpabilidade do delito de fraude fiscal. Como já vimos, o relatório GT/CNJ (2022, p. 43) demonstra que a jurisprudência brasileira incide em análogas incongruências.

A lição fundamental é, enfim, que não podem existir fatores relevantes para a individualização da pena que careçam de um suporte categorial da teoria do delito. Necessário acentuar que o autor, entretanto, não rechaça os fins preventivos da pena, embora admita que eles não devam ter qualquer protagonismo na dosimetria (SILVA SANCHEZ, 2007, p. 8).

É da Alemanha, todavia, a mais detalhada contribuição a esta perspectiva.

Os conceitos de culpabilidade e injusto moldam a medida da pena na teoria da dosimetria da pena proposta por Tatjana Hörnle (1999, p. 145), que defende um modelo de **pena proporcional ao fato** ("tatproportionale Strafzumessung"). Para Hörnle, os critérios de dosimetria devem ser uma extensão e concretização das categorias da teoria do delito, ou seja, tipicidade, ilicitude (juntas, formando o injusto) e culpabilidade em sentido estrito. Sua teoria da aplicação da pena, introduzida por nós no capítulo 5.1 deste trabalho, é extensa e extremamente detalhada, cabendo, aqui, apenas um pequeno esboço no que diz respeito ao papel das categorias da teoria do delito na dosimetria.

Para a autora, o injusto (Tatunrecht) deve ser o ponto de partida e o elemento central e constitutivo da medida da pena, possuindo ampla capacidade de agravar ou atenuar a sanção conforme a valoração judicial. A identificação dos fatores que descrevem a desvalorização da conduta é crucial para a implementação de uma teoria da dosimetria da pena (Hörnle, 1999, p. 147).

O injusto é dividido em duas dimensões principais. (1) O Injusto de Resultado (Erfolgsunrecht) refere-se à gravidade do dano ou lesão ao bem jurídico. Sua avaliação deve ser feita a partir da perspectiva da vítima, focando no grau de redução da qualidade de vida que o dano causou. Este critério é considerado mais objetivo para escalonar a gravidade dos prejuízos. A autora propõe a análise de quatro categorias fundamentais de interesses humanos (por exemplo, vida e integridade física) para quantificar o injusto de resultado, visando uma avaliação mais transparente de tais bens jurídicos na quantificação da reprimenda (HÖRNLE, 1999, p. 227).

Fatores como a profundidade e duração da afetação ou a multiplicidade de danos podem intensificar o injusto de resultado (HÖRNLE, 1999, p. 240-241). Nesta ordem de ideias, a reparação do dano (Wiedergutmachung) pelo agente pode reduzir a gravidade do injusto de

resultado por diminuir a extensão das consequências negativas para a vítima (HÖRNLE, 1999, p. 296).

(2) Já o injusto de ação (Handlungsunrecht) deve refletir a intensidade da violação da norma por parte do agente. Hörnle defende uma restrição rigorosa dos fatores considerados no injusto de ação, admitindo apenas aqueles que são relevantes sob a perspectiva da vítima e que a impacta objetivamente, seja através da ameaça a seus bens jurídicos ou da intensificação de seu sofrimento. Assim, motivos internos ou aspectos da personalidade do agente que não se manifestem externamente para a vítima não devem ser considerados, a menos que aumentem objetivamente a gravidade do injusto ou se revelem no sofrimento da vítima (Hörnle, 1999, p. 263).

No que se refere ao tipo subjetivo, as formas de dolo devem, segundo Hörnle (1999, p. 260-263) influenciar o injusto de ação. Um agente que age com dolo direto (é percebido como mais ameaçador do que um que apenas aceita o risco (dolo eventual), e isso refletiria um injusto maior na perspectiva da vítima.

A gravidade da culpa (Fahrlässigkeit) também integra o injusto de ação, com a distinção entre negligência consciente e inconsciente, e o grau de violação do dever de cuidado (HÖRNLE, 1999, p. 264-266].

Circunstâncias objetivas da execução do crime, como o meio ou modo de execução, o planejamento cuidadoso da conduta, ou a violência/ameaça empregadas, também incrementam a gravidade o injusto de ação por intensificarem o risco para a vítima (HÖRNLE, p. 274-276).

A violação de deveres específicos do agente (como, por exemplo, deveres funcionais) pode ser relevante para o injusto de ação, mas apenas se estiverem diretamente ligadas à conduta criminosa e à perspectiva da vítima, e não a uma avaliação moral generalizada da pessoa (HÖRNLE, p. 278).

Finalmente, Hörnle (1999, p. 49) critica a concepção tradicional da culpabilidade na dosimetria da pena, que a interpreta como "reprovabilidade" uma vez que esta sempre acaba, na prática, por resultar na reprovação da atitude interna do autor. Essa concepção é vista como vaga e subjetiva, permitindo aumentos de pena arbitrários e moralizantes baseados em aspectos inerentes à personalidade ou à atitude interna do agente.

No modelo de Hörnle (1999, p. 154), a culpabilidade em sentido estrito (Schuld) serve principalmente como um limite ou filtro para a aplicação da pena,

e não como um fator de agravação, ou seja, não se pode, a partir da valoração dos elementos da culpabilidade, exasperar a pena, mas somente mantê-la, quando plenamente presente, ou diminuí-la quando algum de seus elementos estiverem relativamente mitigados. Isso significa que a culpabilidade pode atenuar a pena em casos de culpabilidade diminuída como de semi-imputabilidade ou perturbações mentais que não atinjam a total inimputabilidade ou na coação resistível.

O modelo de Hörnle (1999, p. 126-127) visa à racionalização, transparência e previsibilidade da dosimetria da pena, alinhando-a à dogmática penal. A pena concreta deve ser determinada retrospectivamente com base na gravidade do ato (desvalor do fato) e não em prognósticos preventivos sobre o agente (como sua periculosidade ou a necessidade de dissuasão geral), afastando-se da dosimetria as pretensões preventivas (geral e especial, positiva e negativa) precipuamente pela impossibilidade de se estabelecer um critério metodológico racionalmente plausível para estes fins.

A revisão bibliográfica acima nos permite compreender que já existe sólida construção dogmática pela qual os superficiais e cômodos entendimentos jurisprudenciais expostos no início deste trabalho podem ser criticados de forma propositiva.

Compartilhamos do entendimento de que o injusto penal deve ser o critério para a valoração da pena e a gravidade do fato deve ser o parâmetro pelo qual a sanção penal pode ser exasperada conforme os limites legais, afastando-se prognósticos prevencionistas, moralistas e de direito penal do autor. Somente assim os princípios constitucionais da legalidade, individualização, proporcionalidade, culpabilidade e secularização podem ser observados.

Reforça-se que esta postura não reconhece qualquer pretensão relegitimadora da sanção penal ou da retribuição como propósito da pena. Trata-se de um esforço de reconexão dogmática para dar cientificidade e previsibilidade à dosimetria e, com isso, reduzir racionalmente o poder punitivo, concretizando-se a perspectiva agnóstica relativa entendida aqui como a mais adequada.

Portanto, é a partir da perspectiva dos elementos do injusto culpável que nos proporemos à construção de uma denotação valorativa adequada para as circunstâncias judiciais.

A partir do próximo capítulo, analisaremos criticamente cada uma das circunstâncias judiciais do art. 59 conforme o estado da arte da jurisprudência revelado pelo relatório GT/CNJ, com a finalidade de construir vetores dosimétricos afinados com a perspectiva agnóstica e a proporcionalidade ao fato, estabelecendo, assim, parâmetros constitucionalmente válidos para determinação do *quantum* da pena-base.

6. CULPABILIDADE

A primeira das circunstâncias judiciais é, evidentemente, a de mais difícil definição e uma das mais problemáticas em nossa jurisprudência. Há, na operacionalidade do direito penal, evidente confusão entre o princípio da culpabilidade, o terceiro elemento do conceito analítico de crime chamado culpabilidade e da culpabilidade enquanto critério de dosimetria da pena. Não pretendemos afirmar que os institutos devam permanecer distintos, ao contrário: parece-nos que a completa desconexão entre o estado atual de desenvolvimento da dogmática da culpabilidade que podemos perceber na teoria do delito e o conceito utilizado na teoria da pena é uma das causas de nosso problema de pesquisa.

Antes de construirmos a ponte entre as definições da culpabilidade, analisaremos como a jurisprudência atualmente a define.

6.1 A semântica da culpabilidade enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.

Sob a perspectiva do relatório do CNJ, a culpabilidade, enquanto circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, deve ser compreendida não como elemento do delito, mas como o juízo de reprovabilidade ou censurabilidade que o Estado-juiz projeta sobre a ação do agente, à luz das especificidades fáticas do delito e das condições pessoais daquele que o pratica (CNJ, 2022, p. 43).

Assim, na aplicação da pena, o juiz não deve indagar se a culpabilidade enquanto elementar do crime existiu – pressuposto já verificado no juízo condenatório – mas sim o quanto o comportamento ultrapassa o padrão de tolerância social. A culpabilidade será exacerbada, servindo de parâmetro para majorar a pena-base, quando a conduta for por demais reprovável (CNJ, 2022, p. 43).

Ao explicitar o critérios para se aferir este grau de censura, o relatório do CNJ colaciona vários julgados na tentativa de criação de um mosaico que compõe a imagem do que é idôneo de se reprovar em um juízo negativo de culpabilidade.

A premeditação, por exemplificar dolo intenso e planejamento deliberado, autoriza a valoração negativa da culpabilidade e, conseqüentemente, a majoração da pena-base (CNJ, 2022, p. 44).

Do mesmo modo, a posição de liderança ou chefia em organização criminosa, evidência de abuso de poder e potencialização do dano social legitimam acréscimos punitivos que reflitam a gravidade política do delito (CNJ, 2022, p. 46). Ainda, o emprego de *modus operandi* cruel ou estrategicamente vantajoso, como deslocar-se dezenas de quilômetros para atacar vítima indefesa, demonstra reprovabilidade elevada, reforçando a necessidade de sanção mais severa (CNJ, 2022, p. 47).

Quando o agente se vale de sua expertise técnico-profissional para lesar terceiros, como no caso do advogado que se aproveita da hipossuficiência de cliente, evidencia-se maior grau de censura, pois a conduta ofende a confiança social e fere princípios basilares do Estado de direito (CNJ, 2022, p. 44). Outrossim, a vulnerabilidade da vítima, a exemplo de criança ou idoso, e o uso de arma branca em roubo agravam a culpabilidade, uma vez que a coação institucional assume feição ainda mais violenta contra alvos indefesos (CNJ, 2022, p. 48).

Não obstante a amplitude destes fatores que podem realçar a censurabilidade, o relatório sublinha que o julgador não dispõe de liberdade irrestrita: é vedado utilizar o mesmo elemento fático tanto para compor o tipo penal quanto para negativar a culpabilidade, sob pena de *bis in idem* (CNJ, 2022, p. 43). A discricionariedade existente na primeira fase da dosimetria integra a margem conferida ao magistrado para exasperar a pena conforme as

circunstâncias concretas, mas tal margem deve ser vinculada aos princípios da razoabilidade e da isonomia, sob pena de se converter em arbitrariedade (CNJ, 2022, p. 36).

Nesse contexto, espera-se motivação pormenorizada, que detalhe o nexo entre as evidências de reprovabilidade e o percentual de majoração aplicado, evitando fundamentos genéricos ou metafóricos.

Vamos às críticas.

A abordagem que a jurisprudência adota para valoração da culpabilidade, conforme exposta no relatório do CNJ (2022), revela-se insuficiente e por demais nociva para contenção efetiva do arbítrio judicial. A intencional porosidade semântica e a completa desconexão com a dogmática jurídica da culpabilidade revelam um cenário de duvidosa legitimidade, aberto a diversos métodos de exploração retórica e raciocínios entimemáticos que permitem, virtualmente, qualquer manipulação decisional.

Declaradamente, os julgados se esforçam para demonstrar fundamentação em “elementos concretos” (prevenção, vulnerabilidade, abuso de posição), mas, na realidade, tais categorias funcionam como meros chavões retóricos que pouco ou nada impedem majorações arbitrárias. O resultado é um simulacro de controle, em que o magistrado continua livre para infligir aumentos de pena com base em juízos genéricos de “reprovabilidade”, sem qualquer métrica clara ou parâmetro quantitativo ou qualitativo vinculante.

Podemos resumir os principais problemas da atual valoração jurisprudencial da culpabilidade em 5 pontos: violação do princípio da taxatividade, do princípio da secularização, do dever de fundamentação das decisões, do *ne bis in idem* e, finalmente, a completa desconexão com o atual estágio de desenvolvimento das teorias da culpabilidade na dogmática penal. Analisemos cada um deles.

Inicialmente, (1) a vagueza semântica esconde a cômoda opção de deferência aos critérios pessoais de equidade que cada juiz possui para considerar reprovável ou censurável aquilo que o incomoda, sem qualquer critério operacional que traga previsibilidade à decisão. A profissão do réu, a presença de menor, a frieza, a premeditação. Sob o manto da chamada “discricionariedade vinculada”, naturaliza-se uma elasticidade interpretativa que,

na prática, esvazia os postulados da legalidade estrita (taxatividade) e da própria reserva legal.

Conforme argumentamos no capítulo 2, o princípio da taxatividade também é evidentemente aplicável às circunstâncias judiciais que orientam a dosimetria da pena, pois estas são elementos normativos que se vinculam aos preceitos secundários dos tipos penais.

Há também (2) violação ao princípio da secularização, pois, na atual sistemática, a culpabilidade, em vez de se referir a elementos concretos, comprováveis e compatíveis com os limites do tipo penal, passa a ser utilizada como um instrumento de retórica judicial, uma espécie de canal por onde escorrem os juízos morais, os preconceitos sociais e as convicções subjetivas do magistrado. Assim, juízos sobre “frieza”, “crueldade”, “ousadia” ou “maldade” do réu substituem os fundamentos técnico-normativos, resultando em decisões que mais se aproximam de peças de indignação retórica do que de comandos jurídicos racionais.

Conforme também argumentado no capítulo 2, a secularização, considerada enquanto princípio, embora não seja prevista forma expressa pelo texto constitucional, encontra-se plasmada em diversos dispositivos da Constituição, tal como os incisos que garantem a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), a livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI) e a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IX). A concatenação de tais postulados constitucionais não só consubstancia os ditames de tal princípio como, ao transbordar para o direito penal, passa a exigir uma culpabilidade do fato que rechaça qualquer conteúdo moralista na sentença penal, típico em uma culpabilidade do autor.

Acresça-se a isso (3) que a Constituição da República, em seu art. 93, inciso IX, impõe com clareza que todas as decisões judiciais devem ser “fundamentadas, sob pena de nulidade”. Este preceito, longe de ser uma exigência formal, consagra uma garantia material do cidadão: a de que nenhuma decisão estatal capaz de restringir sua liberdade será tomada senão com base em motivos controláveis, objetivamente reconhecíveis, e tecnicamente passíveis de contestação.

Aury Lopes Júnior (2019, p. 124) de forma pragmática afirma que é necessário superar a visão cartesianista moderna do juiz como “boca da lei” e

assumir a subjetividade no ato de decidir, mas sem cair no extremo do decisionismo. Para o autor, a legitimação do poder do juiz decorre do vínculo estabelecido pelo caráter cognoscitivo da atividade jurisdicional, não da vontade da maioria ou de uma suposta moralidade majoritária. A decisão deve estar limitada pela prova produzida no processo, com observância das garantias fundamentais e devidamente fundamentada. Quando na sentença se afirma, por exemplo, que a prática de um crime perante uma criança é reprovável (CNJ, 2022, p. 48), o juízo realizado a partir do mero senso ético subjetivo do julgador é impossível de se falsear ou contestar, pois se trata de um ato de vontade sem qualquer fundamentação jurídica concreta ou principiológica.

O próprio (4) princípio do *ne bis in idem*, sempre defendido e supostamente preservado no cálculo da pena, é transgredido a partir dos jogos de linguagem ínsitos da textura aberta do atual conceito de culpabilidade. Afirma-se genericamente que “o mesmo elemento fático não deve ser reaproveitado como elementar do tipo e como circunstância judicial”, mas, com o maleável conceito de reprovabilidade, basta uma troca de termos: na fundamentação do tipo penal, o juiz reconhece o crime qualificado pelo motivo torpe (art. 121, § 2º, I, CP) por registrar que “houve planejamento prévio” (CNJ, 2022, p. 44). Em seguida, na etapa da graduação da culpabilidade, o mesmo fato de planejar o crime reaparece como “intenção fria e cálculo meticuloso”, servindo agora para exasperar a pena-base — uma singela troca de rótulo que dribla a proibição de usar o mesmo elemento fático duas vezes (CNJ, 2022, p. 43).

Finalmente, (5) o mais desconcertante dos problemas está na completa desconexão entre a circunstância judicial *culpabilidade* e toda a rica evolução dogmática da teoria do delito, na qual a epistemologia jurídica alcançou significativos avanços no último século. Tal afastamento parece ter um fundamento constitucional técnico: a reanálise dos elementos da culpabilidade na aplicação da pena resultaria em *bis in idem*, uma vez que a presença destes já foi constatada na condenação. É a posição de parte da doutrina que reproduz fielmente as conclusões jurisprudenciais como Rogério Sanches Cunha (2014, p. 381) que chega a afirmar que a circunstância judicial nada tem a ver com o terceiro substrato do conceito de crime. Ricardo Schmitt (2020, p. 127) afirma que o juiz deverá analisar o grau de censura social da conduta do agente e concluir pelo maior ou menor índice de reprovabilidade não apenas em razão

das circunstâncias do caso concreto, mas também através de um cotejo destas com as demais circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal sem que isso resulte em um reexame da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Busato (2018, p. 846) parece concordar com esta visão, afirmando que, enquanto circunstância judicial, a culpabilidade deve ser entendida como um “juízo de intensidade da reprovação e não diz respeito a aspectos da culpabilidade como elemento do crime, afinal, o agente já está condenado”, de forma que tal análise levaria ao *bis in idem*. Esclarece o autor que a culpabilidade será o filtro interpretativo das demais circunstâncias e ainda que, na fixação da pena-base, o julgador deve buscar responder o quão reprovável é a atitude do agente em face de todas as outras circunstâncias judiciais.

Parece-nos que todas as posições acima estão equivocadas. Primeiramente, a comum afirmação de que a culpabilidade enquanto circunstância judicial consiste na graduação da reprovabilidade da conduta acaba por resultar, como já dissemos, em uma abertura semântica que permite qualquer manejo retórico em prol da exacerbação da pena-base. O acréscimo feito por Busato não parece tornar a aplicação da circunstância mais adequada, pois, sob o pretexto de fugir de suposto *bis in idem*, o autor, seguindo a tendência jurisprudencial, afasta semanticamente a culpabilidade enquanto substrato do crime da culpabilidade enquanto limite da pena, mas acaba por permitir claro *bis in idem* ao afirmar que esta última serve como filtro interpretativo das outras circunstâncias judiciais. Se o grau de reprovabilidade do agente deve se referir aos antecedentes, à personalidade, aos motivos etc, parece óbvio que haverá redundância punitiva na verificação dupla de tais critérios. Ademais, tamanha autorreferência anula a própria utilidade e autonomia desta circunstância judicial enquanto instrumento dosimétrico.

São mais adequados os aportes de Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 523) para quem o Código Penal incorreu em “impropriedade metodológica” no momento em que inseriu a culpabilidade como circunstância judicial, pois permitiu a confusão semântica que testemunhamos na jurisprudência: sob o pretexto de evitar *bis in idem*, reservam à circunstância dosimétrica um conceito simplório e servil à conveniência decisionista. O autor frisa que embora a riqueza histórica inegável do vocábulo pressuponha certa polissemia, a culpabilidade

não pode ter um sentido para a teoria do crime e outro, poroso e bem menos denso e rico, para a teoria da pena.

Por fim, percebe-se que a atual jurisprudência nacional, embora apresente inegável avanço em determinados institutos quando comparamos com antigas arbitrariedades legais, falha em instaurar qualquer inovação real de contenção do poder punitivo. As construções da *práxis* contemporânea contentam-se em remendar a velha estrutura, perpetuando um sistema que, apesar de revestido de discursos críticos, mantém intacta a faculdade estatal de infligir sofrimento sem critério verdadeiramente vinculante.

Em suma, os critérios de culpabilidade do relatório funcionam como fachada de racionalidade, enquanto, na prática, reforçam a arbitrariedade judicial e falham na missão de redução de danos que a Constituição atribui.

Constatada a necessidade de reconstruir a aproximação entre a teoria da pena e a dogmática da teoria do delito com vistas à redução de danos na mais complexa das circunstâncias judiciais, é necessário traçar uma diacronia das teorias da culpabilidade para deduzirmos os possíveis conceitos do instituto enquanto medida de pena.

6.2 Evolução histórica das teorias da culpabilidade: da teoria psicológica à normativa

Cláudio Brandão (2019, p. 223) ensina que a construção do conceito de culpabilidade não foi unívoca ao longo da edificação das ideias penais. O gérmen do instituto se deu ao direito romano que, apesar de não criar uma teoria da culpabilidade, desenvolveu a doutrina da imputabilidade e o estudo do dolo e da culpa. Já no século XIX, a sistematização conceitual da culpabilidade foi produzida pela doutrina de Binding, contudo, foi apenas Franz Von Liszt (1927, p. 290) que, seguindo os passos de Von Ihering ao dividir o ilícito civil em dois substratos, criou o conceito analítico de crime, dividindo-o no fato antijurídico e na culpabilidade. Esta última era definida por Liszt como o vínculo psíquico entre o autor da conduta e o resultado por ela produzido. Tal liame se expressava pelo dolo e pela culpa que operavam como formas ou espécies de culpabilidade, enquanto a imputabilidade era seu pressuposto. Tratava-se da **teoria psicológica da culpabilidade**. Concordamos com Leonardo Siqueira (2022, p.

74) quando diz, em obra destinada a desvendar a influência que a culpabilidade exerce sobre a medida de pena, que a teoria psicológica oferece mero conceito descritivo que serve à imputação subjetiva do resultado, mas não permite a quantificação da culpabilidade e, portanto, é pouco útil à dosimetria da pena.

O giro conceitual do instituto ocorreu com a obra de Reinhard Frank (2004, p. 40-42), a partir da qual o terceiro substrato do crime passou a ser também considerado um juízo de reprovação. Embora não tenha perdido seu componente psíquico, já que dolo e culpa ainda continuaram como seus elementos, a culpabilidade passou a ser definida também como vínculo normativo que girava em torno do conceito de reprovabilidade. Para Frank, além do dolo e da culpa, a presença da culpabilidade dependia de um juízo de valor acerca da normalidade das circunstâncias concomitantes à conduta, que poderiam diminuir, aumentar ou até excluir a culpabilidade. Estas circunstâncias deveriam ser definidas pelo legislador, mas o juiz poderia levar em consideração os fatos concomitantes que, para o agente, representavam um perigo.

A partir dos ensinamentos de Frank, vários autores contribuíram para o desenvolvimento dos elementos normativos da culpabilidade, aproximando-a do seu conceito atual, destacam-se: Goldschmidt, Freudenthal e Mezger.

Goldschmidt (apud Bitencourt, 2020, p. 463) criou a diferença entre norma jurídica e norma de dever. A primeira seria ligada ao injusto, isto é, diz respeito à contrariedade entre a conduta externa e a norma jurídica, enquanto a segunda se refere à culpabilidade, pois a norma de dever exige que o agente se motive pelas representações de valor jurídico e não pelos seus próprios interesses. A culpabilidade transformou-se em espécie de vinculação psíquica a uma escala de valores que estruturam o juízo de reprovação, o que foi fulcral para a criação da consciência da ilicitude, o que deu relevância jurídica ao erro de direito.

A contribuição de Berthold Freudenthal foi relativa à doutrina da exigibilidade de conduta diversa, que o autor reputava como o elemento diferencial entre a conduta culpável e inculpável. Para Freudenthal, a culpabilidade é a “desaprovação do comportamento do autor quando podia e devia comportar-se de forma diferente” (FREUDENTHAL, *apud* BITENCOURT, 2020, p. 464).

Mezger (1955, p. 189) foi, todavia, o grande propagador do giro normativo da culpabilidade. Para este autor, a culpabilidade seria o “conjunto daqueles pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica”. Trata-se da fórmula neokantista na perspectiva mais bem acabada.

A concepção de Mezger, entretanto, também adquire facetas eticizantes quando afirma que a culpabilidade seria, enquanto juízo de reprovação, a expressão juridicamente desaprovada da personalidade do agente. Leonardo Siqueira (2022, p. 92-93) afirma que a formulação de Mezger se aproxima perigosamente de um direito penal do autor que, embora inconstitucional, uma vez violador do princípio da secularização e do próprio princípio da culpabilidade, é bastante consonante com a posição adotada nos tribunais brasileiros que não veem problema em utilizar expressões como “habitualidade criminosa” para valorar negativamente a culpabilidade.

Enfim, com Mezger, se consolidou a **teoria psicológica-normativa da culpabilidade**, pela qual a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa passaram a figurar como elementos da culpabilidade em conjunto com a culpa e o dolo (que era normativo e incluía o conhecimento da ilicitude).

A partir da década de 1930, Hans Welzel, com a teoria finalista da ação, reestruturou a dogmática do delito e deslocou o dolo, com seus elementos psicológico-descritivos, para o fato típico, mantendo na culpabilidade apenas os elementos normativos que a ela haviam sido acrescentados pelos supracitados autores. Com a retirada dos elementos psicológicos do terceiro substrato do conceito de crime, estava finalizada a **teoria normativa pura da culpabilidade**, que a conceitua como um juízo de reprovação pessoal do injusto penal, dotado de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Para Welzel (2001, p. 87), a culpabilidade é a expressão de reprovabilidade, baseada na capacidade do agente de adequar a orientação de sua vontade à orientação da norma. A liberdade da vontade e a capacidade de agir de outra forma passa a ser o fundamento material do conceito de culpabilidade.

Para parte significativa da doutrina brasileira,⁶³ o Código Penal adotou a teoria normativa pura a partir da reforma da parte geral operada em 1984. Esta teoria, que se fundamenta materialmente na liberdade da vontade, já nos permite, a partir do processo de valoração cujos critérios devem ser extraídos do próprio ordenamento jurídico, graduar a culpabilidade e, com isso, medir sua influência na dosimetria da pena.

6.3 O conceito material da culpabilidade e sua ligação com a medida da pena

Após o estabelecimento do conceito normativo de culpabilidade, a doutrina pós-finalista continuou a discutir seu conteúdo material. Isso porque, conforme afirmam Roxin e Luís Greco (2024, p. 1148), a teoria normativa define a culpabilidade como juízo de reprovabilidade, mas ainda é necessário definir os requisitos substanciais dos quais a reprovabilidade depende.

Para os fins deste trabalho, focaremos em 5 construções acerca do conceito material de culpabilidade: (1) o poder de agir de maneira diversa de Welzel, (2) a dirigibilidade normativa de Roxin, (3) a culpabilidade como ausência de motivação jurídica de Jakobs e (4) o déficit de lealdade ao direito de Kindhäuser e, finalmente, (5) a culpabilidade por vulnerabilidade social de Zaffaroni.

A história recente da teoria do delito consolidou o conteúdo da **culpabilidade como o poder-agir-diversamente**, isto é, no fato de ter o agente livremente optado por praticar o injusto penal quando podia e devia agir de outra maneira.

Welzel (2001, p. 87-88) enxergava o livre arbítrio e a autodeterminação humana como elementos que compõem ontologicamente o comportamento do homem, verdadeiras estruturas lógico-real que diferencia o produto da ação humana dos eventos produzidos pelo acaso ou por outros seres da natureza.

Em um elucidador exemplo, Welzel (2001, p. 141) conta como é fácil cair em erros de escrita em determinadas palavras quando se escreve por muito tempo de forma desatenta. Quando o escritor se dá conta do equívoco e volta a

⁶³ É, por exemplo, a posição de Brandão (2019, p. 232), Bitencourt (2020, p. 468), Cirino dos Santos (2017, p. 279) e Regis Prado (2019, p. 602).

escrever com propósito, a tendência associativa que o faz errar nas mesmas palavras ainda estará lá, porém, é possível superar este ímpeto através do ato livre e dirigido para, então, se escrever corretamente. Nesta anedota, a tendência de errar representa os eventos causais, definidos por processos cegos. A capacidade, ínsita ao ser humano, de dirigir sua vontade para superação destes processos e tendências é o que o torna culpável. É a estrutura lógico-objetiva em que se baseia materialmente a culpabilidade.

Embora seja inegável a hegemonia de tal conceito na doutrina (por ser o fundamento da teoria normativa pura da culpabilidade), a óbvia crítica se refere à indemonstrabilidade empírica do livre-arbítrio. Conforme Roxin e Luís Greco (2024, p. 1149-1150) afirmam, a tradicional perspectiva da culpabilidade é insustentável perante a impossibilidade de se demonstrar cientificamente a presença de um poder-agir-diversamente. Os autores comentam que é usual na doutrina a tentativa de escapar desta aporia a partir de um conceito social de culpabilidade: a capacidade de agir de forma diversa deve ser aquilatada a partir de um conceito de um homem médio, isto é, das regras gerais de experiências. Tal flexão parece ainda mais ilógica aos autores, uma vez que o agente estaria sendo repreendido por não ter alcançado um conceito imaginário de probidade que outras pessoas possivelmente possuem, o que faz com que a análise deixe de ser um juízo de reprovação pessoal e se aproxime de um julgamento moral conforme padrões socialmente aceitos, o que fere o princípio da secularização.

Concordamos com as críticas por considerarmos o instituto do livre-arbítrio uma abstração metafísica de pouca utilidade para a ciência jurídica (ou para qualquer ciência que seja), uma vez que sua utilização como base ou instrumento de mecanismos jurídicos sempre resulta em aporias insolúveis de pouca utilidade para resolução dos concretos problemas jurídicos.

Como solução do problema da indemonstrabilidade do poder-agir-diversamente, Roxin (2024, p. 1160-1162) propõe, como fundamento material da culpabilidade, a **dirigibilidade normativa**. Para o autor alemão, a culpabilidade deve ser entendida como o agir ilícito apesar da capacidade de ser destinatário de normas, isto é, a culpabilidade será plena se, ao tempo da conduta, o agente possuía à disposição de sua psique a possibilidade de decisão no sentido do comportamento orientado segundo a norma. Nesta ordem de ideias, a definição deixa o campo da abstração desenhada por Welzel e passa a

ser tributária das técnicas de psicologia e psiquiatria que desenvolvem critérios empíricos de avaliação.

A perspectiva de Roxin (2008, p. 139) é ilustrada com notório exemplo. Imaginemos que desrespeitar o sinal vermelho ao conduzir veículo automotor seja conduta prevista em um tipo penal. Caso percebamos que o agente esperou o sinal abrir em todos os momentos do seu dia, mas, quando percebeu que estava atrasado para o trabalho, acelerou, ultrapassando o sinal vermelho, podemos concluir que o injusto penal foi culpável. O singelo exemplo demonstra o esforço de Roxin para trazer a análise material da culpabilidade para a esfera empírico-objetiva, fugindo elegantemente da abstração metafísica, das discussões filosóficas sobre a indemonstrabilidade do livre-arbítrio e do combalido conceito de “homem médio” ou das “regras gerais de experiência” que abrem brecha para juízos arbitrários ou eticizantes.

Roxin (2024, p. 1167) defende que, com o conceito acima, a culpabilidade pode exercer uma função garantista-liberal de proteção do indivíduo e limitação do poder punitivo. Contudo, o injusto culpável não seria o bastante para a criminalização. A punibilidade ainda dependeria da necessidade de pena a partir de uma ótica preventiva geral-positiva. Assim, o terceiro elemento do crime seria a *responsabilidade*, composta da culpabilidade (cujos elementos seriam analisados sob o prisma da dirigibilidade normativa) e da necessidade de pena a partir de premissas de prevenção geral positiva.

Tal operação é parte essencial do chamado **funcionalismo teleológico**, pelo qual Roxin (2008, p. 79-80) pretende superar a velha barreira divisória entre o direito penal (enquanto dogmática jurídica) e a política criminal do Estado Social e Democrático de direito. Com este intuito, o autor pretende funcionalizar as categorias jurídicas da teoria do delito: o injusto penal passaria a ser marcado pela teoria da imputação objetiva (que condicionaria a imputação do resultado típico à criação ou incremento do risco proibido ao bem jurídico, a realização do risco no resultado e a inclusão deste na esfera protetiva da norma incriminadora), enquanto a imputação subjetiva se resumiria na responsabilidade (culpabilidade e necessidade de pena).

O autor funcionalista entende que a culpabilidade serve, nos termos acima descritos, como fundamento e, ao mesmo tempo, como limite da pena, embora

os critérios para estes dois papéis sejam distintos na legislação alemã (ROXIN; GRECO, 2024, p. 1184).

É evidente que a posição roxiniana se mostra mais robusta e científica do que a tese de Welzel (embora esta seja fundada em adágios filosóficos milenares). Contudo, não é isenta de **críticas**.

Primeiramente, a introdução da necessidade de pena na teoria do delito a partir de uma visão preventiva acaba herdando todos os incontáveis problemas que as teorias da prevenção colecionam, mesmo na vertente da prevenção geral positiva (conforme desenvolvemos no capítulo 2).

Com a integração da perspectiva preventiva geral positiva ao próprio conceito de crime por motivos político-criminais, abre-se a possibilidade de endurecimento penal para crimes menos graves, afinal, seria fácil criar um discurso de necessidade da punição para reestabelecimento da fidelidade ao direito ou estabilização da norma.

Ademais, Leonardo Siqueira (2022, p. 116), de forma precisa, afirma que o suposto mérito da dirigibilidade normativa, isto é, a capacidade de trazer a análise da culpabilidade para a esfera empírico-objetiva, é questionável, uma vez que Roxin não cria critérios evidentes para tal verificação, pois acaba por relegar à psicologia e à psiquiatria os estudos sobre a capacidade psíquica de autodeterminação o que, por um lado, se mostra irrealista, pois, se levado à sério, tal conceito obrigaria a presença de um profissional da saúde mental perante à mínima dúvida quanto à dirigibilidade do agente (e não apenas quanto à imputabilidade) e, por outro, parece se aproximar de um argumento de autoridade: como se a cientificidade das ciências *psi* afastassem qualquer dúvida ou questionamento possível sobre a constatação empírica da qual a culpabilidade depende.

Entendemos, contudo, que a proposta roxiniana seja mais sólida e garantidora de maior segurança jurídica e cientificidade do que a clássica visão de Welzel perante a indemonstrabilidade do livre-arbítrio enquanto ancoragem ontológica da culpabilidade, embora nenhuma das duas seja adequada ao modelo agnóstico.

A terceira teoria é de Günther Jakobs (1998, p. 9-14) que defende uma **culpabilidade como atribuição segundo necessidades preventivo-gerais**. O professor da Universidade de Bonn faz uma crítica mordaz ao entendimento de

que a culpabilidade deveria ser entendida como um juízo de reprovação pessoal. Para o autor, a punição não depende das capacidades psíquicas do agente, nem mesmo do poder-agir-diversamente, mas, precipuamente, da punição ser ou não indicada para se estabilizar a ordem social.

Jakobs (1998, p. 48), inicialmente baseado na teoria dos sistemas sociais de Luhmann, entende que a pena é espécie de negação da conduta criminosa para estabilização das expectativas normativas. Trata-se da prevenção geral positiva fundamentadora, cuja necessidade acaba por colonizar o conceito material de culpabilidade: o injusto será culpável quando a pena for necessária para estabilizar a norma e garantir a fidelidade ao direito e a confiança na ordem social. Seguindo o raciocínio, a inimputabilidade do agente somente resultará na isenção de pena caso seja possível sua internação para tratamento. Inexistindo tratamento possível, a perturbação psiquiátrica não terá efeito exculpatório, não importa o quanto esta impacte a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou agir de acordo com a norma, uma vez que a ausência da resposta penal poderia perpetuar a turbação da expectativa normativa.

Existem devidas **críticas** àquela que parece a mais problemática das teorias já apresentadas.

Jakobs parece confundir a finalidade preventiva da pena com a própria culpabilidade, a ponto de afirmar que a exculpação deve depender da possibilidade de resolução do conflito de outra forma, independentemente da capacidade do agente ou das circunstâncias do crime. Assim, a culpabilidade não seria algo analisado empiricamente conforme o fato ou conforme a autonomia do autor do injusto, o que esgotaria a capacidade de limitação da pena a partir do conteúdo material da culpabilidade.

Roxin e Greco (2024, p. 1155) afirmam que a teoria de Jakobs levaria a uma verdadeira instrumentalização do indivíduo aos fins preventivos do sistema penal, o que, em última análise, e com maior intensidade, se percebe em seu direito penal do inimigo. Os autores também defendem que a perspectiva jacobiana esbarra em objeções de natureza constitucional, pois violado está o princípio da isonomia, da proporcionalidade e, principalmente, da culpabilidade e, ademais, Jakobs não oferece qualquer critério convincente para produzir uma “estabilização das expectativas normativas”, apenas dando a entender que isto

sempre ocorreria a partir da aplicação de toda e qualquer pena, em uma presunção abstrata impermeável ao pensamento criminológico.

Leonardo Siqueira (2022, p. 128), com razão, afirma que Jakobs não consegue (cremos que nem tenta) esconder o autoritarismo de seu posicionamento que acaba defendendo que os padrões e valores encampados pelo direito positivo devem sempre ser defendidos por meio da aplicação da pena para que não se enfraqueça o combate aos “infiéis” ao ordenamento, independentemente da capacidade ou das circunstâncias do fato.

Kindhäuser (1996, p 18) apresenta proposta que se aproxima da tese de Jakobs, mas que pretende corrigi-la a partir de fundamentos comunitaristas. Em sua **teoria do déficit de lealdade ao direito**, o autor propõe a divisão da culpabilidade em duas dimensões. (1) A culpabilidade formal seria o próprio juízo de reprovação baseado no fato de que a motivação que levou o agente a violar a norma não foi vencida pelo respeito ao ordenamento. (2) O conteúdo material da culpabilidade se refere à razão pela qual a motivação de violar a norma acabou vencendo.

É possível que a prática do injusto seja ocasionada por má compreensão culturalmente condicionada da norma ou por um déficit biopsicológico ou circunstância accidental, situações nas quais podem atuar as causas de exculpação, uma vez que o sentido da norma violada não está sendo posto em xeque. Entretanto, o sentido material da culpabilidade estaria presente caso o agente tenha praticado o comportamento desviado por conta de um *abandono da comunidade*, isto é, pela violação do dever de lealdade ao ordenamento jurídico, pois o respeito a este consubstancia a integração ao dever de obtenção do bem-estar comunitário. Somente quando a motivação do sujeito é reveladora deste desrespeito à corresponsabilidade de cada cidadão é que o conteúdo material da culpabilidade (e, por conseguinte, a necessidade de pena) se faz presente (KINDHÄUSER, 1996. p. 31-32).

Neste sentido, Kindhäuser (1996, p. 53) acaba por afirmar que o conceito material de culpabilidade está na falta de lealdade ao direito, revelada pela intencional violação ao acordo social plasmado no ordenamento positivo.

A tese aqui apresentada parece contornar parte dos problemas da proposta de Jakobs ao estabelecer que a culpabilidade não se condiciona à mera necessidade preventiva de pena, mas as perspectivas se aproximam quando

Kindhäuser defende que a necessidade de pena surge a partir do déficit de lealdade ao bem-estar comunitário que o ordenamento jurídico positivo encampa. As principais críticas a esta perspectiva também surgem desta problemática visão.

Busato (2018, p. 525) é preciso ao afirmar que a posição de Kindhäuser parece confundir o ordenamento jurídico positivo com a própria expressão comunicativa do consenso e da integração social, ignorando todas as interferências políticas, econômicas e sociais das quais padecem o processo legislativo.

A teoria do déficit de lealdade ao direito, ademais, por se apegar à prevenção geral positiva, acaba compartilhando de todos os seus problemas evidenciados pelo caráter criminogênico da pena e pela seletividade estrutural do sistema penal que se mostram antitéticos à ideia de integração a partir da punição.

Finalmente, analisemos a perspectiva de Eugênio Raul Zaffaroni (2005, p. 246) que afirma que a culpabilidade pode servir como conexão punitiva entre a teoria do delito e a pena, funcionando como limitação ao sistema punitivo, ao qual atribui função política beligerante que deve ser contida e racionalizada (embora não possa ser legitimada) pela dogmática jurídica. Para isso, a culpabilidade, sem abandonar por completo sua base normativa tradicional, deve incorporar elementos dados pela criminologia crítica.

A teoria da coculpabilidade foi a primeira criada nesta toada: Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 529) afirmam que o âmbito de autodeterminação do sujeito é sempre influenciada por suas condições socioeconômicas e por diferentes circunstâncias e oportunidades. Tendo em vista que a Constituição Federal estabelece direitos sociais que deveriam garantir o mínimo de dignidade e igualdade de oportunidade aos cidadãos, é forçoso reconhecer que a sociedade compartilha parte da responsabilidade pela marginalização dos desviados, o que deve refletir no momento de reprovação da culpabilidade. A resposta criminalizante deverá ser mais branda conforme a autonomia do sujeito que a realizou se mostre anulada pela sua própria marginalização.

Nilo Batista ressalta os méritos da coculpabilidade, pois esta:

Faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu. A capacidade de agir de outra forma daqueles dos quais foram sonegadas as mínimas possibilidades de inclusão social não pode ser julgada pelos mesmos critérios dos indivíduos que possuem as melhores oportunidades sociais e econômicas (BATISTA, 2005, p. 105).

O próprio Zaffaroni (2002) afastou-se relativamente da teoria da coculpabilidade perante sua insuficiência além de problemas sistêmicos. Segundo o professor argentino, a teoria pode produzir a errônea inferência de que de que a pobreza é a causa de todos os delitos. Isso poderia gerar um preconceito que, se fosse corrigido, poderia resultar em autorizar mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode levar a um direito penal classista em duas velocidades. Em terceiro lugar, a teoria não encara o principal fator do sistema punitivo contemporâneo: a arbitrariedade de sua seletividade estrutural.

Para Zaffaroni (2007, p. 36), o caráter político e beligerante do sistema punitivo se percebe desde a formação da civilização, manifestando-se ora como força de eliminação de dissidentes, ora como mecanismo de neutralização e extermínio daqueles que não se adequam às relações de produção e consumo. Para o autor argentino, uma parte da sociedade é mantida imunizada contra as agências encarregadas da persecução penal pela mera seletividade estrutural do sistema: a maior probabilidade de criminalização não se relaciona com a frequência ou gravidade dos desvios praticados, mas depende precipuamente dos fatores de vulnerabilidade de cada agente.

Nesta ordem de ideias, Zaffaroni (2017, p. 42-44), a partir dos aportes da criminologia crítica e da farta estatística criminológica das últimas décadas, afirma que a característica estrutural precípua dos sistemas penais atuais é sua seletividade. A probabilidade de um traficante de drogas ou de um indivíduo que pratica crimes patrimoniais típicos da criminalidade urbana (como furtos, roubos ou pequenos estelionatos) ser capturado pelos filtros de criminalização do sistema penal é exponencialmente maior do que as chances do insuspeito cidadão de classe média que, ao comprar um imóvel, pratica múltiplos delitos contra a fé pública, ordem econômica, administração da justiça e ordem tributária

sem jamais temer qualquer reproche.⁶⁴ Tal seletividade, para o autor, é estrutural e não meramente acidental: caso todos os delitos diariamente praticados fossem subitamente criminalizados, todas as instâncias e mecanismos do sistema penal, da investigação pré-processual à execução penal em todos os regimes prisionais, ficariam indubitavelmente paralisados. Ademais, a cifra oculta da criminalidade sempre será infinitamente maior do que o número de desvios que chegam às luzes dos atores da persecução penal.

Diante desta constatação, cotejada com a já discutida crise dos fundamentos discursivos do castigo, Zaffaroni (2017, p. 44-45) chega a uma sofisticada concepção: a eticização do poder punitivo é uma busca fadada ao fracasso, especialmente em países como os da América Latina nos quais, além da onipresente seletividade, o *jus puniendi* escapa ao controle da própria legalidade, o que se dirá dos mais complexos princípios penais. Neste cenário, é impossível encontrar uma fórmula justa para a graduação da culpabilidade do agente baseada na reprovação, na autodeterminação, na capacidade de agir diversamente ou na necessidade da pena para a garantir à fidelidade ao direito. Entretanto, a operacionalidade das agências persecutórias nos permite medir um fator perfeitamente palpável: o esforço desempenhado pelo criminalizado para ser capturado pelos filtros de seletividade do poder punitivo, o que costuma ser proporcional ao grau de vulnerabilidade social.

Zaffaroni (2017, p. 42) observa que agentes com significativa vulnerabilidade precisam de menor esforço para serem selecionados pelos órgãos de repressão. Este atributo diz respeito a tudo que remete aos estereótipos de criminoso que se perpetuam a partir da cultura, dos costumes e, principalmente, da prática reiterada das agências persecutórias. Além da natureza do crime praticado (que não se comunica necessariamente com sua gravidade social) trata-se de características étnicas, raciais, de vestimenta, de hábitos, de orientação e identidade gênero, mas, acima de tudo, socioeconômica: os criminalizados tendem a ser selecionados a partir das camadas mais desprestigiadas da população sob o aspecto da renda. O

⁶⁴ E o que dizer dos responsáveis pela atividade especulativa que leva a gravíssimas crises financeiras como a bolha imobiliária de 2008 que a ruína de milhares de empresas e jogou na miséria incontáveis famílias, ou ainda dos praticantes de delitos funcionais como peculato, concussão, prevaricação e advocacia administrativa tão comuns e enraizados em parte de nossa cultura?

estereótipo dos criminalizados é criado a partir de uma compreensão holística dos atributos da camada mais pobre.

Para o grupo de menor vulnerabilidade social, quase sempre a camada mais abastada da sociedade, desde um empresário que pratica fraudes trabalhistas ou previdenciárias na administração de sua empresa ao funcionário público que rotineiramente realiza atos de concussão e peculato, a criminalização é uma realidade muito remota. Dito em outros termos, o esforço necessário para que estes agentes sejam capturados pelas agências de persecução penal é enorme, significativamente maior do que o habitualmente necessário para a mera prática dos ilícitos. A culpabilidade destes é plena.

Entretanto, há aqueles que possuem alta vulnerabilidade social, por incidir em múltiplos dos fatores que compõem o estereótipo do criminoso digno de persecução: imaginemos um homem jovem, de baixa renda, de pele preta ou parda, que mora em regiões periféricas das grandes cidades (normalmente em comunidades carentes, favelas ou aglomerados) e que pratica crimes contra o patrimônio ou tráfico de drogas e seus delitos auxiliares. A criminalização deste não é apenas altamente provável, mas costuma ser um “obstáculo” esperado na carreira criminal de jovens delinquentes. O esforço necessário para ser visto pelos filtros da persecução é patentemente simples e se confunde com aquele necessário para a mera prática do crime. Para estes indivíduos, a realidade revela uma culpabilidade mitigada, que poderia levar a uma pena-base mais branda.

Nas palavras do autor:

Mas o esforço para alcançar essa situação concreta de vulnerabilidade não é apenas o que deve ser reprovado do ponto de vista ético — é também o único que pode ser reprovado no plano fático.

De fato: o direito penal é teorizado com um objetivo prático — ser aplicado pelos juízes. E os juízes têm maior margem de manobra para conter o poder punitivo quando esse esforço foi pequeno, e menor margem quando o esforço foi grande.

Um juiz, em uma sociedade mais ou menos democrática, sem medo de ser estigmatizado ou linchado midiaticamente, pode aplicar uma pena menor a um pequeno ladrão. Mas não goza do mesmo arbítrio quando se trata de um financista que perdeu a cobertura por violar as regras entre os grandes delinquentes das corporações transnacionais (ZAFFARONI, 2017, p. 44).

É claro que existem críticas à concepção de Zaffaroni. Destacamos a de Leonardo Siqueira (2022, p. 144) que afirma que tal conceito de vulnerabilidade dificilmente se diferencia da mera pobreza econômica e que, ao tentar fugir do caráter eticizante da construção normativa da culpabilidade, Zaffaroni apenas oferece uma nova construção moral, tomando por supostamente objetivos os valores que (subjetivamente) constrói.

Busato (2018, p. 527-528), apesar de não rechaçar a relevância das posições de Zaffaroni e de admitir que estas poderiam encontrar espaço em nosso direito positivo, tanto no art. 59 quanto 66 do CP, acaba por afirmar que as soluções apresentadas caminhariam para resultados semiabolicionistas que somente se coadunam com um ponto de vista criminológico mais radical.

Apesar da eloquência das críticas, cremos que estas não são contundentes o bastante para afastar a pertinência das teorias de Zaffaroni. Leonardo Siqueira tem razão ao afirmar que, ao afastar o caráter moralizante ínsito da culpabilidade normativa, Zaffaroni acaba por abraçar valores que também possuem certa carga de moralidade e subjetividade. Contudo, é inegável que estes são construídos com base na realidade criminologicamente demonstrada do sistema penal contemporâneo e nos princípios constitucionais que limitam e estruturam o poder punitivo e, por isso, permitem a criação de parâmetros muito mais adequados do que os fundamentos que dependem de perspectivas preventivas, ou da metafísica *capacidade de agir diversamente*, ou do autoritário *déficit de lealdade ao direito*.

Discordamos, entretanto, de que a culpabilidade por vulnerabilidade levaria a um cenário próximo ao abolicionismo. Embora a tese não tenha o propósito de viabilizar o incremento da pena e a verificação de uma culpabilidade exacerbada, sua aplicação é perfeitamente adequada a um sistema penal que permite a viabilização da pena embora com limites quantitativos e qualitativos baseados nos valores constitucionais e na realidade e operacionalidade do sistema penal.

Entendemos, pois, que a teoria de Zaffaroni é perfeitamente compatíveis com o paradigma constitucional e legal brasileiro, bem como com o marco teórico desenvolvido neste trabalho. A culpabilidade por vulnerabilidade social pode nos auxiliar na graduação dos elementos da culpabilidade conforme seu conceito material.

Nesta ordem de ideias, parece-nos pertinente citar o conceito de culpabilidade de Zaffaroni que se demonstra como o mais adequado à realidade constitucional e criminológica brasileira.

(Culpabilidade) seria o juízo necessário para vincular de forma personalizada o injusto ao seu autor e, em cada caso, operar como principal indicador do máximo da magnitude do poder punitivo que se pode exercer sobre este sujeito. Este juízo resulta da síntese de um juízo de reprovabilidade baseado no âmbito de autodeterminação da pessoa no momento do fato (formulados conforme elementos formais proporcionados pela ética tradicional) com o juízo de reprovação pelo esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o sistema penal concretizou sua periculosidade, descontando o correspondente ao seu estado de vulnerabilidade (ZAFFARONI, 2003, p. 520).

O conceito acima preserva as conquistas dogmáticas da teoria normativa sem cair na armadilha da aporia filosófica entre livre-arbítrio e determinismo e ainda consegue integrar a culpabilidade por vulnerabilidade social à fórmula.

Importantes acréscimos são feitos por Salo de Carvalho (2015, p. 240-242) que, na bem-sucedida tentativa de construir uma concepção agnóstica da culpabilidade, ergue seis critérios delineadores para o instituto: (1) a compreensão da arbitrariedade da eleição de valores universais, (2) a admissão da seletividade da criminalização secundária, (3) a aceitação da vulnerabilidade de pessoas de grupos sociais, (4) a verificação do distinto impacto que a pena produz nas pessoas, (5) o reconhecimento da violência produzida a partir da pena, (6) a compreensão do caráter paternalista e higienista da pena correccional.

O elementos trazidos por Salo tem como escopo a incorporação dos dados empíricos da seletividade do sistema penal a um parâmetro de culpabilidade que absorve as críticas aos aspectos preventivos da pena e a alguns tradicionais institutos da dogmática penal (tal como a teoria do bem jurídico), buscando preservar a autonomia, a integridade física e moral do criminalizado. Concordamos com este conceito, embora com reservas. Comungamos com o rechaço aos discursos preventivos e retributivos como instrumentos legitimadores da pena, entretanto, entendemos como contraproducente a adoção de um modelo que se propõe à desabilitação de qualquer instituto que possa viabilizar o poder punitivo, uma vez que devem

restar critérios que nos permitam endereçar os atuais abusos judiciais a fórmulas que permitam o menor grau de irracionalidade, imprevisibilidade e abuso decisionista possível.

Isso posto, entendemos que, na delimitação das semânticas possíveis às circunstâncias judiciais, o conceito agnóstico de culpabilidade acima esboçado deve conviver com um cálculo de pena proporcional ao fato para que não se caia em um discurso deslegitimador generalizante e inócuo. Para isso, determinados institutos com boa aceitação jurisprudencial, como o bem jurídico ou a teoria da imputação, nos serão úteis, ainda que se admita que possuem problemas.

6.4 O que se entende por culpabilidade como circunstância judicial

No que diz respeito à primeira das circunstâncias judiciais, compreendido o conceito de culpabilidade para a jurisprudência (ou a ausência deste), a evolução histórica dos elementos da culpabilidade para a teoria do delito, bem como seu fundamento material, podemos estabelecer um adequado critério para valoração da culpabilidade na primeira fase da dosimetria.

Já afirmamos que a compreensão da culpabilidade pela jurisprudência é problemática, lacunosa e violadora de múltiplos princípios constitucionais. Entendemos que é possível, a partir dos aportes doutrinários e marcos teóricos até aqui desenvolvidos, delimitar um conceito de culpabilidade que seja compatível com os princípios constitucionais e consonante com a agnose relativa por nós adotada. Estes fins podem ser alcançados a partir de três paradigmas: (1) a aproximação entre os critérios de dosimetria e as categorias da teoria do delito, (2) a adoção da pena proporcional ao fato como critério de limitação da hermenêutica judicial, o que demanda o abandono da ideia de reprovabilidade como elemento essencial da culpabilidade, mormente no que se refere às tonalidades de cunho moral e personalista que ainda inundam a jurisprudência brasileira como conseguimos abstrair do relatório GT/CNJ (2022) no início deste capítulo e (3) o abandono de perspectivas preventivas por parte do julgador no momento de dosar a sanção penal perante todas as críticas já expostas às posturas e à absoluta impossibilidade de traduzir, a partir de uma prognose judicial na sentença, uma pena que seja demonstravelmente adequada, necessária e proporcional à prevenção de qualquer ilícito.

Nos proporemos, agora, a concretizar estes três pilares.

É necessário lembrar a crítica de Juarez Cirino (2017, p. 523-525) para quem o legislador, ao substituir o critério da “intensidade do dolo ou grau de culpa” previsto anteriormente no Código Penal, incorreu em impropriedade metodológica uma vez que, já se encontrando como elemento do conceito do crime, a culpabilidade não poderia ser, simultaneamente, mera circunstância judicial. Afirma o autor que o artifício jurisprudencial ao conceber a culpabilidade, na dosimetria da pena, como graduação da censura apenas aprofunda o equívoco, uma vez que o que pode se reprovar é justamente a atitude do agente, enquanto dolosa ou culposa (o que se projeta na própria tipicidade penal) e a culpabilidade, como imputabilidade, consciência do injusto e inexigibilidade de conduta diversa. Por fim, Juarez Cirino admite que a culpabilidade em sentido estrito poderia ser graduada em níveis de consciência do injusto (uma vez que do pleno conhecimento ao erro de proibição haveria algum campo para o trabalho dosimétrico) e no grau de exigibilidade de comportamento diverso (já o mesmo poderia ser dito no que diz respeito à variação entre a inexigibilidade completa e a plena dirigibilidade normativa. Conclui, entretanto, afirmando que a jurisprudência brasileira não costuma realizar a atividade esboçada, mas considera que a avaliação da culpabilidade enquanto circunstância judicial passa pela análise de todos os elementos informadores da pena-base (antecedentes, conduta social, personalidade e etc).

Entendemos que as críticas de Juarez Cirino são procedentes, mas não incontornáveis. Concordamos que a simplória redução da culpabilidade à um juízo de reprovação composto por um amálgama de todas as outras circunstâncias judiciais é solução extremamente problemática, apesar de bastante referenciada na doutrina, primeiramente porque transforma a dosimetria em atividade tautológica que geraria evidente *bis in idem* (uma vez que a desfavorabilidade de várias circunstâncias judiciais acarretaria na negatização da culpabilidade), além de permitir toda vagueza decisionista criticada ao longo deste trabalho. Contudo, a aproximação entre a teoria da pena e a teoria do delito nos concederia o lastro necessário para que a dogmática alcance sua função de dar mais previsibilidade às decisões judiciais.

Esta aproximação já foi defendida e teorizada no capítulo anterior.

Resta, portanto, respondermos: o que se entende por culpabilidade enquanto circunstância judicial?

Defendemos, juntamente com Adriano Teixeira (2015, p. 135) e Tatiana Stoco (2018, p. 54) que a culpabilidade enquanto medida de pena possui dois sentidos interligados. Em sentido amplo, refere-se ao fato de que a pena medida de acordo com a culpabilidade deve ter como parâmetro único a culpabilidade do fato, fundamentada nos elementos da definição analítica de crime. É neste sentido que se interpreta o fato de que a culpabilidade é a principal circunstância judicial e o resumo de todas as outras circunstâncias: cada um dos institutos do art. 59 devem ser valorados tendo como base os elementos do injusto culpável, afastando-se os juízos eticizantes, personalistas ou prevencionistas.⁶⁵ Assim, por exemplo, institutos como a teoria da imputação e os elementos do fato típico devem servir de critério para valoração das “consequências” e “circunstâncias do crime”.

No sentido estrito, a culpabilidade também é a primeira das circunstâncias judiciais e, como tal, deve ser interpretada com base nos elementos da culpabilidade em sentido estrito resguardando-se, como fundamento material, a análise da vulnerabilidade social do condenado.

Assim, na primeira etapa valorativa da culpabilidade, é adequado que o julgador reanalise os elementos que compõem este substrato em sua versão normativa pura, executando, porém, uma graduação e não uma mera verificação binária. É evidente que, para se evitar o *bis in idem*, não se deve fazer novamente um mero juízo positivo ou negativo destes elementos: a dosimetria pede um novo enfoque.

Valiosa construção é feita por Salo de Carvalho (2015, p. 350) que afirma que o escopo da análise de cada um dos elementos da culpabilidade para fixação da pena-base deve ser: (1) medir a extensão da imputabilidade, (2) aferir o nível da consciência da ilicitude e (3) sopesar a medida da exigibilidade de outra conduta. Os critérios para cada um destes juízos residem, contudo, no próprio direito positivo. Estes elementos podem ser graduados segundo uma interpretação lógico-sistemática do próprio estatuto repressivo, lembrando

⁶⁵ É também neste sentido que devem ser interpretados as menções à culpabilidade enquanto medida de pena, como àquela contida no art. 29 do Código Penal.

sempre que as conclusões devem se aproximar de uma culpabilidade do fato, afastando juízos moralistas, personalistas, ou de prognósticos preventivos.

Começemos com a imputabilidade, que pode ser definida, segundo Busato (2018, p. 532) como o conjunto de caracteres que tornam o indivíduo uma pessoa à qual possa ser atribuída uma responsabilidade pelo injusto penal praticado. Segundo Regis Prado (2019, p. 603), estes atributos devem ser aferidos em dois aspectos: o intelectual ou cognitivo, que diz respeito à capacidade de compreender o caráter ilícito dos atos, e o volitivo, referente à capacidade de atuar de acordo com esta compreensão. O Código Penal brasileiro aborda o instituto nos artigos 26 a 28 e os critérios utilizados para identificar os inimputáveis nos dão o ferramental necessário para graduar este elemento da culpabilidade.

Quanto à menoridade. Utilizando um critério meramente biológico, o legislador, no artigo 277 do Código Penal, estabeleceu uma presunção de inimputabilidade a todos os menores de 18 anos. Outrossim, o mesmo diploma estabelece no art. 65, I, uma atenuante genérica para os agentes maiores de 18 e menores de 21 anos. É nítido a presunção legal de que a maturidade etária traz a reboque uma maior capacidade de compreensão da ilicitude. Partindo desta constatação, Salo de Carvalho (2015, p. 352) propõe que as variações etárias limítrofes para a menoridade relativa (idades entre 22 a 24 anos) resulte em uma culpabilidade favorável. Concordamos, porém, defendemos que esta graduação em específico não poderia ser ambivalente: a maturidade da idade adulta revela apenas a plena capacidade biológica de compreensão da ilicitude, o que não é, por si só, reprovável, de forma que um juízo desfavorável da culpabilidade seria, aqui, injustificável. A culpabilidade seria plena na maturidade do agente (e por isso neutra enquanto circunstância judicial) e reduzida (portanto favorável) nas idades limites que demonstrariam imaturidade consonante os dados fáticos contidos nos autos.

Ainda no que tange à imputabilidade, o artigo 26 do Código Penal elenca as doenças mentais ou casos de desenvolvimento intelectual incompleto como possíveis fontes de inimputabilidade. Conforme esclarece Bitencourt (2020, p. 500), não cabe ao jurista listar os sintomas a partir dos quais é possível diagnosticar um transtorno mental, pois esta é tarefa das ciências médicas. Cabe à ciência do direito valorar os efeitos jurídicos dos estados mentais que podem

resultar destas enfermidades. Assim, todo transtorno mental que causa perturbação do psiquismo, dirimindo a capacidade de compreensão do caráter ilícito da conduta, ou da atuação de acordo com este entendimento, pode se adequar aos ditames do artigo 26, o que pode incluir transtornos de desintegração da personalidade, tal qual a esquizofrenia, psicoses ou paranoias. Também a deficiência intelectual, tal como a oligofrenia, pode comprometer os atributos intelectivos e volitivos concernentes à antijuridicidade. Em ambos os casos, o Código Penal adotou um critério biopsicológico pelo qual a presença do transtorno ou deficiência mental somente afasta a imputabilidade quando acompanhada da incapacidade psíquica (intelectiva ou volitiva) tangente à ilicitude. Caso tal incapacidade se apresente como relativa, haverá semi-imputabilidade, resultando na presença de uma culpabilidade mitigada, o que proporciona causa de diminuição de pena.

Transtornos que geram alterações de ordem psíquica que afetam a cognição e o comportamento, mas que não são intensos o bastante para gerar diminuição de pena por semi-imputabilidade, poderiam, segundo Salo de Carvalho (2015, p. 352), ser sopesados como causas de uma culpabilidade mais favorável ao agente. Como exemplos, podem ser elencados fobias, estados de depressão ou *burnout*. Novamente, defendemos que tais valorações poderiam apenas beneficiar o acusado.

O Código Penal apresenta uma terceira possibilidade de inimputabilidade: a embriaguez provocada por caso fortuito ou força maior. Não enxergamos, contudo, como tal situação (extremamente rara e casuística) poderia contribuir para a construção de parâmetros para graduação da pena-base. Mormente pelo fato de que, conforme esclarece Juarez Tavares (2018, p. 461-462) o legislador brasileiro adotou, quanto ao tratamento da embriaguez, a teoria da *actio libera in causa*, que antecipa a análise da capacidade intelectual e volitiva para momento contemporâneo à ingestão da substância.⁶⁶

Passemos ao próximo elemento da culpabilidade. A potencial consciência da ilicitude é definida por Cláudio Brandão (2019, p. 233) como a percepção de que determinada ação é juridicamente desvaliosa. Não se confunde com o

⁶⁶ Os múltiplos problemas, teóricos e práticos, oriundos da adoção da teoria também extrapolam o escopo deste trabalho. Recomendamos a leitura do elucidador capítulo do tratado de Juarez Tavares (2018, p. 461-464).

conhecimento da lei, não se tratando, pois, de uma consciência da antijuridicidade formal. Segundo o citado autor, a mais aceita das teorias para determinação e conceituação da consciência da ilicitude material é a valoração paralela na esfera do profano, por meio da qual se analisa se o agente, de acordo com seu próprio ambiente cultural, tinha acesso ao conhecimento de que a conduta praticada é reputada injusta pelo direito. A completa ausência deste conhecimento culturalmente condicionado levará ao erro de proibição inevitável, causa de exclusão da culpabilidade conforme artigo 21, caput do Código Penal. Caso inexista a consciência atual da ilicitude, mas permaneça a potencial, nos contextos em que a valoração paralela na esfera do profano revele lastro cultural condizente com este conhecimento, aplicar-se-á, causa de redução de pena, conforme o parágrafo único do supracitado artigo.

Salo de Carvalho (2015, p. 353) acertadamente afirma que a formação intelectual, técnica e experiência profissional do agente pode ainda ajudar na graduação deste elemento da culpabilidade. A consciência da ilicitude pode estar mais ou menos presente conforme a educação formal e riqueza cultural do agente no que diz respeito ao contexto do fato punível. Que fique claro que o grau de instrução do sujeito, por si só, jamais poderá revelar uma culpabilidade desfavorável, pois isto desaguaria em evidente direito penal do autor. O que o julgador deve fazer é cotejar a formação intelectual, profissional e cultural do agente com o conjunto de conhecimentos necessário para se ter plena consciência da ilicitude do fato perpetrado.

O ordenamento jurídico brasileiro dá indícios de que tal valoração é relevante: o art. 14, I da Lei 9.605/98 prevê o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente como circunstância atenuante. Seria adequado ao juiz, portanto, analisar estes e outros indicadores de capacidade cognitiva culturalmente condicionada para denotar uma culpabilidade reduzida a depender da complexidade do caso.

A exigibilidade de conduta diversa, conceituada como a capacidade concreta de se comportar de acordo com a norma jurídica deve ser valorada com dois pressupostos em mente: (1) o repúdio à avaliação moral do autor do injusto, o que inclui o afastamento de metarregras comportamentais que não raro possuem lastro apenas na percepção subjetiva ou no arcabouço de regras éticas seguidas pelo próprio julgador e (2) atenção ao conjunto de fatores indicativos

de vulnerabilidade social que diminuem o esforço necessário para que sua conduta seja captada pelos órgãos de persecução penal.

Conforme desenvolvemos no capítulo anterior, as mais frequentemente defendidas teorias doutrinárias acerca do fundamento material da culpabilidade não conseguem criar um critério adequado para a graduação deste elemento, especialmente no tocante à exigibilidade de conduta diversa. O livre-arbítrio, enquanto estrutura lógico-real que fundamenta o poder de agir de outra maneira (conforme o finalismo Welzeliano) nos faz cair, impreterivelmente, em uma aporia de cunho metafísico perante a indemonstrabilidade da liberdade do ser. A dirigibilidade normativa (de autoria de Roxin) é mais viável em termos de verificabilidade, mas os critérios metodológicos para tanto são ora muito circunstanciais, ora relegados às ciências naturais resultando em conclusões de pouca praticidade. Pior ainda são as tentativas, ainda presentes na jurisprudência, de construir um retrato de periculosidade ou de índole contrária ao direito a partir da análise da culpabilidade, o que nos faria retroceder para uma culpabilidade do autor ou para uma perspectiva de defesa social afeita ao positivismo criminológico de cariz antidemocrático e inconstitucional.

A teoria da culpabilidade por vulnerabilidade social de Zaffaroni⁶⁷ nos permite contornar estes problemas a partir de uma verificável característica do sistema penal: sua seletividade estrutural. Semelhante estrutura é proposta por Rodrigo Roig (2015, p. 142): quanto maior o esforço do agente para se colocar em situação de vulnerabilidade a ponto de ser capturado pela repressão estatal, mas evidente estará a presença da culpabilidade, o que diminuirá o espaço que a agência judicial possui para reduzir a intensidade da resposta penal. Caso o esforço necessário pelo do agente seja mínimo, o que variará conforme sua posição social, econômica, étnica e, é claro, conforme a natureza do crime, mitigado estará o juízo de culpabilidade, permitindo que o juiz cumpra seu mister constitucional de reduzir a intensidade de afetação dos direitos individuais do acusado com as consequências da criminalização.

Admitimos que a verificação casuística da vulnerabilidade dependerá da confluência de diversos fatores verificados em cada caso concreto cuja enumeração taxativa é impossível (e o esforço para tanto ultrapassa o escopo

⁶⁷ Cujas construção e base dogmática foi explicada no capítulo 5.4.

deste trabalho). Contudo, a análise dos fatores que regem a vulnerabilidade social do agente é possível ao juiz a partir das informações colhidas no próprio processo penal. Haverá, assim, previsibilidade quanto ao que poderá ser valorado para se demonstrar a plena presença de todos os pressupostos de uma culpabilidade plena ou atenuada para fins dosimétricos, afastando-se o decisionismo baseado em vagos critérios éticos ou duvidosos prognósticos de periculosidade.

6.5. Valorações inidôneas da culpabilidade enquanto circunstância judicial

Entendemos, juntamente com Adriano Teixeira (2015, p. 135), Tatiana Stoco (2018, p. 155), Tatjana Hörne (1999, p. 154) e Rodrigo Roig (2015, p. 143) que a análise da culpabilidade em sentido estrito na dosimetria da pena não pode exacerbar a pena. Isto porque a culpabilidade pode servir apenas como limite para a imposição de pena, não havendo que se falar, por mera impossibilidade teleológica, em “culpabilidade exacerbada”: caso os elementos da culpabilidade estejam claramente demonstrados e o esforço do agente para sua autoimersão em situação de vulnerabilidade seja significativo, a culpabilidade estará plenamente ajustada ao fato criminoso e a capacidade do poder judiciário para reduzir a incidência do poder punitivo será mínima. Isto não justificará, contudo, o aumento da pena, uma vez que não se demonstra, a partir do juízo de culpabilidade em sentido estrito, a gravidade do fato que é, conforme demonstrado no capítulo anterior, o único critério adequado aos princípios constitucionais (e à perspectiva agnóstica) para fundamentar o incremento da pena na sentença condenatória.

Defende-se, portanto, que a culpabilidade estará plenamente demonstrada e adequada ao injusto, levando a uma circunstância judicial neutra, ou estará mitigada por um dos fatores explicados acima, levando a uma culpabilidade favorável ao sentenciado. Esta ordem de fatores não produzirá necessariamente a inutilização da circunstância na dosimetria da pena-base, pois, conforme demonstraremos mais adiante, deve ser possível que o magistrado compense as circunstâncias favoráveis com eventuais circunstâncias desfavoráveis permitindo-se o incremento da pena do mínimo

legal apenas quando o conjunto de circunstâncias desfavoráveis for, conforme a proporcionalidade do fato, mais numerosas do que as circunstâncias favoráveis.

Pelas ideias até aqui impostas, entendemos que determinados fatores não devem ser valorados na culpabilidade. Tratemos de cada um deles.

Reputamos inadequada a análise da intensidade do dolo ou do grau da culpa para o sopesamento da culpabilidade na pena-base. A razão é simples: o dolo e a culpa foram deslocadas da culpabilidade para o fato típico na atual fase do desenvolvimento histórico da teoria do delito, estágio este que foi assumido pelo Código Penal na reforma de 1984, conforme apontado no item 50 da exposição de motivos. Isso porque a lei 7.209/84 teve o propósito de atualizar a legislação brasileira conforme as linhas gerais do finalismo welzeliano, afastando-nos do neokantismo vigente no Código Penal desde 1940, o que inclui o deslocamento do dolo e da culpa para o interior do tipo penal.⁶⁸

O impacto dosimétrico do dolo e da culpa dependeria, portanto, da análise do injusto penal, o que entendemos inadequado na valoração da culpabilidade pelo simples fato de que as outras circunstâncias judiciais são muito mais adequadas para tal apreciação: como exemplo, citemos os modos e meios de execução, bem como a relevância da autoria e da participação que devem ser verificados na *circunstâncias do crime*, ou a intensidade do resultado e da lesão ao bem jurídico são melhor apreciadas nas *consequências do delito*.

Ademais, a valoração do dolo na quantificação da pena encontra um problema ainda mais significativo: a afirmação de que o dolo direto é mais reprovável do que o dolo eventual reside na associação entre malícia ou frieza e reprovabilidade, o que remete à reprovação de uma personalidade criminosa ou pervertida, afastando a dosimetria do direito penal do fato. Aliás, abusos retóricos neste contexto são facilmente realizáveis, de forma que se pode afirmar que o dolo direto é mais reprovável que o eventual, pois demonstra frieza e má intenção, mas de forma inversa poderíamos afirmar que o dolo eventual é mais reprovável que o direto, pois demonstra indiferença ou desprezo pelo bem

⁶⁸ A prova de tal mudança está no próprio art. 20: se o erro sobre os elementos constitutivos do tipo penal exclui o dolo, este se caracteriza como elemento do tipo subjetivo. Contudo, é necessário admitir que a receita finalista não foi adotada por completo, pois o desvalor do resultado ainda é mais relevante que o desvalor da conduta na resolução jurídica do crime impossível (art. 17). A estrutura analítico-dogmática da teoria normativa pura da culpabilidade pode ser extraída de nossa legislação, o que determina a análise do dolo e da culpa.

jurídico, o que é mais reprovável que a simples vontade de se enriquecer. Esta estrutura aberta demonstra não só a fragilidade do uso do dolo como critério dosimétrico, mas simboliza boa parte dos problemas da dosimetria da pena-base no Brasil.

Percebemos no relatório (GT/CNJ, 2022, p. 44-45) que, conquanto a jurisprudência brasileira tenda a não avaliar diretamente o peso do dolo na dosimetria, sob o argumento de que, por ser elemento do fato típico, haveria na reanálise do tipo subjetivo na pena-base, são frequentes os julgados que abordam premeditação ou frieza do agente como fundamento de uma culpabilidade exacerbada, o que consideramos inadequado pelas razões expostas acima.

A análise do grau da culpa também não é correto na culpabilidade, uma vez que, da mesma forma, trata-se de elemento que integra o tipo subjetivo.⁶⁹ Poder-se-ia afirmar, juntamente com Tatiana Stoco (2018, p. 125), que elementos do tipo culposos como a inobservância de dever de cuidado poderia ser graduada na fixação da pena. Reservaremos, contudo, tal expediente para a análise dos elementos de imputação referentes à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, entendemos mais adequado para um direito penal do fato.

Por fim, reforçamos que a valoração da culpabilidade não deve tentar traduzir aspectos de periculosidade do agente ou quaisquer outros juízos eticizantes, moralistas ou subjetivistas por serem contrários, conforme já demonstrado, a vários princípios penais constitucionais tais como culpabilidade, proporcionalidade, legalidade (na versão taxatividade) e secularização.

6.6 Conclusões parciais

A análise desenvolvida ao longo deste capítulo revela a distância que separa a concepção dogmática de culpabilidade, rigorosamente delimitada na teoria do delito, da forma como ela é manipulada pela jurisprudência brasileira

⁶⁹ Embora sejam pertinentes as críticas de autores como Regis Prado (2019, p. 534) quando afirmam que a culpa não é e nem foi um elemento subjetivo, mas sim um elemento normativo especial do tipo, uma vez que não diz respeito a qualquer elemento anímico do agente, mas à ausência de vontade consciente acompanhada de inobservância de dever objetivo de cuidado. Esta é, aliás, a principal crítica que se faz à teoria psicológica da culpabilidade, de matriz causalista: a culpa não pode ser reduzida a um vínculo psíquico, pois ela depende de um juízo de valor.

na dosimetria da pena-base. Sob o discurso de individualização judicial, consolidou-se um campo decisório onde predomina o subjetivismo, sustentado por fundamentações genéricas e pela importação acrítica de juízos morais que não guardam qualquer correspondência com a estrutura conceitual do instituto. É nesse terreno, marcado por expressões vazias como “maior reprovabilidade” ou “frieza na execução do crime”, que se instala o espaço livre do juiz, permitindo uma valoração que mais se aproxima de impressões pessoais do que de um exercício técnico vinculado à legalidade.

Não é à toa que o relatório do CNJ (2022) tenha identificado, com apoio empírico, a heterogeneidade extrema das metodologias aplicadas: ora percentuais fixos, ora majorações qualitativas imprecisas, ora valoração conjunta de vetores sem discriminação do impacto individual de cada um. Essa fragmentação, longe de ser mero problema de uniformização procedimental, revela-se uma patologia normativa: o afastamento da culpabilidade como categoria estritamente vinculada ao injusto culpável e sua conversão em um repositório de fatores extrínsecos ao fato, muitas vezes colhidos da própria imputação penal ou duplicados sob rótulos diversos, em flagrante afronta ao princípio do *ne bis in idem*.

À luz desse diagnóstico, impõe-se uma conclusão inescapável: a reconfiguração do critério de valoração da culpabilidade na primeira fase da dosimetria exige um retorno à sua matriz dogmática, de modo a vinculá-la exclusivamente ao desvalor do fato e à medida de reprovação que o ordenamento pode legitimamente suportar. Isso significa expulsar do campo da culpabilidade todo elemento que diga respeito à personalidade, à conduta social ou a predisposições supostas do agente, devolvendo-a ao seu núcleo legítimo: a reprovabilidade jurídica do ato em si, medida a partir de parâmetros objetivos.

Sob a perspectiva da teoria agnóstica da pena, esse movimento não é apenas desejável, mas necessário para conter o transbordamento punitivo que se alimenta justamente dessas zonas cinzentas. A culpabilidade, enquanto circunstância judicial, deve ser operacionalizada como filtro redutor, e não como pretexto expansivo. Vinculada ao fato e interpretada à luz do princípio da proporcionalidade, legalidade e culpabilidade, converte-se em barreira técnica contra a majoração desmedida da pena-base, respondendo, ponto a ponto, aos vícios apontados na jurisprudência atual. Somente assim será possível

reconstruir a dosimetria em chave de redução de danos, afastando o arbítrio e restituindo à pena-base a função que lhe é própria: calibrar a resposta penal em estrita conformidade com a gravidade do fato.

A culpabilidade, na prática da dosimetria como aqui delineada, deixa de ser um enunciado doutrinal abstrato para converter-se em instrumento técnico de modulação da resposta penal: não se trata de um colete de forças colocado sobre a sentença para exprimir meras convicções morais, tampouco de um depósito onde se acumulam adjetivos desabonadores. Em sentido amplo, a culpabilidade enquanto circunstância judicial é o parâmetro que vincula a pena ao injusto culpável; ela exige que cada instituto do art. 59 seja valorado tendo como eixo orientador os elementos do fato típico e da imputação, de modo a deslocar o foco da personalidade do réu para a gravidade objetiva do delito. Assim entendemos-la: não como sinônimo amorfo de “reprovabilidade”, mas como medida do quanto o fato, e apenas o fato, autoriza o Estado a infligir privação de bens ou direitos.

Em sentido estrito, a culpabilidade conserva — e recodifica — seus substratos clássicos: imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Todavia, e aqui reside a diferença prática crucial, esses elementos devem ser objeto de uma graduação técnica e casuística, não de um novo juízo condenatório. A imputabilidade será sopesada em seus vetores intelectual e volitivo; a consciência da ilicitude, relativizada à formação cultural e técnica do agente; a exigibilidade, confrontada com os condicionantes de vulnerabilidade sociais que reduzem o esforço exigido para conformar a conduta aos filtros de seletividade estrutural do sistema penal. Em suma, repete-se a verificação desses pressupostos, mas com finalidade distinta: aferir grau e não reconstruir culpabilidade.

É imperioso sublinhar que a adoção desse critério evita dois vícios contemporâneos: o *bis in idem*, consubstanciado na dupla valoração do mesmo feito jurídico sob rótulos diferentes, e a instrumentalização da culpabilidade em prol de prognósticos preventivos etéreos. A técnica que propomos admite uma reanálise graduada dos fundamentos da culpabilidade apenas na medida em que tal reanálise tenha por objeto a limitação, e não a ampliação, do poder punitivo; em outras palavras, a culpabilidade deve operar primordialmente como freio e não como alavanca na dosimetria.

Este é o sentido prático e normativamente compatível da culpabilidade que, se assumido pela jurisprudência, recoloca a dosimetria no trilho da previsibilidade, da proporcionalidade e da redução de danos.

7. ANTECEDENTES

Neste capítulo, voltamos nossa atenção para a análise dos antecedentes do agente, o segundo vetor elencado pelo artigo 59 do Código Penal para a fixação da pena-base. Trata-se de uma circunstância que, embora tradicionalmente vinculada à *vita ante acta* do réu, exige uma rigorosa filtragem constitucional para que sua aplicação não degenerem em um inconstitucional Direito Penal do Autor. Para tanto, investigaremos inicialmente como a jurisprudência contemporânea, mapeada pelo relatório do Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça (GT/CNJ), interpreta esse instituto, para, em um segundo momento, confrontar tais práticas com as exigências de um modelo agnóstico e redutor de danos, pautado pela proporcionalidade do fato e pela proteção do direito ao esquecimento.

7.1 A semântica dos antecedentes do agente enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.

A leitura do Relatório do Grupo de Trabalho sobre Dosimetria da Pena conduz, de pronto, a um entendimento cristalino: o núcleo adequado dos antecedentes é composto por **condenações regularmente transitadas em julgado**, cujo reconhecimento em juízo deve ser demonstrado por certidões e documentos oficiais, sendo vedado, salvo fundamentação excepcional, que se utilize do simples efeito de notícia-policia, inquérito não concluído ou anotação informal para agravar a sanção. (CNJ, 2022, p. 56; p. 61).

A circunstância judicial denominada “**antecedentes**” não se presta, segundo a orientação ali veiculada, a decisões fundadas em impressões, rumores ou anotações meramente administrativas; a legitimidade de seu emprego na fixação da pena-base exige, antes de tudo, lastro probatório e motivação articulada pelo julgador. Ademais, a condenação definitiva deve ser

referente a fato criminoso anterior àquele que está sendo julgado, embora a data do trânsito em julgado daquela seja irrelevante (CNJ, 2022, p. 65).

Pode-se perceber que tanto ainda se respeita o verbete 444 da súmula do STJ que mantém ações penais em curso e inquéritos policiais fora do campo de análise dos antecedentes na pena-base. O STF parece também respeitar a referida súmula (CNJ, 2022, p. 56-57).

O relatório dedica especial atenção à questão temporal e às consequências da prescrição executória, colacionando julgados que demonstram que tal instituto não impede a verificação de maus antecedentes, uma vez que não apaga efeitos secundários da condenação (CNJ, 2022, p. 67).

A princípio, o período depurador da reincidência não se aplica aos maus antecedentes (Tema n. 150, STF). Entretanto, em nome do direito ao esquecimento, reconhece-se que condenações antigas podem, em determinadas circunstâncias, deixar de produzir efeitos negativos na dosimetria por ausência de razoabilidade (CNJ, 2022, p. 66–68).

O relatório também lista valorações inidôneas de antecedentes. Condenações passadas pela prática de ato infracionais não podem comprometer a pena-base (CNJ, 2022, p. 58). Da mesma forma, a condenação anterior que é utilizada para gerar reincidência não pode, simultaneamente, fundamentar maus antecedentes (CNJ, 2022, p. 61).⁷⁰ Havendo múltiplas condenações transitadas em julgado, uma delas poderá ser utilizada para configurar reincidência, enquanto outra configurará maus antecedentes.⁷¹ O número significativo de condenações poderá levar à fixação de pena em patamar superior à hipótese de existir somente uma condenação (CNJ, 2022, p. 63-65).

Finalmente, não se reconhecem maus antecedentes decorrentes de medidas despenalizadoras como transação penal (CNJ, 2022, p. 69).

Em síntese descritiva: o Relatório do GT/CNJ traça um mapa de sensatez técnico-jurídica para a valoração dos antecedentes: legitima-se o uso de

⁷⁰ Considera-se ainda vigente, portanto, o verbete 241 da súmula do STJ.

⁷¹ Conforme esclarece Ricardo Schimit (2020), há muitos anos se configurou na jurisprudência uma espécie de hierarquia das fases na dosimetria, na qual se entende que as circunstâncias judiciais são subsidiárias a todos dos demais institutos na dosimetria da pena. Significa que, para se evitar *bis in idem*, quando um fato se subsume a diferentes categorias dosimétricas, as majorantes terão predileção sobre as agravantes, que possuem predileção às circunstâncias judiciais.

condenações transitadas em julgado, pondera-se a temporalidade e a repetição de condutas e rejeita-se o emprego de meros registros investigativos ou de ações penais em curso como causa de aumento de pena. Ao mesmo tempo, o documento sublinha que qualquer apreciação deve vir devidamente fundamentada, sob pena de frustrar garantias constitucionais e de esvaziar a própria racionalidade da dosimetria. (CNJ, 2022, pp. 56–69).

7.2. A dogmática jurídica (passada e atual) dos antecedentes

A posição ortodoxa, capitaneada por Nelson Hungria (1978, p. 82-83) afirmava que por *antecedentes* o Código Penal se refere aos “fatos concretos que, na conduta pregressa do réu, assumem o papel de relevo no sentido de exprimir a existência de uma hostilidade franca ou militante incompatibilidade em relação à ordem jurídico-social”. Hungria chegava a afirmar que o juiz deveria avaliar as ações criminosas que ficaram impunes, as absolvições por falta de provas e até mesmo antecedentes de ordem civil ou administrativa como a perda do pátrio poder, a má-fé contratual, a insolvência ou falência não justificadas.

A posição contemporânea impõe semântica muito mais restrita ao termo. Segundo Paganella Boschi (2020, p. 162), os antecedentes dizem respeito ao conhecimento da *vita ante acta* do acusado, mas somente quanto àquilo certificado por informações cartorárias, isto é, referem-se às condenações passadas do agente, podendo ser valorados como *bons* ou *maus*. O citado autor, juntamente com Bitencourt (2020, p. 842) defende que, em nome do princípio da presunção de inocência, inquéritos policiais, ações penais em curso, absolvições por insuficiência de provas, prescrições ou demais extinções da punibilidade não poderiam ser valorados como *maus* antecedentes. Ricardo Augusto Schmitt (2020, p. 134) acrescenta que a condenação em questão deve ser anterior aos fatos julgados. Mais adequada é a posição de Salo de Carvalho (2015, p. 360) quando afirma que, a exemplo do que ocorre com a reincidência no art. 63 do Código Penal, o trânsito em julgado da sentença anterior deve ocorrer antes da conduta à qual se refere a aplicação da pena. Ademais, a sentença anterior também não pode ter sido utilizada para fins de reincidência, uma vez que haveria *bis in idem*. Assim, como as circunstâncias judiciais são subsidiárias aos demais institutos que influenciam a pena, só haverá *maus* antecedentes quando

o agente colecionar duas sentenças penais transitadas em julgado (a primeira gerará reincidência e a segunda *maus antecedentes*) ou uma sentença cujo período depurador da reincidência já se esgotou.

7.3 A crítica agnóstica aos antecedentes em uma perspectiva redutora

É necessário reconhecer o avanço na apreciação dos antecedentes no direito brasileiro. Se na já citada posição de Nelson Hungria (1978, p. 82) confundia-se não apenas o direito penal com o direito civil, mas o direito, a moral e a ética, ignorando-se princípios como a culpabilidade, secularização, proporcionalidade e razoabilidade, a atual posição dos tribunais é bem mais coerente com estes princípios, e a manutenção do entendimento consubstanciado no verbete 444 da súmula do STJ aborda satisfatoriamente a mais gravosa das violações constitucionais realizada na apreciação dos antecedentes: o princípio da presunção de inocência.

Todavia, valoração dos antecedentes criminais na dosimetria da pena-base ainda possui, em nossa visão, incontornáveis problemas constitucionais e teleológicos.

São corretas as ponderações de Rodrigo Roig (2015, p. 144-48) para quem diversos princípios penais são violados pelo instituto: primeiramente, o próprio princípio da legalidade, inscrito no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, possui como corolário a **anterioridade** que, em uma perspectiva redutora, deve incluir a impossibilidade de apreciação de imputações prévias à atual imputação. Ademais, viola-se o próprio **devido processo legal**, previsto no art. 5º LIV do texto constitucional, uma vez que o réu, no processo penal, não possui oportunidade de se defender de imputações passadas que produzirão novos efeitos jurídicos, o que nos leva ao mais óbvio dos problemas desta circunstância judicial: a ofensa ao princípio do ***ne bis in idem***, uma vez que uma condenação criminal, agora sob a feição de *maus antecedentes*, poderá produzir inúmeros efeitos futuros sob o réu.

Rodrigo Roig (2015, p. 145-146) ainda faz interessante ponderação acerca da teleologia desta circunstância judicial. A previsão normativa de exame de antecedentes se baseia em um juízo preventivo-especial-positivo sobre a pena, uma espécie de promessa de uma mais pesada sanção penal futura caso

o apenado não se “ressocialize”. Perante o fracasso da reforma moral, passa-se a uma solução preventiva-especial-negativa a todos os processos penais posteriores à primeira condenação. Desta forma, todos os problemas relacionados às citadas teorias preventivas⁷² são herdados pelo instituto.

Ademais, a valoração dos antecedentes não se coaduna com um direito penal do fato, por remeter a uma culpabilidade do autor de viés claramente moralista. O instituto parece apregoar que o rótulo afixado pela condenação criminal impõe ao agente uma marca de “vergonha” que o torna presumidamente perigoso, o que afasta o sistema penal da culpabilidade do fato.

Estas questões são consideradas incontornáveis por doutrinadores que defendem a medição da pena pela proporcionalidade do fato. Tatiana Stoco (2018, p. 97) afirma que os maus antecedentes estabelecem uma espécie de presunção de periculosidade baseada em juízos subjetivistas insustentáveis. O afastamento, *de lege ferenda*, deste e outros institutos da quantificação da pena será, segundo a autora, um avanço necessário.⁷³

A conclusão semelhante chega Adriano Teixeira (2015, p. 171), para quem a importância das condenações pretéritas na fixação da pena é intuitiva, mas racionalmente injustificável à luz da ideia de proporcionalidade entre gravidade do delito e pena.

Entendemos, por todos os argumentos já expostos, que a análise dos *antecedentes* é incompatível com os limites constitucionais ao poder punitivo e que tal instituto não deve exercer qualquer influência sobre a dosimetria da pena.⁷⁴

Conforme se vê no relatório GT/CNJ, porém, na jurisprudência atual, em que pesem os já elogiados avanços, é inegável que a avaliação dos maus antecedentes na pena-base é bem aceita e não cessará em curto ou médio prazo.⁷⁵

⁷² Problemas que foram objeto do capítulo 3 deste trabalho.

⁷³ A autora, todavia, admite que o uso de conjecturas acerca da periculosidade do réu é possível na fixação de regime ou na aplicação de substitutos penais.

⁷⁴ Todos os argumentos aqui construídos também são válidos para a agravante da reincidência.

⁷⁵ Atribuímos este cenário à persistência do discurso da ressocialização e da periculosidade no imaginário da população atual e à associação intuitiva entre maus antecedentes e reprovação que Adriano Teixeira (2015) habilmente aponta.

Em que pese defender Rodrigo Roig (2015, p. 149) que a categoria “maus antecedentes” não possui qualquer legitimidade democrática, o autor faz interessante ponderação quando afirma que o aumento da pena a partir de anotações criminais que não guardam qualquer nexos objetivo com o delito que está sendo julgado ofende os axiomas constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Defendemos, assim, pragmaticamente, que os antecedentes aptos a exacerbar a pena-base sejam aqueles qualitativamente próximos do crime que está sendo julgado. O exemplo utilizado é de um indivíduo já condenado por lesão corporal na direção de veículo automotor (art. 303 CTB) que pratica um crime de estelionato (art. 171 CP). A utilização da primeira condenação para exacerbar a pena-base da segunda consiste em um indisfarçável direito penal do autor. O impacto da inconstitucionalidade seria menor caso os bens jurídicos dos delitos fossem idênticos, sobre o argumento de que haveria um aprofundamento da lesão aos mesmos interesses no segundo crime.

Defendemos, portanto, a ilegitimidade do instituto dos “maus antecedentes”, porém, perante a necessidade de uma conciliação pragmática com o entendimento vigente na jurisprudência atual, defendemos que apenas a pertinência qualitativa entre os delitos em questão pode fundamentar o aumento da pena-base em função dos maus antecedentes, isto é, somente quando a condenação anterior for referente a delitos que protegem o mesmo bem jurídico é que o réu possuirá maus antecedentes.

7.4 Limite temporal dos antecedentes e o direito ao esquecimento.

Quanto à temporalidade do instituto, Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 526) defende que a validade de 5 anos concedida à reincidência deve ser aplicada aos maus antecedentes, por analogia *in bonam partem* a fim de se evitar uma pena de caráter perpétuo, o que violaria o princípio da humanidade das penas.

Como já visto aqui, contudo, a jurisprudência tende a não reconhecer o limite cronológico dos antecedentes. O julgado mais importante foi o RE 593.818, tema de repercussão geral número 150, no qual o STF considerou que maus antecedentes não prescrevem jamais, utilizando cinco principais argumentos:

(1) a inexistência de fundamento legal, (2) a discricionariedade do caráter valorativo das circunstâncias judiciais, (3) o princípio da isonomia, uma vez que agentes que, em sua vida pregressa, se dedicaram à atividades criminosas devem ser tratados de forma distinta daqueles que sempre se mantiveram dentro da lei. Por fim, (4) considerou-se que o princípio da individualização da pena daria ao julgador a prerrogativa de avaliar os antecedentes remotos do agente para individualizar a sanção. Assim, os maus antecedentes seriam perpétuos.

Reputamos inadequado este entendimento e sua fundamentação. A Constituição Federal é bastante clara ao proibir a pena de caráter perpétuo no princípio da humanidade da pena (art. 5º, XLVII) o que, por óbvio, se estende às suas repercussões em futuras sentenças condenatórias. Ademais, o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI) não dá ao juiz a prerrogativa de analisar todo e qualquer fato da vida pregressa do acusado, pois tal princípio apenas proíbe a padronização da sentença penal condenatória e deve ser interpretado à luz de outros princípios constitucionais como o da culpabilidade e da secularização, que exigem um direito penal do fato.⁷⁶

Em alguns julgados recentes, reportados no Relatório GT/CNJ, adota-se o direito ao esquecimento como fundamento da limitação temporal do exame dos antecedentes penais. Isabela Maria Stoco e Marion Bach (2018, p. 4-8) em artigo que investiga as possíveis emanções do direito ao esquecimento na área penal, conceituam o instituto como a garantia de que fatos desabonadores da biografia de uma pessoa não sejam perpetuados, impedindo que a lembrança de erros passados iniba o progresso e a ressocialização do indivíduo. Em sua essência, é o “direito que qualquer ser humano possui de ter um fato vexatório ligado à sua vida esquecido após um determinado lapso de tempo pela população, através da não veiculação das informações sobre o fato pelas mídias”.

No Brasil, o Direito ao Esquecimento, embora não esteja expresso na Constituição de 1988, encontra respaldo na tutela da privacidade e intimidade (artigos 5º, X, XI e XX da Constituição, e artigos 20 e 21 do Código Civil). O Marco Civil da Internet (Lei nº 13.709 de 2014) também inovou ao prever a exclusão definitiva de dados pessoais a pedido do usuário. O Conselho da

⁷⁶ Discorremos sobre a função estruturante deste princípio

Justiça Federal aprovou o Enunciado 531, que afirma: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento".

Conforme se percebe no relatório GT/CNJ (2022, p. 68), a jurisprudência brasileira possui importantes precedentes que, com base no direito ao esquecimento, aceita a aplicação do direito ao esquecimento quando a condenação criminal tenha ocorrido há pelo menos 10 anos.

8. CONDUITA SOCIAL

Neste capítulo, voltamos nossa análise para a conduta social, circunstância judicial que, ao lado da personalidade, compõe o núcleo mais etiológico e problemático do artigo 59 do Código Penal. Definida tradicionalmente como o desempenho do agente em seus papéis familiares, profissionais e comunitários, esse vetor tem servido de porta de entrada para valorações moralistas sobre o estilo de vida do réu, desafiando os limites de um Direito Penal do Fato. Sob a ótica da teoria agnóstica e da proporcionalidade pelo fato, investigaremos como a investigação da vida pregressa do acusado tensiona os princípios constitucionais da secularização e da legalidade. Para tanto, iniciaremos este percurso expondo a semântica adotada pelos tribunais brasileiros, conforme sistematizado pelo relatório do Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça, para, em seguida, fundamentar a necessária crítica dogmática acerca da (in)compatibilidade constitucional desta circunstância no Estado Democrático de Direito."

8.1 A semântica da conduta social enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.

Para fins de dosimetria, a **conduta social** é compreendida como o modo pelo qual o agente exerceu os papéis que lhe foram reservados na sociedade, avaliando seu desempenho em família, no trabalho e no grupo comunitário. Trata-se do comportamento do réu na comunidade, não se vinculando ao próprio fato criminoso, mas à sua inserção no meio social. A valoração negativa dessa circunstância exige uma demonstração concreta de desvio de natureza comportamental (CNJ, 2022, p. 72).

As avaliações negativas desta circunstância resultam em “má conduta social”. Segundo o relatório jurisprudencial, é idôneo que esta valoração negativa surja a partir de elementos concretos que demonstrem um desvio de comportamento do agente em seu meio social, familiar ou profissional. O relatório do CNJ (2022, p. 73-77) inclui 7 exemplos jurisprudenciais de comportamento familiar inadequado: (1) subtração constante de bens de genitora idosa, a ponto de a mãe não suportar conviver com o filho; (2) mau comportamento familiar, incluindo a notificação de outras agressões não constantes da denúncia durante a instrução probatória; (3) ameaças e agressões a familiares; (4) estar habitualmente bêbado e drogado, e a necessidade constante de pedir dinheiro à família para comprar drogas e pagar dívidas com traficantes; (5) não acompanhar os filhos e não pagar pensão alimentícia; (6) alienação parental e ausência de cuidados com os filhos, deixando-os sob os cuidados de coautores do crime e (7) postura violenta decorrente da ingestão desmesurada de bebida alcoólica, causando conflitos familiares e importunando a vítima e sua família.

O relatório (CNJ, 2022, p. 76-78) também inclui negativas idôneas da conduta social por mal comportamento perante a comunidade e nas relações sociais. Identificamos outros 7 exemplos: (1) ser conhecido no bairro como uma pessoa perigosa e temida; (2) promover ameaças a testemunhas (3) tentativa de cooptar testemunha, oferecendo dinheiro para alterar declarações, ou custeio da fuga de outro réu; (4) comportamentos deturpados e conturbados na convivência em sociedade, incluindo condutas inadequadas e inoportunas com mulheres da comunidade e vizinhança; (5) ameaçar a vítima dentro do fórum, momentos antes da audiência, mesmo na presença de policiais; (6) para um atleta profissional, ingerir bebida alcoólica e fumar maconha, frequentar orgias ou agredir torcedores; (7) perseguição e ameaças constantes à vítima, conforme relato da mãe da vítima.

Finalmente, o relatório (CNJ, 2022, p. 78-79) resumiu o que a jurisprudência entendeu como exemplos inidôneos de “má conduta social”. São 6 as situações apresentadas. (1) Percebe-se uma preocupação de se evitar o *bis in idem*, distinguindo-se a conduta social de outros vetores da dosimetria da pena para evitar o *bis in idem*. Assim, condenações criminais transitadas em julgado, que não caracterizam reincidência, devem ser valoradas *apenas* a título

de antecedentes criminais, e não para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente. A conduta social não se confunde com o histórico criminal do réu.

(2) Atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para elevar a pena-base, tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social.

(3) A aceitação de transação penal não serve para incrementar a pena-base por maus antecedentes, nem para configurar reincidência.

(4) Ademais, não se deve utilizar, na elementos genéricos ou inerentes ao tipo penal. "Comoção social, sentimento de revolta e agressão à sociedade ordeira" são fundamentos inidôneos para exasperar a pena-base.

(5) O envolvimento com o tráfico de drogas, por si só, não é suficiente para avaliar o comportamento do agente em seu meio social e familiar ou no ambiente de trabalho.

(6) O elevado cargo ocupado pelo réu não permite a exasperação da pena-base pelo exame desfavorável da conduta social e da personalidade, especialmente quando já valorado em outra fase da dosimetria, como qualificadora ou majorante.

Em suma, a "conduta social" deve se ater ao comportamento real do indivíduo em seu dia a dia e suas relações interpessoais, fora do contexto estrito do ato criminoso em julgamento, e não pode ser confundida ou utilizada de forma redundante com o histórico criminal ou com elementos já previstos na norma incriminadora.

8.2 Direito penal do fato e direito penal do autor: o resquício etiológico e a (in)compatibilidade constitucional da “conduta social”

Segundo Busato (2018, p. 849), a conduta social se refere a “todo o histórico da vida social do condenado”, isto é, seu relacionamento no trabalho, família, amigos e vizinhança. Defende o autor que até mesmo inquéritos ou ações penais que não geram maus antecedentes poderiam ser analisados, sem que necessariamente gere prejuízos ao autor.

Bitencourt (2020, p. 844) afirma que o juiz deve analisar “atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral”, bem como imoralidades,

deslizes e atos que revelam desajuste social. Ricardo Schmitt (2020, p. 152) diz ainda que deve ser analisado o grau de importância na estrutura familiar, o prestígio e a respeitabilidade de que goza perante as pessoas de sua vizinhança e sua assiduidade no emprego e nos estudos, mas adverte (ao nosso ver, contraditoriamente) que tal análise deve evitar estereótipos de determinados segmentos socioeconômicos.

Já adiantando nossa posição, é pertinente a crítica de Cirino dos Santos (2017, p. 527) quando afirma que a semântica comumente adotada reintroduz o supostamente proscrito direito penal do autor à dosimetria. Pune-se o agente pela sua condução de vida. Reconhecendo os mesmos problemas, Salo de Carvalho (2015, p. 367) afirma que a única forma de legitimar a utilização da conduta social na aplicação da pena é restringir a análise aos dados que possuem relação ou influência na prática delitiva.

Reputamos inconstitucional e insustentável a permanência da conduta social como critério dosimétrico. Trata-se de evidente direito penal do autor que estabelece investigação etiológica da periculosidade "inata" do sujeito, revelada pelas suas escolhas de vida. Mais que isso, o instituto se baseia no juízo ético das condutas que não possuem nenhuma relação com o bem jurídico ameaçado ou com os elementos do injusto culpável. Verdadeiro moralismo, que fere o princípio da culpabilidade e da secularização.

A doutrina penal brasileira já apresentou posição semelhante. Túlio Vianna e Geovana Mattos (2008, p. 306-308) argumentam que a "conduta social" e a "personalidade do agente", como critérios para a fixação da pena previstos no artigo 59 do Código Penal, constituem um nítido resquício do direito penal do autor e são inconstitucionais. A tese central de Vianna e Mattos é que o Estado brasileiro, sendo laico e amoral, deve adotar um direito penal do fato, que puna exclusivamente condutas humanas que lesem bens jurídicos de terceiros, e não um direito penal do autor, que julga o indivíduo pelo que ele é ou por seu modo de ser.

Como já expusemos anteriormente, trata-se do respeito aos princípios constitucionais da culpabilidade e da secularização, chamados no artigo de laicidade e amoralidade do Estado, previstos no art. 5º, VI e Art. 3º, IV da Constituição Federal. Indagar sobre a religião do réu, uso de álcool/fumo, número de parceiros sexuais ou prudência profissional é uma afronta a esses

princípios. O juiz não deve julgar a probidade do acusado perante a sociedade, mas apenas a conduta típica e suas consequências antijurídicas (VIANNA; MATTOS, 2008, p. 306-307).

Os autores, contudo, vão além ao abordar outros postulados estruturantes do Estado Democrático de Direito que são violados pelos institutos dosimétricos em questão.

Para Vianna e Mattos (2008, p. 310), a majoração da pena com base na "conduta social" pressupõe a análise de condutas não tipificadas pelo legislador, violando-se o princípio da legalidade previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal. Qualquer aumento de pena por fatos atípicos equivale à imposição de pena sem prévia cominação legal. Tal conclusão parece simples, mas de precisão cartesiana: não há norma incriminadora que obrigue o réu a ser um bom pai de família, bom vizinho ou bom empregado e a conclusão dominante na jurisprudência de que estes devem ser os meandros investigados pelo juiz ofende o princípio da taxatividade.

Ademais, o réu se defende dos fatos narrados na denúncia, e não de acusações incidentais, o que configuraria um julgamento *extra petitum* e franca violação ao princípio do devido processo legal previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal (VIANNA; MATTOS, 2008, p. 306-307).

Argumenta-se, ainda, que também resta violado o princípio da lesividade ou ofensividade. O direito penal não tem a tarefa de impor uma moral, mas somente de impedir ações que causem danos a terceiros. A visão dominante na jurisprudência promove visões éticas subjetivistas que são projetadas a partir da mente do julgador. Punir ou majorar a pena com base em condutas consideradas "imorais" ou "reprováveis" pela coletividade, mas que não lesam qualquer bem jurídico alheio, é incompatível com um direito penal de fato e de lesividade (VIANNA, MATTOS, 2008, p. 312).

Os autores ilustram essa inconstitucionalidade com um exemplo prático: dois indivíduos cometem o mesmo roubo, mas um é "ótimo pai de família" e o outro "bate na esposa" e "tráfico drogas". O juiz, ao aumentar a pena do segundo, na prática, o condena suplementarmente por condutas atípicas (no contexto do roubo) ou típicas (mas não objeto da denúncia específica do roubo), sem o devido processo para essas outras acusações (VIANNA, MATTOS, 2008, p. 306).

Vianna e Mattos (2008, p. 316) criticam a maioria dos doutrinadores brasileiros (como Hungria, Bruno, Fragoso, Assis Toledo, Regis Prado e Bitencourt) que, embora rejeitem o direito penal de autor em tese, acabam por admitir a análise da conduta social e da personalidade na fixação da pena, criando uma "incoerência nítida" ou uma "posição dualista/mista" que constitui uma legitimação velada do direito penal de autor.

Os autores concluem que é necessária uma interpretação conforme a Constituição com redução de texto do art. 59 do Código Penal, para que as circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade do agente sejam declaradas inconstitucionais como critérios de fixação da pena. A insistência no uso desses critérios compromete os pilares do Estado Democrático de Direito, como a separação entre Direito, moral e religião, e o princípio do direito penal do fato (VIANNA, MATTOS, 2008, p. 321).

Rodrigo Roig (2015, p. 153-154) acrescenta que valoração da conduta social consiste em inconstitucional apego ao paradigma positivista da culpabilidade pela condução de vida, institutos que indiretamente inspiraram construções históricas belicosas e desumanas como o direito penal nazista.

Assim, consideramos tal circunstância norma inválida, porém, reconhecemos que a posição de Salo de Carvalho é menos ilegítima. Caso a conduta social seja analisada, deve o juízo de restringir aos comportamentos que dizem respeito ao bem jurídico violado pelo crime. Desta forma, caso o réu seja condenado, por exemplo, pelo crime de maus tratos de seus filhos, deve-se observar como ele se porta quanto à preservação de sua família.

8.3 Conclusões parciais

Diante do exposto, observa-se que a circunstância judicial da conduta social, tal como prevista no art. 59 do Código Penal e reiterada pela jurisprudência, ainda reflete um resquício do direito penal de autor, incompatível com os princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito. Embora o relatório do CNJ tenha buscado sistematizar critérios objetivos e afastar valorizações genéricas ou redundantes, a própria lógica subjacente à análise da vida social, familiar e profissional do réu permanece ancorada em juízos morais e estereótipos que extrapolam o âmbito do direito penal do fato.

A investigação sobre aspectos existenciais que não guardam relação direta com o injusto típico e culpável implica risco de violações ao princípio da culpabilidade, da legalidade, do devido processo legal e da lesividade, produzindo decisões que sancionam não apenas a conduta criminosa, mas também modos de vida considerados desviantes pelo julgador ou pela coletividade. A permanência desse critério na legislação, portanto, revela-se incompatível com a secularização e a neutralidade axiológica que devem orientar a jurisdição penal.

Assim, impõe-se reconhecer que a manutenção da conduta social como vetor de dosimetria carece de fundamento constitucional, devendo ser afastada ou, em interpretação estritamente restritiva, limitada apenas aos elementos que guardem conexão objetiva com o bem jurídico tutelado no caso concreto. Fora dessas hipóteses, sua utilização não apenas compromete a coerência interna do sistema penal, como também fragiliza garantias fundamentais que constituem a essência de um direito penal democrático e comprometido com a dignidade da pessoa humana.

9. PERSONALIDADE

Trata-se do instituto dosimétrico mais próximo do positivismo oitocentista. Traduz a ideia de que o retrato psíquico do agente (sua agressividade, impulsividade, despreço pelas regras) poderia revelar sua propensão para o crime, como se fossem demonstrações de caracteres atávicos que constituiriam, por sua vez, determinações criminogênicas. Ainda que tais indícios possuíssem atualidade científica e criminológica, a existência da personalidade enquanto circunstância judicial faz presumir que o juiz teria a capacidade técnica, ambiente e meios propícios para averiguar tais dados. Analisemos como e se a jurisprudência aborda estes óbvios problemas.

9.1 A semântica da personalidade enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.

Na jurisprudência brasileira, a personalidade é definida como o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada e parte adquirida, que

integra componentes morfológicos, temperamentais e de caráter. Ela é influenciada por elementos hereditários e socioambientais e está em constante mutação, sendo moldada pelas experiências de vida do agente. Sua valoração na dosimetria busca aferir a sensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito. Para o fim de fixação da pena, a personalidade deve ser analisada a partir do perfil subjetivo do réu, quanto a aspectos morais e psicológicos, para verificar um caráter voltado à prática de crimes, com base em elementos probatórios concretos dos autos (CNJ, 2022, p. 80).⁷⁷

Prevalece ainda que a valoração negativa da personalidade não exige a existência de laudo técnico confeccionado por especialistas em psiquiatria ou psicologia. Basta que o julgador analise dados concretos que demonstrem a “maior periculosidade” do agente (CNJ, 2022, p. 81).

O relatório lista uma série de exemplos que resumem os principais elementos a partir dos quais o juiz pode valorar negativamente a personalidade, mas sempre a partir de elementos concretos dos autos que demonstrem uma reprovabilidade acentuada do comportamento do agente. resumiremos os exemplos em 13: (1) insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso na consumação do delito; (2) condição de mentor da empreitada criminosa; (3) utilização de terceiros para operacionalizar a ação delitiva, demonstrando desconsideração pela vida alheia; (4) fazer da atividade criminosa um meio de vida e ocupar posição de destaque em organização criminosa; (5) desobediência a medidas protetivas prévias e prática de novos atos de violência doméstica contra a ofendida; (6) ameaças constantes a familiares (e.g., a um tio) para obter o que se deseja; (7) egoísmo, possessividade e ciúmes descontrolados, especialmente em contextos de violência de gênero, por reforçarem estruturas de dominação masculina; (8) abuso na ingestão de bebidas alcoólicas e a existência de medidas protetivas de urgência reveladoras de comportamento agressivo; (9) ausência de elementos mínimos de moral ou perversidade da conduta; (10) concordância e observação de atos libidinosos praticados contra os próprios filhos por determinação do companheiro; (11) frieza, dissimulação e traços de psicopatia, aferidos a partir de elementos concretos dos autos, como

⁷⁷ O relatório do CNJ faz uso da doutrina de Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 390)

o planejamento da ação criminosa; (12) portar distúrbio denominado antissocial (conforme laudo psiquiátrico), com atributos como desprezo das obrigações sociais, falta de empatia e desvio considerável entre comportamento e normas sociais e, finalmente (13) extrema frieza e menor sensibilidade ético-moral, evidenciadas por referir-se à prática de homicídios com naturalidade, mostrar-se indiferente à morte de companheiros e ameaçar assessores (CNJ, 2022, p. 81-87).

O relatório também lista fatos que não devem resultar em uma personalidade negativa para a dosimetria. Listemos 10 deles: (1) para evitar o *bis in idem* é fundamental que a valoração da personalidade não se confunda com outros vetores da dosimetria da pena ou com elementos inerentes à defesa do réu; (2) Condenações criminais transitadas em julgado devem ser valoradas exclusivamente a título de antecedentes criminais e não podem ser utilizadas para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente; (3) inquéritos policiais e ações penais em curso sem trânsito em julgado não podem ser utilizados para agravar a pena-base, tampouco para desabonar a personalidade; (4) atos infracionais: Não podem ser considerados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social. Contudo, a prática reiterada de atos infracionais pode ser usada para denotar dedicação a atividades criminosas, impedindo o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas; (5) Afirmações genéricas, vagas ou desprovidas de fundamentação objetiva: Meras asserções como "o modo de agir do réu demonstra uma personalidade voltada para o delito, violenta, agressiva e fria", sem a indicação de elementos concretos; (6) "Escolher sobreviver do ilícito": Este fundamento é considerado insuficiente se não houver descrição de particularidades do caso concreto ou elementos idôneos para demonstrar a menor sensibilidade ético-moral do acusado; (7) O fato de o agente mentir sobre a ocorrência delituosa ou não assumir a prática do crime: Isso está intimamente ligado ao direito de defesa do réu e não pode ser valorado negativamente em sua personalidade; (8) Elevado cargo ocupado pelo réu: Não permite a exasperação da pena-base pela personalidade, especialmente quando já valorado em outra fase da dosimetria, como qualificadora ou majorante (9) "Comoção social, sentimento de revolta e agressão à sociedade ordeira": Tais fundamentos são genéricos e inerentes ao tipo penal, não sendo idôneos para a exasperação da pena-base a título de

personalidade; (10) Envolvimento com o tráfico de drogas, por si só: Não é suficiente para avaliar o comportamento do agente em seu meio social e familiar ou no ambiente de trabalho, e, por extensão, sua personalidade, a menos que se demonstre uma dedicação a atividades criminosas que vá além do fato em si.

Em resumo, a valoração da "personalidade" deve se basear em elementos concretos que revelem um desvio de perfil subjetivo do indivíduo, distinto de seu histórico criminal ou de aspectos já cobertos pelo tipo penal ou outras fases da dosimetria.

9.2 A ausência de um critério metodológico de análise: crítica doutrinária à imprecisão conceitual da personalidade

Iniciaremos as críticas doutrinárias mencionando uma outra pesquisa acerca do tema em questão. Arthur Ferreira Gil (2025), apresenta uma investigação extensa e detalhada sobre o panorama da jurisprudência brasileira quanto à aplicação da "personalidade do agente" como circunstância judicial na dosimetria da pena. A pesquisa analisa julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) para identificar o que pode e o que não pode ser considerado na avaliação da personalidade, além de apontar as fragilidades e inconsistências dessa prática.

A pesquisa revela que, apesar de ser um conceito externo ao mundo jurídico, a personalidade é frequentemente definida pelos tribunais com termos que misturam aspectos psicológicos e morais, como "índole", "temperamento", "sensibilidade ético-social" ou "desvios de caráter (GIL, 2025, p. 50). Essa amplitude e indefinição semântica abrem espaço para juízos subjetivos e pouco científicos, o que levanta a crítica de uma intervenção moralista do Estado na esfera íntima do réu, sem a devida base metodológica.

Arthur Gil (2025, p. 20) destaca que a "personalidade" é uma das circunstâncias judiciais mais abertas e com maior potencial de arbítrio judicial, observando-se inconsistências notáveis na jurisprudência, inclusive entre decisões proferidas pelo mesmo tribunal no mesmo dia sobre o que pode ou não ser valorado negativamente na personalidade chegando a conclusões diametricamente opostas.

Em última análise, Arthur Gil (2025, p. 130) conclui que a jurisprudência, ao lidar com a "personalidade", pouco assimila as críticas doutrinárias e mantém uma prática de avaliação subjetivista que não atende ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, resultando em uma "incontornável arbitrariedade".

Se a conduta social é praticamente ilegítima enquanto circunstância judicial, a permanência da personalidade como critério dosimétrico nos revela o quão inquisitorial e tendencialmente lombrosiano ainda é nosso direito penal positivo.

Parte da doutrina jurídica endossa esta visão aberta e amplamente discricionária que se percebe na jurisprudência. Paganela Boschi (2020, p. 168-170) afirma que por *personalidade* deve o juiz avaliar o todo dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam o indivíduo em sua vida cotidiana sob condições ordinárias. Abrange, ainda segundo o autor, não apenas questões inatas, mas traços emocionais e comportamentais adquiridos culturalmente e internalizados no retrato psíquico do agente. Boschi, por fim, reconhece a imensa problemática tangente a ausência de embasamento técnico dos juízes para a afirmação positiva ou negativa da personalidade e afirma que, conforme se percebe a falta de informações sobre a psique do agente, ao invés de utilizar termos genéricos e vazios de sentido como *personalidade voltada ao crime*, deve o juiz se declarar sem condições de emitir juízo crítico sobre a personalidade do acusado.

Busato (2018, p. 850-851), em tentativa no mínimo curiosa de salvar a circunstância, afirma que o conceito jurídico de personalidade a que se refere o art. 59 do Código Penal não tem por que ser o mesmo conceito psicológico ou psiquiátrico, uma vez que a definição não possui uniformidade mesmo dentro destas ciências. Para o doutrinador, a personalidade demanda a análise das qualidades morais, da índole, do sentimento moral do agente, bem como sua agressividade e sua tendência de se antepor ao ordenamento jurídico e deve ser verificada nos elementos informativos que revelam a maneira de ser e de agir do criminoso.

Salo de Carvalho (2015, p. 370), com precisão, afirma que os principais problemas enfrentados para averiguação prática da personalidade são "os da ausência de precisão conceitual e da carência de uma metodologia de análise".

Defende o autor que, para o julgador valorar a personalidade do réu, seria necessário uma exposição da metodologia utilizada, uma justificação do ponto de partida conceitual e uma demonstração rigorosa do atendimento procedimental de tais critérios.

Creemos que o problema é ainda mais grave. Quando parte da doutrina e da jurisprudência admitem que a índole e as qualidades morais do acusado sejam analisadas como critérios de dosimetria, completamente apartados da conduta e de seu resultado lesivo, permite-se uma análise moralista dos hábitos pessoais, em um escalonamento eticizante que pressupõe que determinados hábitos de vida são moralmente superiores a outros e que este julgamento deve desaguar em maior pena criminal. Aceita-se que um sujeito deva receber uma maior pena privativa de liberdade por não demonstrar ser, em seu dia-dia, dócil, produtivo ou ordeiro o bastante para os padrões sociais.

O problema não é apenas a falta de conhecimento técnico dos juízes, pois ainda que houvesse detalhado laudo nos autos escalonando de forma completa toda a personalidade do agente, sob todas as definições possíveis do termo, qualquer critério utilizado para valorar determinados caracteres da personalidade em detrimento de outros seria mera escolha eticizante e autoritária.

Já tivemos a oportunidade, juntamente com Arthur Gil e Klelia Aleixo, de escrevermos sobre os principais problemas dogmático-principiológicos da personalidade enquanto circunstância judicial. Em suma, podemos afirmar que o citado instituto é violador de pelo menos sete princípios constitucionais de um direito penal democrático (GIL, *et al*, 2025, p. 173-193).

(1) O princípio da legalidade exige a taxatividade das normas incriminadoras, estendendo-se também à pena cominada e, crucialmente, à sanção aplicada em todas as suas fases.

O relatório (CNPJ, 2022) e a citada pesquisa (2025) revela que a indefinição e a imprecisão do conceito de personalidade permitem aos magistrados a utilização de critérios subjetivos e intuitivos, muitas vezes importados da psicologia ou psiquiatria sem o devido rigor técnico ou consenso científico, o que fere o mandado de determinação da norma penal.

A valoração negativa da personalidade desvia o foco do "fato típico" (aquilo que o agente fez) para o "modo de ser" do indivíduo ou sua suposta

inclinação para o crime, desvinculando o desvalor da pena da conduta típica legalmente prevista.

(2) Também há ofensa ao princípio da secularização. A laicização da sociedade ocidental resultou na cisão entre moral e direito, exigindo a secularização do saber jurídico e a imunização da esfera íntima do indivíduo de interferências penais de cunho moral.

A jurisprudência, ao empregar juízos axiológicos e morais como "má índole" ou "insensibilidade ético-moral" para qualificar negativamente a personalidade, remete a uma concepção pré-secular do direito.

A ausência de uma definição legal precisa e a aceitação de que a avaliação possa ser feita por magistrados leigos permitem a influência de conceitos de senso comum, intuições morais e projeções religiosas na dosimetria da pena.

(3) Há inegável conflito com o princípio da culpabilidade, pois este exige uma relação proporcional entre a culpa e o castigo, concentrando-se na ofensividade da conduta e no resultado concreto (culpabilidade do fato), e não nos caracteres pessoais do agente (culpabilidade do autor).

A valoração da personalidade, ao punir o indivíduo por uma suposta "personalidade voltada para o crime" ou por sua "essência", consagra um "Direito Penal do Autor" inadmissível, que se baseia em características pessoais do agente em vez de uma avaliação objetiva de sua conduta delituosa. Esse modelo é caudatário de um positivismo criminológico intolerável em uma perspectiva democrática contemporânea.

Existe evidente prejuízo ao princípio do contraditório que exige direito à informação, possibilidade efetiva de reação e igualdade de oportunidades na produção e valoração da prova (LOPES, 2019, p. 445).

A natureza flexível e aberta do conceito de personalidade impede que o acusado saiba exatamente o que está sendo avaliado, dificultando uma defesa efetiva. A falta de expertise técnica dos magistrados e de um método científico claro para a avaliação da personalidade impede a defesa de apresentar argumentos técnicos ou contraprovas eficazes contra juízos subjetivos. Ademais, a ausência de um critério metodológico racional resulta em fundamentações genéricas e superficiais, tornando difícil o exercício do contraditório e a previsibilidade das decisões.

Por fim, o mais sub-reptício dos problemas relacionados ao estado da arte da *personalidade* na jurisprudência diz respeito à violação do “precioso”⁷⁸ princípio do *ne bis in idem*, que proíbe a dupla criminalização ou valoração negativa do mesmo fato. A vagueza e amplitude do conceito de personalidade permitem que o julgador extraia juízos negativos de elementos já considerados em outras circunstâncias judiciais (como antecedentes criminais ou circunstâncias do crime), ou fases posteriores da dosimetria. Em que pese o notável esforço jurisprudencial para ocultar tal expediente, a pesquisa de Arthur Gil (2025, p. 127) desvendou persistente tendência de juízes de primeira instância em usar um “toque alquímico” para burlar a vedação jurisprudencial de utilizar os meios e modos de execução do crime, bem como inquéritos ou ações penais em curso para negatizar a personalidade. Isso é feito ao transformar esses registros em supostos “traços de personalidade anormal” ou “voltada para o crime”, violando-se o *ne bis in idem* de maneira furtiva.

Mesmo no direito comparado a análise da personalidade do agente é criticada, principalmente pelos autores que também defendem um parâmetro de pena proporcional ao fato. Tatjana Hörnle (1999, p. 40-42) argumenta que a consideração abrangente da personalidade do agente leva a uma invalidação da ideia de uma culpa baseada no princípio do fato. A autora sustenta que, para que o direito respeite a diferença fundamental entre uma “culpa baseada no fato” e uma “culpa baseada na personalidade”, é preciso renunciar à valoração da personalidade do agente na dosimetria da pena.

Hörnle (1999, p. 49) observa que, embora o BGH (Tribunal Federal de Justiça alemão) rejeite um “dogma da personalidade do agente”, sua jurisprudência ainda é amplamente influenciada pela ideia de que a personalidade do agente deve ter uma “influência decisiva” na dosimetria da pena.

A autora alemã conclui seu trabalho reafirmando que os antecedentes, a personalidade do agente e a conduta social, por não influenciarem a medida do

⁷⁸ Utilizamos o adjetivo graças à experiência pessoal, compartilhada por qualquer militante na esfera penal: a demonstração de que o juízo *a quo* incorreu em *bis in idem* é um dos poucos argumentos que costumam ser bem-sucedidos em um recurso de apelação que pretende a reforma da dosimetria.

injusto ou da culpabilidade em sentido estrito, não devem possuir espaço legítimo de consideração na pena-base (HÖRNLE, 1999, p. 198).

Por todo o exposto, não vemos qualquer forma de defender a constitucionalidade da circunstância judicial *personalidade*, cuja análise deve ser abandonada pela jurisprudência conforme a patente inconstitucionalidade do instituto na estrutura do art. 59 do Código Penal.

10. MOTIVOS

As razões subjetivas que levam o agente a delinquir parecem denotar um critério de verdadeira justiça retributiva: o crime praticado por motivos egoísticos ou criminosos soa como mais reprovável do que aquele praticado por motivos de empatia ou necessidade pessoal. Contudo, não é necessário um escrutínio aprofundado para perceber a armadilha que tais ilações criam a um direito penal que se pretende democrático e voltado à culpabilidade do fato: para que o julgador seja capaz de aplicar tal instituto, deve fazer um juízo de valor sobre os motivos do acusado. Quando a lei não estabelece parâmetros para tanto (como a torpeza dos motivos que qualifica o homicídio), a análise do juiz pode facilmente cair em terrenos moralistas onde as experiências de vida e valores pessoais do julgador formarão uma teia de pressupostos arbitrariamente considerados como superiores aos interesses, motivos e valores do agente, fundamentando a possível exacerbação da pena à margem de toda legalidade. Vejamos se a jurisprudência consegue contornar estes problemas.

10.1 A semântica dos motivos na jurisprudência enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.

De acordo com o relatório do Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça (GT/CNJ), os "motivos do crime" enquanto circunstância judicial, referem-se aos fatores psíquicos que levaram o agente a praticar a infração penal. Estes são dinâmicos e mutáveis, revelando os desejos do agente, e não se confundem com dolo ou culpa, que são estáticos e vinculados ao tipo penal (CNJ, 2022, p. 89). Os motivos são os precedentes que levam à ação criminosa,

variando de indivíduo para indivíduo e de caso a caso, e sua avaliação pode levar o juiz a aumentar ou diminuir a pena-base.

O relatório (CNJ, 2022, p. 89-92) enumera exemplos da jurisprudência atual quanto ao que pode ser valorado idoneamente como motivos aptos a exasperar a pena-base. Exporemos as doze principais.

(1) Aproveitamento de condição pública/influente para obtenção de voto em troca de favor (aposentadoria via documento falso no inss), pois indica motivação espúria e não é inerente ao estelionato; (2) desavença de somenos importância que ocasiona o delito; (3) agressão à vítima por ter sido impedido de ingressar em campus de universidade; (4) ameaça de morte por simples postagem em rede social, o que torna a conduta fútil e despropositada; (5) busca por dinheiro fácil/ilícito no crime de violação de sigilo funcional, pois tal intuito não é inerente ao tipo penal; (6) ambição por alcançar a direção da administração municipal por meios ilegítimos, nutrida por disputa de grupos políticos; (7) conflito motivado por disputa entre facções criminosas, pois extrapola o tipo penal de organização criminosa; (8) rivalidade política transformada em embate antiético e desmedido; (9) intenção de enriquecer à custa de pessoas carentes; (10) desvirtuamento do processo eleitoral para beneficiar pessoas envolvidas na campanha, em busca de reeleição; (11) influência no meio corporativo e financeiro para beneficiar pessoas em campanha eleitoral; (12) crimes praticados para viabilizar pagamento de dívidas ou aquisição de drogas.

O relatório também lista valorações negativas inidôneas dos motivos que foram reformados pelos tribunais superiores. Resumiremos as quatro principais

(1) Desejo de locupletar-se às custas alheias ou obtenção de lucro fácil e rápido em prejuízo alheio, pois são elementos genéricos e inerentes a crimes contra o patrimônio, como roubo; (2) Intenção de lucro fácil no caso de tráfico de entorpecentes, pois é inerente ao delito; (3) Satisfação da lascívia do agente, pois é inerente à própria tipificação dos delitos sexuais (4) Motivo torpe já utilizado para qualificar o delito, para evitar *bis in idem*.

Podemos perceber que, segundo o estado da arte de nossa jurisprudência, o magistrado é livre para considerar desabonadores os motivos que entender como reprováveis, o que normalmente recai sobre razões

consideradas antiéticas, perversas ou mesquinhas sob o ponto de vista da moralidade seguida pelo julgador.

O único campo vetado para a atividade valorativa do julgador é (como quase sempre na jurisprudência brasileira) o *bis in idem*. Este é o ponto comum de todos os exemplos do relatório de valoração inidônea dos motivos na pena-base: não se pode valorar negativamente os motivos que já integram o tipo subjetivo, que já são ínsitos à estrutura típica ou que já constituem agravantes, qualificadoras ou causas de aumento.

10.2 Problemas tangentes à conexão entre motivo e fato punível: o afastamento de decisões eticizantes.

Segundo Bitencourt (2020, p. 844), os motivos representam “um plexo de situações psíquicas que impulsionam o agir *contra lege*, e podem representar tanto a *causa* como a *finalidade* do agir criminoso”. É o porquê da prática do crime. Boschi (2020, p. 173) afirma que quando o juiz considera os motivos, deve avaliar como favoráveis ao agente os influxos de sentimentos nobres ou altruístas e deve considerar desfavoráveis ao réu os motivos vis, relacionados à vingança, libidinagem ou ao jogo.

Busato (2018, p. 852) afirma que os motivos devem se referir aos antecedentes causais psicológicos que norteiam o comportamento do sujeito. Para o autor, os motivos são subsidiários uma vez que é praticamente impossível encontrar um motivo penalmente relevante que já não integra os elementos do tipo, qualificadoras ou agravantes. Entretanto, parece não opor qualquer objeção à valoração de motivos a partir de um filtro ético, entendendo ainda que o motivo do lucro fácil seria apto a exacerbar a pena-base.

Há problemas em todas as posições acima.

Juarez Cirino (2017, p. 529) atenta para o primeiro problema: a análise dos motivos usualmente resulta em dupla valoração, uma vez que os motivos que já integram o tipo de injusto ou qualificadoras, majorantes ou agravantes, violando-se o *ne bis in idem*. O cuidado que a jurisprudência demonstra tomar, conforme relatado acima, dificilmente contorna esta questão, pois, conforme sustenta Salo de Carvalho (2015, p. 377) uma miríade de tipos penais possuem motivações intrínsecas em sua estrutura normativa, uma vez que a negatificação

dos motivos nas decisões judiciais se dá pelo mesmo juízo de reprovação da conduta feito pelo legislador na tipificação. O juízo de censura dos crimes sexuais inclui a libido exacerbada ou a instrumentalização de corpos alheios. A pena cominada aos crimes contra a vida levam em conta o desprezo à vida humana. Reconhecemos que o tema é contemplado pela jurisprudência, mas de forma inconstante, fragmentada e incompleta.

Dos exemplos elencados pelo relatório do CNJ (2022, p. 92) como motivos idôneos para a exasperação da pena-base podemos destacar o “conflito entre facções criminosas” no delito de organização criminosa. É evidente que parte da razão pela qual se decidiu criminalizar autonomamente a organização criminosa envolve o impacto das disputas entre facções na segurança pública. Outrossim, a “ameaça motivada por postagem em rede social” faz a dosimetria incorrer em *bis in idem* uma vez que “motivo fútil” é circunstância agravante genérica constante no art. 61, II, “a” do Código Penal.

Para que se preserve o princípio da secularização, também entendemos que a análise valorativa dos motivos do crime não pode ser moralista ou eticizante. Assim, discordamos dos doutrinadores que afirmam, por exemplo, que o altruísmo e a libidinagem devem ser valorados respectivamente como motivos positivos ou negativos, uma vez que tal afirmação toma por universais os valores judaico-cristãos que são dominantes em parte da sociedade. Nas palavras de Rodrigo Roig (2015, p. 168), a dinâmica jurisprudencial representa:

uma velada e inquisitorial prática penalizadora da autonomia moral e da interioridade humana, coativamente imposta do exterior do próprio juízo de condenação. Afinal, a contemplação dos motivos do crime só pode se realizar através da devassa à subjetividade do réu e de sua adjetivação a partir dos valores morais do juiz (ROIG, 2015, p.168).

Ademais, o princípio da legalidade também fica prejudicado uma vez que a exasperação da pena conta com análise de fatores que, quando não são ínsitos ao tipo (gerando *bis in idem*), não são parte integrante da norma incriminadora. Nos termos de Martinelli e Schmitt de Bem (2025, p. 845) as inferências morais normalmente engendradas na negatificação dos motivos ofende a segurança jurídica assegurada pela taxatividade.

Finalmente, o último dos problemas é reportado por Rodrigo Roig (2015, p. 169-170): a descrição, por parte do réu, dos motivos do crime é corolário da própria confissão, que é atenuante genérica prevista no art. 65, II, "d" do CP e, por isso, seria contraditório que o mesmo instituto fosse valorado positiva e negativamente. O argumento é também ecoado por Salo de Carvalho (2015, p. 378) ao lembrar que a própria metodologia legal do interrogatório é direcionada à extração da confissão e dos motivos da infração, conforme expressamente previsto pelo art. 190 do Código de Processo Penal.

10.3 A valoração idônea dos motivos do crime conforme uma perspectiva redutora

Tendo em vista todas as questões expostas, não vislumbramos como a negatização da circunstância "motivos da infração" poderia ser feita adequadamente sem a violação dos princípios Constitucionais aqui ventilados ou sem passar por julgamentos moralistas da subjetividade do agente.

Esta conclusão é reforçada pelos autores nacionais e estrangeiros que defendem a inadequação da interferência dos motivos na dosimetria perante o paradigma da pena proporcional ao fato. Hörnle (1999, p. 58) argumenta que as descrições estereotipadas de motivos relacionados ao infrator (como "energia criminosa" ou "disposição") mostram a flexibilidade com que são usadas para justificar decisões, mascarando, muitas vezes, ressentimentos ou considerações não declaradas. A consideração de motivos egoístas, como o desejo de enriquecimento para prazeres imediatos ou um estilo de vida luxuoso, é frequentemente enfatizada pela jurisprudência alemã, mas a autora considera esses fatores irrelevantes da perspectiva da vítima e, por isso, não deveriam influenciar a aplicação da pena.

Entendemos, juntamente com Martinelli e Schmitt de Bem (2025, p. 846) que os motivos ainda podem ter alguma influência na dosimetria para beneficiar o acusado. Assim, a partir de uma perspectiva redutora de danos, os motivos da infração devem ser considerados neutros ou favoráveis ao acusado para eventualmente compensar uma circunstância desfavorável. Deve haver apenas uma exceção, pois é preciso reconhecer que a lei penal estabelece valores negativos para motivos qualificadores de determinados tipos penais e, sendo as

circunstâncias judiciais verdadeiros elementos normativos agregados aos preceitos secundários dos tipos, quando mais de uma qualificadora é aplicável, a circunstância sobejante que se refere aos motivos (como motivo torpe ou egoístico) poderia ser utilizada pelo juiz para exacerbar a pena base.

11. CIRCUNSTÂNCIAS EM SENTIDO ESTRITO

Trata-se da circunstância judicial mais objetiva por referir-se exclusivamente ao fato típico e suas condições de modo, meios, lugar e tempo e, por isso, a mais adequada à proporcionalidade do fato e apta a ser valorada para exacerbar a pena, contanto que dentro de padrões jurídicos que remetem aos institutos já consagrados na dogmática penal, principalmente da teoria do delito. Vejamos se a jurisprudência consegue abraçar as potencialidades deste instituto sem cair em possível *bis in idem* a partir da possível confusão semântica com os inadequadamente amplo conceito de culpabilidade que já criticamos em capítulo anterior.

11.1 A semântica das *circunstâncias em sentido estrito* na jurisprudência enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.

As **circunstâncias do crime** referem-se aos pormenores acidentais do fato delitivo, que não são inerentes ao tipo penal. Essa análise busca avaliar a maior ou menor gravidade do crime com base no *modus operandi* do agente e nas condições em que a infração foi praticada.

Adiantamos que, por tudo aquilo que já desenvolvemos até aqui, nos parece que esta é (ou deveria ser) uma das mais importantes das circunstâncias judiciais. A proporcionalidade do fato pode ser mais bem demonstrada a partir das condições de tempo, lugar e modo pelo crime é praticado, além de ser possível aplicar, para este fim, teorias já consagradas na doutrina e na jurisprudência brasileira para melhor dosar a reprimenda em caso de concurso de pessoas, como a teoria do domínio do fato.

Nos termos do relatório (CNJ, p. 94-107), resumiremos o que pode ser valorado negativamente nas circunstâncias do crime em quinze situações. (1) Abuso de confiança: O aproveitamento da confiança depositada pela vítima ou

familiares para a prática do crime; (2) Violação de domicílio: A prática do delito na residência da vítima ou em ambiente familiar, quebrando a sensação de segurança; (3) Prática delituosa na presença de familiares: O cometimento do crime diante dos filhos ou outros familiares da vítima; (4) Risco a terceiros: A exposição de terceiros a perigo devido à conduta criminosa, como disparos em via pública movimentada; (5) Complexidade do engenho criminoso: A utilização de esquemas sofisticados, meios elaborados ou grande organização para a execução do delito, incluindo esconderijo de drogas em compartimentos ocultos de veículos, rede de comunicação para evitar a polícia, ou a falsificação de grande quantidade de documentos; (6) Duração do crime: A prolongação da ação criminosa por um período extenso; (7) Modo de execução do delito: Pormenores que evidenciem maior gravidade, como, Premeditação com conotação de execução e grande número de agentes armados; (8) Prática durante a madrugada e mediante arrombamento; (9) Violência exacerbada ou desproporcional à obtenção do resultado; (10) Exposição da vítima a maior humilhação, como estupro à luz do dia em local visível; (11) Utilização de locais específicos que demonstrem ousadia do agente (ex: Fórum); (12) Comercialização de grande variedade ou quantidade de drogas e atuação de organização criminosa dentro ou fora de presídios, causando "terror"; (13) Simulação de função ou abuso de conhecimento técnico (ex: advogados, administradores); (13) Atuação em diversos países ou com vítimas espalhadas globalmente; (14) Aproveitamento de relação de amizade com a vítima ou familiares; (15) Prejuízo significativo a correntistas ou impacto na credibilidade de instituições públicas.

Há também situações marcadas na jurisprudência como inidôneas para negativar as circunstâncias. Todas elas giram em torno do *ne bis in idem* ou do excesso de generalização na decisão. Resumiremos a impossibilidade de valoração dos elementos em 2 pontos. (1) Elementos inerentes ao tipo penal ou qualificadoras já utilizadas: Não se pode considerar elementos que já qualificam o delito (ex: recurso que dificulta a defesa da vítima) ou que são próprios do crime (ex: utilização de documento falso no estelionato); (2) Generalidades ou ausência de periculosidade atípica: Fundamentos genéricos que não demonstram uma periculosidade que extrapole o comum para o tipo penal. Por exemplo, no roubo, se o ônibus estava vazio e foi usado simulacro de arma de

fogo, as circunstâncias podem não justificar a exasperação da pena, pois a ação não desbordou da periculosidade própria do tipo.

Para a jurisprudência, é fundamental que a valoração seja baseada em elementos concretos e objetivos que demonstrem uma reprovabilidade superior ao que é inerente ao tipo penal.

11.2 A necessária ligação entre as circunstâncias e os elementos do injusto culpável: desordem hermenêutica e *ne bis in idem*.

Parte da doutrina nacional é consonante com as definições vistas na jurisprudência.

As circunstâncias em sentido estrito do crime se caracterizam, segundo Ricardo Schmitt (2020, p. 163), como as singularidades do próprio fato, elementos objetivos, acessórios ou acidentais não definidos na própria norma incriminadora. Em outras palavras, são as condições de tempo, lugar e modo com as quais o delito é praticado.

Também é importante, para afastamento do *bis in idem*, que se afastem da análise todas as circunstâncias que dizem respeito às elementares do tipo penal, qualificadoras ou majorantes, para se evitar *bis in idem*. Neste sentido, Martinelli e Schmitt de Bem (2025, p. 846) afirmam que as circunstâncias devem ser consideradas como um critério residual e baseadas nos aspectos objetivos de natureza acidental que envolvem o crime.

Paganella Boschi (2020, p. 175), expressando sentido semelhante aos esboçados acima, exemplifica casos em que as circunstâncias do crime poderiam ser consideradas negativas, das quais mencionaremos duas: (1) em um crime violento, várias vezes o agente dispara uma arma potente em via pública, gerando perigo para muitas pessoas; (2) um sujeito vai à casa onde se realiza um velório e, se aproveitando dos descontroles da família na situação de dor, furta objetos valiosos. Boschi atrela a exasperação da pena no primeiro exemplo ao risco de lesão para os bens jurídicos individuais de várias pessoas e, no segundo, à insensibilidade moral demonstrada pelo agente.

Rodrigo Roig (2015, p. 175) sustenta que, ainda que as *circunstâncias do crime* consiga traduzir a gravidade do fato, esta não constitui fundamento idôneo ao aumento da pena-base, uma vez que esta atividade já foi desenvolvida pelo

legislador quando estabeleceu as balizas penais mínimas e máximas no preceito secundário do tipo penal.

Já é possível tecer devidas críticas ao atual paradigma jurisprudencial e doutrinário.

Por tudo o que já expusemos acerca da pena proporcional ao fato e da agnose relativa aqui defendida, entendemos que as *circunstâncias em sentido estrito* constituem o instituto da pena-base com melhor possibilidade de se permitir a exasperação da pena. Discordamos respeitosamente de Rodrigo Roig por duas razões fundamentais. (1) O legislador anteviu a gravidade do crime na escala penal, porém, a individualização clama por critérios de escolha entre a pena mínima e máxima dentre estas balizas. Em outras palavras, enquanto o furto qualificado estabelece penas de 2 a 8 anos, parece claro que nosso arcabouço legal positivo delega ao julgador a decisão pela qual o furto em questão deva receber uma pena próxima do mínimo ou do máximo e a gravidade do crime é o melhor critério para esta distinção. (2) Somente utilizando a gravidade do fato como parâmetro é possível afastar juízos baseados em meros julgamentos personalistas ou moralistas que se percebem em alguns dos exemplos colhidos pelo relatório do CNJ e percebidos na doutrina nacional.

Não se trata de postular que a pena passa a ser merecida em retribuição à gravidade do fato, pois não se vislumbra a reparação da ordem jurídica turbada e nem mesmo a expiação do réu a partir da aplicação de um mal justo. Defender um modelo retributivo consiste em atribuir uma possível consequência positiva a partir da reprimenda legal, o que, ao longo de todo o trabalho, rechaçamos. Defende-se aqui que a proporcionalidade da pena pelo fato, temperada com outros critérios jurídicos tais como os fatores de vulnerabilidade social já vislumbrados na culpabilidade, é a melhor estratégia para dar previsibilidade racional à dosimetria da pena-base e ao mesmo tempo afastar as principais violações aos princípios constitucionais já discutidos.

Nesta ordem de ideias, é preciso inicialmente estabelecer que perspectivas preventivas e defensivas devem ser afastadas da análise das circunstâncias em sentido estrito, bem como os juízos moralistas ou que tentam construir um perfil da índole do réu. Entendemos como inidôneos, portanto, os fundamentos como demonstrados em um dos exemplos de Boschi: se o que se repreende no caso em que o réu furta ao aproveitar a ocasião do velório do pai

da vítima a insensibilidade do agente, o juiz estaria repreendendo estados mentais subjetivos e, pior, projetando seus próprios critérios morais de sentimento e adequação como balizas de julgamento das condutas alheias.

Vários dos exemplos elencados pelo relatório do CNJ (2022, p. 94-107) merecem críticas semelhantes. Quando se argumenta que as circunstâncias são mais reprováveis porque o crime foi praticado perante a familiar da vítima ou em situação em que esta foi exposta à humilhação, a exacerbação da pena é baseada na frieza do agente, interpretada como moralmente incorreta conforme os valores do juiz. Ademais, percebe-se ainda uma grave confusão entre circunstâncias judiciais, pois a frieza ou insensibilidade do agente é frequentemente valorada pela jurisprudência na culpabilidade conforme também se nota no relatório (CNJ, 2022, p. 46).

Conforme defendido no capítulo 5, cremos que a proporcionalidade pelo fato só pode ser adequadamente respeitada na medida em que as descobertas e os rigores da dogmática penal sejam transpostos para a os parâmetros dogmáticos. Mais precisamente, defendemos que os elementos do injusto culpável sejam os critérios para se discernir a gravidade do fato na dosimetria da pena.

Embora não seja necessariamente partidário da proporcionalidade da pena pelo fato, Salo de Carvalho apresenta um resumo preciso sobre o que se pode razoavelmente avaliar nas circunstâncias em sentido estrito:

Para além das questões próprias sobre o momento e o local, a análise das circunstâncias de modo é relevante para determinar, p. ex., a razoabilidade no uso dos meios; os distintos níveis de autoria e de participação no concurso de agentes; a forma de violação do dever de cuidado objetivo nos crimes culposos e omissivos impróprios; a extensão da execução na tentativa, dentre outras (Carvalho, 2015, p. 379).

Em termos práticos, a valoração dos elementos do "injusto culpável" na fase de fixação da pena-base representaria uma mudança de paradigma em relação aos entendimentos dominante na doutrina e jurisprudência. Em vez de focar na "reprovabilidade" subjetiva do agente, a proposta consiste na ancoragem da pena-base a pena-base na gravidade do delito (o injusto),

utilizando-se a capacidade de atribuição do fato ao autor e a vulnerabilidade social deste (a culpabilidade em sentido estrito) como fator de limitação da pena.

Conforme também analisado no capítulo 5, parte da doutrina nacional, a exemplo de Stoco (2018, p. 106) e Teixeira (2015, p. 67), e até internacional como Hörnle (1999, p. 144) injusto (que compreende a conduta, o resultado, o nexos de imputação, a tipicidade e a ilicitude) representa elemento capaz de fornecer a quantidade da pena, com ampla capacidade de agravamento e atenuação. Sua valoração deve ser retrospectiva, ou seja, voltada para o fato ocorrido no passado e nunca a partir de finalidades preventivas. Deve-se deixar de fora de tal análise apenas o nexos de imputação e o resultado, pois serão valorados nas *consequências do crime*.

Neste diapasão, a avaliação das circunstâncias em sentido estrito devem se iniciar pela forma de execução da conduta típica, que precisa ser analisada sob a perspectiva da gravidade do injusto, no sentido de sua intensidade para a vítima (no caso de sujeitos passivos identificados) ou quanto à sua danosidade social.

Assim, para nos aproximarmos das ilustrações jurisprudenciais do relatório (CNJ, 2022), a brutalidade do agente e o excesso de violência por ele desempenhada podem ser valorados pela intensidade do perigo exposto à vítima e a gravidade concreta do fato (comprovados pelas provas verificadas nos autos), e não como censura aos sofrimentos negativos do agente. Ao contrário do que afirma parte da doutrina e da jurisprudência já expostos, o expediente aqui escrito não resulta em *bis in idem*, pois não se trata da mera verificação da presença dos meios ou modos de execução descritos pelo tipo penal (que já foi feita no juízo condenatório), mas da graduação destes em termos de ofensividade concreta conforme a prova colhida nos autos. Desta forma, todo roubo conterà violência (própria ou imprópria) ou grave ameaça, porém, a intensidade da violência utilizada pode variar significativamente entre roubos distintos, de modo a repercutir na dosimetria. O mesmo raciocínio pode ser feito de um roubo em que se faz ameaças gravíssimas a diversas pessoas em comparação a outro no qual uma ameaça velada é feita a uma só pessoa.

Tal expediente não deve refletir a tentativa de se revelar a periculosidade do réu, mas sim de se deduzir a gravidade do fato.

É muito importante frisar que a repercussão pública do fato, a preservação do prestígio do judiciário ou os anseios punitivistas do público de nenhuma forma devem repercutir na aplicação da pena.

No que diz respeito à espécie e intensidade do dolo, sua análise nas circunstâncias em sentido estrito é, no mínimo, polêmica.⁷⁹

No Brasil, Bitencourt (2020, p. 664) defende que, ainda que agora o dolo se localize no tipo penal, quanto mais intenso for o dolo, maior será o grau de censura da ação, repercutindo-se na pena-base.

Na doutrina estrangeira que defende a proporcionalidade da pena pelo fato, Hörnle (1999, p. 160-163) sustenta que o dolo direto, por pressupor um comportamento intencional, propositadamente direcionado à lesão, é considerado mais grave que o dolo eventual. A explicação, à primeira vista, parece calcada na gravidade do fato criminoso: do ponto de vista da vítima, a intencionalidade do agressor implicaria um maior potencial de risco, pois o agente visaria seu objetivo mesmo que precisasse tentar várias vezes.

Discordamos das posições acima. Há autores que, conquanto defendam que a pena seja fundamentada apenas na proporcionalidade do fato, possuem reservas quanto o impacto do dolo sobre a dosimetria. Stoco (2018, p. 121-123) questiona a noção de "dolo (direto) intenso" frequentemente utilizada na jurisprudência para agravar penas, pois, essa concepção confunde dolo com "vontade" ou "vontade má", o que significa um juízo moral de censura sobre o elemento anímico, do agente. A (má) vontade em si não aumenta nem diminui o grau de perigo de uma ação. Embora mencione o argumento de Hörnle de que o dolo eventual conteria uma "menor carga de injusto" da perspectiva da vítima, por representar uma menor ameaça do que uma ação intencional, Stoco considera essa justificativa "um tanto subjetivista e fundada em argumentos preventivos".

O argumento de que o dolo direto é mais intenso parece-nos realmente retórico e subjetivista. Com fundamentos semelhantes seria possível afirmar que o dolo eventual pode ser, a depender da circunstância e da teoria adotada, mais

⁷⁹ Cumpre lembrar que consideramos grave imprecisão metodológica a análise da intensidade do dolo ou grau da culpa na circunstância *culpabilidade*, uma vez que a reforma operada pela Lei 7.209/84 trouxe nossa legislação para as linhas gerais do finalismo, deslocando o dolo e a culpa para o interior do tipo subjetivo. Assim, caso o dolo exerça alguma influência na dosimetria da pena-base, as *circunstâncias em sentido estrito* do crime representa o local correto para tanto.

grave do que o dolo direto, por representar a assunção de um risco em indiferença à preservação do bem jurídico, de maneira comparável à maior censura que se faz de um motivo fútil.

Ainda há autores, a exemplo de Salo de Carvalho (2015, p. 356) que negam peremptoriamente que o dolo deva ter qualquer influência na dosimetria. O principal argumento de Carvalho reside no fato de que, após a reforma do art. 59 do Código Penal, o dolo não mais figura expressamente previsto nas circunstâncias que permitem a dosimetria da pena-base, por isso sua apreciação violaria o princípio da legalidade.

Concluimos que, em que pese as posições em prol da análise do dolo, defendemos que sua valoração na dosimetria é inadequada, seja na culpabilidade, seja nas circunstâncias em sentido estrito, pois repreensão da vontade consciente (elementos do dolo) consistiria na censura sobre a vontade, resultando em inevitáveis juízos de moral sobre inclinações psicológicas, afastando a quantificação da pena da proporcionalidade do fato.

Quanto aos crimes culposos, no entanto, alguma graduação objetiva é possível sem que se caia em uma análise do campo volitivo-psicológico do agente.⁸⁰

Conforme ensina Juarez Tavares (2018, p. 371), o injusto culposos se notabiliza pela violação de um dever objetivo de cuidado, pela produção de um resultado indesejado, porém objetivamente previsível, evitável e que seja causado e imputável ao autor. A ação descuidada, geradora do resultado típico, é aquela que excede o risco autorizado, seja por normas técnicas de profissão ou atividade, seja pela própria lei ou norma de convívio e precaução de danos a terceiros.

Neste diapasão, parece-nos correta a construção dogmática de certos autores que, a exemplo do Stoco (2018, p. 126), afirmam que os diversos deveres de cuidado possuem níveis diferentes de violação, o que repercute diretamente no risco produzido a bens jurídicos de terceiros, podendo ser

⁸⁰ Afinal, conforme afirma Regis Prado (2019, p. 590-592), parte do problema da teoria psicológica da culpabilidade, vigente no período causalista, residia no fato de que a culpa nunca pôde ser definida como um elemento subjetivo ou psíquico. Ainda que deslocada para o tipo penal pelo finalismo welzeliano, a culpa continua sendo um elemento normativo especial do tipo e, por isso, passível de valoração.

objetivamente apreciado no fato delitivo. Quem dirige embriagado em alta velocidade próximo a uma escola no período da manhã viola mais deveres de cuidado (e de forma mais intensa) do que quem apenas desobedece a uma parada obrigatória.

Embora a intensidade do resultado e suas regras de imputação sejam mais bem aquilatados nas *consequências do crime*, o grau de violação do dever de cuidado pode servir como fator de exasperação ou mitigação da pena nas *circunstâncias em sentido estrito*.

A premeditação também é fator marcante na dosimetria atual, ora na culpabilidade (conforme visto por nós no capítulo 5), ora nas circunstâncias em sentido estrito (conforme exposto neste capítulo). A *ratio* das decisões costumam ser a mesma: quanto mais elaborada é a premeditação do crime, maior é o grau de profissionalismo do agente e, por isso, maior é a periculosidade que deve ser reprimida. Além da óbvia contradição metodológica⁸¹ que pode gerar *bis in idem* (uma vez que um fato não pode ser avaliado em duas circunstâncias judiciais simultaneamente), já criticamos à exaustão os juízos preventivos, subjetivistas e defensivistas em que estes expedientes se sustentam, o que, todavia, não significa que a premeditação deve ser neutra na teoria da pena.

Concordamos com Hörnle (1999, p. 391) quando afirma que o planejamento da conduta é irrelevante para a dosimetria quando se trata apenas de planejamento interno, cogitação ou quando usado para se notabilizar índole do agente. Contudo, pode ser relevante quando aumentar a ameaça (*Bedrohlichkeit*) da situação para a vítima. Isso significa que o planejamento é considerado um fator que eleva o injusto da conduta quando se reflete no comportamento objetivo do infrator antes ou durante a execução do crime, criando um perigo real ou uma situação mais ameaçadora sob a perspectiva da vítima. Acrescentamos que, a existência de premeditação por si só não se traduzirá em exasperação da pena-base, afinal, a preparação também pode garantir maior precisão e menos danos desnecessários à pretensão criminosa.

Finalmente, a jurisprudência atual possui posições semelhantes no que diz respeito à infração de dever por ocupação de cargo, função ou posição

⁸¹ Impressionantemente, a dúvida acerca de qual circunstância judicial é mais adequada para abrigar a premeditação é lugar comum na jurisprudência atual, cuja característica mais marcante é, lamentavelmente, a absoluta incerteza semântica sobre institutos da teoria da pena.

profissional ou ainda pelo abuso de confiança depositada no agente. Tende-se a concluir pela maior reprovabilidade, proporcionando-se pena-base exacerbada, fundamento que costuma repousar em um juízo inegavelmente moralista acerca da quebra de expectativas ou prognósticos de periculosidade.⁸²

Defendemos, juntamente com Tatiana Stoco (2018, p. 136) que a posição profissional ou cargo do agente não agrava a culpabilidade em sentido estrito, mas pode agravar o injusto de ação (circunstâncias do crime em sentido estrito) quando há uma infração de dever em uma análise deve ser objetiva, retrospectiva e centrada no fato. A valoração deve focar na importância do dever violado e na extensão das consequências que essa violação provoca, e não em um "dever moral" ou quebra de expectativas sociais abstratas. A exasperação somente poderá ser viabilizada perante a demonstração que a posição do agente aumentou o risco de lesão aos bens jurídicos da vítima e quando tal posição já não estiver contemplada como causa de aumento, qualificadora ou agravante.

11.3 Circunstâncias em sentido estrito no concurso de agentes: aproximações com a teoria do domínio do fato em uma perspectiva redutora.

Conforme relatado pelo CNJ (2022, p. 94-107) diversos são os julgados pelos quais a posição do agente em uma trama delitiva ou organização criminosa lhe rendeu uma exacerbada pena-base na valoração das circunstâncias do crime em sentido estrito. Contudo, percebe-se mais uma vez uma confusão semântica, pois fatos muito próximos a esses são verificados na valoração da culpabilidade (CNJ, 2022, p. 45). A fundamentação jurisprudencial costuma pairar sobre considerações de periculosidade e vagas conclusões de maior reprovação sem um critério metodológico objetivo.

Entendemos que a divisão de tarefas, a importância da colaboração para o sucesso da empreitada criminosa ou o grau de autoria devam, sim, repercutir na dosimetria. Este é o comando expresso do art. 29 do Código Penal. Contudo, verifica-se aqui a mesma imprecisão metodológica denunciada por Cirino dos

⁸² Tal valoração é normalmente realizada na culpabilidade.

Santos (2017): é difícil deduzir o que o lei quer dizer ao afirmar que cada colaborador deve incidir nas penas do crime *na medida da sua culpabilidade*. A primeira parte é clara o bastante, conforme ensina Cláudio Brandão (2019, p. 305), nossa legislação adotou a teoria monista ou unitária para definição da consequência do concurso de pessoas: estende-se a tipicidade penal da conduta do autor principal a todos os coautores e partícipes, de modo que o crime permanecerá único para todos os concorrentes. Todavia, adotou-se um monismo mitigado, de forma que é necessário diferenciar a pena de acordo com a culpabilidade de cada agente. Defendemos que o termo *culpabilidade* neste contexto se refere à culpabilidade em sentido amplo, isso é, à necessidade de individualização proporcional da pena conforme a proporcionalidade do fato e os efeitos previstos ou previsíveis ao agente. A pena-base é o terreno fértil para tal valoração, porém, conforme defendemos no capítulo 6, esta não deve ocorrer na culpabilidade⁸³, mas sim *nas circunstâncias em sentido estrito*, pois é aqui que a dinâmica da trama criminosa pode ser avaliada e a responsabilidade dividida conforme a importância da colaboração de cada concorrente.

Salo de Carvalho (2015, p. 379) já sustentou que, nas *circunstâncias do crime em sentido estrito*, podem ser valorados “os distintos níveis de autoria e de participação no concurso de agentes”, de forma que a teoria do domínio do fato possa ter alguma utilidade no direito brasileiro. Concordamos inteiramente. O domínio do fato⁸⁴ enquanto critério de distinção entre autores e partícipes já é bem aceito pela jurisprudência brasileira e oferece um método sólido para

⁸³ A primeira das circunstâncias judiciais, *culpabilidade*, sustentamos que o julgador deve graduar os elementos do da culpabilidade em sentido estrito, o que inclui uma análise do esforço do agente para se colocar em situação de vulnerabilidade, não havendo espaço adequado para analisar o grau de colaboração para a infração penal em concurso. Ademais, por figurar como limite da pena, a culpabilidade somente permitiria uma valoração neutra ou favorável ao agente.

⁸⁴ A adoção da teoria do domínio do fato na histórica Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal sedimentou a aceitação de tal instituto na jurisprudência. É bem verdade que, naquela ocasião, a teoria foi adotada de forma bastante deturpada, como uma espécie de subterfúgio doutrinário para autorizar a condenação independentemente da prova do liame subjetivo ou da relevância causal de cada concorrência. Todavia, perante as críticas do setor acadêmico, os tribunais superiores têm ajustado seu entendimento para se adequar a uma compreensão técnica mais sólida da teoria como se vê na ação penal 975 na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que “a teoria do domínio do fato não preceitua que a mera posição de um agente na escala hierárquica sirva para demonstrar ou reforçar o dolo da conduta” ou no REsp 1.854.893-SP em que o Superior Tribunal de Justiça consignou que “teoria do domínio do fato não permite, isoladamente, que se faça uma acusação pela prática de qualquer crime, eis que a imputação deve ser acompanhada da devida descrição e da demonstração de nexo causal”.

graduação das responsabilidades entre concorrentes conforme a proporcionalidade do fato.

O germen da teoria foi concebido por Welzel que surgiu uma teoria do domínio *final* do fato como critério de delimitação objetivo-subjetivo de autoria e que dependeria de dois pressupostos: (1) os pessoais, decorrentes da estrutura do tipo, e o (2) fático, ligado ao domínio final do fato (o autor seria o senhor da decisão e da execução de sua vontade final). O domínio do fato, em sua concepção, portanto, compunha as espécies de autoria ou coautoria (direta ou mediata).

Contudo, é com Claus Roxin que a teoria do domínio do fato ganhou sua expressão mais acabada. Longe de ser um aprimoramento ou aperfeiçoamento da teoria de Welzel, constituiu-se ela uma construção nova, com implicações teóricas e práticas distintas. Enquanto para Welzel a teoria do domínio do fato seria um pressuposto (requisito) material para determinação da autoria, para Roxin consistiria em um critério para delimitação do papel do agente na prática delitiva (como autor ou partícipe). A teoria representou, assim, uma forma de distinguir o protagonista da infração penal de seu coadjuvante, permitindo a distribuição das responsabilidades de acordo com a importância de cada colaboração.

Para a teoria de Roxin (2000, p. 149), autor é aquele que possui o domínio (o poder de decisão e controle sobre a existência e continuidade) dos atos executórios. O autor não defende um conceito capaz de encampar todos os crimes ou condutas, mas, precipuamente, os delitos comissivos de autoria comum que são divididos em três grupos de casos distribuídos conforme as três espécies de domínio do fato criminoso.

A autoria imediata é aquela marcada pelo domínio da ação: o agente que pratica verbo núcleo do tipo penal, fora das hipóteses de coação física ou moral, será autor do crime, pois o domina da forma mais elementar possível (Roxin, 2000, p.152).

A coautoria ou autoria funcional é proporcionada pelo domínio funcional do fato, que ocorre quando dois ou mais agentes perfazem uma divisão de tarefas na qual cada concorrente domina uma tarefa essencial para a concretização da fase executória como um todo. Parafraseando o exemplo de Roxin (2000, p. 327), em um roubo a banco no qual um dos agentes instala os

explosivos, o outro desliga o alarme e um terceiro subtrai o dinheiro do cofre, os dois primeiros são autores funcionais do crime e o terceiro é autor imediato. O indivíduo que cedeu os explosivos é mero partícipe, pois após a realização de seu ato de participação por auxílio material, não possuirá qualquer ingerência na inicialização, continuidade ou interrupção da execução do fato típico enquanto este ocorre. Cirino dos Santos (2017, p. 356-358) afirma que esta é uma zona cinzenta da teoria, no sentido de não ser sempre claras as fronteiras entre aqueles que possuem ou não o domínio funcional na distribuição das responsabilidades.

No critério do domínio da vontade, Roxin (2000, p. 166) desenvolve a teoria necessária para justificar a imputação de autoria àquele que não participa diretamente na execução do delito. Autor mediato é aquele que controla a vontade de um instrumento que, normalmente, estará isento de pena. Em seus mais modernos critérios, a autoria mediata é desenvolvida em três categorias: (1) o domínio da vontade por erro determinado por terceiro, o que pode se dar tanto erro de tipo quanto em erro de proibição; (2) o domínio da vontade por coação irresistível sobre o instrumento e (3) o domínio da vontade por força de um aparato organizado de poder em que um instrumento fungível realiza o fato típico em obediência às ordens de quem detém o domínio sobre uma organização que está alheia ao direito.

Acerca dos aparatos organizados de poder, Claus Roxin (2019, p. 5) desenvolveu a "domínio da organização" (*Organisationsherrschaft*) como uma forma de autoria mediata que se enquadra na categoria mais ampla do domínio da vontade. Este conceito influenciou significativamente a teoria do autor, bem como a jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça, de outros países e do Tribunal Penal Internacional (p. 5).

Segundo Roxin (2019, p. 271-278), são três os requisitos fundamentais para a autoria mediata por domínio da organização em aparatos organizados de poder: (1) Aparatos juridicamente "desacoplados" ou "desvinculados do direito" (*rechtsgelöste Apparate*). Significa que o aparato de poder opera fora ou acima das normas legais, ou de forma ilegal, o aparato deve ser "desvinculado do direito", assegurando que a execução das ações planejadas ocorra sem depender da liberdade individual do executor. Se o aparato seguisse as leis, a perpetração direta pelo executor ou a cumplicidade do comandante seriam as

formas mais apropriadas; (2) Fungibilidade dos executores (Fungibilität der Exekutoren): os indivíduos que realizam a ação no nível inferior da organização são intercambiáveis, pois, se um deles se recusar a agir, outro tomará o seu lugar. A identidade específica do executor é irrelevante para a consecução do crime, que é garantida pela estrutura e funcionamento do aparato. Para o mandante, o processo de execução é organizado e controlável de tal forma que ele não depende da liberdade individual do executor direto; (3) Controle totalitário do aparato: “os homens de trás” têm um plano e exercem um poder de disposição totalitário sobre o aparato, controlando a execução dos eventos criminosos, por existir alta disposição dos autores imediatos.

Cirino dos Santos (2017, p. 354), analisando a construção roxiniana, afirma que a autoria mediata por força de aparelho de poder organizado ficaria restrita aos crimes praticados por abuso de poder do Estado ou por organizações criminosas complexas, ficando excluídos os crimes praticados por meio de empresas privadas ou organizações criminosas sem hierarquia rígida. Busato (2018, p. 690), entretanto, critica requisito pelo qual o aparato organizado de poder deve atuar à margem do direito, pois o critério seria artificial e não corresponderia a realidade criminológica contemporânea, na qual é comum visualizar o uso de empresas privadas como instrumentos para a prática de ilícitos. Discordamos, pois, entendemos como arrazoadas a posição dominante de que, em empresas contextos privados, a ordem de dirigentes devem ser considerados atos de cumplicidade (participação) ou autoria funcional (caso se encaixe nos requisitos).

Defendemos que, com fundamento na teoria do domínio do fato, (incluindo a versão domínio da organização) postulada por Roxin pode fundamentar o agravamento da pena-base aos autores em detrimento dos partícipes, respeitando-se o comando legal do art. 29 do Código Penal e fundamentando o aumento na maior relevância da colaboração para a produção do injusto penal. Outrossim, os múltiplos exemplos de elevação da pena-base perante a comprovação de que o agente é líder de facção criminosa podem até ser mantidos, contanto que sejam afastados os fundamentos preventivos e defensivistas e que a prova dos autos demonstre todos os requisitos do domínio da organização.

Insistimos: não se afirma que os *autores* apresentam maior periculosidade ou que a punição destes se dá pela maior demanda para prevenção de delitos futuros, mas que, considerando a maior relevância da colaboração para a execução do crime marcada pelo domínio do fato punível, diminui-se a capacidade do julgador de exercer sua função redutora, permitindo-se a exacerbação da pena fundamentada na gravidade em concreto.

Nesta ordem de ideias, no concurso de pessoas, as circunstâncias em sentido estrito poderiam se apresentar desfavoráveis aos autores (imediatos, mediatos e coletivos) em contraposição aos partícipes, uma vez que aqueles possuem maior responsabilidade pelo fato típico produzido.

12. CONSEQUÊNCIAS

Semelhantemente às circunstâncias em sentido estrito, as consequências do delito se aproximam da culpabilidade do fato por refletirem as os efeitos que extrapolam ao resultado ordinário do tipo penal, permitindo que uma valoração objetiva do dano aos bens jurídicos (contanto que previsíveis ao agente) sirva de parâmetro para a dosimetria da pena. Analisemos o que é desenvolvido pela jurisprudência.

12.1 A semântica das *consequências* na jurisprudência enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.

De acordo com o relatório (CNJ, 2022, p. 110-119) as "consequências do crime" referem-se aos impactos do fato delitivo que fogem à normalidade e transcendem o resultado típico. Isso significa que a valoração negativa dessa circunstância judicial ocorre quando o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revela superior ao inerente ao tipo penal. A seguir, um resumo do que pode e o que não pode ser valorado negativamente nas consequências do crime em nove exemplos. (1) Expressivo prejuízo aos cofres públicos ou dano financeiro significativo em crimes tributários; (2) Prejuízo econômico considerável das vítimas em crimes patrimoniais, extrapolando os parâmetros usuais; (3) Trauma psicológico significativo da vítima, que requer acompanhamento especializado ou causa alterações permanentes em sua vida;

(4) Tenra idade da vítima em homicídios, pois a morte prematura de crianças ou adolescentes (ex: 14 ou 16 anos) é um elemento concreto que transcende a normalidade do crime de homicídio; (5) Extensão de dano ambiental, como desmatamento em grande área; (6) Impactos sociais e políticos, como manifestações públicas com depredação, prejuízo à vontade popular em prol de interesses ilícitos, ou abalo à confiança em instituições públicas; (7) Perda de múltiplos integrantes de um mesmo grupo familiar (dizimados no mesmo instante); (8) Afastamento de clientes de um estabelecimento comercial devido ao crime; (9) Doença grave ou internação da vítima resultante da conduta criminosa.

Finalmente, o relatório do CNJ (2022, p.120-122) expõe exemplos do que não pode ser valorado negativamente nas consequências do crime. Como era de se esperar, as ilustrações gravitam em torno do *ne bis in idem* e do caráter genérico da fundamentação judicial

Resumiremos os exemplos inidôneos em sete pontos: (1) Elementos inerentes ao próprio tipo penal. Por exemplo: A morte em crimes de homicídio, pois o sofrimento decorrente dela é um resultado inerente ao tipo penal, o desejo de lucro fácil ou a obtenção de lucro em crimes contra o patrimônio ou tráfico de entorpecentes, A satisfação da lascívia nos delitos sexuais ou A venda de droga como "consequência" do crime de tráfico, já que é intrínseca ao tipo penal (2) Fundamentação genérica e vaga, como "comoção social, o sentimento de revolta e a agressão à sociedade ordeira" ou "disseminação das drogas na sociedade"; (3) Despesas suportadas pelo Estado com a investigação ou repressão do crime; (4) O enriquecimento do condenado; (5) Utilização da natureza e quantidade da droga se já valoradas negativamente a título de culpabilidade, para evitar *bis in idem*; (6) O fato de os bens não terem sido recuperados no crime de roubo, pois a subtração já é inerente a esse delito; (7) Justificativas vagas como "gravosas para a família".

12.2 A inadequação de considerações abstratas, conjecturais e morais na avaliação das consequências

A doutrina sempre empreende esforços para, como lembra Boschi (2020, p. 175), separar o resultado do delito das *consequências do crime* enquanto

critério dosimétrico. Afinal, resultado é elemento do fato típico e já foi avaliado pelo juiz quando proferiu juízo condenatório e sua dupla análise configuraria indisfarçável *bis in idem*.

Entretanto, defendemos que o resultado e sua imputação devem, sim, fundamentar a dosimetria da pena-base, não a partir da verificação da sua mera presença, mas através da graduação de sua intensidade pela ótica da vítima.

É necessário afastar desta análise juízos preventivos e defensivistas. A verificação das consequências do crime não pode ser um prognóstico de periculosidade, mas sim uma análise objetiva da intensidade das consequências do delito para com a vulneração do bem jurídico protegido pela norma incriminadora: quanto maior a ofensa, menor será a capacidade do juiz de reduzir a afetação dos direitos do apenado pelos efeitos da criminalização e, conseqüentemente, maior será a pena.

A principal questão que deve ser enfrentada é se o objeto de apreciação das consequências incluem apenas elementos típicos ou se é possível incluir extratípicos.

Os elementos típicos se referem à manifestação concreta e quantitativa dos elementos do próprio tipo penal. Exemplos incluem a gravidade das lesões em crimes de lesão corporal. O art. 129, §§ 1º, 2º e 3º do Código Penal estabelece uma graduação de consequências que repercutem em qualificadoras, contudo, uma lesão leve que deixa a vítima incapacitada por 29 dias pode receber uma pena-base maior do que a lesão leve que apenas produz um pequeno corte que não deixa cicatrizes permanentes. A conclusões semelhantes podemos chegar quanto ao período de restrição da liberdade no sequestro.

A mensuração deve considerar o grau de afetação à qualidade de vida da vítima. Não se trata de valorar um dano particular contra uma pessoa individual, mas sim um *standard* de gravidade relacionado ao próprio tipo penal, como pode ser deduzido da estrutura típica da lesão corporal exemplificada acima. É ainda possível ajustar a valoração a circunstâncias especiais como a vulnerabilidade da vítima, contanto que estas piores as consequências do delito e tal causalidade seja previsível ao agente.

As circunstâncias extratípicas são mais problemáticas.

12.3 A inconstitucionalidade da responsabilidade por efeitos transcendentais: da irresponsabilidade objetiva à possível aproximação com a teoria do bem jurídico

Conforme explicita Salo de Carvalho (2015, p. 379), o que deve se considerar são as irradiações do fato criminoso para além do resultado lesivo provocado ao bem jurídico tutelado. Em um homicídio consumado, a insegurança alimentar que acomete a família do morto é um bom exemplo. A falência da empresa lesada, o trauma psicológico da vítima agredida também são.

Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 531) nos adverte, todavia, que com base no princípio da culpabilidade, exige-se ao menos a previsibilidade do autor para a consideração negativa das consequências extratípicas, evitando-se, assim, a responsabilidade objetiva.

Defendemos, contudo, que as consequências extratípicas devem ser avaliadas apenas quando incluídas na esfera de proteção do tipo penal. Apenas resultados que possam ser considerados diretamente ligados à função de apelo da norma penal podem ser imputados. Isso significa que danos meramente emocionais ou financeiros a terceiros, ou danos muito distantes temporalmente, devem ser excluídos. Exemplos de danos secundários admissíveis seriam complicações ao estado de saúde da vítima (como embolia pulmonar após longa internação por lesão corporal) ou a divulgação de difamação perpetrada pelo autor, pois há uma ligação estreita com o perigo criado pelo comportamento típico e são previsíveis.

Discordamos, portanto, da corrente atualmente majoritária na jurisprudência que apregoa que as necessidades econômicas da família da vítima de um homicídio seja uma consequência idônea para agravar a pena-base. O fundamento é simples: o objeto jurídico do artigo 121 do Código Penal consiste na vida humana extrauterina e não no patrimônio de quem quer que seja. A insegurança alimentar da família da vítima, conquanto seja um evento lamentável e desencadeado a partir do delito, cria responsabilidades de natureza jurídico-civil e não penal. Este entendimento deve ser corroborado pela própria teoria do bem jurídico e sua função jurídico-dogmática.

Cláudio Brandão destaca que a teoria do bem jurídico foi constantemente elevada pela doutrina como missão fundamental e, ao mesmo tempo, como um relevante limitador da intervenção penal estatal (Brandão, 2019, p. 38).

A análise de sua evolução histórica permite compreender o papel central que desempenha na teoria do delito e da pena. Até o surgimento do direito penal da Ilustração, o sistema repressivo tinha como finalidade primordial atender às necessidades de controle das autoridades absolutistas. Com a ascensão dos ideais liberais no campo político, a função protetiva do direito penal deixou de se centrar nos interesses do soberano para voltar-se às liberdades individuais, notadamente as da burguesia em ascensão. Nesse contexto, Anselm von Feuerbach sustentava, já em 1801, que toda sanção penal deveria fundar-se na necessidade de proteção de direitos externos, especialmente os direitos subjetivos das vítimas. Assim, para a doutrina privatista de Feuerbach, o delito não se concretizava no mundo fenomênico, mas na violação do próprio direito: no furto, por exemplo, não se lesaria o patrimônio em si, mas o direito ao patrimônio (Feuerbach, apud Brandão, 2019, p. 40-41).

A proposta de Feuerbach, inspirada no contrato social, representou avanço considerável, pois deslocou a ideia de crime como violação de deveres perante o Estado para compreendê-lo como lesão a direitos de liberdade, estabelecendo, assim, uma primeira forma de limitação ao processo de criminalização (Busato, 2018, p. 334).

Contudo, a identificação entre bem jurídico e direitos subjetivos não se manteve. Como observa Juarez Tavares, o positivismo exerceu grande influência a partir do século XIX, impondo às ciências sociais um método próximo ao das ciências naturais, baseado na causalidade. Esse enfoque se mostrava incompatível com a concepção de Feuerbach, que não exigia relação de causa e efeito para fundamentar a lesão. Além disso, a noção de direitos subjetivos se vinculava mais ao direito civil do que ao penal (TAVARES, 2018, p. 84-85).

Foi dessa crítica que emergiu a formulação moderna do bem jurídico. Birnbaum sustentava que o direito, em si, não é suscetível de violação; o que pode ser atingido é um bem que concretiza o direito. A lesão não incide sobre o direito à vida, mas sobre a própria vida como bem empírico e objetivo (Birnbaum, apud Brandão, 2019, p. 43).

Importa distinguir bem jurídico e objeto material do delito: o primeiro corresponde ao interesse ou valor protegido, enquanto o segundo é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa (Busato, 2018, p. 347). Embora Birnbaum não tivesse essa intenção inicial, a sua concepção permitiu conferir ao direito penal contornos mais liberais, já que restringiu a tutela penal a bens concretos e individualizáveis, afastando criminalizações baseadas apenas em valores políticos, morais ou religiosos em abstrato (Brandão, 2019, p. 45).

Posteriormente, Karl Binding retomou a influência do positivismo jurídico ao afirmar que o bem jurídico seria mera criação normativa do legislador. Essa perspectiva, contudo, enfraquece a função garantista do instituto, já que coloca em mãos do legislador a definição integral dos objetos de tutela (Freitas, 2017, p. 64-65).

Com Von Liszt, no causalismo naturalista, o bem jurídico foi associado a interesses vitais do indivíduo e da comunidade, situados para além do ordenamento jurídico. Ainda assim, a definição concreta desses bens permanecia submetida às funções sociais da pena e aos programas de política criminal, o que limitava seu potencial de contenção do poder punitivo (Busato, 2018, p. 336).

O enfraquecimento do positivismo abriu espaço para o neokantismo, que recusava a metodologia empírica das ciências naturais como adequada ao direito. Nessa perspectiva, o bem jurídico passou a ser compreendido como valor cultural, derivado da esfera cultural e não da atividade legislativa (Brandão, 2019, p. 48). Edmund Mezger, expoente dessa corrente, definia o bem jurídico como valor objetivo protegido pela lei penal, sendo o conteúdo do injusto a sua lesão ou a exposição a perigo (Mezger, apud Brandão, 2018, p. 49). Ainda que limitador em certo sentido, esse deslocamento para o plano axiológico contribuiu para abrir espaço à expansão da criminalização.

Na vertente neokantiana da Escola de Kiel, o conceito de bem jurídico foi instrumentalizado pelo nazifascismo, sendo substituído pela ideia de violação de deveres de fidelidade ao povo alemão, o que representou um retrocesso de cunho autoritário (Busato, 2018, p. 337).

Com o finalismo, Hans Welzel definiu o bem jurídico como “todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões” (Welzel, 2001, p. 14-

15). Embora tenha mantido relevância dogmática, a noção adquire traços vagos e secundários, insuficientes para o papel de limite do sistema penal.

Já Claus Roxin reforçou a vinculação do bem jurídico ao texto constitucional, atribuindo-lhe objetividade jurídica fundada nos direitos e garantias fundamentais. Para o autor, não cabe ao legislador incriminar toda conduta que afete valores constitucionais, mas apenas aquelas cuja criminalização seja estritamente necessária para assegurar uma convivência pacífica e igualitária, quando inexisterem alternativas menos gravosas. Roxin define os bens jurídicos como “circunstâncias ou finalidades úteis para o indivíduo em seu livre desenvolvimento no marco de um sistema global estruturado” (Roxin, 2018, p. 16). Sua concepção recoloca o bem jurídico no centro do direito penal, ao mesmo tempo em que reforça sua função limitadora.

Há, contudo, correntes que relativizam ou rejeitam a centralidade desse instituto. Günther Jakobs, no funcionalismo sistêmico, entende que o direito penal não protege diretamente bens jurídicos, mas serve à estabilização de expectativas normativas. A preservação de bens seria, nessa visão, apenas um efeito indireto da função de reafirmação normativa desempenhada pela pena (Jakobs, 2012, p. 22).

Em sentido oposto, doutrinadores defendem a necessidade de reafirmar a função garantista do bem jurídico, tanto pela relevância histórica que assumiu desde o século XIX quanto pelo papel atual de limitar a expansão do poder punitivo. Nesse sentido, destacam-se suas funções dogmática, sistemática e interpretativa. No plano dogmático, é essencial para a análise das causas de justificação e para avaliar a validade do consentimento do ofendido, servindo como critério balizador de diversos institutos (como a avaliação da razoabilidade no estado de necessidade). Sistemáticamente, orienta a hierarquia de delitos e a proporcionalidade das penas. Já na função interpretativa, atua como critério hermenêutico que guia a aplicação das categorias dogmáticas em direção à proteção contra lesões concretas (Busato, 2018, p. 367-369).

Entendemos a função dogmática e sistemática da teoria do bem jurídico pode ser utilizada para ancorar a dosimetria quanto às *consequências do crime* enquanto circunstância judicial. Os caminhos para tanto já foram iniciados pela doutrina que defende a proporcionalidade da pena pelo fato.

Tatiana Stoco (2018, p. 230-233) afirma que a teoria do bem jurídico oferece um caminho para superar as imprecisões e subjetividades do entendimento dominante, que frequentemente baseia a pena em uma reprovabilidade vaga da conduta ou em elementos da esfera íntima do agente.

Na valoração do injusto de resultados (crimes materiais) a autora propõe que a aplicação de pena mantenha foco no dano ao portador do bem jurídico ao invés de tentar mensurar o dano a uma estrutura abstrata ou a uma reprovabilidade sem qualquer critério objetivo (Stoco, 2018, p. 144-150).

Para Tatjana Hörnle (1999, p. 149) a gravidade do injusto de resultado é determinada pelo **grau de redução na qualidade de vida da vítima**. Esta análise é normativa e não puramente subjetiva, utilizando dimensões de interesses afetados (como integridade pessoal, suporte material, proteção contra humilhação e privacidade/autonomia) para comparar a gravidade entre diferentes crimes.

No que diz respeito a resultados extratípicos, estes somente serão considerados relevantes se forem **previsíveis** e se houver uma **ligação estreita com a exigência contida na norma de proibição**. Danos a *outros bens jurídicos* ou a *terceiros* (como o trauma de familiares por um homicídio) não devem ser considerados agravantes na determinação da pena, pois a norma não se destina a prevenir tais prejuízos indiretos (Hörnle, 1999, p. 153-154).

Adriano Teixeira (2015, p. 136) sustenta que, nas *consequências do crime* deve ser considerada a intensidade da lesão ao bem jurídico protegido pelo tipo. Quanto às consequências *extratípicas*, defende o autor que estas devem ser previsíveis e abrangidas pelo âmbito de proteção da norma. O exemplo utilizado é da vítima de estelionato que, por sofrer de depressão severa conhecida pelo agente, comete suicídio depois de seus prejuízos. Por mais que o resultado seja previsível, o art. 171 do Código Penal não protege a vida humana, especialmente contra a autocolocação em risco.

Entendemos que estas últimas formulações são as mais adequadas à proposta agnóstica relativa e à proporcionalidade do fato. Em tipos penais que protegem bens jurídicos individuais, o juiz deverá analisar a intensidade da lesão para a vítima, utilizando-se de uma interpretação lógico sistemática que recorre ao próprio ordenamento para deduzir a relevância de tal violação sem descuidar do *ne bis in idem*. Exemplificando: qualquer violação à integridade corporal é

suficiente para consumir o crime de lesão corporal e, segundo o art. 129, § 1º, I, a incapacidade para ocupação habitual por mais de 30 dias leva à lesão grave. Assim, caso a vítima permaneça incapacitada por pouco menos que esta duração, as consequências pesarão contra o acusado. Ilustração semelhante pode ser feita no crime de extorsão mediante sequestro no qual, conforme art. 159, § 1º, a duração maior que 24 horas qualifica o crime: fácil deduzir que a privação de liberdade de poucos minutos possui consequências menos graves do que aquele que dura apenas alguns minutos.

Reconhecemos que tal raciocínio fica bastante prejudicado em alguns tipos penais nos quais a natureza do resultado é absoluta e não pode ser graduado. O exemplo mais didático é o homicídio. Para evitar *bis in idem*, a condenação que pesa a pena-base com base nas consequências deve se atentar para o risco concreto a outras vidas produzido pela conduta do agente.

No que diz respeito aos bens jurídicos coletivos, o escalonamento do resultado também é possível, mas, como não há uma vítima específica como parâmetro, tal avaliação dependerá de critérios técnicos relativos à proteção do bem jurídico tutelado. Assim, enquanto a qualidade e quantidade de droga é reconhecida pela lei como fatores que influenciam a pena-base (art. 42 da Lei 11.343/06), faz-se necessário a criação de *standards* técnicos que demonstrem objetivamente em que medida cada substância, considerada proibida pelos regulamentos da Lei brasileira, pode deteriorar a saúde pública. Com base nestes, a perícia demonstraria como os tóxicos apreendidos se subsomem aos *standards* técnicos.⁸⁵

13. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

O impacto dosimétrico da colaboração da vítima para a causação do delito é problemático por vários fatores: é difícil concluir que a conduta da vítima pode

⁸⁵ Não é preciso militar por muito tempo na área penal para perceber o abismo existente entre a dogmática da proporcionalidade do fato aqui proposta e a realidade da prática penal brasileira, principalmente no que se refere às condenações por crimes que envolvem drogas ilícitas. As condenações usualmente recorrem à quantidade de drogas fazendo referência ao número de buchas e pinos e gramas sem demonstrar como o fluxo de tais substâncias podem impactar o bem jurídico tutelado. É usual que não se faça referência sequer ao grau de pureza da droga utilizada, o que não parece fazer qualquer sentido, uma vez que a pureza e quantidade estão obviamente interligados.

ser usada para exacerbar a pena do agente, uma vez que é natural presumir que o ser humano naturalmente evitará sua própria vitimização. Da mesma forma, o uso de tal instituto para diminuir a pena deve ser feita com cuidado e técnica para se evitar a culpabilização da vítima. Examinemos o estado da arte de tal instituto.

13.1 A semântica do *comportamento da vítima* na jurisprudência enquanto circunstância judicial segundo o relatório GT/CNJ.

O relatório do CNJ (2022, p. 123-125) revela que, embora a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal (Reforma de 1984) o considerasse como um "fator criminógeno", capaz de constituir "provação ou estímulo à conduta criminosa", o entendimento hodiernamente pacificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que o comportamento da vítima possui uma valoração restrita.

O comportamento da vítima nunca deve exasperar a pena-base. Essa circunstância judicial será sempre considerada neutra (não interferindo na pena) ou será utilizada favoravelmente ao réu (minorando a pena-base exasperada por outra circunstância judicial). Se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal do crime, essa circunstância deve ser considerada neutra.

Se for constatado que o comportamento da vítima contribuiu para a ocorrência do delito, essa circunstância pode ser considerada "positivada". Nesses casos, a positivação do comportamento da vítima pode ser utilizada para neutralizar ou diminuir a exasperação da pena-base que seria imposta em razão de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, por meio da compensação. Apesar de ser favorável, a positivação do comportamento da vítima não autoriza a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal se não houver nenhuma outra circunstância desfavorável a ser compensada. É ainda admissível a valoração favorável do comportamento da vítima concomitantemente com o reconhecimento do privilégio do relevante valor moral, como quando há um histórico anterior de agressões sexuais praticadas pela vítima em desfavor do réu (CNJ, 2022, p. 125).

13.2 A valoração do comportamento da vítima em uma perspectiva redutora

É necessário, de início, reconhecer que o atual entendimento jurisprudencial quanto ao comportamento da vítima está longe da inadequação e inconstitucionalidade percebida nas outras circunstâncias judiciais. Não é razoável que o comportamento da vítima leve ao recrudescimento da pena-base, afinal a vítima, via de regra, possui natural predisposição a evitar a vitimização e, não faz sentido imaginar que eventual resistência da vítima aumente a gravidade do fato autorizar o endurecimento da pena ao agente. É adequado, portanto, que o comportamento da vítima seja considerado neutro para a fixação da pena ou até favorável ao agente quando a conduta do ofendido tiver favorecido sua vitimização.

Contudo, é possível complementar o entendimento atual a partir dos estudos da vítima-dogmática que, nos termos de Rodrigo Roig (2015, p. 184), “vincula a extensão da responsabilidade da vítima à habilidade desta para proteger seus interesses, estabelecendo critérios para se determinar quando a vítima teria ou não a obrigação de defender seus interesses ou valores”.

É importante notar que, independentemente das teses aqui desenvolvidas, a criação de sistemas de compreensão da participação da vítima no seu processo de vitimização primária em nada acarreta a reprovação de seu comportamento. Não se trata de dividir a culpabilidade entre autor e vítima, mas de descobrir o quanto o ofendido colaborou para a gravidade do fato, aumentando o dever judicial de reduzir a esfera de afetação do agente.

Adriano Teixeira (2015, p. 137) afirma que o comportamento da vítima pode ser útil para a mitigação da gravidade jurídica do injusto quando a provocação do ofendido aproxima o fato de uma das causas de exclusão da ilicitude: embora não seja suficiente para afastar a antijuridicidade ou servir como causa de redução de pena, pode fundamentar a mitigação da pena-base.

Rodrigo Roig (2015, p. 185) vai além e, em defesa de uma vítima-dogmática que impacte a teoria da pena, sustenta que o razoável desvio dos comportamentos de proteção dos interesses em jogo poderiam acarretar a mitigação da pena do agente fundamentada na corresponsabilização da vítima.

Defendemos, portanto, que o comportamento da vítima, conforme atualmente compreendido pela jurisprudência, é adequado aos marcos teóricos

defendidos neste trabalho, contanto que seja complementado pela moderna vitimodogmática para melhor valoração da conduta da vítima.

14. O CÁLCULO DA PENA-BASE

O trabalho não estaria completo sem a **concretização operacional** de toda a reconstrução teórica da pena-base consubstanciando-se em um conjunto de critérios de valoração e aplicação prática das circunstâncias judiciais que aproxime a teoria agnóstica da pena e o critério da proporcionalidade pelo fato conforme desenvolvido por toda a tese.

É importante, de início, explorarmos o estado da arte dos critérios lógico-matemáticos de aplicação na jurisprudência e na doutrina para, a partir da adoção das fórmulas mais coerentes e rejeição das inadequadas, construirmos um critério próprio.

14.1 O cálculo da pena-base no relatório GT/CNJ

O relatório GT/CNJ revela que a aplicação da pena-base na magistratura brasileira, embora formalmente pautada pela discricionariedade judicial, consolidou um padrão operativo predominantemente pautado por critérios aritméticos, ainda que desprovidos de qualquer uniformidade metodológica vinculante. A pesquisa empírica demonstra que 81% dos magistrados utilizam frações de pena com alguma referência para valorar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal (GT/CNJ, 2022, p. 15).⁸⁶

Interessante notar que a prática revela um déficit de transparência, visto que **53,2% dos julgadores não discriminam o aumento específico de cada vetor**, limitando-se a indicar a pena-base final após o reconhecimento das circunstâncias negativas (GT/CNJ, 2022, p. 23).

No que tange ao critério lógico-matemático das frações, para aqueles julgadores que fazem a discriminação quanto a cada circunstância desfavorável,

⁸⁶ Impressiona o fato de que 19% dos juízes sequer utilizam uma fração de referência na valoração das circunstâncias judiciais, revelando que, em um número muito significativo de decisões, o valor numérico final da pena é estipulado como ato de vontade desprovido de qualquer âncora lógico-matemática.

os dados do relatório (2022, p. 16-19) indicam uma predominância da fração de **1/8 (um oitavo)**, adotada por 50,3% dos respondentes. Tal escolha deriva de uma interpretação simétrica, na qual o intervalo da pena é dividido pelo número total de vetores previstos no artigo 59 do Código Penal. Em contrapartida, a fração de **1/6 (um sexto)** é o segundo parâmetro mais utilizado (28,2%), frequentemente por analogia ao menor patamar estabelecido pelo legislador para as majorantes e minorantes na terceira fase da dosimetria.

Quanto à incidência **da fração correspondente a cada circunstância na matemática da pena**, a pesquisa identifica uma divisão técnica relevante sobre a base de cálculo: 50,7% dos juízes aplicam a fração sobre a pena mínima, prática que tende a ser mais comum entre aqueles que utilizam a fração de 1/6. Assim, o sentenciante começaria a partir do mínimo legal, acrescentando 1/6 da pena mínima para cada circunstância judicial desfavorável (GT/CNJ, 2022, p. 19).

Defendida por 44,6% dos magistrados é **a incidência sobre o intervalo da escala penal (diferença entre a pena mínima e máxima)**, modalidade majoritária entre os que aplicam a fração de 1/8, sob o argumento de que assegura maior proporcionalidade às balizas penais estabelecidas pelo legislador. Neste contexto, o julgador também começaria do mínimo legal e aplicaria 1/8 da diferença entre a pena mínima e máxima para cada circunstância judicial desfavorável.⁸⁷

O impacto desta escolha matemática é significativo: o cálculo sobre o intervalo resulta em sanções finais mais elevadas sempre que a amplitude da moldura penal (máximo menos o mínimo) for superior à própria pena mínima cominada.

O relatório GT/CNJ (2022, p. 26-27) revela que em contextos especializados, como na **Lei de Drogas**, observa-se uma flexibilização do peso aritmético. Embora as frações de 1/8 e 1/6 permaneçam sendo amplamente utilizadas, surge o uso da fração de **1/10 (um décimo)** por 11,4% dos

⁸⁷ A título de exemplo, em uma condenação por furto qualificado pelo concurso de pessoas (art. 155, § 4º, IV do Código Penal), o juiz começaria a dosimetria da pena-base a partir da pena mínima de 2 anos e aplicaria 9 meses (1/8 de 6 anos que é a diferença entre a pena máxima de 8 anos e a pena mínima de 2) para cada circunstância judicial desfavorável. Desta forma, caso o julgador valore como desfavoráveis a culpabilidade e os antecedentes, mantendo como neutras ou favoráveis as demais circunstâncias judiciais, a pena-base seria de 3 anos e 6 meses (2 anos + 9 meses + 9 meses).

magistrados. Essa redução fracionária se justifica pela necessidade de acomodar os vetores adicionais de natureza e quantidade da substância (art. 42 da Lei nº 11.343/06), visando evitar um recrudescimento punitivo desproporcional já na etapa inaugural do cálculo.

Muito relevante notar que, apesar do reconhecimento de todos estes critérios e frações, a jurisprudência tende a ser permissiva à flexibilizações quantitativas na pena-base, a ponto de se admitir expressamente que a pena-base pode ser elevada ao máximo legal mesmo com apenas uma circunstância judicial desfavorável, contanto que o juiz se desincumba do ônus da fundamentação com base na gravidade em concreto do crime (GT/CNJ, 2022, p. 38).

Em suma, o relatório do GT/CNJ diagnostica uma arquitetura de valoração fragmentada, na qual a ausência de um critério metodológico rigoroso permite que o *quantum* de exasperação varie conforme a cultura institucional de cada tribunal, gerando disparidades punitivas entre casos materialmente idênticos. Tal cenário corrobora a tese de que a dosimetria no Brasil carece de uma **reconstrução dogmática** que substitua o intuicionismo matemático por balizas racionais e previsíveis orientadas pela Constituição e, como defendemos ao longo deste trabalho, pela perspectiva agnóstica orientada à proporcionalidade pelo fato.

14.2 O cálculo da pena-base na doutrina

Existem muitos pontos de convergência entre os critérios jurisprudenciais vigentes e as prescrições doutrinárias acerca da prática dosimétrica na pena-base, mas o estado da arte está longe de um consenso ou da criação de um sistema unificado, coerente e previsível.⁸⁸

Bitencourt (2020, p. 851-852) defende que a pena-base somente pode ser calculada a partir da análise individualizada das circunstâncias judiciais, o que não pode ser feito a partir de menções genéricas ou padronizadas. A ausência ou deficiência da fundamentação deve levar à nulidade da sentença. Segue-se,

⁸⁸ Poder-se-ia argumentar que o caráter lacunoso do art. 59 preclui qualquer estrutura dogmática ou previsível na pena-base, porém, as teses desenvolvidas ao longo deste trabalho apontam para a inadequação jurídico-constitucional desta conclusão.

então, o que o autor nomeia como “critério de proporcionalidade matemática”: após valorar como favoráveis ou desfavoráveis cada uma das circunstâncias, o juiz deve manter a pena no mínimo legal caso o conjunto mostre-se favorável ao acusado e, para cada circunstância desfavorável, deve a sanção ser acrescida de $\frac{1}{8}$ do “termo médio”, definido como a média entre o mínimo e o máximo da escala penal. Assim, o termo médio torna-se o teto quantitativo da pena-base, dando espaço para que as demais fazes da dosimetria elevem a pena para mais próximo da escala penal.

Estabelecer critérios de proporcionalidade matemática à pena-base soa como um acerto pela previsibilidade e racionalidade que se estabelecem a partir da objetividade do valor dado a cada circunstância. A escolha do termo médio, entretanto, por não possuir fundamento legal, acaba não sendo adotado pela jurisprudência. Retomaremos a discussão sobre este último instituto novamente.

Paganella Boschi (2020, p. 177-188) sistematiza a quantificação prática da pena-base em 4 regras: (1) após valorar cada uma das circunstâncias judiciais, caso o conjunto permaneça unanimemente positivo, a pena deve permanecer no mínimo legal; (2) caso a menor parte das circunstâncias judiciais seja valorada como desfavorável ao apenado, a pena-base deve se distanciar levemente do mínimo legal. O autor expõe a divergência doutrinária acerca das frações ($\frac{1}{6}$ ou $\frac{1}{8}$) e a base de cálculo (pena mínima ou intervalo da escala penal), mas não se compromete em adotar qualquer delas, afirmando que o juiz deve possuir certa flexibilidade de escolha para buscar a individualização justa da pena; (3) Caso a maior parte (ou a totalidade) das circunstâncias seja desfavorável ao réu, a pena deve se aproximar do termo médio (média aritmética entre a pena mínima e máxima da escala penal) defendido pelo autor como o teto quantitativo da pena-base; por fim, (4) para os crimes multiqualificados, uma das qualificadoras deve ser utilizada para fixar a escala penal do tipo qualificado e as demais deverão ser avaliadas no bojo das circunstâncias judiciais.

O sistema de Boschi possui seus méritos: ao exigir que o juiz fundamente todo e qualquer distanciamento do mínimo legal na valoração das circunstâncias judiciais e de forma proporcional ao número de circunstâncias desfavoráveis, afasta-se a dosimetria do arbítrio decisionista tão perceptível na jurisprudência atual. Contudo, os esforços do autor parecem ser diluídos pela liberdade dada ao julgador na escolha do peso de cada circunstância. Ademais, escolha do

ponto médio como teto da pena-base soa garantista e proporcional, mas, além de não possuir significativo apelo jurisprudencial, tal limite não pode ser facilmente deduzido a partir do art. 59 do Código Penal.

Rodrigo Roig (2015, p. 134-136) defende que, perante a inconstitucionalidade das finalidades de reprovação e prevenção do crime, traçadas pelo art. 59 do Código Penal, as circunstâncias judiciais devem ser reinterpretadas de forma a não mais influenciarem a pena de forma negativa. Assim, a interpretação positivo-redutores dos institutos da pena-base demandaria que o juiz, iniciando na pena mínima, pudesse levar apenas para aquém do mínimo legal a partir da favorabilidade das circunstâncias judiciais. Desta forma, a exasperação da pena seria possível apenas nas demais etapas da dosimetria.

Conforma já exposto nos capítulos anteriores, concordamos com muitas das ponderações de Rodrigo Roig, principalmente quanto à inconstitucionalidade da teleologia da pena exposta no art. 59 do Código Penal, contudo, a abordagem positivo-redutora conferida pelo autor às circunstâncias judiciais não parece adequada a uma perspectiva agnóstica moderada, além de ser totalmente antitética à jurisprudência atual, à maior parte da doutrina e, principalmente, à pena pela proporcional ao fato que defendemos como a mais consentânea à Constituição Federal que estabelece tanto limites e garantias quanto mandados de criminalização.

Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 195-198) inicia suas ponderações acerca da quantificação da pena-base frisando que é impossível reduzir a aplicação da pena a uma mera operação matemática na qual se somam fatores para alcançar objetivamente a pena justa. O autor defende que o juiz, para individualizar a pena deve ter liberdade para valorar qualitativamente as circunstâncias judiciais, afirmando que algumas são mais proeminentes do que outras. Afirma Nucci que todos os elementos do art. 59 do Código penal são facetas a partir das quais é possível aquilatar a culpabilidade em sentido amplo⁸⁹ e, neste contexto, a personalidade do agente seria o principal componente, uma vez que, por ser o único aspecto verdadeiramente único a cada agente, permite

⁸⁹ No Capítulo 6 deste trabalho, enfrentamos as diversas denotações do vocábulo culpabilidade na dosimetria da pena.

ao juiz individualizar a sanção de forma devida, além de ser a personalidade um instituto revisitado pelo legislador repetidas vezes em diversas passagens legais;⁹⁰ da mesma forma, para o autor, seriam preponderantes os antecedentes e os motivos:⁹¹ estas três circunstâncias teriam peso 2. As demais teriam peso 1. A atribuição da pena em concreto caminharia entre as balizas da escala penal conforme esta valoração.

Nucci (2015, p. 197) ilustra seu sistema a partir da dosimetria fictícia em um homicídio simples. Considerando que, para o autor, a culpabilidade em sentido amplo é aquilatada a partir da valoração das outras 7 circunstâncias judiciais, conforme visto acima, personalidade, motivos e antecedentes teriam peso 2, enquanto conduta social, consequências, circunstâncias em sentido estrito e comportamento da vítima teriam peso 1, totalizando 10 pontos. Desta forma, a pena-base seria o resultado de uma “regra de três” na qual 0 pontos seria equivalente ao mínimo legal e 10 pontos elevaria à pena ao máximo da escala. Exemplificando, como o homicídio simples (art. 121, *caput*) tem pena de 6 a 20 anos de reclusão, 0 pontos negativos renderia uma pena de 6 anos, enquanto 10 pontos resultaria em pena máxima de 20 anos. Conclui-se que cada ponto negativo equivale a 1,4 anos (mais exatamente: 1 ano, 4 meses e 24 dias), de forma que 5 pontos negativos renderia uma pena de cerca de 13 anos.

O critério desenhado por Nucci (2015, p. 197) é ainda aprimorado de duas maneiras: o autor sugere que o juiz possui discricionariedade para variar a pena correspondente aos intervalos de 1 ponto negativo conforme seu “bom senso e avaliação crítica” no caso concreto. Assim, a atribuição de 5 pontos negativos na valoração das circunstâncias judiciais não poderia resultar em uma pena menor do que a que seria atribuída com 4 pontos negativos e nem maior do que a que resultaria de 6 pontos negativos.

Por fim, Nucci (2015, p. 196-197) defende que, embora as circunstâncias neutras não exerçam influência na dosimetria, uma circunstância favorável pode

⁹⁰ Para sustentar seu argumento, Nucci (2016, p. 195) cita os artigos 44, III, 59, 67, 71, parágrafo único, além do art. 42 da lei 11.343/06 que elege a personalidade, a conduta social, a qualidade e quantidade da droga como circunstâncias preponderantes a outras nas condenações oriundas dos diversos crimes relativos às drogas no Brasil.

⁹¹ Nucci (2015, p. 197) utiliza como fundamento o conteúdo do art. 67 que, ao avaliar a possível concorrência entre agravantes e atenuantes, elege como preponderantes a personalidade do agente, os motivos e a reincidência.

compensar uma circunstância desfavorável da mesma pontuação. Assim, caso a personalidade do agente (peso 2) seja negativamente valorada pelo juiz, mas as circunstâncias em sentido estrito (peso 1) sejam favoráveis, haverá o saldo negativo de 1 ponto.

O sistema lógico desenhado por Nucci é sofisticado e bastante eficaz. Reduz a indevida discricionariedade judicial com proporcionalidade e previsibilidade, além de seguir os ditames do art. 59 do Código Penal permitindo que a defesa possa argumentar quanto à presença ou ausência de fatores que levem à mitigação ou evitem o incremento da pena buscando uma persuasão racional previsível.

É preciso discordar, contudo, da distribuição de preponderâncias entre as circunstâncias. Embora seja inegável que o art. 67 do Código Penal eleja os institutos mencionados pelo autor como preponderantes na aplicação da pena provisória (segunda fase da dosimetria), tal previsão legal não afasta os múltiplos problemas de validade destes institutos, conforme apresentados ao longo do presente trabalho. O apego de Nucci à personalidade do agente enquanto elemento de relevância na dosimetria é sintomático de um resquício de positivismo criminológico patologizante e moralista que ainda contamina inconstitucionalmente a lei brasileira e, infelizmente, parte significativa da doutrina. Seu sistema, entretanto, é relevante e hábil pela tentativa de conciliar a discricionariedade dada ao juiz pelo legislador com a taxatividade e previsibilidade exigidas pelo princípio da legalidade, sem que se perca a capacidade de individualizar a pena no caso concreto.

Salo de Carvalho (2015, 383-387) se aproxima, a princípio, do critério de Bitencourt, estabelecendo 4 diretrizes para o cálculo da pena-base: (1) na primeira etapa da dosimetria, a sanção aplicada deve variar, conforme valoração das circunstâncias judiciais, entre o mínimo e o termo médio da escala penal; (2) quando a totalidade das circunstâncias forem favoráveis ao agente, a pena deve ser fixada no mínimo legal; (3) quando a integralidade das circunstâncias são desfavoráveis ao agente, deve a pena ficar próxima do termo médio; por fim, (4) no concurso entre circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, deve o julgador fixar uma quantidade razoável e proporcional ao número de circunstâncias desfavoráveis.

O autor propõe que o cálculo se dê pelo acúmulo de circunstâncias negativas, de forma que cada uma delas resulte no acréscimo, sobre a pena mínima, de 1/8 da diferença entre o mínimo e o termo médio da escala (CARVALHO, 2015, p. 385).

Em artigo destinado ao estudo aprofundado sobre o cálculo da pena-base, Salo de Carvalho (2017) faz uma defesa eloquente do uso do termo médio como limite quantitativo. O autor se fundamenta na necessidade de imprimir racionalidade e controle de excessos ao sistema de aplicação da pena. Para o autor, o termo médio não deve ser visto meramente como um dado matemático, mas como um parâmetro de garantia que limita a discricionariedade judicial, a qual se tornou excessiva após o abandono dos sistemas tarifados do século XIX.

Carvalho (2017, p. 6) sustenta que caso a pena-base pudesse atingir o limite máximo logo na primeira fase, as circunstâncias judiciais seriam indevidamente equiparadas às agravantes e às causas de aumento. O autor sustenta que o sistema do artigo 68 estabelece uma hierarquia entre as fases: a primeira fase deve ter um impacto quantitativo menor que a segunda, e esta menor que a terceira. Assim, o termo médio opera como um "teto" para a pena-base, reservando o espaço entre o termo médio e o máximo legal para a incidência das agravantes na fase subsequente.

Sustentar que a pena-base pode ultrapassar o termo médio seria, na visão de Carvalho (2017, p. 7), **negar vigência ao sistema trifásico** de Nélon Hungria em favor do modelo bifásico de Roberto Lyra, pois tornaria isonômicas circunstâncias de naturezas distintas. Ele propõe horizontes claros: a pena-base varia entre o mínimo e o termo médio; a pena provisória pode chegar ao máximo legal; e a pena definitiva é a única que, por meio das majorantes, pode ultrapassar o teto abstrato do tipo.

Por fim, Carvalho (2017, p. 8) deixa bastante claro que a aplicação da pena não pode se tornar uma operação meramente matemática, pois isto significaria o retorno do modelo da prova tarifada no processo penal brasileiro. O juiz deve possuir o ferramental apto a individualizar a pena avaliando as peculiaridades de cada circunstância aplicada ao caso concreto, a partir da diferenciação de vetores em sua adequação e preponderância.

A defesa que Carvalho faz do ponto médio como horizonte da pena-base é bastante convincente, pois reforça a distinção e a hierarquia tacitamente posta

pelo legislador para cada uma das fases da dosimetria e minimiza os problemas de proporcionalidade no cálculo matemático que concede a cada circunstância desfavorável o valor correspondente a uma fração da possível variação da escala penal.

A partir das contribuições doutrinárias acima, é possível propor um sistema coerente com os temas desenvolvidos neste trabalho.

14.3 Proposta de um critério lógico-matemático proporcional ao fato

Para que um sistema prático-dosimétrico seja coerente com a teoria agnóstica da pena e o critério de proporcionalidade pelo fato, ele deve abandonar o atual modelo intuitivo e subjetivista em favor de um cálculo que privilegie a taxatividade, a previsibilidade e a redução de danos sem que se perca a capacidade judicial de individualizar a pena.⁹²

Nesta ordem de ideias, é possível propor algumas diretrizes para o cálculo da pena-base que obedece às supracitadas premissas a partir de algumas diretrizes.

(1) Exclusão sumária de vetores personalistas e moralistas. A pena-base não deve incluir qualquer juízo eticizante sobre a pessoa ou sobre a subjetividade do agente por serem estes vetores antitéticos a uma culpabilidade do fato, conforme demandada pelo princípio da secularização que orienta o direito penal democrático. Desta forma, personalidade e conduta social devem ser neutras na valoração da pena-base.

(2) Restrição da exasperação aos vetores objetivos: O incremento da sanção só é legítimo quando fundamentado na gravidade objetiva do fato, restringindo-se às "circunstâncias em sentido estrito" e às "consequências do crime". Não devem ser utilizados termos vagos e eticizantes como "frieza", "ousadia", "maldade" ou "insensibilidade", que camuflam a ausência de fundamentação técnica e violam o dever de motivação das decisões. A valoração dos vetores objetivos deve se basear na dogmática dos elementos do injusto culpável.

⁹² Como defendemos ao longo do segundo capítulo deste trabalho, cremos ser falsa a dicotomia entre taxatividade e individualização.

(3) Neutralidade da conduta social e da personalidade: tendo em vista a inconstitucionalidade destes vetores, defende-se que estes sejam necessariamente neutros na dosimetria da pena.

(4) Culpabilidade, motivos e comportamento da vítima devem ser vetores neutros ou favoráveis ao agente: Conforme desenvolvido ao longo de todo o trabalho, a valoração negativa de tais circunstâncias violaria princípios constitucionais que orientam a pena pela proporcionalidade do fato, além da própria legalidade penal. A única exceção para esta diretriz é referente aos motivos que qualificam o crime. Quando presente mais de uma qualificadora, poderá o juiz utilizar a circunstância sobejante referente aos motivos para exacerbar a pena-base, uma vez que esta já foi previamente valorada de forma negativa pela lei penal.

(5) Culpabilidade por vulnerabilidade social como critério de redução de danos: além da avaliação da culpabilidade em sentido estrito enquanto circunstância neutra ou favorável, aplicando-se a **culpabilidade por vulnerabilidade social**, o juiz deve reduzir a pena proporcionalmente ao grau de seletividade do sistema penal: quanto menor o esforço do agente para ser captado pela repressão, maior deve ser a mitigação da sanção.

(6) Obrigatoriedade do ponto de partida mínimo e teto no termo médio: O magistrado deve iniciar o cálculo invariavelmente no **mínimo legal**. Para preservar a hierarquia do método trifásico (art. 68, CP), a pena-base encontra seu **limite intransponível no termo médio** (média aritmética entre o mínimo e o máximo da pena cominada).⁹³

Nestes termos, quando as circunstâncias em sentido estrito e as consequências permanecerem neutras ou favoráveis, a pena deve ser fixada no mínimo legal. Entretanto, caso estas circunstâncias se mostrem mais gravosas no caso concreto, propõe-se que, para se possibilitar a individualização da pena, a gravidade em concreto de cada um dos dois vetores possa ser graduada em

⁹³ Em que pese nossa tomada de posição pela adoção de um teto dosimétrico da pena-base fixado no termo médio para preservação do critério e trifásico e manutenção da relevância das etapas posteriores, reconhecemos que este limite não parece ter a adesão da maior parte da jurisprudência, conforme se percebe no relatório (2002, GT/CNJ). Por isso, o critério aqui construído pode ser perfeitamente utilizado mantendo-se as balizas mínimas e máximas da escala penal. Toda a jusfilosofia dosimétrica constitucional continuará a mesma: pena baseada na gravidade do fato, adoção dos institutos dosimétricos da teoria do delito como fundamentos para a valoração negativa das circunstâncias judiciais, afastamento dos juízos personalistas, subjetivistas e moralistas para preservação de princípios constitucionais-penais.

média, grave e gravíssima, atribuindo-se de 1 a 3 pontos negativos para cada um, totalizando possíveis 6 pontos caso circunstâncias e consequências sejam gravíssimas. A avaliação desta gravidade deve se fundamentar nas estruturas da dogmática da teoria do delito aplicadas às elementares de cada tipo penal. Assim, a gravidade das consequências do crime em um delito de dano será avaliada de forma distinta em comparação a um crime de perigo.

Propõe-se que, caso a culpabilidade em sentido estrito, motivos e comportamento da vítima sejam considerados favoráveis ao agente, atribua-se um ponto positivo para cada um dos vetores (totalizando 3 possíveis pontos positivos). Cada ponto positivo compensar um dos pontos negativos.

A culpabilidade por vulnerabilidade social servirá como um fator de redução de danos. Propõe-se que o juiz atribua de 0 a 3 pontos conforme a culpabilidade seja mitigada pela vulnerabilidade social do agente. Assim, quanto menor o esforço do agente para ser selecionado pelos órgãos da persecução penal, maior será a pontuação positiva para fins de redução de danos.

Neste diapasão, seguindo-se as tendências já consolidadas pela doutrina e pela jurisprudência, cada um dos seis possíveis pontos negativos na dosimetria renderá 1/6 da diferença entre o termo médio e o mínimo legal acrescidos à pena mínima. Desta forma, caso as circunstâncias em sentido estrito e as consequências do crime sejam gravíssimas, a pena ficará no termo médio (que deve figurar como teto da pena-base).

Os 6 possíveis pontos favoráveis servem como freios redutores, compensando os possíveis pontos negativos e mantendo a pena próxima ao mínimo legal.

Como exemplo, imaginemos um crime de furto qualificado pela fraude (art. 155, § 4º, I), com pena de 2 a 8 anos de reclusão. Caso o magistrado valore, a partir da prova obtida em contraditório judicial, que as circunstâncias em sentido estrito foram medianamente desfavoráveis (uma vez que o agente cometeu diversas fraudes documentais absorvidas pelo crime de furto qualificado) e que as consequências do crime foram graves, uma vez que suas ações levaram uma empresa à falência, levando à perda de dezenas de empregos. Computam-se, assim, 3 pontos negativos. Percebe-se, entretanto, que os motivos do agente lhes foram favoráveis, uma vez que a maior parte do dinheiro furtado se destinava ao tratamento médico de um parente. Resulta-se em um saldo

negativo de 2 pontos. Como termo médio da pena-base é 5 anos, cada ponto negativo possui o valor de 6 meses, devendo a pena-base permanecer em 3 anos de reclusão.

Além de preservar a responsabilidade pela proporcionalidade do fato, este sistema permite ao juiz individualizar a pena e exercer uma função redutora de danos sem se render à matemática fria e objetiva, ao mesmo tempo em que se mantém o lastro com a dogmática penal, o que resguarda a necessária racionalidade e previsibilidade que o princípio da taxatividade demanda.

CONCLUSÕES

No decorrer desta tese, dedicamo-nos a uma análise crítica e aprofundada da dosimetria da pena-base na jurisprudência brasileira, revelando a grave omissão de fundamentos teóricos, a ausência de critérios lógico-matemáticos coerentes e a imensa abertura semântica das circunstâncias judiciais, elementos que resultam na violação direta de princípios constitucionais fundamentais. Com base no robusto panorama empírico fornecido pelo relatório do GT/CNJ, constatou-se que a discricionariedade judicial, embora reiteradamente validada, frequentemente degenera em arbítrio, distanciando a aplicação da pena de qualquer cientificidade jurídica.

Diante do esgotamento dos modelos teóricos tradicionais de fundamentação da pena e da postura constitucional "absenteísta" quanto à sua teleologia, este trabalho adotou a teoria agnóstica da pena, em sua vertente fraca ou moderada, como o marco teórico mais adequado, orientando a dogmática jurídica para a contenção e redução racional do poder punitivo. Propôs-se, assim, a teoria da proporcionalidade pelo fato como o critério mais compatível para a fixação da pena-base, vinculando o *quantum* punitivo exclusivamente ao desvalor do fato (injusto culpável) e afastando decisionismos e considerações subjetivas ou preventivas.

A reconstrução dogmática da dosimetria penal, sob o prisma da teoria agnóstica, exige que a determinação do *quantum* da pena-base abandone o atual modelo de arbítrio subjetivista, que frequentemente confunde a gravidade do ilícito com a condução de vida do apenado. É imperativo que a dosimetria se

vincule estritamente ao desvalor do fato, compreendido como o injusto culpável, uma vez que apenas os elementos objetivos e subjetivos da conduta e do resultado podem ser tributários de uma taxatividade constitucionalmente legítima. Embora o artigo 59 do Código Penal ainda elenque vetores de matiz personalista, como a conduta social e a personalidade, tais institutos revelam-se resquícios de um Direito Penal do Autor que afronta os princípios da secularização e da culpabilidade pelo fato. Sob essa ótica, a legitimidade da sanção depende de sua limitação racional, o que veda a responsabilização por efeitos transcendentais (como o clamor público ou danos indiretos a terceiros) que extrapolam o âmbito de proteção da norma penal e violam frontalmente o princípio da lesividade. Portanto, os vetores constitucionais da legalidade e da individualização devem servir de baliza inarredável para garantir que a pena seja uma resposta proporcional à ofensa concreta ao bem jurídico, e não um instrumento de ortopedia moral ou de inocuização de indivíduos selecionados por sua vulnerabilidade social.

Em síntese dos caminhos percorridos e das propostas construídas, apresentamos a seguir as vinte conclusões que sintetizam os achados e as construções dogmáticas desenvolvidas ao longo desta tese.

(1) A dosimetria da pena-base na jurisprudência brasileira se caracteriza pela grave omissão de fundamentos teóricos, ausência de um critério lógico-matemático coerente no cálculo do quantum da pena e imensa abertura semântica das circunstâncias judiciais, o que resulta na violação direta de princípios constitucionais.

(2) A discricionariedade judicial na dosimetria da pena-base, reiteradamente validada, acaba por desrespeitar os limites principiológicos da legalidade e individualização da pena, levando a um evidente abuso semântico e linguístico na valoração das circunstâncias judiciais.

(3) Os modelos teóricos tradicionais de fundamentação da pena (retributivos, preventivos e mistos) estão esgotados, seja pela incompatibilidade com os preceitos constitucionais, seja pela ausência de eficácia empírica, tornando-os inadequados para guiar a aplicação da pena.

(4) A Constituição Federal brasileira adota uma postura "absenteísta" quanto à teleologia da pena, mas estabelece uma série de princípios limitadores

do poder punitivo, o que torna o texto constitucional compatível com a teoria agnóstica da pena e uma política de redução de danos.

(5) A teoria agnóstica da pena, em sua vertente fraca ou moderada, é o marco teórico mais adequado para a dosimetria brasileira, pois, ao reconhecer a pena como um fenômeno político-coercitivo sem função positiva legitimável, direciona a dogmática jurídica para a contenção e redução racional do poder punitivo.

(6) A adoção da teoria da proporcionalidade pelo fato é o critério mais compatível com um modelo dogmático-penal redutor de danos na fixação da pena-base, pois vincula o quantum punitivo exclusivamente ao desvalor do fato (injusto culpável), afastando o decisionismo e as considerações subjetivas ou preventivas.

(7) As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal devem ser interpretadas como elementos normativos agregados aos preceitos secundários dos tipos penais, exigindo o mesmo rigor da taxatividade aplicável às normas incriminadoras, e seu sentido deve ser delimitado por uma interpretação teleológica constitucional que priorize a redução de danos.

(8) A culpabilidade, enquanto circunstância judicial, não deve ser entendida como um juízo de reprovabilidade moral ou da atitude do autor, mas como um filtro limitador que vincula a pena ao injusto culpável, devendo apenas resultar em valoração neutra ou favorável ao réu, nunca na exasperação da pena-base.

(9) A valoração da culpabilidade na dosimetria deve graduar os elementos da culpabilidade em sentido estrito (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), integrando a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade social para refletir o esforço do agente para se colocar em situação de vulnerabilidade perante o sistema penal seletivo.

(10) A análise da intensidade do dolo ou do grau da culpa é inidônea para a valoração da culpabilidade como circunstância judicial, pois estes elementos foram deslocados para o tipo subjetivo do delito, e sua reanálise implicaria bis in idem ou juízos moralistas sobre a vontade do agente.

(11) A valoração dos antecedentes criminais, nos termos atuais da jurisprudência, viola o princípio da legalidade (anterioridade), o devido processo

legal e o ne bis in idem, ao considerar condenações pretéritas para a majoração da pena, fundamentando-se em uma falha teleologia de prevenção especial.

(12) Pragmaticamente, os antecedentes aptos a influenciar a pena-base devem ser restritos a condenações por delitos qualitativamente semelhantes (que protejam o mesmo bem jurídico) e limitados temporalmente pelo "direito ao esquecimento", a fim de mitigar as inconstitucionalidades e evitar a perpetuidade dos efeitos da pena.

(13) A circunstância judicial "conduta social" é inconstitucional, pois remete a um direito penal do autor, valorando modos de vida não tipificados e alheios ao injusto culpável, violando princípios como a culpabilidade, a secularização, a legalidade, o devido processo legal e a lesividade.

(14) A circunstância judicial "personalidade do agente" é inconstitucional, dada sua imprecisão conceitual e a ausência de metodologia científica para sua avaliação, o que permite o arbítrio judicial, juízos moralistas e a violação de diversos princípios como a legalidade, secularização, culpabilidade (direito penal do autor), contraditório e o ne bis in idem, devendo ser abandonada.

(15) A valoração dos "motivos do crime" pela jurisprudência é problemática, pois frequentemente resulta em bis in idem, promove julgamentos moralistas sobre a subjetividade do agente e viola os princípios da secularização e da legalidade.

(16) Em uma perspectiva redutora de danos, os motivos da infração devem ser considerados neutros ou, subsidiariamente, favoráveis ao acusado para fins de compensação, mas nunca para exasperar a pena-base.

(17) As "circunstâncias do crime em sentido estrito" são a circunstância judicial mais adequada para exasperar a pena-base, desde que sua valoração se baseie na gravidade objetiva do fato (injusto de ação) – como o modus operandi, a intensidade do perigo para a vítima, o grau de violação do dever de cuidado e o planejamento que aumenta a ameaça –, afastando juízos moralistas ou preventivos.

(18) No concurso de agentes, a teoria do domínio do fato de Roxin pode ser empregada nas "circunstâncias do crime" para diferenciar a responsabilidade entre autores (imediatos, mediatos e funcionais) e partícipes, justificando a exasperação da pena-base para os primeiros em razão de sua maior relevância na produção do injusto penal.

(19) As "consequências do crime" devem ser valoradas com foco na intensidade da lesão ao bem jurídico *diretamente protegido* pelo tipo penal, considerando apenas resultados previsíveis e que se enquadrem na esfera de proteção da norma, evitando-se a responsabilidade objetiva por danos extratípicos ou indiretos (como impactos financeiros em familiares).

(20) O comportamento da vítima, conforme o entendimento atual da jurisprudência, deve ser sempre considerado neutro ou favorável ao réu (permitindo a compensação), e pode ser complementado pela vítima-dogmática para avaliar objetivamente sua contribuição na gravidade do fato, sem, contudo, implicar em sua reprovação.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. *Execução penal e resistências*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ALEIXO, Klelia Canabrava; GIL, Arthur Ferreira; MENEZES, Francisco de Aguiar. *O desatino do uso da personalidade na fixação da pena*. Belo Horizonte, MG: PUC Minas, 2025.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención – una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1985.

BARRETO, Tobias. *Algumas ideias sobre o chamado direito de punir*. Escada: Tipografia do Autor, 1881. Disponível em: <https://bdlb.bn.gov.br/acervo/handle/20.500.12156.3/437538>. Acesso em: [data de acesso].

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos e fundamento do direito de punir*. 2. ed. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/776>. Acesso em: [data de acesso].

- BARRETO, Tobias. Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal. In: _____. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre elementos normativos no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.
- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2014.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais – SENAPPEN. Relipen: 1º semestre de 2024. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1o-semester-de-2024.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2025.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. Pena y Estado. In: _____. *Bases críticas de um nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982.
- CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Rafael Marques. *Direito penal e funcionalismo: um novo cenário da teoria geral do delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis, 1971.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, Salo de. *Curso de criminologia crítica brasileira: dimensões epistemológicas, metodológicas e políticas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

- CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis, Santa Catarina: Empório do Direito, 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *RELATÓRIO GT DA DOSIMETRIA DA PENA*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CONDE, Francisco Muñoz. De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo». *Revista Penal*, Huelva, 2005. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10272/12379>. Acesso em: 25/07/2025
- DUARTE, José. Aplicação da pena – Pena-Base – Inteligência do art. 50. *Revista Justitia*, São Paulo, 1942.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Direito Penal sem pena? Uma introdução à teoria agnóstica da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 148, p. 55-96, 2018.
- FERRI, Enrico. *Sociologia Criminale*. 4. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1900.
- FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FREITAS, Bruno Gilaberte. *Bem jurídico-penal no contexto da Lei 13260: considerações democráticas*. In: FERNANDES, A. A. et al. *Lei antiterrorismo: lei nº 13260/16*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 2000.
- GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena. Tradução de Flavia Portella Püschel. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 2, p. 187-204, 2006.

- HAIDT, Jonathan. *The righteous mind: why good people are divided by politics and religion*. New York: Pantheon Books, 2012.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984.
- HASSEMER, Winfried. *Los fines de la pena*. Tradução de José Luis Serrano Moreno. Madrid: Trotta, 1999.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HIRSCH, Andrew von. *Censurar y Castigar*. Madrid: Trotta, 1998.
- HIRSCH, Andrew von. *Doing Justice: the choice of punishments*. New York: Hill & Wang, 1976.
- HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JAKOBS, Günther. Culpabilidad y prevención. In: _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.
- JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. In: _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1963.
- KARAM, Maria Lúcia. *A "Esquerda Punitiva" Vinte e Cinco Anos Depois*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021
- KANT, Immanuel. *A Metafísica Dos Costumes*. Bauru, SP: Edipro, 2003.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Casagraf, 2011.
- KINDHÄUSER, Urs. *La culpa penal en un Estado democrático de Derecho. Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Tradução de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

- MARTINSON, Robert. What Works? Questions and Answers About Prison Reform. *The Public Interest*, [s. l.], n. 35, p. 22-54, 1974. Disponível em: National Affairs ou Gwern.net. Acesso em: 10 jul. 2024.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Direito Penal parte geral: lições fundamentais*. 10. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2025.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho Penal*. [S. l.: s. n.], 2000.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- ROXIN, Claus. *Estudios de derecho penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tradução da 2. ed. alemã por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Marcial Pons, 2024.
- SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidade em el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *El sistema del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tradução de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: [s. n.], 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, [s. l.], 2007.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SIQUEIRA, Leonardo. *Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena*. 1. ed. São Paulo: D'Plácido, 2022.

STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena: delimitações no âmbito de uma pena proporcional ao fato*. 2018. 254 f. Tese (Doutorado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Orientador: Prof. Dr. Renato de Mello Jorge Silveira.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIANNA, Túlio Lima; MATTOS, Geovana. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. 2008. Disponível em: <https://vlex.com.co/vid/inconstitucionalidade-da-conduta-social-1076142656>. Acesso em: 25/07/2025.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 4.ed. Trad. de Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad. *Discurso de aceitação do Doctorado Honoris Causa pela Università di Macerata (Itália)*, 2002. Disponível em: https://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm. Acesso em: 25/07/2025.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde in margen*. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Culpabilidad por vulnerabilidad. 2007. Disponível em:

https://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm. Acesso em: 20/07/2025

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La crítica al Derecho Penal y el porvenir de la dogmática jurídica. In: _____. *Em torno de la cuestión penal*. Montevideo; Buenos Aires: B de F., 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Los disfraces de la peligrosidad (La pena del delito común contra la propiedad). *Revista Derechos en Acción (REDEA)*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 6, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1977.