



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDO BARDELLI SILVA FISCHER

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA SOB UMA PERSPECTIVA COMUNICATIVA

CURITIBA

2022

FERNANDO BARDELLI SILVA FISCHER

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA SOB UMA PERSPECTIVA COMUNICATIVA

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

CURITIBA

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Fischer, Fernando Bardelli Silva

A individualização da pena sob uma perspectiva comunicativa / Fernando Bardelli Silva Fischer. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Rui Carlo Dissenha.

1. Pena (Direito). 2. Linguagem - Filosofia. 3. Justiça.
4. Direito penal. I. Dissenha, Rui Carlo. II. Título.
III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e um de março de dois mil e vinte e dois às 14:00 horas, na sala Sala de defesas, Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR - Praça Santos Andrade, 50 - Curitiba/PR, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **FERNANDO BARDELLI SILVA FISCHER**, intitulada: **A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA SOB UMA PERSPECTIVA COMUNICATIVA**, sob orientação do Prof. Dr. RUI CARLO DISSENHA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: RUI CARLO DISSENHA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA), JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, RUI CARLO DISSENHA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: Dissertação aprovada com louvor e indicação para publicação.

CURITIBA, 21 de Março de 2022.

Assinatura Eletrônica

21/03/2022 20:36:38.0

RUI CARLO DISSENHA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

21/03/2022 18:37:34.0

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA)

Assinatura Eletrônica

21/03/2022 19:53:49.0

JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **FERNANDO BARDELLI SILVA FISCHER** intitulada: **A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA SOB UMA PERSPECTIVA COMUNICATIVA**, sob orientação do Prof. Dr. RUI CARLO DISSENHA, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 21 de Março de 2022.

Assinatura Eletrônica

21/03/2022 20:36:38.0

RUI CARLO DISSENHA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

21/03/2022 18:37:34.0

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA)

Assinatura Eletrônica

21/03/2022 19:53:49.0

JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo avaliar as possibilidades e as eventuais vantagens que a adoção de um método comunicativo de individualização da pena pode oferecer ao sistema penal brasileiro. À vista disso, em um primeiro momento, a pesquisa se volta a apresentar uma sistematização geral do processo de individualização da pena, identificando os fundamentos teleológicos, ontológicos e axiológicos que lhe orientam. Posteriormente, partindo-se de uma concepção comunicativa do direito, que entende as decisões jurídicas como atos de fala complexos, este trabalho revisa os atributos da sanção penal revelados pelas contemporâneas teorias expressivas da pena e os seus efeitos no processo comunicativo estabelecido entre o Estado e seus cidadãos. Busca-se, com tal abordagem, compreender a influência que as percepções sociais de justiça exercem sobre o plano da validade e da eficácia da pena, avaliando as dimensões de legitimidade democrática e de felicidade perlocucionária apresentadas por um modelo essencialmente comunicativo de individualização da pena. Por fim, a compatibilidade entre essa perspectiva comunicativa e o sistema penal brasileiro é analisada a partir da assunção de um modelo consequencialista com prevalência finalística integrativo-social, axiologicamente orientado pelas percepções sociais de justiça.

Palavras-chave: filosofia da linguagem; individualização da pena; percepções sociais de justiça; teorias expressivas da pena.

ABSTRACT

This study aims to evaluate the possibilities and eventual advantages that the adoption of a communicative method of sentencing can offer to the Brazilian penal system. In view of this, the first part of this research focuses on presenting a general systematization of the process of sentencing, identifying the teleological, ontological and axiological foundations that guide it. Subsequently, starting from a communicative conception of law, which understands legal decisions as complex speech acts, this paper reviews the attributes of criminal punishment revealed by contemporary expressive theories of punishment and their effects on the communicative process established between the State and its citizens. The goal of this approach is to understand the influence that social perceptions of justice exert on the validity and effectiveness aspects of punishment, evaluating the dimensions of democratic legitimacy and perlocutionary happiness presented by an essentially communicative model of sentencing. Finally, the compatibility between this communicative perspective and the Brazilian penal system is analyzed from the assumption of a consequentialist model with integrative-social finalistic prevalence, axiologically guided by social perceptions of justice.

Keywords: philosophy of language; sentencing; social perceptions of justice; expressive theories of punishment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
A – FUNDAMENTOS DA DETERMINAÇÃO DA PENA	11
1 FUNDAMENTOS TELEOLÓGICOS	13
1.1 Vinculação da individualização aos fins da pena	14
1.2 Princípios distributivos	19
1.2.1 Dissuasão geral	20
1.2.2 Dissuasão especial	24
1.2.3 Neutralização	27
1.2.4 Ressocialização	29
1.2.5 Merecimento taliônico	34
1.2.6 Merecimento deontológico	36
1.2.7 Merecimento empírico	38
1.2.8 Integração	40
2 FUNDAMENTOS ONTOLÓGICOS	43
2.1 Adequação do fundamento ontológico	44
2.2 Axiomas empíricos relacionados ao fato	47
2.3 Axiomas empíricos relacionados ao agente	51
3 FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS	55
3.1 Parâmetros valorativos	55
3.1.1 Culpabilidade e parâmetros orientados pela responsabilidade pessoal	56
3.1.2 Dano e parâmetros orientados pela lesão a interesses	63
3.1.3 Periculosidade e parâmetros orientados pelo risco	68
3.2 Princípios garantidores	73
3.2.1 Princípio da legalidade	75
3.2.2 Princípio da culpabilidade	79
3.2.3 Princípio da proporcionalidade	83
3.2.4 Princípio da intervenção mínima	89
3.2.5 Princípio do <i>ne bis in idem</i>	92
B – INDIVIDUALIZAÇÃO COMUNICATIVA DA PENA	99
1 A ESSÊNCIA COMUNICATIVA DA PENA	99
1.1 Tridimensionalidade moral da pena	102
1.1.1 Dimensão estrutural	104

1.1.2 Dimensão legitimante	107
1.1.3 Dimensão referencial	110
1.2 Pena como expressão das percepções sociais de justiça	115
1.3 A finalidade comunicativa da pena	124
2 MÉTODO COMUNICATIVO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	135
2.1 Definição dos fundamentos teleológicos	136
2.2 Aferição da gravidade concreta do delito	141
2.3 Apuração da pena adequada	146
2.4 Resumo do método comunicativo de individualização da pena	150
3 PERSPECTIVA COMUNICATIVA NO SISTEMA BRASILEIRO DE	
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	152
3.1 Fundamentos teleológicos do sistema brasileiro de individualização da pena	152
3.2 Crítica aos métodos mecanicistas de individualização da pena	158
3.3 Possibilidades comunicativas na individualização da pena brasileira	163
CONCLUSÃO	177
REFERÊNCIAS	179

INTRODUÇÃO

Dentre as diversas formas de controle do comportamento humano, pode-se afirmar que o direito é um dos mais complexos e difundidos sistemas de regulação de expectativas sociais que a história já registrou, de modo que a própria conformação dos Estados contemporâneos se socorre do discurso jurídico para legitimar sua fonte de poder.

Ao longo dos últimos três séculos, nenhum outro ramo do direito despertou tantas controvérsias – não apenas na esfera jurídica, mas também em outros campos do pensamento, tais como a filosofia, criminologia, sociologia e psicologia – quanto o direito penal. E grande parte do estigma que esse mecanismo estatal de controle carrega consigo está relacionado à violência imanente à natureza da resposta penal. O manejo do castigo mediante o monopólio estatal é juridicamente estruturado na ideia de pena, que materializa – da forma mais cruenta – as finalidades atribuídas ao direito penal.

Em sendo o principal veículo de concretização dos objetivos – declarados e não declarados – do direito penal, seria de se esperar que a determinação da pena ocupasse um papel de destaque no âmbito doutrinário e jurisprudencial desse ramo jurídico. Todavia, principalmente nos países vinculados à tradição de *civil law*, a imensa maioria dos manuais e tratados de direito penal confere um tratamento secundário às teorias da pena, de modo que poucas páginas são despendidas para abordar o intrincado sistema de determinação da sanção penal.

Grande parte do desinteresse dogmático pela determinação da pena tem explicação histórica, pois enquanto o direito penal no sistema de *common law* se estruturou a partir da ideia de punição, o direito penal no sistema de *civil law* se desenvolveu atrelado à teoria do delito, principalmente em decorrência da influência advinda da doutrina alemã¹. Assim, dentro da tradição penal romano-germânica, a determinação da punição passou a ser subordinada aos ditames teóricos que se compatibilizassem com os fundamentos da teoria do delito.

Se o atraso dogmático da teoria da pena em relação à teoria do delito já se mostra evidente na doutrina estrangeira, tal panorama ganha contornos ainda mais significativos no Brasil, onde a difusão de ideias originais sobre o tema é escassa e a produção acadêmica fica dependente das correntes de pensamento dominantes em alguns poucos países da Europa

¹ FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law: American, comparative, and international. Volume one: foundations.* Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 244-262.

central. Nesse contexto, a atividade judicial de determinação da pena, envolta na atual demanda de resolução de um elevadíssimo número de casos criminais, encontra-se à deriva em relação a diretrizes de marcos teóricos e cada vez mais se apoia em entendimentos jurisprudenciais que, se por um lado conferem significativa praticidade ao julgador, por outro são carentes de maior racionalidade.

Diante disso, a determinação judicial da pena reclama um estudo que considere tanto as justificativas deontológicas que fundamentam o *ius puniendi* quanto a sua capacidade empírica de conformar a realidade social. Isso, porque de nada serve um modelo de determinação da sanção internamente harmônico, mas que não dialogue com os fins do direito penal e que careça de legitimidade democrática. Afinal, se o sistema de justiça penal almeja uma finalidade prática, a pena é o seu principal veículo de expressão, transcendendo a esfera jurídica e assumindo contornos de fato social.

Tem-se, assim, que a pena também é uma forma de linguagem e o seu significado não pode ser extraído exclusivamente de construções jurídicas, uma vez que o sucesso do processo comunicativo depende da forma como a resposta estatal é apreendida pelos demais interlocutores. Ou seja, a determinação da sanção também deve se atentar aos destinatários da norma penal – dentre os quais se encontram a sociedade, as vítimas e os apenados – sob pena do esvaecimento da mensagem assinalada pelo Estado com a imposição do castigo.

Em razão das pretensões de validade e de eficácia que incidem sobre a resposta penal, o presente trabalho tem como objetivo estudar o procedimento de determinação judicial da sanção, ou seja, da individualização da pena, sob a luz da sua função comunicativa. Para isso, o estudo proposto está dividido em duas etapas: a primeira visa sistematizar os fundamentos do procedimento de individualização da pena, diferenciando suas finalidades, seus valores e seus objetos de apreciação; e, uma vez definidos e organizados os conceitos fundamentais atinentes à matéria, a segunda tem como escopo de pesquisar a viabilidade da adoção de um modelo comunicativo de individualização da pena que se mostre compatível com o sistema penal brasileiro.

A – FUNDAMENTOS DA DETERMINAÇÃO DA PENA

Embora não haja um consenso sobre o seu conceito, de forma mais simplificada, pode-se definir pena como *o castigo legalmente imposto por uma autoridade constituída em face do condenado, pelas condutas criminosas que lhe são atribuídas sob alguma forma de responsabilidade pessoal*. Trata-se de um conceito amplo, que tenta abranger todas as sanções legais que podem remeter ao vasto significado da expressão na forma como é utilizada no meio jurídico. Assim, a pena pressupõe uma punição imposta por uma autoridade constituída, quer seja por um representante do Estado ou mesmo de entes supraestatais (tais como cortes internacionais de justiça), desde que observados os ditames jurídico-normativos. Tal punição acomete a pessoa do condenado, seja ela pessoa física ou jurídica, podendo recair sobre bens e direitos próprios, dentre os quais estão compreendidos o seu corpo, seu patrimônio e sua liberdade. Finalmente, a imposição da pena exige a prática de uma conduta apta a receber um juízo de atribuição de responsabilidade pessoal pela sua prática.

A seu turno, a determinação da pena implica o estabelecimento tanto da qualidade quanto da quantidade da punição, que pode variar de acordo com a natureza do castigo e a forma e o tempo de sua aplicação. Todavia, a expressão determinação da pena, em sentido amplo, compreende duas espécies de atos decisórios que se apresentam em momentos distintos do procedimento de deliberação da punição devida: a determinação legal da pena e a determinação judicial da pena.

A determinação legal da pena corresponde à delimitação do marco legal da punição, ou seja, cabe a ela fixar as espécies de sanções e os limites máximos e/ou mínimos de penas para cada tipo legal. Considerando a clássica diferenciação da norma penal incriminadora em normas de comportamento – que proíbem determinadas condutas e cujos destinatários principais são os indivíduos em sociedade – e normas de sanção – que estabelecem as correspondentes penas às violações legais e cujo principal destinatário é o Estado-juiz –, pode-se concluir que a determinação legal da pena cuida justamente da concepção do preceito secundário da lei penal². Trata-se da previsão legal da pena em abstrato, que, além de demarcar o espaço de discricionariedade conferido ao julgador no momento da determinação concreta da punição,

² RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas*: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, pp. 24-28.

subsidiariamente também exerce um papel preliminar no processo de comunicação da mensagem penal a toda sociedade.

Ao ser encarregada de definir os limites máximos e mínimos de sanção para cada espécie delitiva, a determinação legal da pena fica responsável por ditar os níveis absolutos de severidade de um sistema punitivo, que podem variar de acordo com uma série de contingências históricas e culturais experimentadas em cada sociedade³. E uma vez que cabe ao legislador a realização das escolhas atinentes à determinação legal da pena, é de se esperar um maior grau de legitimidade nessa espécie de determinação da pena quando oriunda de ordenamentos jurídicos em que tal atribuição legiferante é exercida por representantes da população eleitos em processos democráticos.

Por sua vez, a determinação judicial da pena – também denominada individualização da pena – corresponde à singularização da punição realizada pelo julgador com base na conjuntura fática que envolve o delito já perpetrado e a pessoa do criminoso, visando a cominação de uma pena que se mostre qualitativamente e quantitativamente adequada ao caso concreto. A individualização da pena está relacionada ao processo de criminalização secundária, de acordo com o qual o Estado personaliza a resposta penal em face de pessoas específicas, em busca da consecução dos fins do direito penal.

Embora a individualização da pena ainda possa assumir um sentido amplo – englobando a deliberação sobre institutos despenalizadores, suspensões da pena e outros incidentes relacionados à execução da pena –, o sentido estrito da expressão se refere à decisão judicial, emana na sentença penal condenatória, que sobrevém o juízo de imputação que considerou o réu culpado por determinado fato criminoso. Dito de outro modo, a individualização na pena em sentido estrito implica o juízo de determinação de uma punição singularizada, exarado na sentença condenatória e embasado nos elementos de convicção colhidos ao longo da instrução processual, em momento antecedente à execução da sanção⁴.

Assim, pode-se afirmar que, em aspectos gerais, a determinação da pena *lato sensu* ostenta a natureza de decisão jurídica, que é responsável por dar origem à unidade elementar denominada norma jurídica⁵. A principal divisão categorial advém do fato de que a

³ DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 134.

⁴ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p. 44; DOLCINI, Emilio. *La commisurazione della pena*. Padova: Cedan, 1979, pp. 7-8.

⁵ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*. Barueri: Manole, 2005.

determinação legal da pena estabelece uma norma geral e abstrata, ao passo que a determinação judicial da pena cria uma específica norma individual a tutelar o caso concreto.

Em sendo a determinação judicial da pena *stricto sensu* (ou individualização da pena) o objeto principal do presente estudo, cumpre inicialmente explorar os principais fundamentos desse instituto jurídico. Para tanto, faz-se necessária a releitura da clássica enunciação dos fundamentos individualizadores da pena proposta por Spendel, que os divide em três espécies de fatores: reais, finais e lógicos. Segundo o autor, o fundamento real (*Realgrund*), ou *ratio essendi*, corresponde aos elementos ontológicos que servirão de objeto de valoração para fins de individualização da pena, tais como as circunstâncias fáticas do delito e as características pessoais do condenado. Já o fundamento final (*Zweckgrund*), está vinculado aos fins almejados com a aplicação da pena, enquanto o fundamento lógico (*logischer Strafzumessungsgrund*) se incumbem de ser a *ratio cognoscendi* que vincula os pressupostos de individualização da pena⁶.

Partindo-se dessa concepção, é possível resumir, em linhas gerais, o procedimento de individualização da pena como a conjunção ordenada de elementos ontológicos, sobre os quais incidirão fatores axiológicos, a fim de se alcançar uma pena adequada à consecução dos fins ambicionados pelo direito penal. Perante tal quadro funcional, os principais questionamentos que se apresentam dizem respeito à forma racional de operacionalização desses coeficientes e à definição de quais fundamentos – ontológicos, axiológicos e teleológicos – são admitidos como legítimos e juridicamente relevantes.

Afinal, a essência da atividade judicial parte da demanda pela solução de problemas concretos, mediante a administração de juízos de valor sobre fatores circunstanciais apresentados ao Juízo, tudo isso administrado de acordo com as normas jurídicas de cunho material e processual acolhidas pelo ordenamento jurídico.

1 FUNDAMENTOS TELEOLÓGICOS

De antemão, cumpre observar que as teorias de determinação da pena – voltadas à escolha de uma pena adequada em termos de qualidade e quantidade – não se confundem com as teorias de justificação da pena, embora o conteúdo de ambas possa se correlacionar em certa medida.

⁶ SPENDEL, Günter. *Zur Lehre vom Strafmaß*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954, pp. 191-193.

A formação dos Estados modernos demandou uma gradativa busca por novas fontes de legitimação do poder punitivo, que até então se apoiava na força dos costumes e da autoridade eclesiástica, imanescentes à ideia da imutável ordem natural que marcou o pensamento europeu no período medieval⁷. Todavia, a ascensão dos ideais iluministas na Modernidade, que culminou nas revoluções liberais do final do século XVIII, conferiu um caráter antropocêntrico ao direito, que deixou de se fundar na inspiração divina e passou a ser entendido como uma construção da racionalidade humana. Com isso, não apenas o direito penal, mas a própria pena precisou se sustentar em construções teóricas que oferecessem explicações racionais para justificar a imposição do castigo.

Foi no mesmo século XVIII que surgiram as duas grandes concepções justificantes da pena: as correntes retributivistas, baseadas na filosofia moral da escola idealista alemã, e as correntes consequencialistas, cuja principal fonte de inspiração foi o pensamento utilitarista anglo-saxão. Ironicamente, sobretudo a partir do século XX, as teorias retributivas encontram maior aceitação nos sistemas penais de *common law*, ao passo que as teorias preventivas se tornaram dominantes nos sistemas penais de *civil law*. De qualquer sorte, o desenvolvimento das teorias de justificação da pena na esfera jurídico-filosófica permanece vinculado, até os dias atuais, à – talvez – irresolúvel disputa entre discursos penais retributivos e preventivos, ainda que haja inúmeras tentativas doutrinárias de lhe conferir tons mais consensuais.

Isso posto, tem-se que a definição dos objetivos da pena – que se vincula aos próprios fins legítimos do direito penal – é matéria atinente às teorias de justificação da pena, cujo fundamento pode se apoiar em construções de ordens filosóficas, jurídicas ou histórico-culturais.

1.1 Vinculação da individualização aos fins da pena

A indagação que surge neste momento diz respeito à eventual subordinação da individualização da sanção às finalidades atribuídas à pena pelo sistema de justiça penal. Ou seja, até que ponto os fins justificadores da pena devem influenciar no processo de deliberação da quantidade e qualidade da punição a ser aplicada no caso concreto?

Embora a resposta intuitiva para tal questionamento aponte para a confirmação da vinculação da individualização da pena aos superiores objetivos desse instituto, tal conclusão

⁷ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 172-180.

não se mostra incontroversa na doutrina, existindo autores que defendem que os juízos de desvalor que recaem sobre o caso concreto devem seguir regras distintas daquelas que fundamentam o exercício do *ius puniendi*⁸.

O direito penal moderno, como instrumento de controle do comportamento humano, só justifica sua razão de ser caso exprima uma função prática, apta a conformar a realidade em benefício da comunidade em geral. Considerando todos os custos sociais da implementação de um sistema de justiça penal, a legitimidade da punição estatal está atrelada à demonstração da sua utilidade na consecução dos fins do direito penal.

Grande parte do problema em relação à aproximação entre as funções do direito penal e a individualização da pena surge em virtude da disparidade entre a força dos argumentos justificantes e a força dos argumentos determinantes, observada nas tradicionais concepções de teoria da pena.

Em linhas gerais, as teorias preventivas da pena apresentam, ao menos no plano abstrato, satisfatória justificação apoiada em uma utilidade prática: evitar o cometimento de novos delitos. Considerando todos os malefícios que as condutas criminosas podem causar à sociedade, tolera-se a imposição de um sistema punitivo administrado pelo Estado apenas quando os decorrentes ganhos sociais superem os gravames da sua administração – e aqui também reside a principal crítica apresentada pelas teorias deslegitimantes da pena, que pressupõem um saldo deficitário decorrente dessa relação. Ora, em termos teóricos, a redução da prática de crimes representa um argumento plausível para legitimar a cominação de penas e é exatamente essa justificação que as teorias preventivas da pena apresentam.

Todavia, adotando-se a mesma lógica utilitária, as teorias preventivas da pena não trazem grandes limites intrínsecos à consecução dos seus fins, já que a punição poderia – em tese – ultrapassar as noções de responsabilidade pessoal na busca pela evitação de futuros crimes. Sob uma perspectiva puramente consequencialista, adotada em contornos absolutos, mesmo a imposição de pena a um inocente poderia ser apta a causar um efeito de dissuasão geral útil à sociedade⁹. Isso se contrapõe às intuições básicas de justiça, razão pela qual as teorias preventivas tendem a oferecer fundamentos mais débeis em relação à individualização da pena quando comparados aos fundamentos justificantes da punição¹⁰.

⁸ HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 9.

⁹ MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pp. 171-177.

¹⁰ Para Fletcher, a finalidade preventiva da pena tende a suprimir dois importantes princípios de justiça: “*first, that only the guilty should suffer conviction and punishment; and, secondly, that the extent of punishment should be*

Por sua vez, as clássicas teorias absolutas da pena, apoiadas na ideia retributiva que se justifica em si mesma, pecam ao não entregarem um argumento que se coadune com a função prática atribuída ao direito penal, a ponto de Pavarini afirmar que, na dimensão histórica de justificação do direito penal moderno, a retribuição não é um escopo, mas somente um critério formal na determinação do castigo ao caso concreto¹¹. Assim, se por um lado a ortodoxa concepção de retribuição está apoiada em um frágil argumento justificante, por outro lado a noção de justiça que lhe é imanente assume papel primordial na limitação concreta da punição durante o procedimento de individualização da pena.

Tal dissonância observada entre a força dos argumentos justificantes e determinantes nas clássicas teorias da pena levou parte da doutrina a defender a distinção entre as razões de existência do instituto da pena e os princípios que regem a sua determinação¹². O alicerce desse entendimento doutrinário está assentado no pensamento de John Searle, que diferencia as regras constitutivas, que criam um instituto e definem sua natureza, das regras meramente regulatórias, responsáveis por operacionalizar as práticas dentro de um instituto independente e preexistente¹³.

A par dessas premissas, Hart faz a distinção entre a retribuição como fim justificante da pena (*Retribution in General Aim*), presente nas clássicas teorias absolutas, e a retribuição como princípio distributivo orientador da individualização da pena (*retribution in Distribution*). Assim, ele busca conciliar a finalidade geral de prevenção de crimes – já que, em sua opinião, o fim da pena deve ter natureza consequencialista – com as barreiras punitivas impostas pelo princípio retributivo aplicado no caso concreto. Para tanto, Hart defende que é perfeitamente consistente que a justificação da punição se fundamente nas consequências benéficas e que a prossecução desse objetivo seja limitada por princípios de justiça, uma vez que institutos jurídicos que buscam um objetivo social sempre têm seu qualificador restritivo¹⁴.

proportionate to the crime committed". Em FLETCHER, George P. *Rethinking criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 415-416.

¹¹ PAVARINI, Massimo. *Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014, p. 104.

¹² FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing: the moral limits of the Criminal Law*, Vol. 4. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 148; FLETCHER, George P. *Rethinking criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 419; HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008, pp. 8-11; RAWLS, John. Two concepts of rules. In: *The philosophical review*, 64, 1955, pp. 3-32; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 97-98.

¹³ SEARLE, John. *Speech acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, pp. 33-42.

¹⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008, pp. 8-11. No mesmo sentido: FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing: the moral limits of the Criminal Law*, Vol. 4. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 148.

Nesse sentido, Fletcher faz uma analogia entre o sistema punitivo e o sistema tributário, para demonstrar que a justificativa geral de um instituto jurídico não precisa coincidir com a justificativa particular aplicada ao caso concreto¹⁵. A justificativa geral do imposto de renda é gerar recursos para que o Estado implemente políticas públicas, cuja essência é eminentemente utilitária, ao passo que a determinação da quantidade de imposto devida pelo contribuinte dependerá da sua capacidade contributiva individual, baseada em princípios de justiça fiscal. Em vista disso, é possível utilizar a mesma linha argumentativa para sustentar uma geral justificação consequencialista do *ius puniendi* e ao mesmo tempo aplicar um princípio de justiça retributiva para individualizar a pena no caso concreto.

A solução indicada por John Rawls para essa dicotomia entre pena útil e pena justa se encontra no plano de comprometimento dos princípios incidentes sobre sistema punitivo, regidos sob um diretriz geral utilitarista. Diante dessa perspectiva, a justificação da pena requer uma fundamentação com base no princípio da utilidade, porém a prática do castigo pela autoridade competente dever ser regida pelo princípio retributivo, uma vez que essa diretriz operacional se coaduna com uma finalidade geral útil prezada pelo ordenamento jurídico¹⁶. Logo, a aplicação de uma pena concreta que se apresente como justa, partindo de uma lógica retributiva, alcança uma finalidade utilitária de reconhecimento social, dentro do conjunto de valores que permeiam o sistema penal e sua capacidade de conformar a realidade.

Em que pese às considerações acima expostas, a maior parte da doutrina entende que a individualização da pena deve ser guiada por um objetivo geral do direito penal¹⁷, ainda que haja limitações punitivas extraídas de princípios adventícios a tais finalidades. Os institutos jurídico-penais devem ser concebidos a partir de um fundamento teleológico e mesmo que uma finalidade imediata oriente de forma direta a sua instrumentalização, nunca há de se distanciar do propósito geral do direito penal.

A individualização da pena não necessita esgotar todas finalidades ou princípios programáticos atribuídos à pena em geral, pois esses objetivos específicos podem ser alcançados em outras etapas do processo punitivo, tais como na cominação de penas em abstrato, na incidência de institutos conciliadores ou despenalizadores, ou na execução da pena

¹⁵ FLETCHER, George P. *Rethinking criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 419.

¹⁶ RAWLS, John. Two concepts of rules. In: *The philosophical review*, 64, 1955, pp. 3-32.

¹⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p. 73; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 81-82; DOLCINI, Emilio. *La commisurazione della pena*. Padova: Cedan, 1979, pp- 353-354; ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 103.

em concreto. Isso, porque a pena em sentido lato, como instituto jurídico, pode ter seus fins materializado em diversos momentos do processo de criminalização – quer seja primária ou secundária –, não estando necessariamente adstrito à determinação judicial da pena. Dessa forma, alguns objetivos penais – sobretudo a integração normativa, a dissuasão geral e a ressocialização – podem, em tese, melhor se manifestarem ou mesmo se exaurirem em outros específicos estágios do sistema punitivo, como na previsão de penas em abstrato e na imposição e execução da pena em concreto. Aliás, inclusive institutos despenalizadores – tais quais o acordo de não persecução penal, a suspensão condicional do processo e a suspensão condicional da pena – podem ser manejados visando efeitos integradores, ressocializadores e dissuasivos especiais.

Todavia, a individualização da pena não pode permanecer alheia a uma orientação funcional que, de alguma forma, deve ecoar o escopo geral confiado ao ordenamento jurídico. Isso não impede que os objetivos pragmáticos da pena sejam contrabalanceados com a incidência de princípios limitadores do poder punitivo, desde que todos esses interesses contrapostos estejam em consonância com a finalidade última do direito, qual seja a pacificação social mediante a estabilização das expectativas¹⁸.

A importante contribuição dos autores que defendem a diferenciação entre os princípios que justificam a pena e os princípios que orientam a sua determinação se evidencia no momento em que evocam a percepção de que o ordenamento jurídico, ainda que regido por uma ideia geral de natureza utilitária, combina em seu interior uma série de valores principiológicos que lhe são úteis sob essa perspectiva universal. Assim, ainda que se atribuam objetivos específicos ao direito penal e à pena, outros fatores podem incidir sobre os institutos jurídico-penais, ainda que apenas para limitar tais objetivos, mas desde que estejam alinhados à finalidade geral do ordenamento jurídico. Isso explica a admissão de princípios limitadores do *ius puniendi* – tais quais a legalidade, culpabilidade, proporcionalidade e intervenção mínima – no procedimento de determinação da pena, mesmo que tais princípios restrinjam a eficácia da pena na consecução dos seus fins imediatos, uma vez que eles tutelam outros interesses que são caros ao sistema jurídico.

Entretanto, não obstante a incidência de princípios exógenos à finalidade da pena no procedimento de determinação concreta da punição, os fundamentos teleológicos que orientam

¹⁸ HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 118-120.

a individualização da pena devem convergir com a justificação conferida a esse instituto, pois o propósito geral pelo qual foi concebida determinada categoria jurídica deve ser o norte – por uma questão de coerência finalística – a guiar sua efetiva aplicação.

1.2 Princípios distributivos

Ao analisar determinada circunstância fática para fins de individualização da pena, o julgador exerce um autêntico juízo de valor, de forma a direcionar a punição concretamente determinada a alguma finalidade esperada. Desse modo, cada exame valorativo que recai sobre um elemento ontológico exige a escolha de um objetivo imediato, que, conforme já enunciado, deve dialogar com a finalidade geral da pena. Afinal, os institutos penais devem ser concebidos e orientados de acordo com um objetivo específico, de modo que a valoração de uma circunstância não pode ocorrer sem uma orientação funcional ou apoiada em mero desvario punitivo.

A atribuição da responsabilidade penal durante a individualização da pena depende da eleição de critérios finalísticos, que nada mais são do que os princípios distributivos da pena. A cada justificação ou finalidade positivada – dissuasão, neutralização, ressocialização, integração e retribuição – é possível extrair um correspondente princípio distributivo, que servirá de fundamento teleológico para a individualização da pena.

Assim, os princípios distributivos podem ser entendidos como os objetivos imediatos que incidem no procedimento de determinação judicial da pena, cujo conteúdo reflete alguma finalidade justificante da punição estatal. Embora essa noção distributiva – que diferencia a justificação geral da pena da sua finalidade imediata na individualização – já tenha sido objeto de referência na obra de Hart¹⁹, foi Paul Robinson que melhor sistematizou o estudo dos princípios distributivos, distinguindo-os entre: dissuasão geral e especial, incapacitação, reabilitação, merecimento vingativo, merecimento deontológico e merecimento empírico²⁰.

Especificamente em relação à justificação integradora da pena, observa-se que enquanto na doutrina alemã tal construção se encontra vinculada a propósitos preventivos, na doutrina anglo-americana ela está mais associada à ideia de retribuição. Sendo assim, em razão da

¹⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008, pp. 11-13.

²⁰ ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 7-10.

polivalência desse princípio, no presente trabalho o objetivo integrador será apreciado de maneira individualizada, ainda que haja parcial interdependência com as noções dos demais princípios distributivos.

1.2.1 Dissuasão geral

A dissuasão geral, um dos mais tradicionais princípios distributivos, pressupõe que a pena seja determinada no caso concreto de modo suficiente para desestimular os indivíduos em sociedade da prática de novos delitos, mediante a ameaça da imposição de punição. Busca-se, com a aplicação judicial da pena, que a mensagem intimidante manifestada pela imposição de um castigo individual evite ou reduza o cometimento de novos delitos com a admoestação de toda a coletividade.

Seu fundamento remonta à clássica justificação da prevenção geral negativa da pena que, embora carregue uma ancestral associação entre a cominação de castigo e advertência que lhe é decorrente, conheceu seu alvorecer racional a partir das construções consequencialistas do século XVIII, dentre as quais se destaca a obra de Cesare Beccaria, que vincula a prevenção dos crimes ao temor que as leis inspiram nos cidadãos²¹. No entanto, ainda no seio da escola clássica do direito penal, foi Anselm von Feuerbach que sedimentou as bases conceituais dessa espécie de justificação da pena com o desenvolvimento da sua teoria da coação psicológica, segundo a qual o objetivo da cominação da punição legal é a intimidação de todos com o intuito de prevenir a prática de futuras ofensas jurídicas²².

Em termos de legitimidade, a prevenção geral negativa oferece um consistente fundamento utilitário ao afastar a administração da pena dos aspectos expiatórios – muito presentes nas antigas concepções punitivas – e direcionar a resposta estatal para uma finalidade jurídica que vise a efetivação de um bem comum. Todavia, ainda na esfera de justificação, não há de se ignorar a tradicional crítica de natureza antropocêntrica à dissuasão geral, que sustenta que o indivíduo não pode ser reduzido a um mero meio para a consecução dos fins do Estado e que a punição exemplar ofende a condição de cidadão do apenado²³. Embora tal argumento tenha se originado nas remotas formulações da escola idealista alemã do século XVIII, ainda

²¹ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Tomo primo. Venezia: Rinaldo Benvenuti, 1781, pp. 134-142.

²² FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847, pp. 39-41.

²³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 88-90; KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 137.

hoje é revistado por setores liberais da doutrina penal para contestar os fundamentos filosóficos da prevenção geral negativa²⁴.

Adentrando no aspecto da determinação da pena, o princípio distributivo dissuasivo-geral parte do clássico pressuposto utilitarista do cálculo entre prazer e dor, proposto por Bentham ainda no século XVIII, de acordo com o qual o sofrimento imposto pela punição deve ser maior do que os ganhos auferidos com a prática do crime, a fim de que a ameaça de pena seja suficiente para desestimular os potenciais ofensores²⁵.

A fragilidade desse fundamento se encontra na premissa de considerar o criminoso como um ator de escolhas racionais, que sempre guia suas condutas de acordo com hipotéticos cálculos probabilísticos que lhe proporcionem maiores benefícios à custa de menores sacrifícios²⁶. Ocorre que as regras da experiência demonstram que inúmeros outros fatores – psíquicos, históricos, culturais – podem motivar, ou ao menos influenciar, a prática de condutas delitivas, dentre os quais se incluem impulsos emocionais, o que, de alguma forma, debilita a determinação da pena exclusivamente orientada por essa lógica de custo-benefício²⁷.

Perante tal reflexão, ainda que se adote uma perspectiva puramente consequencialista, é reconhecível que a eficácia da finalidade preventiva da pena não pode se apoiar exclusivamente no princípio dissuasivo-geral, uma vez que há elementos determinantes para a adesão às práticas criminosas cuja capacidade de gerência lhe escapa.

Ademais, mesmo se admitindo a premissa das escolhas racionais para orientar a determinação da pena, tem-se que a certeza ou a alta probabilidade de punição podem se apresentar como fatores muito mais decisivos para a abstenção do exercício de condutas delitivas do que a quantidade de punição hipoteticamente esperada²⁸. A par disso, tanto a previsão de penas em abstrato quanto a simples imposição da pena em concreto podem ser mais

²⁴ Neste sentido: DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 83; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 373; NAUCKE, Wolfgang. *Prevención general y derechos fundamentales de la persona*. In: HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2004, pp. 41-44.

²⁵ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London-New York-Toronto: Oxford Press, 1907, p. 41.

²⁶ TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. São Paulo: Editora USP, 1998, pp. 32-36.

²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 91.

²⁸ DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na justiça penal internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In: *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 236; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 91.

determinantes para o sucesso do efeito dissuasivo-geral do que a quantidade de punição eleita na sentença que individualiza a pena.

Quanto ao procedimento de individualização da pena propriamente dito, o princípio distributivo da dissuasão geral pressupõe a aplicação de uma pena quantitativamente e qualitativamente necessária para persuadir os indivíduos em sociedade a não cometerem novos delitos. Dessa forma, a individualização da pena com base nessa finalidade exige a realização de um juízo prospectivo, de modo que a prevenção futura representa um fator muito mais decisivo aos fins ambicionados do que a reprovabilidade do ato criminoso passado. Há uma máxima que bem resume o cerne do critério finalístico na individualização da pena: o juiz se volta ao passado para determinar uma pena retributiva e se volta ao futuro para determinar uma pena preventiva.

Contudo, grande dificuldade está no estabelecimento de critérios objetivos para se individualizar uma pena voltada à dissuasão geral. O maior sintoma dessa problemática se evidencia na ausência de teorias mais elaboradas de individualização da pena baseadas na dissuasão geral. Quando muito, a doutrina normalmente se vale de lacônicas manifestações sobre a necessidade de se observar critérios de prevenção geral na individualização da pena, sem especificar quais são esses critérios e como eles se operacionalizam na prática para alcançar uma punição concreta que seja preventivamente eficaz.

Considerando que o procedimento de individualização da pena é eminentemente judicial, corporificado em sentenças condenatórias amparadas nos elementos probatórios trazidos ao processo, fica evidente que o julgador carece de elementos epistemológicos que lhe tornem apto a determinar uma pena adequada sob a perspectiva preventivo-geral. Isso, porque os juízes normalmente não dispõem de informações referentes ao possível reflexo de suas sentenças na propensão de cometimento de crimes, em um futuro próximo, por indivíduos em geral. A consequência dessa agnose é que a individualização da pena com fins de prevenção geral acaba, na prática, apoiada em intuições pessoais do julgador, o que se mostra um critério extremamente controverso para fundamentar uma intervenção estatal tão violenta na esfera de liberdade do cidadão.

Tal situação se mostra ainda mais temerária tendo em vista que a dissuasão geral, por si só, não traz em seu âmago nenhum fator intrínseco de restrição da duração da pena, já que se orienta em um princípio utilitário, cuja autolimitação está vinculada à eficácia preventiva. Isso não impede que outros princípios externos – tais como a culpabilidade – sejam manejados para

delimitar a pena preventivamente dirigida, porém a finalidade preventiva, em sua concepção pura, não inclui medidas restritivas da punição²⁹.

Por um lado, é altamente questionável se as penas aplicadas em concreto, quanto à sua qualidade e quantidade, apresentam algum impacto significativo na coletividade de pessoas a ponto de motivar as futuras opções pela prática ou abstenção de condutas delitivas³⁰. Na complexidade das sociedades modernas, salvo em pontuais casos de grande repercussão, a imensa maioria das sentenças penais condenatórias passa incólume ao conhecimento dos indivíduos em geral. Por outro lado, mesmo considerando a possibilidade de se alcançar algum resultado preventivo-geral com a pena, a individualização da sanção está fadada a recair em decisionismos pouco confiáveis, já que os juízes não possuem ferramentas para mensurar a influência, no meio social, da quantidade de pena concretamente aplicada.

Em razão desse caráter altamente especulativo, grande parte da doutrina atual vem adotando o entendimento de que a dissuasão geral encontra na determinação legal da pena em abstrato o melhor momento de concretização dos seus efeitos preventivos³¹. Se a pena possui uma natureza comunicativa, a lei criminal possui uma maior capacidade de disseminação de uma mensagem à comunidade em geral quando comparada à força expressiva de uma sentença individual. Assim, não seria despropositado afirmar que grande parte da eficácia dissuasiva-geral da pena se exaure durante o processo de criminalização primária, restando pouco ou quase nada a se ambicionar em relação a essa questão na individualização da pena.

Entretanto, a despeito de todas essas limitações instrumentais, alguns modelos atuais de individualização da pena continuam reservando algum papel, ainda que secundário, à dissuasão geral. Nesse sentido, no modelo preventivo proposto por Roxin, a prevenção geral – negativa e positiva –, ainda que tenha primazia na cominação legal de penas em abstrato, assume uma função subsidiária em relação à prevenção especial no procedimento de individualização da pena, ao atuar como um limite inferior no marco penal diante de hipóteses de reduzidas necessidades preventivo-especiais no caso concreto. Ou seja, no conflito entre a prevenção geral e a prevenção especial durante a individualização, a função ressocializadora deve prevalecer

²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 93.

³⁰ DOLCINI, Emilio. *La commisurazione della pena*. Padova: Cedan, 1979, pp. 246-254.

³¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 801; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 10. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016, p. 97; ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 98.

para determinar a quantidade concreta de pena, porém um limite mínimo preventivo-geral há de ser observado para que a mensagem punitiva seja levada a sério pela sociedade³².

Tal exigência de observância de um patamar mínimo de dissuasão geral, todavia, encontra-se previamente satisfeita naqueles sistemas punitivos que estabelecem um marco legal mínimo de pena para cada tipo penal. Dessa forma, havendo um limite mínimo de pena em abstrato determinado pelo legislador, a necessidade de incidência do princípio distributivo da dissuasão geral na individualização da pena se encontra ainda mais reduzida. Obviamente que os efeitos dissuasivos-gerais decorrentes da cominação de penas em concreto, mesmo reduzidos, são bem-vindos. Porém, o manejo do princípio da dissuasão geral na individualização da pena é um tanto quanto controverso, seja pela ausência de critérios objetivos de mensuração pelo julgador, seja pela verificação de sua maior eficácia em outros estágios do processo de criminalização.

1.2.2 Dissuasão especial

A dissuasão especial, como princípio distributivo, projeta que o julgador deve aplicar uma pena suficiente para que o réu se sinta desestimulado a cometer novos delitos a partir desta condenação. Desse modo, a mensagem dissuasiva da punição é endereçada diretamente à pessoa do condenado e a quantidade e qualidade da pena devem ser adequadas a sobrepujar sua capacidade de motivação criminosa.

Foi na segunda metade do século XIX, com a ebulição do pensamento natural-positivista, que a finalidade preventivo-especial da pena teve seu alvorecer, teorizada pela escola positivista do direito penal. Com a burguesia já estabilizada no poder, os antigos valores liberais que inspiraram a escola clássica de direito penal foram cedendo espaço a valores sociais, de modo que o discurso de proteção do indivíduo ante ao soberano paulatinamente se viu suplantando por construções argumentativas de conteúdo estatista³³. Concomitantemente, a euforia com as ciências naturais marcante na Era dos Impérios implicou na intelecção do direito

³² ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, pp. 96-97.

³³ Zaffaroni resume a força motriz que influenciou o pensamento penal daquela época: “*Cuando al promediar el siglo XIX la burguesía europea se asentó en el poder, el discurso liberal dejó de ser funcional a sus intereses; necesitaba otro, que legitimase su hegemonía pero que, al mismo tiempo, consolidase la nueva agencia que había surgido con la revolución industrial: la policía. Toda vez que ésta no tenía discurso propio, lo proveyó la corporación de los médicos, dando por resultado el discurso médico-policia del positivismo*”. Em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 40.

penal como categoria científica, adotando-se o método causal-descritivo para explicar o delito e instrumentalizar a pena, em contraposição às anteriores fundamentações de natureza metafísica³⁴.

Dentre as obras que assinalaram a mudança de paradigma da pena naquele período, a mais proeminente foi o “Programa de Marburgo”, de Franz von Liszt, que retrata o pensamento científicista da escola positivista de direito penal. Adotando uma perspectiva utilitária, von Liszt apregoa que a pena justa é aquela necessária – em conteúdo e alcance – à proteção de bens jurídicos, vinculando tanto a justificação quanto a determinação da punição ao fim protetivo do direito penal³⁵. O delinquente se tornou o principal objeto de estudo do fenômeno criminal, o que alavancou a prevenção especial ao posto de principal finalidade da pena.

Como a essência da punição foi vinculada à coerção – que poderia ser indireta (psicológica/motivacional) ou direta (mecânica/violenta) – sobre a vontade do delinquente, von Liszt extraiu do caráter coativo da pena os seus três efeitos imediatos: correção, intimidação e neutralização. A fim de evitar antinomias na aplicação desses três efeitos e inspirado no método descritivo das ciências naturais, von Liszt categorizou os delinquentes em três espécies: aos delinquentes ocasionais bastaria a intimidação para reestabelecer a autoridade da lei violada; àqueles em que a intimidação não fosse suficiente, seria necessária a correção; e aos incorrigíveis só restaria a neutralização³⁶. Eis que nasce a dissuasão especial como princípio distributivo, manejado para intimidar os ofensores cuja individualidade não demande uma intervenção punitiva mais severa na busca pela prevenção de futuros delitos.

Assim como a dissuasão geral, a dissuasão especial justifica a pena na prevenção da prática de delitos, entregando um vigoroso argumento legitimador da punição. Aliás, a força justificante da finalidade dissuasiva-especial é até superior à da dissuasiva-geral, já que ao ser o destinatário direto da intervenção punitiva, o apenado deixa de representar um mero meio exemplar para os objetivos estatais, debilitando a principal crítica liberal ao fim preventivo da pena.

Todavia, em termos de individualização da pena, a dissuasão especial carece de um forte referencial valorativo vinculado à satisfação da pretensão de justiça, uma vez que concebe a medida da punição a partir da noção de risco, diretamente vinculada à probabilidade de que o

³⁴ VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Heidelberg: Springer, 2014, pp. 109-112.

³⁵ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, p. 106.

³⁶ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, pp. 112-126.

indivíduo apenado volte a delinquir futuramente. Tal princípio distributivo, desvinculado de outros limitadores valorativos exógenos, pode levar à cominação de penas desproporcionais em relação à gravidade do fato, já que o seu principal fundamento ontológico de análise está relacionado à capacidade pessoal do ofensor de se conformar à norma penal mediante intimidação.

Outro complicador da individualização da pena dissuasiva-especial está na capacidade do julgador de realizar um juízo prospectivo que concilie a quantidade e qualidade de punição com as necessidades protetivas baseadas no caráter coativo extraído da aplicação da pena em concreto. Conforme originalmente concebida pela escola positivista, a coerção penal derivada da dissuasão especial atua de forma mediata, sobre o aspecto psicológico dos apenados, motivando-os a não cometerem novos delitos. O problema é que esse modelo previa a atuação conjunta do direito penal com outras disciplinas humanas – tais como a antropologia criminal, a psicologia criminal e a estatística criminal – para se chegar a uma pena concretamente adequada³⁷. Porém, mais de um século depois, a realidade demonstra que a individualização da pena continua sendo exercida, preponderantemente, por profissionais com formação exclusivamente jurídica, o que fragiliza a confiabilidade da eficácia dissuasiva-especial nas sentenças criminais.

Tal como ocorre com a dissuasão geral, o julgador não dispõe de bases epistemológicas e nem de elementos de convicção suficientes para avaliar o impacto da sua decisão sobre a motivação alheia para o cometimento de novos delitos. Embora a dissuasão especial permita um maior conhecimento do destinatário direto da coerção psicológica, uma vez que se trata de pessoa determinada e não de uma coletividade, os elementos ontológicos que instruem o processo comumente são insuficientes para uma segura avaliação da quantidade de pena necessária para desestimular a prática delitiva em determinado condenado.

De qualquer sorte, a dissuasão especial continua recebendo relevante destaque nos modelos e sistemas penais da atualidade, cuja incidência se dá, preponderantemente, no procedimento de individualização da pena, não só na quantificação da punição como também na escolha do regime inicial de cumprimento. Em diversas formulações preventivas de individualização de pena limitadas extrinsecamente pela culpabilidade, a dissuasão especial

³⁷ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, p. 133.

aparece como critério determinante da pena em concreto, comumente combinada com outros princípios distributivos de natureza preventivo-especial.

Ademais, em alguns sistemas penais, a dissuasão geral juntamente com a neutralização se apresentam como os principais fundamentos para o agravamento da pena nas hipóteses de reincidência delitiva, sob o argumento de que uma maior tendência do réu a não se sujeitar à norma penal demanda um incremento na punição. Essa lógica evoca as concepções positivistas que entendiam a pena como tratamento, recomendando um aumento na dosagem àqueles indivíduos que apresentassem maior resistência à medida ministrada, para se alcançar um maior nível de eficácia dissuasiva.

1.2.3 Neutralização

A neutralização é, sem sombra de dúvida, o princípio distributivo de matiz preventiva mais contestado academicamente, em razão do seu forte aspecto segregativo que, em tese, atentaria contra a dignidade do cidadão. A origem teórica da neutralização, que assim como os demais princípios preventivo-especiais também remete à escola positivista do século XIX, ratifica a atual aversão doutrinária a essa função da pena. Afinal, a neutralização – também chamada asseguração, inocuização ou incapacitação – foi teoricamente concebida como a medida necessária aos delinquentes categorizados como incorrigíveis.

Com o processo de crescente urbanização que marcou os grandes centros da Europa e dos Estados Unidos da América em meados do século XIX, decorrente da revolução industrial, o proletariado emergiu como categoria social, gerando preocupação na então estabelecida classe burguesa³⁸. A demanda pela contenção do excedente de pessoas não absorvidas pelo mercado de trabalho foi atribuída ao direito penal, que, mediante o manejo da pena, reservou sua maior severidade à delinquência habitual de rua. Assim, apoiada em um juízo de periculosidade – aferida a partir da suposta constatação de déficits físicos, mentais ou sociais na pessoa do delinquente – e na compreensão do crime como patologia social, a pena evitaria a prática de

³⁸ “E a classe cujos números cresciam de modo mais visível, à medida que a onda de industrialização engolfava o Ocidente, cuja presença se tornava sempre mais ineludível e cuja consciência de classe aparentemente ameaçava de modo mais direto o sistema social, econômico e político das sociedades modernas, era o proletariado”. Em HOBBSAWM, Eric John Ernest. *A era dos impérios: 1875-1914*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 104.

novos delitos a partir da neutralização, transitória ou permanente, dos criminosos menos aptos a conviver em sociedade³⁹.

Trata-se de uma coerção imediata e violenta que atua diretamente sobre os corpos dos apenados, impedindo-os, por meio de ação mecânica, de voltarem a delinquir enquanto perdurarem os efeitos da pena. Nas palavras de von Liszt, a pena neutralizadora é sequestro do delinquentes do convívio em comunidade, atuando como uma “artificial seleção do indivíduo socialmente inapto”⁴⁰.

Alta carga perniciosa evidenciada nas origens teóricas da neutralização ainda está presente nas contemporâneas concepções deste princípio distributivo, embora agora reescritas em versos mais amenos. Porém, não há como se negar que a neutralização traz um significativo desconforto em termos justificantes, principalmente em razão da sensação de renúncia à condição do apenado, motivo pelo qual é pouco explorada – em termos teóricos – pela doutrina atual. O reflexo dessa percepção acadêmica influenciou, em certa medida, a configuração de grande parte dos sistemas punitivos contemporâneos, tendo em vista a observável tendência pela abolição das formas mais drásticas de neutralização, tais como as penas capitais e penas de prisão perpétua.

Entretanto, apesar de o desprestígio dogmático que a neutralização carrega nos dias de hoje, é inegável que toda pena privativa de liberdade carrega no seu âmago uma essência neutralizadora. Ainda que o princípio neutralizador possa ser abandonado na configuração de outras formas de respostas penais, como nas penas alternativas ou em institutos despenalizadores, a sua finalidade é evidenciada nas sanções penais a delitos mais graves. Seria um vago exercício de retórica afirmar que a pena de prisão, executada nos moldes tradicionais ainda vigentes, não guarda nenhum caráter neutralizador. A imposição da segregação de

³⁹ O forte caráter discriminatório das tradicionais concepções preventivas fica evidenciado na classificação dos apenados em diferentes categorias de indivíduos. Para von Liszt, os incorrigíveis, cuja medida adequada seria a incapacitação, faziam parte da classe proletária, identificados como “mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos sexos e alcoólatras, rufões e *demimondaines*, no sentido mais amplo, degenerados espirituais e corporais, todos eles formam o exército de inimigos fundamentais da ordem social”. Em LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, p. 116. Adolphe Prins, em sua teoria da defesa social, propaga que: “Os degenerados, os insuficientes, os incompletos, os epiléticos, os profundamente anormais, revelam-se perigosos quando se tornam criminosos. Mas mesmo quando permanecem fora da criminalidade, ainda são uma ameaça para si mesmos e para os outros, porque deixados à própria sorte são incapazes de uma vida normal e se tornam mais perturbadores quando são mais jovens e abandonados.”. Em PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010, p. 65.

⁴⁰ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, p. 112.

liberdade, materializadas nas grades de uma prisão, é suficientemente significativa para lembrar a todos que o princípio neutralizador nunca foi abandonado pelo direito penal.

Isso posto, diante da ideia de *ultima ratio* do direito penal e do desenvolvimento de alternativas às penas privativas de liberdade, a incidência do princípio neutralizador deve ser reservada àquelas violações de natureza mais graves, em que a manutenção da liberdade do apenado evidencie um significativo risco ao corpo social. Invariavelmente, a neutralização é um princípio distributivo baseado na noção de risco – tal qual é esperado de um princípio preventivo – e a sua determinação implica em um juízo de periculosidade, que pode recair sobre o agente ou sobre o contexto circunstancial.

A neutralização comporta análise pelo julgador tanto na fase da individualização quanto na fase da execução da pena, mostrando-se mais proeminente nesta última. Especificamente quando incidente na individualização da pena, justificado pela gravidade a situação, o princípio distributivo neutralizador pode ser manejado para quantificar a pena, porém a sua principal frente de atuação é na determinação do regime prisional inicial para o cumprimento da pena. A admissão de tal influência na quantificação e na qualificação da punição, contudo, não impede que o caráter neutralizador seja limitado por princípios adventícios aos objetivos imediatos da pena, tais como os princípios da culpabilidade, da legalidade e da intervenção mínima.

1.2.4 Ressocialização

Se a neutralização amargou um desprestígio dogmático a partir da segunda metade do século XX, o inverso ocorreu com a ressocialização, que emergiu como a mais celebrada finalidade preventivo-especial da pena. Os rumos autoritários que o direito penal tomou na primeira metade do século passado, culminando na disseminação das ideias da escola da defesa social⁴¹ e da escola de Kiel⁴², foram amenizados com a estafa mundial em relação ao zênite da violência gerado pela segunda guerra mundial. Desde então, houve um parcial resgate dos ideais liberais e a imagem da reintegração social do apenado se mostrava condizente com um viés

⁴¹ GRAMATICA, Filippo. *Principios de defensa social*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019; PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010.

⁴² DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritativo?* Buenos Aires: Ediar, 2011.

mais humanista do direito penal e com a nova configuração de Estado democrático e social de direito⁴³.

Em virtude disso, muitos modelos teóricos elegeram a ressocialização como a primordial finalidade preventivo-social da pena, inclusive promovendo a sua distinção das demais finalidades preventivas ao lhe conferir a insígnia de prevenção especial “positiva”⁴⁴. Aparentemente, a ressocialização se coaduna com o postulado da dignidade da pessoa humana presente nas constituições contemporâneas, ao entregar um vigoroso fundamento de legitimação para a imposição de penas pelo Estado, afinal combina uma justificação consequentialista apoiada no bem comum (a evitação de delitos) com o emprego de um meio que confere um benefício ao indivíduo apenado (a sua ressocialização).

Esse entusiasmo em relação à finalidade ressocializadora da pena esteve tão presente nas construções teóricas do pós-guerra, principalmente na doutrina de *civil law*, que sua influência inclusive inspirou a reforma do sistema penal alemão da década de 1960⁴⁵.

Contudo, uma análise mais aprofundada, tanto dos fundamentos teóricos quanto dos resultados empíricos da ressocialização, levanta razoáveis dúvidas sobre o alcance da aplicação desse princípio distributivo no procedimento de individualização da pena.

Rememorando as origens teóricas da ressocialização, sua construção se deu pela escola positivista do século XIX, sob o fundamento de que o delito é uma patologia social e a pena o seu tratamento. A função protetiva do direito penal suplantou o paradigma liberal que inspirou a escola clássica de direito penal e conferiu tons estatistas ao sistema punitivo, em um cenário Europeu da consolidação dos grandes impérios. A classe burguesa, agora estabilizada no poder, adotou um discurso de controle para conter as classes marginalizadas e o sistema punitivo se amoldou aos interesses de manutenção do *status quo*. Somado a isso, as ideias metafísicas de livre arbítrio perderam espaço para construções deterministas, influenciadas pelo entusiasmo em relação às ciências naturais que se propagou naquele período histórico, e o cientificismo passou a ditar os rumos dogmáticos do direito penal.

Em decorrência desse ambiente histórico-cultural, a finalidade preventivo-especial da pena emergiu, tendo como principal referência valorativa a periculosidade do delinquente, que

⁴³ PAVARINI, Massimo. *Governare la penaltà: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014, p. 106.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Buenos Aires: B d F, 2012, p. 489.

⁴⁵ ALBRECHT, Hans-Jörg. Sentencing in the Federal Republic of Germany. In: *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 7, n. 6, University of California Press, May/June 1995, p. 306; GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. In: *Revista direito GV* n. 4, Vol. 2, n. 2, Jul/Des 2006, pp. 196-198.

se tornou o objeto central de estudo da *scuola positiva* italiana, encabeçada por Enrico Ferri, Raffaele Garofalo e Cesare Lombroso⁴⁶. Houve o desenvolvimento da noção etiológica de “*uomo delinquente*”, descrevendo o criminoso como um ser atávico e portador de tendências delitivas intrínsecas⁴⁷. Nesse contexto, a mudança de paradigma reformulou a teoria da pena, de modo que o crime foi entendido como uma moléstia – decorrente de um distúrbio biológico ou social que acometia o delinquente – e a pena deveria ser manejada como uma forma de tratamento.

Eis que surge a ressocialização, então denominada “correção”, como uma medida intermediária, entre a intimidação (dissuasão) e a inocuização (neutralização), destinada àqueles delinquentes em que a mera ameaça não fosse suficiente, mas que ainda permanecessem categorizados como recuperáveis⁴⁸. Esse tratamento corretivo compulsório ministrado pelo sistema penal, sob o prisma da escola da proteção social, deveria durar o tempo necessário para a reforma do delinquente, não se limitando por generalizações abstratas previstas em diplomas legais e alheias ao real estado psíquico do apenado. A pena ressocializadora era, em sua essência, indeterminada, pois o seu tempo de duração dependeria da capacidade de conformação do apenado, aferida por um corpo de especialistas em ciências médicas e sociais responsável pelo sistema de execução penal. O direito penal, arrebatado pelo cientificismo terapêutico, tinha como escopo promover, nas palavras de Prins, um “serviço de higiene mental e moral” dos degenerados⁴⁹.

Essa face sombria da ressocialização, que não por acaso caiu nas graças dos regimes autoritários que arrebataram parte da Europa na primeira metade do século XX, foi em grande parte esquecida após a traumática experiência da segunda guerra mundial. Desde então, essa finalidade da pena foi remodelada para se compatibilizar com os revigorados ares humanistas e com as exigências dos novos modelos constitucionais, razão pela qual o termo “correção” foi substituído por “ressocialização”, que remete a uma ideia mais altruísta e menos coercitiva.

Todavia, a reconfiguração discursiva da ressocialização, ainda que torne a sua justificação teórica compatível com as novas demandas jurídicas de legitimação, não é capaz

⁴⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, pp. 302-316.

⁴⁷ LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria: cause e rimedi*. Torino: Fratelli Bocca, 1897.

⁴⁸ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, pp. 115-126.

⁴⁹ PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010, pp. 89 e 103-117.

de alterar a essência reformadora de indivíduos que tal instituto penal carrega no seu cerne. E isso se mostra evidente diante da verificável ineficácia do sistema prisional em promover a ressocialização do indivíduo a partir do seu encarceramento. A simples ideia de segregação social é logicamente incompatível com o objetivo de ressocializar uma pessoa e, ainda que isso pareça óbvio num primeiro momento, foi necessária a constatação do fracasso da reforma do sistema penal alemão nos anos de 1960 para refrear, nas décadas seguintes, o entusiasmo doutrinário em relação a esse princípio distributivo⁵⁰.

De qualquer sorte, a administração do princípio ressocializador na individualização da pena requer que o juiz imponha uma medida que se mostre suficiente para aprimorar a capacidade do apenado de se adequar às normas comportamentais vigentes em sociedade, buscando-se, com isso, a evitação da prática de novos delitos. Em termos quantitativos, a leitura contemporânea do princípio da ressocialização milita que a pena dure o tempo mínimo necessário para promover a reforma do apenado, porém esse período temporal deve ser limitado pelos princípios da legalidade, da culpabilidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima. Já em termos qualitativos, a incidência do princípio ressocializador se mostra relevante para a escolha do regime prisional inicial, bem como para deliberação acerca da aplicação de penas alternativas ou substitutivas.

A própria natureza do princípio da ressocialização sinaliza que sua incidência se apresenta mais oportuna no momento posterior da execução da pena, ou mesmo em momentos anteriores fomentada por institutos despenalizadores transacionais, do que durante a individualização da pena elaborada na sentença penal condenatória. Pode-se afirmar que a ressocialização inspira uma série de institutos jurídicos relacionados ao sistema punitivo, dentre os quais se destacam a progressão de regimes prisionais, as medidas de prestação de serviços à comunidade, a remição da pena pelo trabalho, pela educação e pela qualificação profissional, dentre outros.

Entretanto, ainda que se manifeste bem-intencionada a atual proposta ressocializadora, é importante lembrar que ela foi concebida, tal como observa Pavarini, sob o paradigma do déficit. Conforme explanado, a pena correccional nasce de um projeto hegemônico oitocentista, baseado na ética burguesa, que propagava a experiência disciplinar como meio para adequar o proletariado à racionalidade capitalista do mercado de trabalho. Sob uma perspectiva

⁵⁰ ALBRECHT, Hans-Jörg. Sentencing in the Federal Republic of Germany. In: *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 7, n. 6, University of California Press, May/Jun 1995, p. 306; GÜNTER, Klaus. Crítica da pena I. In: *Revista direito GV* n. 4, Vol. 2, n. 2, Jul/Des 2006, pp. 196-198.

positivista, o delinquente era compreendido como um indivíduo acometido com um déficit – social, mental ou físico – que o tornava inapto a aderir à cultura do trabalho e da legalidade⁵¹. Assim, a pena disciplinar nasce com a pretensão de reduzir a periculosidade do indivíduo delinquente ao educá-lo e domesticá-lo à cultura do trabalho, corroborando a analogia presente na célebre imagem metafórica do cárcere como fábrica⁵².

O problema é que o paradigma do déficit, que pressupõe que o criminoso apresenta carência de algum atributo que lhe torne incapaz de seguir as regras sociais, entrou em crise a partir da metade do século XX. Constatou-se que, na maioria dos casos, a opção pela prática criminosa está muito mais associada a uma questão de oportunidade do que a uma questão de inaptidão ao convívio social. Muitos indivíduos se utilizam das suas habilidades sociais, inclusive relacionadas à capacidade laboral, para cometerem crimes de maneira mais eficiente. As mesmas aptidões e os mesmos conhecimentos determinantes para o sucesso de um comerciante podem ser utilizados, por exemplo, por um traficante de drogas. O *know-how* empresarial pode auxiliar na prática de diversos delitos econômicos, bem como a organização funcional de uma empresa pode ser empregada em uma facção criminosa. As relações sociais e a habilidade comunicativa de um político podem lhe render oportunidades para a prática de corrupção e de outros delitos de colarinho branco. Ou seja, a periculosidade criminal não está, necessariamente, vinculada a um estado de inferioridade do ofensor que demande a aplicação de uma pena educativa ou terapêutica⁵³. A percepção de que a opção pela criminalidade, em muitos casos, decorre das atrativas oportunidades oferecidas pela economia ilegal colaborou para a superação do paradigma do déficit explicativo da atividade delitiva⁵⁴.

Tanto a conscientização de que o cárcere, ao invés de recuperar, pode atuar como um fator criminogênico em razão da sua natureza excludente quanto a derrocada do paradigma do déficit colaboraram para o descrédito do princípio ressocializador em termos de eficácia empírica. Ainda que a ressocialização possa ser útil para guiar institutos despenalizadores ou propostas penais alternativas, a sua adoção como princípio distributivo regente da

⁵¹ PAVARINI, Massimo. *Governare la penaltà: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014, pp. 8-10.

⁵² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁵³ SUTHERLAND, Edwin Hardin. *Crimes de colarinho branco: versão sem cortes*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 351.

⁵⁴ PAVARINI, Massimo. *Governare la penaltà: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014, p. 108.

individualização da pena se mostra controversa, principalmente para aqueles delitos mais graves em que as circunstâncias impõem a aplicação de uma pena prisional.

Considerando irreal a proposta de ressocializar pelo sistema penal, Schünemann propõe uma leitura negativa do princípio da ressocialização: se a finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos, as penas que promovam um efeito dessocializador no réu – portanto, potencialmente lesivas a bens jurídicos – só devem ser admitidas caso impliquem em um ganho superior de proteção de bens jurídicos⁵⁵. Entretanto, ainda que tal interpretação se mostre racionalmente coerente, nos moldes apresentados, a ressocialização assume uma natureza muito mais próxima de um princípio valorativo limitador da punição do que de um princípio distributivo maestro do procedimento de individualização da pena.

1.2.5 Merecimento taliônico

O princípio distributivo do merecimento taliônico tem no dano causado pelo crime a principal referência valorativa para conduzir a mensuração da pena, carregando, em si, uma acentuada noção de proporcionalidade.

Sua denominação faz referência à antiga *lex talionis* – presente em muitas compilações normativas da antiguidade e cuja menção mais antiga é encontrada no Código babilônico do rei Hamurabi, datado do século XVIII a.C. – que prescreve a estrita reciprocidade entre o crime praticado e a pena aplicada. Embora, nos dias atuais, a imagem de uma rigorosa correspondência entre o dano e a pena ressoe cruenta e primitiva, é importante contextualizar que tal concepção representou um avanço racional em relação à ancestral e ilimitada punição instintiva, guiada preponderantemente por aspectos místicos e emocionais.

Ao longo da história, a ideia de retribuição intuitivamente caminhou lado a lado com a noção de pena, mas o desenvolvimento conceitual dos fundamentos do merecimento taliônico remete às construções filosóficas dos idealistas germânicos do século XVIII, que conceberam as clássicas teorias absolutas da pena mais de três milênios após o Código de Hamurabi.

Ancoradas na ideia metafísica de justiça e na compreensão da lei penal como um imperativo categórico, as teorias absolutas concebem a pena como um fim em si mesmo, rejeitando qualquer aspecto consequencialista. Tal construção retira seu fundamento do

⁵⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung. In: *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*. Freiburg: Max Planck Institut, 1987, pp. 209-238.

idealismo da filosofia moral, entendendo que a pena deve ser aplicada na sua justa medida, dirigida por um princípio de correção e não por uma simples conveniência utilitária. O reconhecimento do indivíduo como um ser capaz de expressar sua vontade de forma livre legitima a imposição do castigo para os desvios morais de comportamento, de modo que a individualização da pena pressupõe um juízo de responsabilidade pessoal do agente ofensor.

Dentro de uma perspectiva liberal que entende que o crime viola um direito subjetivo alheio, Kant estrutura o princípio distributivo da pena sob a premissa de que “somente o direito de retaliação (*ius talionis*) pode oferecer com segurança a quantidade e a qualidade da punição”⁵⁶. Fica claro que o dano gerado pelo delito é o principal parâmetro valorativo que orienta essa justificação retributiva da pena, de modo que a severidade da punição deve refletir a magnitude da lesão causada à vítima.

Tal noção de proporcionalidade estrita entre o crime e a pena também pode ser observada na construção retributiva de Hegel. De acordo com a dialética hegeliana, o crime é uma violência ao direito de outrem e a violência da pena suprime o crime, compensando o direito subjetivo violado. Sendo assim, a negação da existência do crime pela pena impõe que essa violência contra a violência respeite a mesma grandeza qualitativa e quantitativa⁵⁷.

Embora Paul Robinson também use a expressão “merecimento vingativo” para se referir ao merecimento taliônico, a denominação aqui utilizada se mostra mais harmônica, uma vez que a proposta de Hegel vislumbra uma superação da vingança individual mediante a transcendência para um modelo de justiça punitiva com caráter universal⁵⁸. De qualquer modo, é característica do merecimento taliônico a adoção de um modelo de individualização da pena inspirado em uma perspectiva da vítima, cujo dano suportado serve de parâmetro para a determinação da qualidade e quantidade de punição⁵⁹.

Cumprir pontuar que grande parte da resistência dogmática ao retributivismo tem nas teorias absolutas da pena o modelo conceitual para a formulação das principais críticas. Não se pode negar que a evolução do sistema penal clama por uma gradativa redução da severidade das penas e as bases do princípio distributivo do merecimento taliônico pressupõem a aplicação de uma pena equivalente ao dano, o que implica na imposição de punições extremamente rigorosas para os padrões atuais. Ademais, em termos de legitimação do castigo, a consciência

⁵⁶ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 138.

⁵⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 90.

⁵⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 93.

⁵⁹ ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 107-109.

de que o direito deve ter uma finalidade prática clama por uma justificação consequencialista, refutando a ideia de uma pena fundada exclusivamente em um imperativo do dever ser.

Em razão disso, alguns modelos mais recentes de retributivismo, principalmente oriundos do direito anglo-americano, mantêm a perspectiva da vítima e o parâmetro do dano para a individualização de pena, porém oferecendo uma justificação consequencialista e amenizando a severidade do castigo mediante a previsão de uma escala de penas que guarde proporção com a gravidade dos delitos, mas sem equivalência material.

Também adotando um fundamento moral para legitimar a pena, Herbert Morris constrói seu pensamento defendendo que há um direito natural à punição derivado da própria condição humana e que mantém correspondência com outros direitos e deveres socialmente reconhecidos. Assim, pena assume uma função de reestabelecer o equilíbrio entre direitos e deveres individuais que foi quebrado com a prática do delito, uma vez que o crime proporciona uma injusta vantagem auferida pelo criminoso (*theory of unfair advantage*)⁶⁰. Anos mais tarde, Morris aprimora sua justificação do castigo ao sustentar que a pena é um complexo ato comunicativo de valores, que confere um benefício moral aos atuais e potenciais ofensores, na medida em que lhes permite compreender o mal causado pelas condutas criminosas (*paternalistic theory of punishment*)⁶¹.

Versões atualizadas do merecimento taliônico podem ser utilizadas na individualização da pena, desde que suavizadas aos padrões de severidade do sistema penal vigente, o que impõe a observância de uma correspondência relativa entre o dano e a punição. Seu principal campo de aplicação é na análise de circunstâncias relacionadas com as consequências do delito, que demanda um juízo *ex post facto* da dimensão da lesão causada, limitado pelo princípio da culpabilidade para se evitar a responsabilização penal objetiva.

1.2.6 Merecimento deontológico

Enquanto o merecimento taliônico tem no dano o principal parâmetro valorativo para o juízo de individualização da pena, o merecimento deontológico mantém a perspectiva retributiva, porém centrado na reprovabilidade da conduta do ofensor (*blameworthiness*).

⁶⁰ MORRIS, Herbert. Persons and punishment. In: *The monist*, Vol. 52, n. 4, October 1968, pp. 476-478.

⁶¹ MORRIS, Herbert. A paternalistic theory of punishment. In: *American philosophical quarterly*, Vol. 18, n. 4, October 1981, pp. 264-265.

Assim, o merecimento taliônico adota um parâmetro valorativo mais amplo, que também pode contemplar a extensão do dano causado, mas levando em consideração outras circunstâncias vinculadas à responsabilidade pessoal do ofensor na realização de sua conduta, tais como estados mentais, grau de culpabilidade, fatores atenuantes ou agravantes do injusto, dentre outros.

A grande vantagem do merecimento deontológico é que, ao contrário dos princípios distributivos preventivos, ele traz consigo uma noção de proporcionalidade própria dos princípios retributivos, porém relacionada à ideia de justiça e não mais atrelada à extensão do dano, como ocorre no merecimento taliônico. Isso permite que o merecimento deontológico melhor se adapte aos padrões de severidade das penas atuais, bem como compatibiliza sua aplicabilidade com os sistemas penais que adotam a culpabilidade como parâmetro de valoração da pena.

Diante da amplitude do seu parâmetro axiológico, situado no grau de reprovabilidade da conduta criminosa, o merecimento deontológico reduz a intensidade da intervenção de princípios externos limitadores da punição (tal qual o princípio da culpabilidade), pois muitas dessas restrições já se encontram na essência valorativa dessa espécie de merecimento. Dessa forma, por exemplo, não é necessário se socorrer a outros princípios para diminuir a pena do agente que ostente um grau reduzido de culpabilidade, pois a própria ideia de justiça presente no cerne do merecimento deontológico remete a uma redução da reprovabilidade e, conseqüentemente, a um abrandamento da punição.

A característica distintiva do merecimento deontológico está no pressuposto de que o fundamento axiológico que orienta o juízo de reprovabilidade da conduta deve ser extraído dos ideais universais de justiça oferecidos pela filosofia moral. Há uma rigorosa pretensão de justiça na individualização da pena apoiada nos valores fundamentais deduzidos do plano metafísico.

Aqui se mostra pertinente a diferenciação entre a moralidade social ou positiva e a moralidade ideal ou crítica, apresentada por Leslie Green. De maneira geral, pode-se entender a moralidade como um conjunto padronizado de normas e valores considerados relevantes para a vida social, que se destina a regular a conduta dos indivíduos⁶². Todavia, é possível distinguir espécies diversas de moralidade a depender do padrão referencial eleito, pois enquanto a moralidade social (ou positiva) está relacionada às práticas comportamentais aceitas e

⁶² HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 167-184.

reproduzidas em sociedade, a moralidade ideal (ou crítica) deriva de princípios valorativos do “dever ser”, que servem de arquétipos para moldar o comportamento humano⁶³.

Fica clara a adoção da moralidade ideal como modelo de justiça a orientar juízo contemplado pelo merecimento deontológico, uma vez que o padrão axiológico empregado é obtido nas construções teóricas da filosofia moral. Com isso, afasta-se o principal parâmetro valorativo da ingerência de fatores circunstanciais (políticos, históricos, culturais) mediante a adoção de um padrão moral transcendental, resguardando a individualização da pena das vicissitudes sociais.

Por outro lado, a opção por um *standart* moral desvinculado das práticas comunitárias, além de despida de legitimidade democrática, refreia a eficácia comunicativa da pena na medida em que a punição concretamente cominada pode se distanciar das noções sociais de justiça compartilhadas em sociedade. Tal característica dificulta a compatibilização do merecimento deontológico com as exigências consequencialistas do direito penal, embora a principal proposta desse princípio esteja voltada à realização de justiça acima de qualquer finalidade preventiva.

1.2.7 Merecimento empírico

Assim como o merecimento taliônico, o merecimento empírico é um princípio distributivo de natureza retributiva que igualmente emprega o grau de reprovabilidade da conduta criminoso como o fundamental parâmetro valorativo no juízo de individualização da pena. Com isso, este princípio confere ao julgador um abrangente espaço discricionário para avaliar a diversa gama de circunstâncias concretas que, porventura, impactem na conformação da gravidade do delito. Por outro lado, o mesmo parâmetro que abre um leque de opções fáticas para mensurar o nível de censura do ato criminoso também atua como fator limitador da pena, uma vez que traz na sua essência a noção de justiça que restringe a punição à medida da responsabilidade pessoal do ofensor.

A primordial diferença entre o merecimento deontológico e o merecimento empírico está na fonte provedora do padrão de justiça, pois o primeiro busca avaliar o grau de reprovabilidade da conduta apoiado em critérios ofertados pela filosofia moral, ao passo que o

⁶³ GREEN, Leslie. Should Law Improve Morality? In: *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 7, n. 3, October 2013, pp. 473-494.

segundo se vale das intuições sociais de justiça para adequar a pena ao nível de censura do ato. Assim, de acordo com o princípio do merecimento empírico, a pena deve ser distribuída de acordo com a responsabilidade do ofensor, aferida com base nas percepções sobre justiça compartilhadas pelos membros da comunidade e reveladas por investigações sociais. Ou seja, enquanto o merecimento deontológico busca uma pena justa em si, o merecimento empírico busca uma pena que se mostre justa aos olhos da sociedade⁶⁴.

Importante pontuar que o merecimento empírico não busca a medida da pena diretamente na opinião popular, até mesmo porque é comum o desacordo – mesmo entre juristas – sobre a quantidade de pena devida em determinado caso concreto. O que esse princípio distributivo propõe é a investigação dos fatores que influenciam as pessoas nos juízos profanos de censura, de modo a se inferir em qual patamar de reprovação social se encontra determinado ato criminoso, para buscar uma pena adequada dentro do rol de sanções oferecidas pelo sistema punitivo. Logo, as intuições sociais de justiça orientam o julgador na valoração de quão reprovável certa conduta é e não na determinação imediata da quantidade de pena merecida.

Enquanto é esperada uma maior discrepância de opiniões acerca da medida adequada da pena, Robinson e Darley defendem que há um maior grau de consensualidade quando a questão envolve o nível de desaprovação geral sobre determinada conduta. Segundo os autores, essa premissa se explica porque estudos empíricos evidenciam que os julgamentos humanos sobre graves violações são mais influenciados por processos intuitivos do que por processos racionais⁶⁵. Isso permite que o referencial valorativo que fundamenta o merecimento empírico – qual seja as intuições sociais de justiça que informam a reprovabilidade de certo ato criminoso – se sustente em bases muito mais harmônicas e uniformes.

Justamente por retirar das percepções sociais o guia axiológico central do procedimento de individualização da pena, o merecimento empírico apresenta um maior estágio de democraticidade, mesmo quando comparado com outros princípios distributivos de natureza retributiva. Dessa forma, além de fortalecer a dimensão justificante, o merecimento empírico oferece um maior nível de legitimidade democrática à pena concretamente imposta, na medida em que se utiliza de um referencial que reflete os valores compartilhados em sociedade e não

⁶⁴ ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 9-14 e 109-114.

⁶⁵ “*People widely share intuitions about whether a given offense is more or less serious than another offense, but people and societies may disagree about what the punishment for the most serious offense will be*”. Em DARLEY, John M; ROBINSON, Paul H. Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy. In: *81 Southern California Law Review* 1, 2007, p. 9.

os valores estabelecidos por um grupo restrito de intérpretes, tal como ocorre com o merecimento deontológico.

Essa característica permite conferir ao merecimento empírico uma aplicabilidade consequencialista, uma vez que o reconhecimento social da pena como justa favorece o processo comunicativo da mensagem almejada pelo Estado. Com isso, o manejo do merecimento empírico abre portas para se alcançar outras finalidades desejáveis da pena, tanto de viés preventivo quanto integrador, pois uma pena compreendida como justa expressa com maior clareza a desaprovação geral sobre a conduta delitiva e melhor promove a pacificação das expectativas sociais.

1.2.8 Integração

O descrédito da finalidade ressocializadora no início da década de 1970 e a necessidade de se buscar uma justificação da pena alinhada aos princípios jurídicos do período pós-segunda guerra motivou a doutrina alemã a buscar novas alternativas para legitimar o sistema punitivo contemporâneo. Com o declínio das finalidades preventivo-especiais e a relutância de se retornar aos modelos retributivos influenciados por aspectos morais, a prevenção geral ressurgiu no cenário continental europeu como a opção mais viável para se reconstruir novas teorias da pena que satisfaçam a exigência consequencialista dos novos modelos funcionalistas do direito penal. Mas como as ideias de dissuasão geral já se mostravam esgotadas do ponto de vista dogmático, a reestruturação funcional da pena trouxe um hodierno modelo preventivo baseado na noção de sistema jurídico, porém agora com um viés afirmativo ao invés de intimidativo. Eis que nascem as teorias da prevenção geral positiva ou integradora.

Tendo em vista que as teorias funcionalistas propõem uma adequação dos institutos jurídico-penais à função que cada qual modelo atribuía ao direito penal, a prevenção geral positiva assume uma característica singular a depender do paradigma teórico adotado. No campo acadêmico alemão, dois modelos jurídico-penais de destacaram na segunda metade do século XX: o funcionalismo teleológico de Claus Roxin e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs.

A teoria de Roxin pressupõe a pena como critério distintivo do direito penal, cuja função primordial é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Partindo-se dessa concepção protetiva, o fim da pena deve convergir com o fim do direito penal, razão pela qual Roxin adota uma teoria unificadora da pena, com natureza eminentemente consequencialista que se baseia na prevenção

geral e na prevenção especial, mas com certa primazia do fim ressocializador. Quanto à prevenção geral, opera-se uma atual distinção entre o aspecto negativo – que remete às clássicas teorias preventivo-gerais de caráter intimidador – e o aspecto positivo – centrado na conservação e no reforço da confiança da população no ordenamento jurídico. Por sua vez, Roxin reconhece três efeitos específicos da prevenção geral positiva: o efeito pedagógico; o efeito de reforço na confiança da aplicação do direito; e o efeito de pacificação social. Justamente nesse último fim pacificador, que o autor denomina “prevenção integradora”, encontra-se a ideia de que a aplicação concreta da pena promove a estabilização da consciência jurídica geral, uma vez abalada com a violação da norma penal empreendida pela conduta criminosa. Assim, dentro da teoria de Roxin, a integração tem natureza preventiva, integrada a um modelo consequencialista que viabiliza a proteção de bens jurídicos mediante a manutenção da estabilidade social⁶⁶.

Por sua vez, Jakobs estrutura sua teoria da pena dentro de uma ótica funcionalista que compreende os institutos de direito penal a partir da ideia de que a norma jurídica, como modelo de orientação comportamental, constitui uma generalização de expectativas sociais, inspirada na teoria dos sistemas de Luhmann⁶⁷. Então, adotando a dialética hegeliana, Jakobs observa que o comportamento criminoso quebra as expectativas gerais sobre a vigência da norma penal e que a pena, ao se opor ao delito, reestabelece a confiança na norma contrafaticamente. Confere-se, assim, uma função preventivo-geral positiva à pena, na medida em que a estabilização das expectativas normativas pela aplicação da sanção promove a integração do sistema jurídico e, conseqüentemente, a evitação de novos delitos com o reforço do dever de observância da norma penal⁶⁸.

Embora a função integradora da pena apresente uma natureza eminentemente consequencialista, voltada à efetivação da pacificação social, é de se questionar se a sua categorização como teoria preventiva decorre da prevalência dos seus efeitos concretos na redução da criminalidade ou da necessidade da doutrina alemã de adequar o discurso penal a uma finalidade protetiva. A integração evidencia o caráter comunicativo da pena e, nesse

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, pp. 81-103.

⁶⁷ Segundo o pensamento de Luhmann: “Para a efetivação da generalização congruente de expectativas comportamentais permanece imprescindível a disponibilidade da força física pelo lado das expectativas legais – imprescindível para a motivação de indivíduos resistentes, mas principalmente imprescindível para a construção de uma confiança generalizada no direito”. Em LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 130.

⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pontes, 1997, pp. 8-19.

sentido, as teorias germânicas da prevenção geral positiva se assemelham, em termos de operacionalização do sistema punitivo, às novas teorias expressivas da pena de origem anglo-americana e matiz neorretributivista. Assim, sob um prisma categorial, o fundamento da integração está mais próximo das teorias expressivas do que das tradicionais teorias preventivas da pena⁶⁹.

De qualquer forma, independentemente do enquadramento teórico em termos de justificação, o decorrente princípio distributivo integrador preconiza que a pena concretamente imposta reforce a confiança geral sobre o sistema normativo, de modo a gerar uma maior conformação comportamental que atenda às expectativas sociais. Logo, ao individualizar a pena com fins estritamente integradores, o juiz deve buscar uma punição adequada ao reestabelecimento da força vinculativa do ordenamento jurídico concretamente abalada com a prática do delito.

O problema é que, em termos puramente normativos, a imposição concreta da pena por si só se mostra mais relevante ao sucesso da finalidade integradora do que a quantidade de punição judicialmente determinada. Se o objetivo da pena é confirmar a vigência da norma, tal efeito comunicativo pode ser alcançado com a simples imposição de uma punição, independentemente da sua quantidade e qualidade. Afinal, em uma estrita perspectiva de proteção normativa – tal como preconizada por Jakobs – não se justificaria, por exemplo, a aplicação de uma pena mais severa ao homicídio do que ao furto, uma vez que o sistema não estabelece hierarquia entre os tipos penais.

Tentando solucionar a problemática da individualização da pena baseada no princípio integrador, Frisch propõe que o juízo de valor continue recaindo sobre as tradicionais circunstâncias objeto de análise das teorias tradicionais, porém não mais consideradas sob a perspectiva da sua relevância para a dimensão do injusto e da culpabilidade, mas sim entendidas a partir das implicações em um maior ou menor questionamento da norma típica violada pelo comportamento do autor do delito. Assim, tanto as circunstâncias pessoais do agente quanto as circunstâncias relacionadas ao fato criminoso seriam valoradas à luz da sua significância para a dimensão de questionamento da vigência da norma de comportamento⁷⁰. O que se observa, contudo, é que, nessa perspectiva adotada, as circunstâncias pessoais – tais quais a reincidência

⁶⁹ HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 22-53; MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena. In: *Derecho penal y criminología*. Vol. 28, n. 83, 2007, pp. 55-56.

⁷⁰ FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema del delito en transformación. In: *InDret*, n. 3, Jul 2014, pp. 19-20.

e alguns elementos anímicos – são melhor adaptáveis à dinâmica do juízo de valor proposto do que as circunstâncias objetivas relacionadas ao fato, tais como as consequências do delito.

É possível concluir que o manejo do princípio integrador na individualização da pena implica na determinação de uma sanção necessária para reestabelecer as expectativas sociais quebradas como a violação da norma penal. Entretanto, adotando-se um viés eminentemente sistêmico-normativo, as circunstâncias pessoais do agente têm um papel preponderante no juízo de individualização da pena, uma vez que parte do pressuposto de que a ofensa se dirige contra a norma e não contra o interesse por ela protegido. Por outro lado, a opção por uma abordagem social, visando a pacificação geral com o reforço da confiança no ordenamento jurídico, permite que a gravidade do delito tenha maior destaque na individualização da pena, pois os objetivos estabilizadores exigem a consideração da importância que a comunidade confere ao bem ou ao interesse juridicamente tutelado.

2 FUNDAMENTOS ONTOLÓGICOS

De maneira geral, as decisões judiciais se originam de juízos de valor apoiados em normas juridicamente válidas e em axiomas empiricamente aceitáveis⁷¹. Indubitavelmente, o procedimento de individualização da pena segue essa fórmula sistemática, pois a consecução de uma punição adequada ao caso concreto requer que a valoração recaia sobre subsídios fáticos tomados como verdadeiros pela sentença judicial que impõe um decreto condenatório.

O procedimento instrutório que acompanha o processo penal, construído à luz do contraditório e da ampla defesa, fornece os elementos de prova sob os quais recai a apreciação do juiz, visando a reconstrução do panorama fático que serve de pressuposto para a tomada da decisão jurídica. De acordo com Puppe, os juízos de valor devem ser generalizáveis e fundamentados em circunstâncias fáticas, que passarão a integrar o significado de tais juízos⁷².

A complexa estrutura de uma sentença penal condenatória pode ser analiticamente resumida em dois momentos: o juízo de imputação, que verifica a existência de um fato e sua autoria, bem como o seu enquadramento normativo em uma figura injusta e culpável, para se chegar a um eventual decreto condenatório; e o juízo de individualização da pena, que

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001, pp. 17-19.

⁷² PUPPE, Ingeborg. Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica. In: *InDret* 3/2013, Jul 2013, pp. 10-11.

determina a punição adequada ao caso concreto, pressupondo um configurado cenário factual corroborado pelas provas processuais.

Dessa forma, a individualização da pena parte da análise crítica de axiomas empíricos, que nada mais são do que circunstâncias presumidamente verdadeiras, cuja constatação ocorreu em momento anterior, ou seja, durante a apreciação da prova produzida no processo penal. Tais fenômenos, constatados diretamente pelo julgador ou indiretamente por meio de suas manifestações, constituem o fundamento ontológico da individualização da pena e estarão submetidos, em um segundo momento, a um juízo que lhes quantificará o grau de relevância jurídica.

2.1 Adequação do fundamento ontológico

Nos sistemas jurídico-penais abertos, em que não há uma prévia vinculação da individualização da pena a fins específicos e nem mesmo uma positivação dos princípios distributivos, a seleção dos axiomas empíricos que irão compor o fundamento ontológico dependerá do fundamento teleológico eleito pelo julgador. Dito de outro modo, se um sistema não determina as finalidades buscadas com a aplicação concreta de uma punição, confere-se ao juiz a discricionariedade para selecionar as circunstâncias factuais que se mostrem relevantes aos objetivos imediatos que guiarão seu juízo de individualização da pena.

Por sua vez, em construções doutrinárias, os axiomas empíricos preconizados tendem a naturalmente refletir os objetivos norteadores do modelo teórico em questão, cabendo ao julgador, ao adotar determinado modelo, utilizar-se de tais subsídios para recepcionar seu juízo de valor. Tratando-se de formulações idealizadas, presume-se uma harmonia entre os fundamentos de individualização da pena, de forma que, mesmo existido espaço para escolha de axiomas pelo juiz, tal seleção deverá respeitar tanto a natureza dos axiomas já oferecidos quanto a finalidade da pena conferida pelo modelo.

De qualquer forma, esse eventual grau de discricionariedade na opção pelos axiomas empíricos está submetido à adequação ao ordenamento jurídico vigente, aferida a partir da capacidade argumentativa apresentada na fundamentação da decisão. Assim, a validade da escolha dos axiomas empíricos pelo julgador está submetida ao reconhecimento consensual nos jogos de linguagem adotados no âmbito jurídico.

Todavia, embora nem sempre haja positivação dos fins da pena⁷³, a maioria dos sistemas penais atuais apresenta um rol – ainda que não exauriente – de circunstâncias aptas à avaliação pelo juiz no procedimento de determinação da pena. Essas previsões normativas que irão compor o fundamento ontológico podem tanto estar positivadas em lei quanto derivar de guias ou precedentes comumente aceitos pelo ordenamento local.

Dentre as circunstâncias fáticas contempladas pelos códigos legislativos contemporâneos, algumas se destacam pela maior frequência de previsão. A título exemplificativo, a prática do delito na modalidade tentada é uma das mais comuns circunstâncias redutoras da pena, positivada nos § 23 Abs. 2 do Código Penal Alemão, artigo 56 do Código Penal Italiano, artigo 62 do Código Penal Espanhol, artigo 23 do Código Penal Português, artigo 463 do Código Penal Canadense, artigo 12 do Código Penal Federal Mexicano, artigo 44 do Código Penal Argentino e artigo 14 do Código Penal Brasileiro, dentre outros. Outra circunstância muito recorrente é o aumento de pena em razão da reincidência do agente, prevista nos § 39 do Código Penal Austríaco, artigo 132-8 a 11 do Código Penal Francês, artigo 8º do Código Penal Espanhol, artigo 76 do Código Penal Português, artigo 21 do Código Penal Federal Mexicano, artigo 11, 14ª a 16ª, do Código Penal Chileno, artigo 52 do Código Penal Argentino e artigo 61, I, do Código Penal Brasileiro, dentre outros. Ainda, são muito frequentes as previsões legais de circunstâncias como as consequências do delito⁷⁴, a reparação do dano pelo agente⁷⁵ e os motivos para a prática do delito⁷⁶.

Os guias de sentença, muito populares na experiência jurídica de *common law*, comumente oferecem um extenso rol de circunstâncias que podem ser consideradas pelo juiz no procedimento de individualização da pena. No Estados Unidos da América, o *United States Sentencing Commission Guidelines* traz uma série de circunstâncias aptas a influenciar a

⁷³ O *Sentencing Code* Inglês, em seu artigo 57, prevê como objetivos das penas a punição dos infratores, a redução do crime (incluindo a dissuasão), a reforma e reabilitação dos infratores, a segurança pública e a reparação às vítimas. Segundo o artigo 40 (1) do Código Penal Português, as penas visam a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. Já o artigo 59 do Código Penal Brasileiro dispõe que o juiz deve estabelecer a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Por sua vez, a Constituição da República Italiana, no artigo 27, estabelece que as penas devem visar a reeducação do condenado. Finalmente, o artigo 25, 2, da Constituição Espanhola, preceitua que as penas privativas de liberdade sejam orientadas à reeducação e a reinserção social do condenado.

⁷⁴ § 46 do Código Penal Alemão; artigo 61, 8, do Código Penal Italiano; artigo 71, 2, a, do Código Penal Português; artigo 52, I, do Código Penal Federal Mexicano; e artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

⁷⁵ § 46 do Código Penal Alemão; artigo 21, 5, do Código Penal Espanhol; artigo 71, 2, e, do Código Penal Português; artigo 11, 7ª, do Código Penal Chileno; e artigo 16 do Código Penal Brasileiro.

⁷⁶ § 46 Abs. 2 do Código Penal Alemão; artigo 61, 1, do Código Penal Italiano; artigo 22, 4º, do Código Penal Espanhol; artigo 71, 2, c, do Código Penal Português; artigo 52, V, do Código Penal Federal Mexicano; e artigo 59 e 61, II, do Código Penal Brasileiro.

quantificação da pena, tais como a extensão do dano ou do prejuízo, o valor cultural ou monetário do bem lesionado, o modo de execução do delito, a função ou cargo do agente, a natureza e quantidade da substância ilícita, etc.⁷⁷ Por sua vez, na Inglaterra, o *Sentencing Council Guidelines* prevê, dentre outras circunstâncias, a valoração sobre os motivos da realização do delito, as características profissionais e vulnerabilidade da vítima, o lucro auferido pelo crime, a reincidência do agente, a confissão e a cooperação com a investigação, etc.

A depender da natureza da circunstância ou da determinação normativa, a verificação da sua incidência no caso concreto pode importar em um agravamento ou em um abrandamento da pena, embora haja axiomas empíricos que admitem a cominação tanto em benefício quanto em detrimento do réu. Por exemplo, os axiomas empíricos relacionados aos motivos do delito, em alguns sistemas penais, podem se manifestar favoravelmente – como em hipóteses de motivações moralmente prestigiadas – ou desfavoravelmente – em motivações torpes ou ignóbeis.

Uma vez constatada a incidência do axioma empírico, o grau de abrandamento ou de recrudescimento da pena pode ser normativamente estabelecido em montantes ou percentuais fixos, ou se pode conferir um espaço de discricionariedade ao julgador para avaliar, com base no caso concreto, a quantificação adequada da sua incidência. Nessa última hipótese, os fundamentos axiológicos da pena irão intervir para guiar o julgador na valoração da dimensão em que o axioma empírico foi afetado no caso concreto.

Entretanto, há situações em que, embora verificada a ocorrência o axioma empírico, a valoração realizada pelo juiz leve à conclusão de que a circunstância seja axiologicamente neutra ou juridicamente insignificante em virtude do diminuto grau de afetação concreta. Nesses casos, não há que se falar em inobservância factual do axioma empírico, mas sim em sua irrelevância valorativa no procedimento de individualização da pena.

Assim, em razão da gama contingencial de ocorrências factuais que podem impactar na individualização da pena, o sistema penal irá eleger aquelas que se mostrem juridicamente importantes – por previsão normativa ou por opção discricionária do julgador – e o reflexo na adequação da sanção pode tanto ser predeterminado quanto variar a depender do grau de sua afetação no caso concreto.

A partir de uma análise da natureza dos axiomas jurídicos que historicamente influenciam os procedimentos de individualização da pena em geral, é possível inferir que, a

⁷⁷ UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Guidelines Manual*, §3E1.1, 2018.

grosso modo, eles se vinculam ou a alguma situação fática correlata ao delito ou a algum aspecto pessoal do agente ofensor.

2.2 Axiomas empíricos relacionados ao fato

Os axiomas empíricos relacionados ao fato correspondem às circunstâncias manifestadas no caso concreto e que, de alguma forma, estão vinculadas à conduta típica. Tal espécie de axioma engloba as situações concretas correlatas, direta ou indiretamente, ao delito, podendo ocorrer em momento anterior, posterior ou mesmo durante a prática delitiva. Assim, atos preparatórios, episódios incidentais concomitantes à execução criminosa e eventos exaurientes do delito podem ser contemplados como subsídio fático para a individualização da pena.

Ademais, não só as circunstâncias correlatas ao delito, mas também os próprios elementos do injusto podem ser compreendidos como axiomas empíricos relacionados ao fato para fins de individualização da pena. A funcionalidade dos elementos do delito como subsídio concreto na individualização da pena se justifica porque tais institutos jurídicos não são estanques, mas são conceitos graduáveis que admitem valoração correspondente ao nível observado da ofensa⁷⁸.

Dentro da tradição jurídica romano-germânica, o conceito analítico do delito comumente adotado informa que o crime é composto por uma conduta típica e antijurídica (injusto), praticada por um agente culpável⁷⁹. Ou seja, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade são elementos necessários para a distinção de um delito no sistema de *civil law*. Por seu turno, a tradição jurídica anglo-americana elegeu um modelo analítico mais simplificado de delito, cujos elementos que caracterizam a ofensa são *actus reus* – que corresponde aos dados objetivos exteriorizados pela conduta do agente – e *mens rea* – referente ao aspecto subjetivo, às disposições mentais do agente⁸⁰.

⁷⁸ Neste sentido: BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito - tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002, pp. 23-24; CERESO MIR, José. *Derecho penal, parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 781-788; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 719; HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003, p. 49; MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, pp. 79-81; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 122.

⁷⁹ VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Berlin: Springer, 2014, pp. 131-132.

⁸⁰ FLETCHER, George P. *Basic concepts of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 74-91.

Independentemente dos conceitos utilizados para caracterizar o fenômeno delitivo em cada sistema penal, tem-se que cada circunstância descritiva reconhecida juridicamente como elementar do delito nada mais é do que a previsão abstrata de um axioma empírico. Ocorre que, ainda que tais axiomas sejam empregados para distinguir condutas criminosas de outras lícitas e atípicas, também podem ser considerados e valorados para fins de individualização da pena, afinal são eles que revelam a gravidade do delito, seja por representarem o nível de ofensa ao bem jurídico ou o grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Tradicionalmente, vários ramos do pensamento humano se valeram de conceitos classificatórios para explicar os fenômenos observados, operacionalizando-os de maneira racional. Assim, com a categorização dos fenômenos é possível distinguir aqueles que integram determinado conceito daqueles que não o integram. A questão é que a lógica classificatória é eminentemente disjuntiva, pois delimita as hipóteses constitutivas a partir de fronteiras bem definidas. Embora tal raciocínio tenha sua funcionalidade, não se pode olvidar que se trata apenas de uma maneira sistemática de compreender os fenômenos do mundo, traduzindo-os para uma linguagem comum. Todavia, enquanto os conceitos classificatórios funcionam em uma lógica do tudo ou nada, a realidade fenomenológica se mostra muito mais complexa, expondo-se em matizes difusas e permeáveis que extrapolam qualquer pretensão restritiva.

Por sua vez, os conceitos ordenatórios operam de acordo com uma finalidade distinta, qual seja a hierarquização dos fenômenos a partir de determinados critérios ou características próprias. Isso permite que as nuances das situações concretas sejam traduzidas para uma linguagem funcional, sem a necessidade de resumi-las em conceitos restritivos. Sendo assim, diante da aplicabilidade de cada espécie, os conceitos de classe operam em limites bem definidos, dentro dos quais o fenômeno individual pode estar qualificado ou não, ao passo que os conceitos de ordem arranjam os fenômenos individuais de acordo com a sua medida, em uma escala graduável⁸¹.

Transportando essas noções para o âmbito jurídico, é possível constatar que as legislações normalmente se valem de conceitos de classe para definir o alcance dos institutos jurídicos ou para caracterizar determinadas situações tuteladas pelo ordenamento. Na esfera penal, a tradicional lógica classificatória é empregada, durante o juízo de imputação, para definir o que é crime. Dito de outro modo, o manejo de conceitos de classe tem como escopo

⁸¹ HEMPEL, Carl Gustav; OPPENHEIM, Paul. *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*. Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1936, pp. 10-43.

definir se determinada conduta pode ser considerada típica, antijurídica e culpável no sistema de *civil law*, ou se houve a conjunção de *actus reus* e *mens rea* no sistema de *common law*. Isso, de alguma forma, prejudica a tradução de situações concretas em conceitos jurídicos, uma vez que a realidade se apresenta de maneira difusa, enquanto que a caracterização de um delito não admite a consideração de zonas cinzentas de quase-delitos, embora situações limítrofes admitam uma atenuação da responsabilidade jurídico-penal.

Ocorre que, em determinadas hipóteses, o ordenamento jurídico permite que o ajuste das consequências jurídicas ao caso individual fique a cargo do arbítrio do julgador. Nessas exceções legislativas se encontra o sistema de individualização da pena, que, mediante conceitos de ordem, define a gravidade concreta da conduta delitiva dentro de uma escala graduável de ofensividade, para alcançar uma pena correspondente que se mostre adequada àquele caso. Com fundamento nessa ideia, Radbruch reputa apropriada a mensuração da pena baseada nos elementos do delito, já que o injusto e a culpabilidade também são conceitos graduáveis. Todavia, esse autor ressalta que a graduação dos elementos do delito como conceitos de ordem para fins de individualização da pena deve estar adstrita aos limites impostos pelos conceitos de classe da teoria do delito, para distingui-los daquelas situações consideradas lícitas⁸².

Diante disso, o mesmo axioma empírico pode ser submetido tanto a uma conceituação classificatória no juízo de imputação delitiva quanto a uma conceituação ordenatória no juízo de individualização da pena, pois ambas as espécies de conceitos não se propõem a representar a realidade como ela é, mas apenas a definir e organizar os fenômenos individuais de acordo com específicas finalidades metodológicas.

Destarte, a título de exemplo, ao mesmo tempo que a violência empregada pelo assaltante serve para caracterizar o delito de roubo, também pode ser utilizada na mensuração da gravidade do delito para a individualização da pena. Isso é possível pois há diversas formas de manifestação concreta de violência, que pode causar desde pequenos abalos até graves lesões, de modo a implicar diferentes graus de reprovação da conduta ou de lesão ao bem jurídico⁸³. Seguindo a mesma linha de raciocínio, o valor do bem subtraído pode ser

⁸² RADBRUCH, Gustav. Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico. In: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 11-r3, 2009, p. 7.

⁸³ STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 155-159.

considerado para fins de individualização da pena no delito de furto, visto que é possível que a lesão ao bem protegido se concretize em diferentes níveis de intensidade.

Se os tipos penais são concebidos para proteger determinados bens ou interesses jurídicos, seria um contrassenso privar o juízo de individualização da pena de apreciar a intensidade da ofensa direta ao objeto de proteção normativa. Em não se permitido a avaliação dos elementos do delito na individualização da pena, a severidade da sanção se encontrará subordinada a meras circunstâncias incidentais à conduta principal, cuja relevância factual é consideravelmente diminuta.

É certo que há, em algumas legislações penais, expressas ressalvas quanto à consideração dos elementos do delito no procedimento de individualização da pena. O Código Penal Alemão, em seu § 46 Abs. 3, prevê que as circunstâncias que já são elementos do tipo penal não devem ser levadas em consideração na medida da pena. Por seu turno, o Código Penal Português, no artigo 71º, 2, dispõe que na determinação da pena serão consideradas “todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele”. Não obstante, quando elenca circunstâncias relevantes para a individualização da pena nas alíneas desse mesmo artigo, a legislação portuguesa cita, dentre outros fatores, o grau de ilicitude do fato, o modo de sua execução e a intensidade do dolo ou da negligência.

A escorreita interpretação desses dispositivos legais não impede que os elementos do delito sejam valorados para fins de individualização da pena, mas apenas que a sua simples constatação pelo julgador importe em um automático reflexo na medida da sanção. A mera ocorrência de um axioma empírico que caracteriza o tipo penal não implica, por si só, em um incremento do nível de ofensa ou de reprovação da conduta. Quando os elementos do delito são praticados dentro de uma normalidade esperada para a conduta típica, sem que importem em uma maior reprovabilidade, a sua isenção na individualização da pena não decorre da exclusão do axioma empírico, mas sim da constatação de sua insignificância jurídica em uma etapa posterior de valoração. Ou seja, a ausência de reflexos na individualização da pena está relacionada à incidência do fundamento axiológico e não à seleção do fundamento ontológico. Quando o axioma empírico se manifesta, no caso concreto, em níveis de ofensividade maiores ou menores ao padrão tipificado, tal circunstância deverá influenciar a individualização da pena, ainda que elementar ao delito.

A utilização de axiomas empíricos relacionados ao fato está comumente associada à eleição de fundamentos teleológicos de natureza retributiva e integradora, pois sua análise demanda um juízo retrospectivo de reprovação da conduta ou de mensuração da lesão

perpetrada. Já se a opção é por princípios distributivos preventivos, principalmente de natureza especial (dissuasão especial, neutralização e ressocialização) e que exigem um juízo prospectivo de evitação de novos crimes, o fundamento ontológico apoiado em axiomas empíricos relacionados ao fato tem pouco impacto no procedimento de determinação da pena voltado para tais fins.

Por tais axiomas empíricos se manifestarem mediante condutas exteriorizáveis, cuja constatação é mais acessível ao julgador quando comparada à análise de atitudes internas ou elementos anímicos do agente, muitos doutrinadores têm construído seus modelos de pena baseados em fundamentos ontológicos relacionados ao fato. Sob o ponto de vista probatório, não há dúvidas de que a comprovação de fatos observáveis é muito mais segura do que a de fatores subjetivos relacionados à pessoa do ofensor.

A escolha de axiomas empíricos relacionados ao fato objetiva o procedimento de individualização da pena justamente por submetê-lo a apreciação de dados mais concretos, reduzindo o decisionismo apoiado em meras intuições pessoais do julgador que se mostram pouco confiáveis. Além disso, aproxima a individualização da pena de uma concepção mais estrita de direito penal relacionado ao fato, colaborando para a coerência principiológica do sistema penal como um todo.

Tais fundamentos são a base sob a qual se erguem as atuais teorias de determinação da pena proporcional ao fato (*Tatproportionalitätstheorie*), que propõem que a individualização da punição observe critérios objetivos, cuja valoração recaia sobre elementos relacionados à exteriorização do injusto⁸⁴. Trata-se de uma tendência, entre os novos modelos de individualização da pena, a adoção de uma perspectiva externa em detrimento de uma perspectiva interna, de modo a valorizar a responsabilização por fatos ao invés de impingir reprovação sobre aspectos puramente pessoais.

2.3 Axiomas empíricos relacionados ao agente

⁸⁴ HÖRNLE, Tatjana. Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes. In: *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*: 15 Symposium der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart”. Berlin: de Gruyter, 2010, pp. 105-137; STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 71-73; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 179-181.

Os axiomas empíricos relacionados ao agente correspondem aos receptáculos valorativos de natureza subjetiva, que de alguma forma estão vinculados à pessoa do ofensor. Estão compreendidos nesta categoria as características pessoais do agente, seus elementos internos ou anímicos, as atribuições que lhe podem ser conferidas e os aspectos pregressos de sua vida. Logo, são exemplos de axiomas empíricos relacionados ao agente: a idade, o cargo ou função exercida, a personalidade, a motivação do delito, a intensidade do dolo, a culpabilidade como elemento do delito, a vida pregressa, a reincidência, dentre outros.

Alguns conceitos, como o dolo e a culpabilidade como elemento do delito (*Schuld*), podem servir como axioma para o juízo de individualização da pena independentemente da forma de compreensão adotada, seja ela natural (psicológica) ou normativa (atribuição). Isto é, todos os aspectos relacionados ao agente podem representar axiomas empíricos, desde que passíveis de receber um juízo de desvalor que irá mensurar a sua relevância para fins de determinação concreta da sanção.

Tomados sob um aspecto natural ou psicológico, a utilização de elementos internos do agente na individualização da pena sofre pertinentes críticas por parte da doutrina, em razão da sua difícil ou mesmo inacessível verificação pelo julgador. Além do próprio entrave da acessibilidade atual a tais fenômenos, a reprodução desses elementos em um momento posterior de julgamento se mostra ainda mais penosa. Com isso, o recurso a elementos internos do agente pode ocasionar julgamentos fundados em bases menos confiáveis, ainda que a aferição desses axiomas se dê mediante a análise contextual dos sintomas exteriorizados.

A par disso, Hörnle defende que circunstâncias pessoais do agente só devem ser consideradas para fins de redução da pena, uma vez que a concepção normativa da culpabilidade, no sentido de um dever de agir em conformidade com a norma, não comporta valoração acima dos limites definidores do seu conceito. Assim, a culpabilidade atua com um filtro, apenas incidindo para reduzir a reprovabilidade do agente, uma vez que não haveria circunstâncias que a incrementassem. Quanto às circunstâncias legais de individualização da pena que fazem referência a motivos subjetivos, elementos de atitude interna, vontade, etc., essa autora entende que elas podem expressar uma redução da culpabilidade. Todavia, excepcionalmente se admite o agravamento da pena com fundamento em tais circunstâncias

personais nas hipóteses em que elas se manifestarem no injusto (como, por exemplo, na intensidade do dolo), desde que devidamente exteriorizadas⁸⁵.

Sobre a utilização do elemento do delito culpabilidade (*Schuld*) como supedâneo da incidência do juízo de desvalor para fins de individualização da pena, Grosse-Wilde observa que enquanto a tipicidade e a antijuridicidade são elementos factuais relacionados à metalinguagem jurídica, a culpabilidade tradicionalmente é entendida como pertencente à linguagem dos objetos na forma de uma qualidade própria. Entretanto, o juízo de reprovabilidade não pode incidir sobre um elemento do delito que denote meramente uma reprovação, como uma apreciação autorreferente e desprovida de conteúdo. Diante disso, Grosse-Wilde adota um conceito material de culpabilidade – entendida como a opção do agente de praticar o injusto, mesmo tendo a capacidade de agir conforme a norma – o que permite que a reprovabilidade recaia sobre um elemento factual. Para que tal dinâmica seja coerente, o juízo de reprovação não pode incidir sobre condições irrealis ou hipotéticas, mas sim sobre o ato em si, exteriorizado e percebido em suas consequências causais. Assim, é possível um juízo de valor tanto positivo quanto negativo da culpabilidade (*Schuld*), desde que as condições de culpabilidade sejam manifestadas no injusto, mediante a concreta conduta do agente. A chave da questão para que a culpabilidade sirva como axioma empírico na individualização da pena é a sua concretização no injusto, entendida como elemento factual exteriorizado na conduta do agente⁸⁶.

A proposta apresentada por Grosse-Wilde, no sentido de condicionar a apreciação da culpabilidade à sua materialização na conduta, pode ser estendida a outros axiomas empíricos relacionados ao agente, de modo a aproximar a individualização da pena de uma responsabilização substancialmente pelo fato.

Há décadas a doutrina condena a adoção de um direito penal do autor, segundo o qual uma pessoa pode ser responsabilizada penalmente não só pelo que ela fez, mas também pelo que ela é⁸⁷. A partir desse postulado, exige-se que o processo de criminalização esteja fundado em imputações a condutas exteriorizadas, sendo vedada a tipificação de meras intenções ou condições pessoais do agente. A problemática surge na estrita transposição do conceito de direito penal do fato, oriundo do juízo de imputação, para o juízo de individualização da pena.

⁸⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003, pp. 58-75.

⁸⁶ GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 95-115.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 65-67.

Historicamente, o procedimento de individualização da pena, em razão da sua natureza personalíssima, combinou a incidência do juízo de valor tanto sobre a obra humana quanto sobre a pessoa do agente, fundado na ideia de culpa. Mesmo diante da influência de correntes teóricas deterministas do final do século XIX e início do século XX – como a escola positivista e a escola da defesa social – que mitigaram a observância da culpabilidade em seus termos tradicionais, a individualização da pena fundada em condições pessoais do agente não só permaneceu em voga, como se tornou o critério preponderante⁸⁸. Aliás, a adoção de princípios distributivos de natureza preventivo-especial – tais como a dissuasão especial, a neutralização e a ressocialização – invariavelmente exige a consideração de axiomas empíricos relacionados ao agente durante a individualização da pena.

A despeito da propensão de os contemporâneos modelos teóricos buscarem uma individualização da pena proporcional ao fato em termos mais estritos⁸⁹, a maioria dos sistemas penais atuais ainda contempla a análise de axiomas empíricos relacionados ao agente, mediante a positivação de circunstâncias puramente pessoais.

A controvérsia acerca dos limites do conceito de direito penal de autor e a sua expansão para moderar a individualização da pena não é uma questão simples e cuja resposta está longe de ser consensual. Isso, porque independentemente da otimização proposta por modelos teóricos, será o sistema penal de cada local que irá acenar para a admissibilidade da valoração de circunstâncias de caráter essencialmente pessoais na individualização da pena, a partir das regras e dos princípios que regem o ordenamento jurídico em questão. As contingências históricas que moldam as legislações e os precedentes do sistema jurídico pontual, somadas aos valores e princípios vigentes em determinado momento, delimitarão o grau de tolerância à influência de características pessoais no procedimento de determinação da sanção. O conceito de direito penal do autor não é uma obra que se apresente pronta e imutável, mas sim uma construção principiológica que depende da integração com outros princípios vigentes no sistema para a sua evolução.

⁸⁸ VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Heidelberg: Springer, 2014, pp. 114-119.

⁸⁹ HÖRNLE, Tatjana. Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes. In: *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*: 15 Symposium der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart”. Berlin: de Gruyter, 2010, pp. 105-137; STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 71-73; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 179-181; VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, pp. 71-85.

Se hoje existe uma tendência doutrinária de abandono das circunstâncias de natureza pessoal, não há dúvidas que a maioria dos sistemas penais, pela observação dos seus precedentes e das suas legislações, ainda admitem a incidência de tais circunstâncias no juízo de individualização da pena. Embora a adoção de um fundamento ontológico baseado nos fatos apresente significativas vantagens em relação à segurança do processo de julgamento e à promoção de um direito penal mais equânime, a alternância temporal de paradigmas da culpabilidade e do risco na doutrina penal demonstra que a base epistemológica de um ordenamento jurídico é um fator primordialmente circunstancial.

3 FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS

A individualização da pena demanda um indefectível juízo de valor, pois a mera apreciação sensitiva das circunstâncias fáticas pelo julgador não revela uma pena adequada em qualidade e quantidade sem que haja uma intercorrente reflexão estimativa sobre o grau da ofensividade.

Sendo assim, os fundamentos axiológicos da individualização da pena são o conjunto de valores que orientam o julgador na busca por uma sanção apropriada, considerando tanto o caso concreto quanto os fins almejados pelo ordenamento jurídico. Essa valoração dos elementos factuais permite a avaliação do nível de perturbação gerado pelo evento delitivo, para que o juiz encontre uma pena que se mostre suficiente aos objetivos imediatos do sistema penal e, ao mesmo tempo, compatível com ditames principiológicos de ordem geral.

Diante da necessária mediação valorativa, os fundamentos axiológicos contemplam dois planos de exigências do ordenamento jurídico no procedimento de individualização da pena: o primeiro deles corresponde ao parâmetro de valor que servirá de guia para a consecução da finalidade atribuída à pena; ao passo que o segundo mitigará a eficácia finalística com a incidência de princípios garantidores, em nome de outros valores relevantes à conformação social.

3.1 Parâmetros valorativos

Os parâmetros valorativos nada mais são do que os modelos de valoração utilizados pelo julgador e incidentes sobre os axiomas empíricos observados, de modo a conduzir a individualização da pena na direção dos objetivos revelados a partir dos princípios distributivos

eleitos. Ou seja, essas diretrizes de valor são a espinha dorsal da individualização da pena, na medida em que atuam como a ponte axiológica entre os fundamentos ontológicos e os fundamentos teleológicos da pena, porque viabilizam que o juízo sobre as circunstâncias se oriente pelas finalidades precípuas do sistema de punições.

A mera constatação de um axioma empírico é estéril, pois automaticamente não se traduz em uma pena adequada ao caso concreto. É necessário avaliar em que grau tal circunstância afetou o caso concreto e essa aferição só é possível mediante um juízo de valor orientado a um fim específico⁹⁰. Dessa forma, a título de exemplo, não basta verificar se o crime gerou consequências, pois é preciso aquilatar a dimensão dessas consequências e seu impacto na determinação de uma pena finalisticamente orientada.

Há uma inevitável interdependência entre o parâmetro valorativo adotado e o princípio distributivo eleito, pois o objetivo almejado condiciona a maneira de avaliação da circunstância fática, do mesmo modo que a tábua de valor utilizada nessa avaliação reverbera na eficácia da pena concretamente determinada. Tanto o sucesso do fundamento ontológico depende da utilização do parâmetro valorativo apropriado quanto a escolha de determinado parâmetro implica no direcionamento dos fins imediatos da pena.

Considerando os mais consagrados modelos de individualização de pena dos últimos três séculos, é possível classificar os parâmetros valorativos em três grandes grupos: orientados pela responsabilidade pessoal, orientados pela lesão e orientados pelo risco.

3.1.1 Culpabilidade e parâmetros orientados pela responsabilidade pessoal

A ancestral ideia de punição se encontra imbricada com a necessidade de responsabilização do agressor pelos seus atos. Essa vinculação acompanhou o período medievo sustentada pelos dogmas do direito canônico e pela noção de livre-arbítrio, que justificava a punição pelos desvios à ordem natural das coisas, expiando-se a culpa do ofensor. Mas foi a partir das construções iluministas do século XVIII que o conceito de liberdade alçou a justificação teórica da punição a novos patamares. A garantia da liberdade externa, que na concepção kantiana é uma condição para o agir moral, torna-se um dos principais fundamentos

⁹⁰ PUPPE, Ingeborg. Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica. In: *InDret* 3/2013. Barcelona: InDret, Jul. 2013, pp. 10-11.

legitimadores da punição estatal, principalmente para as teorias retributivas e de dissuasão geral⁹¹.

Tanto no sistema de *civil law*, com o desenvolvimento do conceito de culpabilidade como elemento subjetivo do delito no século XIX⁹², quanto no sistema de *common law*, com a adoção do conceito de *mens rea*, a imputação de culpa depende da possibilidade de responsabilização do agente, seja por um ato intencional ou negligente. Dessa maneira, a existência de um vínculo subjetivo entre o fato criminoso e o agente, baseado na ideia de liberdade de conduta, passou a fundamentar a imposição concreta de punição. Independentemente da posterior evolução, na doutrina alemã, de um conceito psicológico de culpabilidade para um conceito normativo, o fundamento da pena continuou condicionado à noção de responsabilização pessoal⁹³.

E se a capacidade de responsabilização pessoal serve de baldrame para a sanção penal, é natural e intuitivo que diversos modelos de individualização da pena adotem o grau dessa responsabilização como parâmetro valorativo para determinar a punição adequada ao caso concreto. Com isso, a responsabilização pessoal pode aparecer tanto como um conceito classificatório, utilizado para caracterizar o delito, quando como um conceito ordenatório, tomado de forma graduável para fins de individualização da pena⁹⁴.

Na tradição penal do sistema de *civil law*, a noção de responsabilização para fins punitivos se consagrou na ideia de culpabilidade como critério de individualização da pena (*Strafzumessungsschuld*), que – a despeito das inúmeras controvérsias conceituais – pode ser entendida, em termos gerais, como o grau de reprovabilidade da conduta do agente. Não obstante a divergência doutrinária sobre quais elementos do delito deve recair a análise do

⁹¹ VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Heidelberg: Springer, 2014, p. 60.

⁹² No século XIX, na Alemanha, desenvolve-se o princípio da culpabilidade, segundo o qual não deve haver pena sem culpa (culpa em sentido estrito ou dolo). No final desse mesmo século, a culpabilidade como categoria dogmática surge como uma evolução sistemática da teoria do delito. Em DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p. 217.

⁹³ Para Kindhäuser, a responsabilidade penal está formalmente fundamentada quando se poderia esperar do autor a evitação do comportamento contrário à norma. Por conseguinte, a culpabilidade é o pressuposto da pena e a reprovação da culpabilidade deve nortear a sua medida. Em KINDHÄUSER, Urs. *Retribución de culpabilidad y pena*. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad: en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: B de F, 2011, pp. 147-148.

⁹⁴ RADBRUCH, Gustav. *Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico*. In: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2009, n. 11-r3, p. 7.

desvalor (apenas sobre o injusto⁹⁵ ou sobre o injusto culpável⁹⁶), em todos os casos a culpabilidade para fins de individualização da pena se apresenta como reproche.

Tal compreensão destaca a natureza de juízo de valor da culpabilidade como parâmetro para a individualização da pena, que embora esteja relacionada ao agente, não lhe é intrínseca e nem pode ser considerada uma qualidade pessoal. Se a culpabilidade é reprovação e ostenta natureza de parâmetro de valor, então sua origem não está no sujeito, mas sim na pauta de valores que orientam o julgador. Logo, a culpabilidade como fundamento axiológico para individualização da pena é um conceito metafísico, que não se extrai do agente como uma propriedade que lhe é inerente, embora possa recair sobre ele e sobre sua conduta como um juízo de reprovabilidade.

Perante tal assertiva, torna-se pertinente a crítica realizada em face da teoria da pena pontual (*Punktstraftheorie*), segundo a qual a quantidade de pena deve corresponder à culpabilidade do agente, em sua exata medida. Partindo-se do pressuposto de que culpabilidade é um conceito metafísico, derivada de um juízo de valor, não se pode vislumbrar sua dimensão como se fosse uma aferível substância do agente⁹⁷. Culpabilidade é uma atribuição, por isso o julgador não deve ter a pretensão de alcançar uma estrita medida a partir da observação do sujeito, pois não se trata de uma característica pessoal, tal como altura, peso, percentual de gordura corporal, etc.

Concebendo-se a culpabilidade como o grau de reprovação sobre o agente e sua conduta, cabe o juiz se socorrer de uma tábua de valores para realizar esse juízo de censura sobre os axiomas empíricos que lhe forem apresentados. Considerando que os sistemas penais dificilmente se mostram aptos a fornecer um conjunto exauriente de valores orientadores do julgador, inevitavelmente o juízo de reprovação será guiado por fatores metajurídicos, que se originam de diversificadas fontes. A depender do modelo de individualização da pena adotado, os valores podem ser fornecidos pela filosofia moral, pelas intuições sociais de justiça, pelos costumes locais ou mesmo pelas impressões pessoais do julgador. Tais fontes são, em verdade,

⁹⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD Editor, 2003, pp. 68-76; STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019; pp. 37-42 e 69-71.

⁹⁶ BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*: la doctrina del delito - tipo. Buenos Aires: El Foro, 2002, pp. 23-24; GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung*: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 95-115; MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Barcelona: Ariel, 1962, pp. 79-81.

⁹⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 187-188.

os referenciais valorativos que irão integrar o parâmetro da culpabilidade e a cada uma delas possui vantagens e desvantagens próprias, sendo que a sua escolha é de fundamental importância para ditar os rumos da individualização da pena em direção aos objetivos almejados.

A despeito da consideração da culpabilidade como juízo de valor, parte da doutrina ainda relaciona essa culpabilidade orientadora para a individualização da pena com a culpabilidade como elemento do delito, em virtude de sua hereditariedade comum. Tal correlação é possível apenas em partes, pois não se pode confundir a essência dos institutos: enquanto a culpabilidade como elemento do delito é uma capacidade pessoal de ser responsabilizado penalmente, a culpabilidade para fins de individualização da pena é o parâmetro valorativo que determina o nível de responsabilização.

Isso não impede que o juízo de valor da culpabilidade como parâmetro recaia sobre a culpabilidade como elemento do delito, desde que a última seja entendida como axioma empírico, ou seja, uma capacidade do agente que pode ser analisada e valorada. Por conta disso, alguns doutrinadores defendem que a culpabilidade só pode ser considerada para reduzir a reprovação e nunca para aumentar a pena, já que a culpabilidade como elemento do delito é um requisito de responsabilização e, uma vez alcançado, não há que se falar em extrapolação da responsabilidade⁹⁸. Assim, ainda que conceituada normativamente para o conceito analítico de delito, a culpabilidade poderia apenas abrandar a pena quando verificada uma capacidade reduzida do ofensor no caso concreto, que embora não suficiente para exculpar o delito, reduziria a sua reprovabilidade.

A par dessa premissa de que não há circunstâncias que incrementem a culpabilidade, Hörnle desenvolve sua teoria no sentido de que a análise do injusto é o fator determinante para a individualização da pena e a culpabilidade serve como um primeiro filtro que, em específicas situações concretas, pode limitar a reprovação sobre a prática da conduta típica e antijurídica. Essa autora destaca a distinção entre os conceitos de responsabilidade (*Unrecht*) – referente ao fato criminoso, cuja antijuridicidade e consequências devem ser julgadas sob uma perspectiva exterior – e a culpabilidade do agente (*Schuld*) – correspondente às deficiências pessoais julgadas sob uma perspectiva interna do agente. Desse modo, para Hörnle, a culpabilidade tem

⁹⁸ GRÜNEWALD, Anette. *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 214; HÖRNLE, Tatjana. Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes. In: *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*. Berlin: de Gruyter, 2010, pp. 110-114.

apenas a função de limitar a pena, ao passo que o fundamento axiológico central da individualização é o juízo de responsabilidade que recai sobre o injusto⁹⁹.

Roxin, por sua vez, confere ao termo responsabilidade um sentido amplo, referente a um juízo de valor que recai sobre as peculiaridades que circundam o sujeito, cujos pressupostos incluem a culpabilidade do agente e a necessidade preventiva da aplicação de uma pena. Desse modo, ao introduzir o requisito da necessidade preventiva na teoria do delito, dentro de um conceito abrangente de responsabilidade, Roxin busca conectar funcionalmente a dogmática jurídico-penal aos fins da pena¹⁰⁰.

Essa distinção de terminologia apresentada se mostra valiosa para evidenciar a diferença entre um elemento do delito e um juízo de valor na individualização da pena, que muitas vezes podem ser alvo de confusão por conta do uso indiscriminado do termo culpabilidade. De qualquer forma, quer se entenda como culpabilidade, quer se entenda como responsabilidade, o que se opera na individualização da pena é um juízo de reprovabilidade que recai sobre os axiomas empíricos juridicamente relevantes.

Na tradição penal de *common law*, a noção de responsabilidade pessoal (*liability*) também surge como condição para a aplicação da pena, demandando a verificação tanto da capacidade de responsabilização do agente quanto da conexão entre a sua conduta e o fato delitivo, a partir da análise de critérios causais, mentais e de imputação¹⁰¹. Uma vez admitida a possibilidade de responsabilização pessoal, entra em cena o conceito de “*blameworthiness*”, que qualifica o grau de desaprovação do ato criminoso. A ideia de *blameworthiness* remete à uma individualização da punição, já que pressupõe que a censura se ajuste ao grau de responsabilidade do agente pelo crime¹⁰². Nas palavras de von Hirsch, “*the severity of the punishment (and thereby the degree of disapprobation visited on the actor) should reflect the degree of blameworthiness (that is, the seriousness), of the defendant’s criminal conduct*”¹⁰³.

Ainda que não seja possível uma estrita correlação entre os conceitos de *blameworthiness* e culpabilidade como critério de individualização da pena (*Strafzumessungsschuld*) – e aqui cumpre ressaltar os riscos metodológicos que envolvem a

⁹⁹ HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD Editor, 2003, pp. 90-94.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, pp. 791-794.

¹⁰¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility*: essays in the philosophy of law. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008, pp. 211-230.

¹⁰² FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law*: American, comparative, and international. Volume one: foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 264.

¹⁰³ VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, p. 4.

comparação de conceitos desenvolvidos em sistemas jurídicos diversos –, é certo que ambos podem ser compreendidos como parâmetros valorativos que orientam o juiz na aferição do nível de reprovação da conduta do agente para fins de mensuração da sanção. E também de forma similar, ambos os conceitos se fundamentam na capacidade de responsabilização pessoal do agente pelos seus atos, seja pela ideia de *liability*¹⁰⁴ ou pela ideia de culpabilidade como elemento do delito (*Schuld*).

Diante disso, pode-se afirmar que diversos modelos teóricos e sistemas penais preconizam que o principal critério valorativo a guiar o procedimento de individualização da pena está centrado na avaliação dos níveis de censura ou de reprovabilidade do ato criminoso, seja pela utilização do conceito de culpabilidade¹⁰⁵, *blameworthiness* ou qualquer outro parâmetro de valor orientado pela responsabilidade pessoal do agente.

O ponto em comum entre esses parâmetros valorativos se encontra no juízo de reprovação/desaprovação/censura que recai sobre o agente e sua conduta, revelando a gravidade concreta do delito para fins de alcançar uma pena proporcional em termos de severidade. Em outras palavras, o desvalor sobre o ato delitivo é a pedra de toque da individualização da pena nos sistemas que adotam um parâmetro orientado pela responsabilidade pessoal, de modo que o juiz deverá se valer de algum *standard* axiológico para avaliar as circunstâncias fáticas do caso concreto. Assim, a gravidade do delito é determinada a partir de um juízo que avalia a reprovabilidade da conduta do agente, levando-se em conta tanto aspectos objetivos quanto subjetivos.

A problemática surge quando se tenta empregar um parâmetro valorativo orientado pela responsabilidade pessoal em sistemas penais que visem finalidades preventivas da pena. Isso ocorre, porque o juízo de reprovação é essencialmente retributivo, uma vez que representa uma

¹⁰⁴ Ao traduzir os conceitos da teoria tripartite do delito de origem alemã para expressões na língua inglesa, Fletcher denomina tipicidade como “*definition*”, antijuridicidade como “*wrongdoing*” e culpabilidade como “*culpability*”. Uma vez verificadas as três dimensões do conceito analítico de delito, tem-se a possibilidade de responsabilização pessoal ou “*liability*”. Em FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law: American, comparative, and international*. Volume one: foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 50-52. À vista disso, na tradição anglo-americana, o conceito de *liability* é mais amplo do que o conceito de *culpability*, uma vez que o último está mais relacionado a categorias subjetivas (*intention, knowledge, recklessness, negligence*), enquanto que o primeiro remete a aspectos objetivos e subjetivos. Em ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 36-41; DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 135-136.

¹⁰⁵ O Código Penal Alemão, em seu § 46, e Código Penal Federal Mexicano, em seu artigo 52, expressamente preveem que o juiz deve individualizar a pena baseado na culpabilidade do agente.

manifestação de censura a um ato pretérito. Trata-se de um juízo retrospectivo, voltado ao ato criminoso já praticado e não de um juízo prospectivo, voltado à prevenção de delitos futuros.

À vista disso, a culpabilidade não deve ser empregada como parâmetro valorativo quando se busca um fim preventivo da pena, uma vez que não há relação direta entre a reprovabilidade da conduta do agente e a evitação de delitos futuros¹⁰⁶. Dessa forma, a escolha da culpabilidade como linha mestra da individualização da pena pode comprometer a eficácia de objetivos preventivos, principalmente daqueles de ordem preventivo-especial. Há, nesses casos, uma incompatibilidade substancial entre o parâmetro valorativo que estrutura o fundamento axiológico e o princípio distributivo eleito como fundamento teleológico, tendo em vista que não se pode esperar que a individualização da pena orientada pelo grau reprovabilidade da conduta acarrete significativos reflexos preventivos.

O conceito de culpabilidade como elemento do delito remete a um aspecto pessoal do agente, o que, de forma inadvertida, pode induzir a um equívoco quanto à sua aplicabilidade para fins preventivo-especiais. Contudo, quando a culpabilidade é empregada como guia da individualização da pena, ela adquire a natureza de juízo de valor e, como tal, atua de forma a reprovar a conduta e o agente, porém sem considerar o risco da prática de novos delitos. O mesmo vale para outros parâmetros valorativos orientados pela responsabilidade pessoal, cujo cerne se encontra na censura de comportamentos pretéritos.

O que é possível, todavia, é que a culpabilidade seja utilizada para limitar a severidade da punição preventivamente orientada, tanto em quantidade quanto em qualidade. Nesses casos, em que a pena é limitada à culpabilidade do agente, o fundamento axiológico da culpabilidade não se apresenta como o parâmetro valorativo central da individualização da pena, mas sim como princípio garantidor que restringe o alcance da punição em nome de outros valores caros ao ordenamento jurídico e que reflitam alguma pretensão de justiça. Isso ocorre, por exemplo, na *Spielraumtheorie*, adotada majoritariamente pelos tribunais alemães como modelo de

¹⁰⁶ Sobre a incompatibilidade do uso da culpabilidade como parâmetro para penas preventivas: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 242-243; HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD Editor, 2003, p. 46; KINDHÄUSER, Urs. Retribución de culpabilidad y pena. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad: en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: B de F, 2011, pp. 150-151; MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena. In: *Derecho penal y criminología*. Vol. 28, n. 83, 2007, pp. 51-52; STOCO, Tatiana de Oliveira. A pena na medida da culpabilidade. In: *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Volume 5, Maio 2020, pp. 122-124.

individualização da pena, em que a culpabilidade delimita o intervalo máximo e mínimo de punição, dentro do qual será determinada a pena com base em critérios preventivos¹⁰⁷.

A despeito da natureza preponderantemente retributiva dos parâmetros valorativos orientados pela responsabilidade pessoal, não se exclui completamente a possibilidade da assunção de contornos consequencialistas, principalmente a partir de uma concepção integradora. Nessas hipóteses, guardadas as devidas proporções, é possível se vislumbrar algum efeito preventivo norteado por tais parâmetros de responsabilidade, principalmente sob a perspectiva de prevenção geral positiva¹⁰⁸. Tal consequência é possível quando há o reconhecimento pela população da consonância entre a pena concretamente determinada e as intuições sociais de justiça, de forma a promover a pacificação social e a observância da obrigatoriedade da norma penal mediante o reforço da confiança no ordenamento jurídico.

3.1.2 Dano e parâmetros orientados pela lesão a interesses

Muitos dos primeiros modelos penais modernos tinham na extensão do dano causado pelo delito o parâmetro valorativo para a individualização da pena. Inspirado na vetusta noção de proporcionalidade estrita trazida pela *Lex Talionis*, segundo a qual a severidade da pena deveria corresponder à gravidade da lesão na sua exata medida, esse parâmetro valorativo se manteve em voga entre as construções teóricas do século XVIII de matiz primordialmente retributivistas.

Esse pensamento encontrou guarida entre algumas construções da escola clássica de direito penal, principalmente em razão dos ideais liberais próprios do movimento iluminista, que clamavam pela humanização das penas em nome de uma visão antropocêntrica da intervenção estatal. Em um cenário de penas extremamente severas, a exigência de proporcionalidade com a lesão causada pelo ato criminoso trazia um intuitivo referencial de valor para abrandar e racionalizar o sistema punitivo.

Ademais, o tradicional viés liberal que entendia o delito como uma ofensa a um direito individual da vítima – e que orientou grande parte das justificações apresentadas pela escola

¹⁰⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p. 264.

¹⁰⁸ KINDHÄUSER, Urs. Retribución de culpabilidad y pena. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad: en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: B de F, 2011, pp. 166-169.

clássica¹⁰⁹ – reforçou a ideia de se buscar na lesão suportada o parâmetro para uma punição adequada. Portanto, a gravidade do delito orientadora da escolha da punição passou a ser mensurada de acordo com a extensão da lesão sofrida pelo ofendido.

Defensor de uma concepção subjetivista de ofensividade delitiva, em clara oposição às justificações de ordem estatistas e coletivistas, Adam Smith foi um dos precursores da filosofia da ilustração a propor uma observância da proporcionalidade da pena baseada no critério de ressentimento da vítima. Para esse autor, que adota um modelo de punição primordialmente fundado na ideia de justiça individual, o parâmetro para se mensurar a gravidade do delito e, conseqüentemente, a severidade da pena deve ser o interesse subjetivo violado, avaliado a partir da quantidade de ressentimento despertado no ofendido¹¹⁰.

As subseqüentes teorias absolutas da pena, apoiadas na filosofia moral do idealismo germânico, ao fundamentarem a pena no direito de retaliação, também adotaram um parâmetro para a quantificação da sanção baseado na lesão sofrida pela vítima. Na versão kantiana, o padrão de justiça seguido para se alcançar a quantidade e qualidade adequadas de punição é o mal imerecido causado pelo ofensor a outro indivíduo do povo¹¹¹. Já na versão hegeliana, em que a pena busca suprimir o crime como uma justa compensação, ainda que a punição e o ato criminoso se exteriorizem de forma distinta, a justa medida será alcançada quando o dano gerado pela pena for equivalente ao dano produzido pelo delito¹¹².

Observa-se, assim, que a despeito das arcaicas práticas que estritamente reproduziam o ato criminoso na infligência de sofrimento, a punição estatal no direito moderno se caracteriza pela equivalência entre o mal causado pelo crime e o mal causado pela pena, ainda que tal relação se pautasse na busca pela exata medida, conforme preconizam as clássicas teorias punitivas de ordem retributivista. Mas como o crime e a pena se materializam de maneira diversa, é imprescindível que haja um juízo de valor que avalie a natureza e a extensão da lesão causada pela prática criminosa e a severidade da pena correspondente, observando um critério de proporcionalidade.

Assim sendo, mesmo nas teorias de individualização da pena orientadas pelo dano causado pelo delito, o juiz deve se valer de um referencial valorativo para mensurar a extensão

¹⁰⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847, pp. 45-49.

¹¹⁰ SMITH, Adam. *Lectures on jurisprudence*. Indianapolis: Liberty Fund, 1992, pp. 104-105.

¹¹¹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 138.

¹¹² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 90-93.

da lesão, afinal tanto a dimensão da ofensa quanto a importância conferida aos bens e interesses ofendidos dependem de uma avaliação baseada em algum parâmetro intersubjetivo.

A ascensão do conceito de bem jurídico no direito continental europeu, a partir de meados do século XIX, não desincumbiu o julgador da necessidade de realização de um juízo de valor ao analisar a lesão para fins de individualização da pena. Porquanto, ainda que se adote uma concepção transcendente de bem jurídico que lhe atribua uma dimensão ôntica¹¹³, a mensuração da extensão da lesão demanda um juízo axiológico, ou seja, exige uma valoração da relevância desse bem para o indivíduo ou para a sociedade. Considerando que há diversos tipos de bens jurídicos (vida, patrimônio, honra, liberdade, etc.) e esses bens podem ser ofendidos em diferentes aspectos (econômico, sentimental, histórico-cultural, etc.), revela-se evidente a imperatividade de um referencial de valor que dimensione a lesão para fins de individualização da pena.

Cumpre pontuar que podem ser objeto de valoração não apenas as ofensas aos bens jurídicos diretamente protegidos pelo tipo penal, mas também as incidentais ofensas a diversos bens jurídicos tutelados, ainda que tal responsabilização derive indiretamente da proteção prevista por outros tipos penais incriminadores. Esse entendimento se justifica porque, conforme explica Grosse-Wilde, o objetivo da norma de conduta (tipo legal) é estabelecer condições mínimas de responsabilidade, cabendo à norma de sanção se ocupar de todas as possíveis consequências do delito. Assim, a individualização da pena cuida, de forma mais ampla, de todas as lesões a bens jurídicos eventualmente causadas pela prática delitiva, desde que haja um nexo de imputação¹¹⁴.

No direito anglo-americano, em que o conceito de bem jurídico não foi recepcionado com o mesmo entusiasmo verificado na Europa Continental e na América Latina, as teorias neorretributivistas da pena buscaram outros conceitos para representar os interesses jurídicos lesionados pelas práticas delitivas. Com isso, muitas formulações contemporâneas do sistema de *common law* também estruturam a individualização da pena sobre parâmetros valorativos orientados pela lesão, porém se valendo de outras categorias conceituais para aferir o prejuízo, que pode ser considerado sob uma perspectiva individual ou coletiva. Tais escolhas se explicam, em grande parte, em virtude da significativa influência que o princípio liberal do

¹¹³ BIRNBAUN, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Montevideo: B de F, 2010, p. 55.

¹¹⁴ GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 408.

dano (*harm principle*) exerce sobre a justificativa da intervenção penal no sistema de *common law*¹¹⁵, segundo o qual apregoa que “nós só temos boas razões para criminalizarmos um tipo de conduta se ela for danosa para os outros ou se a criminalização for eficiente para prevenir danos aos outros”¹¹⁶.

A fim de mensurar a gravidade do delito com base no dano causado, Joel Feinberg, na sua obra “*Harm to Others*”, graduou os interesses violados de acordo com o nível de importância para a autodeterminação pessoal, considerando a influência sobre as escolhas existenciais e sobre a forma de viver do indivíduo. Como interesses superiores, encontra-se a categoria dos interesses de bem-estar (*welfare interests*), que representam o essencial para que a pessoa possa minimamente realizar suas escolhas, tais como uma condição básica de saúde e um suporte econômico mínimo. Em patamar intermediário estão os interesses de segurança (*security interests*), que são responsáveis por assegurar uma certa margem de satisfação aos interesses de bem-estar. No nível inferior se localizam os demais interesses, intitulados acumulativos (*accumulative interests*), que podem conferir um benefício para a pessoa ou ser puramente cumulativos¹¹⁷. Assim, de acordo com essa teoria, cumpre à dimensão da ofensa a esses interesses informar a gravidade do ato criminoso, para que o juiz possa alcançar uma pena que se mostre adequada ao caso concreto.

Buscando aprimorar a ideia de Feinberg, von Hirsch e Jareborg introduziram o conceito de padrão de vida (*living standard*) como critério no julgamento da extensão dos danos causados pelo delito, para fins de individualização da pena orientada pelo merecimento. A noção de padrão de vida, inspirada nos estudos do economista e filósofo Amartya Sen¹¹⁸,

¹¹⁵ Hassemer observa que o princípio liberal do dano (*harm principle*), de origem anglo-americana, e a teoria de proteção aos bens jurídicos, de origem germânica, estão intimamente relacionados, pois ambos têm os mesmos objetivos e empregam meios semelhantes para alcançá-los. Em HASSEMER, Winfried. The harm principle and the protection of ‘legal goods’ (*Rechtsgüter*): a German perspective. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, pp. 187-204. No mesmo sentido GUARAGNI, Fábio André; GUARAGNI, Giovanni Vidal. O conceito de bem jurídico como relação de disponibilidade no direito penal: limites ao poder punitivo estatal a partir da autonomia da vítima. In: *Dom Helder Revista de Direito*, Vol. 3, n. 7, Set/Dez 2020, pp. 175-203.

Pode-se encontrar uma das primeiras teorizações do princípio liberal do dano na obra de John Stuart Mill: “*That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others*”. Em MILL, John Stuart. *On liberty*. London: Yale University Press, 2003, p. 80.

¹¹⁶ DUFF, Robin Antony; MARSHALL, Sadie E. ‘Remote harms’ and the two harm principles. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, pp. 205-207.

¹¹⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 42-58.

¹¹⁸ SEM, Amartya. Well-being, agency and freedom: the Dewey lectures. In: *The Journal of Philosophy*, Vol. 82, n. 4, Apr. 1985, pp. 169-221.

refere-se aos meios e às capacidades para as pessoas atingirem uma boa qualidade de vida, entendida sob o ponto de vista geral e pluralista, o que inclui fatores econômicos e não-econômicos que afetem a existência pessoal. A partir desse conceito, os autores apresentam uma escala com seis níveis de gravidade do dano, que aumenta progressivamente de intensidade na medida em que patamares mais essenciais ao padrão de vida são afetados: ofensa à elementos secundários (*living standard not affected or only marginally so*), ofensa ao bem-estar ideal (*standard wellbeing*), ofensa ao bem-estar adequado (*adequate wellbeing*), ofensa ao mínimo bem-estar (*minimal wellbeing*), ofensa à subsistência (*subsistence*), ofensa à vida (*living standard terminates or death*)¹¹⁹.

Há outros teóricos anglo-americanos que utilizam parâmetros valorativos semelhantes, como é o caso de Peršak, que mede a gravidade do delito com base no conceito de qualidade de vida (*quality of life*), cujo conteúdo compreende a análise de danos a aspectos físicos, psicológicos, materiais e normativos¹²⁰. Existem, ainda, construções que, embora não centralizadas especificamente no dano, empregam uma lógica semelhante para justificar a distribuição do castigo, como é o caso das *unfair-advantage theories*, que sustentam que o crime confere ao agente uma vantagem injusta em relação aos demais cidadãos, lesionado o equilíbrio entre benefícios e encargos sociais, de modo que a pena tem a função de reestabelecer essa paridade mediante a imposição de uma privação¹²¹.

O ponto em comum entre todas essas teorias de individualização da pena apresentadas está no parâmetro valorativo dirigido pela dimensão da lesão, que, a depender do modelo adotado, pode ter como referencial um direito subjetivo, a liberdade, o bem jurídico, o padrão ou qualidade de vida, o equilíbrio entre benefícios e encargos, a validade da norma, ou qualquer outra espécie de interesse juridicamente protegido.

Sobressai-se, assim, a necessidade de um juízo retrospectivo de valor que deve incidir sobre axiomas jurídicos ligados às consequências geradas pela conduta delitiva. O elemento axiológico se faz indispensável para avaliar o caso concreto, revelando o grau de importância

¹¹⁹ JAREBORG, Nils; VON HIRSCH, Andreas. Gauging crime seriousness: a 'living standard' conception of crime harm. In: ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 186-219.

¹²⁰ PERŠAK, Nina. Using "quality of life" to legitimate criminal law intervention: gauging gravity, defining disorder. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, pp. 225-245.

¹²¹ Neste sentido: DAVIS, Michael. Criminal desert and unfair advantage: What's the connection? In: *Law and Philosophy*, Vol. 12, n. 2, May 1993, pp. 133-156; MORRIS, Herbert. Persons and punishment. In: *The monist*, Vol. 52, n. 4, October 1968, pp. 476-478; PUPPE, Ingeborg. *El derecho penal como ciencia: método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2018, pp. 112-115.

do interesse violado e a dimensão da lesão causada. Subsequentemente, há um forte apelo à noção de proporcionalidade entre a gravidade do delito mensurada pela extensão da lesão e a severidade do castigo, característica marcante dos modelos orientados por tais parâmetros valorativos.

Todavia, pressupondo que o dano causado é o critério para julgamento, é deducional que a maioria dos modelos de individualização da pena orientados pela lesão encontrem dificuldades intrínsecas para aquilatar a gravidade dos delitos que não geram consequências empiricamente verificáveis. Nessas hipóteses se encontra a criminalização do delito tentado, em que a mera tentativa, em muitos casos, não é capaz de gerar relevante lesão ao interesse protegido, porém o sistema penal em questão exige a penalização tanto do desvalor de conduta quanto do desvalor de resultado. A solução encontrada por alguns teóricos passa por uma ampliação do conceito de lesão, de forma a compreender os danos empiricamente verificados e os potenciais prejuízos que a conduta delitativa poderia gerar caso o crime se consumasse. Tal recurso argumentativo, embora seja necessário para adaptar os modelos teóricos à demanda punitiva dos sistemas penais, desvirtua a essência dos parâmetros valorativos orientados pela lesão, uma vez que a natureza da penalização pelo desvalor de ação é muito mais próxima da reprovação encontrada nos referências valorativos orientados pela responsabilidade pessoal.

De qualquer forma, é inerente o viés retributivo dos parâmetros valorativos orientados pela lesão, já que a distribuição do castigo é pautada para compensar o dano causado pelo crime, ainda que se vislumbrem efeitos preventivos assessórios. A individualização da pena orientada pela lesão claramente visa satisfazer pretensões retributivas ou integradoras, pois não há uma forte relação de interdependência entre a extensão dos prejuízos gerados e a evitação de futuros delitos, principalmente sob uma perspectiva de prevenção especial ou, até mesmo, de prevenção geral negativa. Alinhar a adequação da pena à lesão causada pela conduta criminosa satisfaz as primordiais intuições de justiça, motivo pelo qual esses referências valorativos tradicionalmente se encontram vinculados às clássicas teorias do merecimento¹²².

3.1.3 Periculosidade e parâmetros orientados pelo risco

¹²² ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 107-109.

O entusiasmo com as ciências naturais vivenciado na Europa a partir de meados do século XIX foi crucial para o nascimento da escola positivista de direito penal, na medida em que ela refutava os antigos fundamentos extraídos da filosofia moral do século anterior e inaugurava uma abordagem científicista do fenômeno criminal. Nesse período, o direito penal presenciou a ascensão do paradigma do déficit, segundo o qual o crime é entendimento como consequência de uma deficiência que acomete o delinquente, seja ela de origem biológica, psicológica ou social¹²³. Com isso, a pena, mais do que nunca, assumiu um caráter consequencialista, afastando-se dos ideais de justiça e adquirindo contornos de tratamento: eis a alvorada das teorias preventivo-especiais da pena.

Os parâmetros valorativos orientados pela lesão e pela responsabilidade social não mais atendiam às pretensões de uma justiça criminal influenciada pelo pensamento determinista e que questionava os fundamentos da liberdade de escolha, fundamentos esses que, até então, constituíam a tradicional base da noção de reprovação. Nesse panorama governado por um direito penal protetivo, que visava conter a criminalidade habitual atribuída às camadas marginalizadas da sociedade, o conceito de culpabilidade – como reprovabilidade pelo ato criminoso – não mais se mostrava suficiente para justificar a expansão da intervenção estatal. Como consequência, a culpabilidade pelo fato criminoso passou a ganhar contornos mais amplos, como a culpabilidade pelo caráter e a culpabilidade pela conduta de vida, até que finalmente foi substituída pelo conceito de periculosidade¹²⁴. Afinal, se o fim do direito penal é garantir a segurança e a ordem social, a pena deve agir para conter os indivíduos mais perigosos, mesmo nos casos em que a responsabilidade pessoal é reduzida¹²⁵.

Em um cenário marcado pela contenção de risco, em que as exigências de prevenção especial apoiadas por estudos criminológicos impunham a classificação dos delinquentes em diferentes categorias, o conceito de periculosidade desponta com o principal parâmetro para individualizar uma punição que se mostre adequada aos propósitos de intimidação, correção e neutralização¹²⁶. Ou seja, a avaliação da periculosidade do agente informa os riscos do cometimento de delitos futuros, revelando a intensidade e a natureza da medida penal necessária para a recuperação ou para a contenção dos impulsos desviantes.

¹²³ PAVARINI, Massimo. *Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014, pp. 8-9.

¹²⁴ VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Heidelberg: Springer, 2014, pp. 114-119.

¹²⁵ PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010, p. 67.

¹²⁶ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, p. 112.

Ainda que se confira um caráter científico à análise da periculosidade, baseada em conhecimentos criminológicos de ordem biopsicológica ou social, não se deve negar que há um juízo valorativo de mensuração da dimensão do risco para alcançar uma pena adequada. Há uma substituição do juízo de censura da culpabilidade pelo juízo de risco da periculosidade, porém tanto a culpabilidade quanto a periculosidade podem ser entendidas como parâmetros valorativos para a individualização da pena, incidentes sobre elementos observáveis. No caso do juízo de periculosidade, esses elementos observáveis são os axiomas empíricos que a doutrina positivista elegeu como relevantes para a avaliação do risco pessoal, tais como a personalidade do agente, os motivos que o levaram a delinquir, a sua vida pregressa, a sua conduta social, dentre outros.

Independentemente da finalidade preventivo-especial eleita (dissuasão especial, ressocialização ou neutralização), a individualização da pena exige a realização de um juízo prospectivo, focalizado na pessoa do réu e atuante sobre elementos subjetivos – ainda que exteriorizáveis em sua conduta –, cujo referencial de análise passa necessariamente pela noção de periculosidade. Trata-se de uma indefectível análise do risco, tomada sob uma perspectiva individual centrada na figura do ofensor, uma vez que todo o processo é dirigido pela pretensão de evitar a prática de novos crimes.

Dessa forma, ainda que se opte por um viés positivo da prevenção especial, de caráter eminentemente ressocializador, a natureza e a quantidade de pena continuarão pautadas pela contenção de riscos, já que a prevenção de delitos depende do sucesso do tratamento ministrado. Dito de outro modo, a projeção acerca da eventual resposta – positiva ou negativa – do apenado à medida penal que lhe for imposta passa por uma avaliação de sua capacidade de socialização e do perigo de reincidir.

Mesmo que grande parte da doutrina atual tenha abandonado o termo “periculosidade” – que remete ao espírito estigmatizante da escola positivista e da escola da defesa social – e prefira utilizar a expressão “critérios preventivos” para se referir ao parâmetro valorativo orientado por princípios distributivos de natureza preventivo-especial, a natureza e a quantidade de pena continuam sendo guiadas por um juízo de administração do risco de cometimento de novos delitos pelo agente apenado¹²⁷.

¹²⁷ FISCHER, Felix; FISCHER, Fernando Bardelli Silva. A alvorada da prevenção especial: do paradigma liberal ao paradigma social da pena. In: *Direito, educação & cidadania: estudos em homenagem ao Ministro Edson Fachin*. Curitiba: Clássica, 2021, p. 514.

Isso não impede, todavia, que a pena preventiva seja concretamente limitada por outros fundamentos axiológicos igualmente relevantes ao ordenamento jurídico, como o princípio da culpabilidade e o princípio da legalidade. Entretanto, o fundamento da individualização que ostenta objetivos dissuasivos-especiais, ressocializadores ou neutralizadores permanece concentrado na avaliação da periculosidade ou de qualquer outro conceito ou expressão que remeta ao risco individual da prática criminosa.

Raciocínio semelhante ocorre na individualização da pena fundada no princípio distributivo de dissuasão geral, cujo juízo de valor também requer uma análise do risco do cometimento de novas condutas criminosas, porém sob prisma coletivo e não mais individual. Isso significa que quanto maior a probabilidade da prática delitiva por parte da população, mais severa deverá ser a pena aplicada para se alcançar o nível necessário de intimidação, observando uma relação de correspondência entre a mensuração do perigo e a quantificação da punição no caso concreto.

Há quem denomine o risco genérico do cometimento de crimes de “periculosidade social”, afeta à prevenção geral, e o risco de reincidência pelo agente específico de “periculosidade criminal”, afeta à prevenção especial. Adotando tal distinção, Lyra assevera que “a doutrina não encontrou fórmula mais expressiva da periculosidade do que a periculosidade de vir a cometer (periculosidade pré-delitual) ou de tornar a cometer (periculosidade pós-delitual) crime”¹²⁸.

Destarte, seja qual for o princípio distributivo escolhido de natureza preventiva, a eficiência da prevenção almejada depende da quantidade e qualidade da pena, orientada pelo parâmetro valorativo incidente sobre dados concretos e cuja função consiste em estimar a probabilidade da prática de delitos futuros¹²⁹.

O grande problema que aflige a individualização da pena com fins preventivos reside justamente na confiabilidade do juízo de valor baseado em parâmetros valorativos orientados pelo risco. Em um primeiro momento, destaca-se a constante ausência de elementos epistemológicos à disposição do julgador, durante a elaboração da sentença, que lhe confirmam

¹²⁸ LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*: Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 218.

¹²⁹ Para Albrecht, com a transformação do sistema jurídico-penal tradicional em um direito penal de segurança, “enfraquece-se, assim, toda referência aos atos perpetrados pelo agente e à retribuição de sua culpa, ao mesmo tempo em que ganha força uma série de discursos que colocam em relação de tensão as ideias de segurança, liberdade e proporcionalidade”. Em ALBRECHT, Hans-Jörg. *Direito penal e periculosidade: a política criminal entre prevenção, combate a perigos e retribuição de culpa*. In: M. R. d. A. Machado, & F. P. Püschel (Eds.). *Responsabilidade e pena no estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: Acadêmica Livre, 2016, p. 66.

informações minimamente necessárias para a avaliação pontual do risco de novos delitos¹³⁰. O nível de cognição esperado em um processo criminal é restrito em decorrência das limitações intrínsecas à produção e à análise da prova, de modo que, em geral, o juiz tem a seu alcance poucos axiomas empíricos aptos a permitir uma projeção segura sobre a possibilidade do cometimento de novos crimes. Raramente o juiz contará com dados e estatísticas criminais atualizados que lhe possibilitem avaliar o risco da prática criminosa pela população – sob uma perspectiva preventivo-geral¹³¹, ou mesmo com exames ou outros elementos para aquilatar o risco da prática criminosa pelo ofensor apenado – sob uma perspectiva preventivo-especial.

Em um segundo momento, ainda que se forneça acesso a dados e elementos concretos suficientes para a avaliação do risco, questiona-se a capacidade técnica dos julgadores para a realização desse juízo de valor. Isso, porque ao contrário dos modelos preventivos idealizados no século XIX – em que a individualização da pena seria realizada com o auxílio de uma equipe multidisciplinar, com conhecimento em sociologia, antropologia, psicologia, estatística criminal, etc.¹³² –, na grande maioria dos sistemas penais atuais a individualização da pena fica a cargo de um juiz togado, cuja formação é eminentemente na área jurídica. Com isso, a determinação judicial da pena com objetivos preventivos sofre uma considerável chance de ser guiada por intuições pessoais de precisão duvidosa, acarretando num procedimento de individualização da sanção carregado de decisionismo e com pouca base empírica¹³³.

De qualquer forma, a individualização da pena fundada em princípios distributivos de natureza preventiva é uma realidade em muitos sistemas penais atuais, o que torna necessário o manejo de juízos de valor com base na periculosidade ou em outros parâmetros valorativos orientados pelo risco. E a racionalização de tais julgamentos passa pela capacitação dos juízes e pela disponibilidade de axiomas empíricos que lhes tornem aptos a realizarem uma individualização da pena mais fidedigna, apesar de todas as limitações cognitivas imanentes ao processo penal.

¹³⁰ HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD Editor, 2003, p. 28.

¹³¹ Segundo Hassemmer, os juízes não dispõem de conhecimentos precisos sobre as condições de partida de suas atuações (cifras de criminalidade e suas projeções) nem sobre a seletividade e resultados do processo de intermediação, faltando-lhes uma avaliação adequada da motivação dos destinatários da norma. Em HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la pena*. In: *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2004, pp. 74-75. Também em HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 164.

¹³² LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, p. 133.

¹³³ FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 414.

3.2 Princípios garantidores

Conforme anteriormente abordado, a individualização da pena deve ser orientada, em sua linha mestra, por fundamentos teleológicos que se coadunem com as funções gerais atribuídas à pena e ao próprio direito penal. Sendo assim, uma vez eleito o princípio distributivo que definirá o objetivo pragmático almejado pela pena, o correspondente parâmetro valorativo irá orientar a individualização da punição em direção ao fim proposto.

Superadas as antigas teorias absolutas da pena, a orientação dos ordenamentos atuais reivindica uma natureza consequencialista para a punição estatal, posto que a violência inerente à resposta penal só se legitima mediante a busca por uma finalidade útil à sociedade, relacionada à ideia de bem comum. Tal exigência consequencialista reverbera, inclusive, nas contemporâneas teorias retributivistas, que justificam o benefício da pena na promoção da integração sistêmica, na pacificação social, ou mesmo em efeitos preventivos reflexos.

Portanto, dentre os fundamentos axiológicos que incidem no procedimento de individualização, o parâmetro valorativo compatível com o princípio distributivo eleito é o grande responsável pela conformação da pena no caso concreto, modulando sua natureza e quantidade de modo a satisfazer os objetivos pretendidos. Dessa forma, o direito penal concretiza os seus fins a partir da pena funcionalmente orientada, de modo que os objetivos imediatos da individualização da punição se encontrem em harmonia com os objetivos gerais do sistema de justiça penal.

Entretanto, não se pode olvidar que a justiça penal está inserida em um sistema jurídico mais amplo e os objetivos do direito penal e da própria pena não são fins absolutos, perseguidos a qualquer custo, já que há outros objetivos que se mostram igualmente caros ao ordenamento jurídico. Os fundamentos principiológicos que formam a base do ordenamento jurídico se originam de diversos valores compartilhados em sociedade e que, a partir do seu reconhecimento jurídico, compõem o substrato axiológico que confere significado aos institutos jurídicos.

A par dessa percepção, Hart é certo ao apontar que as finalidades das penas, tais quais a prevenção de delitos, não representam objetivos dominantes no ordenamento jurídico aos

quais todos os aspectos do direito devem se submeter¹³⁴. O procedimento de individualização da pena não deve ser regido, de modo exclusivo, por valores que busquem irrestritamente a concretização dos objetivos específicos do direito penal¹³⁵. Tal relativização é necessária, tendo em vista que os institutos jurídicos de maneira geral, dentre os quais se inclui a pena, também devem se conformar aos objetivos gerais do ordenamento jurídico.

Além dos princípios distributivos, que conferem um propósito para a punição, outros princípios jurídicos podem influir no procedimento de individualização da pena, ainda que seja para limitar o poder punitivo e restringir a eficácia funcional do direito penal. Esses princípios moderadores, que normalmente carregam um forte viés liberal, opõem-se à potência sancionatória do Estado em nome de garantias do cidadão reconhecidas pelo sistema jurídico. Garantias essas que, em uma perspectiva mais ampla, são responsáveis pela manutenção da harmonia do sistema, contrabalanceando os benefícios e os descabimentos da resposta estatal punitiva, na medida em que priorizam outros valores que são exógenos aos fundamentos teleológicos da pena.

Se a segurança pública é um interesse social relevante a ponto de receber significativa atenção do sistema jurídico, a limitação da intervenção estatal também se mostra valorosa ao indivíduo, na medida em que lhe confere melhores oportunidades de desenvolvimento dentro do tecido social.

Em relação a essas garantias, que muitas vezes se contrapõem aos objetivos específicos do direito penal, Dworkin vai além, ao sugerir que elas derivam de princípios morais que subjazem às doutrinas vigentes. De acordo com esse autor, as teorias jurídicas aceitas estão assentadas em nossas tradições morais e os ideais que historicamente moldaram o pensamento de determinada sociedade tendem a gerar reflexos na esfera jurídica¹³⁶. Desse modo, as percepções sociais de justiça se mostram preciosas não apenas para a quantificação da punição, mas também para a sua limitação, uma vez que impõem padrões consensuais de legitimação do *ius puniendi*.

À vista disso, deve-se reconhecer que os fundamentos axiológicos da pena não se exaurem nos parâmetros valorativos, uma vez que os princípios garantidores também se

¹³⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008, pp. 181-183.

¹³⁵ Para Feinberg, uma justificação da pena baseada na prevenção de danos não impede que as suas regras de aplicação incluam componentes morais baseados em uma concepção de justiça. Em FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing: the moral limits of the Criminal Law*, Vol. 4. Oxford: Oxford University Press, 1990. p. 148.

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, pp. 12-13.

apresentam como um conjunto de valores que incidem, ainda que de maneira assessoria, no procedimento de individualização da punição. E sua principal função é corrigir os desvios e excessos promovidos pelos objetivos imediatos da pena, de forma a conciliar a resposta punitiva com os demais ditames do ordenamento jurídico. Em virtude disso, os princípios garantidores emergem como uma conquista a serviço do cidadão em face do *ius puniendi*, limitando o seu alcance em nome de outros valores gerais reconhecidos pelos sistemas jurídicos próprios de Estados sociais e democráticos de direito.

3.2.1 Princípio da legalidade

Os ideais liberais da filosofia da ilustração, inspiradores das revoluções ocidentais do século XVIII, opunham-se ao arbítrio irrestrito dos governantes em amparo aos interesses do cidadão, cujos fundamentos contratualistas sedimentaram as bases dos modelos de Estado de direito da Contemporaneidade. A contenção do poder estatal visando conferir maior segurança aos indivíduos e a supremacia legislativa como manifestação do espírito democrático foram responsáveis pela instituição de limites legais ao sistema punitivo. Afinal, se o contrato-social exigiu que o cidadão abrisse mão de parte da sua liberdade em nome da formação do Estado, a intervenção estatal só será legítima caso corresponda à expressão da vontade popular, manifestada por meio da lei elaborada democraticamente pelos representantes do povo.

Ainda no século XVIII, Beccaria já se insurgia contra as arbitrariedades do sistema punitivo ao invocar que somente as leis podem decretar as penas dos delitos e que nenhum magistrado pode, a pretexto do bem comum, impor uma pena além dos limites previstos pelo legislador, que representa a sociedade ligada pelo contrato-social¹³⁷. A legalidade penal também é contemplada pelo artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que assinalou os ideais liberais da Revolução Francesa, ao dispor que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”¹³⁸. Mas foi com o aforismo “*nulla poena sine lege*” que Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da

¹³⁷ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Tomo primo. Venezia: Rinaldo Benvenuti, 1781, p. 9.

¹³⁸ Paolo Napoli observa que a noção de limite ao exercício de um poder adquiriu parâmetros jurídicos inéditos com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em NAPOLI, Paolo. *Police et justice dans les débats révolutionnaires (1789-1791): les enjeux d'une question toujours actuelle*. In: *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*. Vol. 30. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 159.

legalidade em matéria penal, ditando que toda pena imposta pressupõe uma lei penal¹³⁹. A partir de então, o princípio da legalidade atingiu status de postulado, inspirando inúmeros diplomas normativos¹⁴⁰ e doutrinas penais posteriores.

No âmbito do direito penal, o princípio da legalidade apresenta várias dimensões, acarretando limitações ao poder punitivo que abarcam desde o processo de criminalização primária até o procedimento de execução da pena. Dentre os desdobramentos mais notórios desse princípio está a exigência de lei prévia, estrita, escrita e certa em matéria penal, vedando, respectivamente, a retroatividade da lei¹⁴¹ e a analogia *in malam partem*, o uso dos costumes para incriminação e a criação de leis penais indeterminadas.

Entretanto, no que atine à individualização da pena, o espectro de atuação desse princípio é mais circunscrito, principalmente em decorrência do espaço de discricionariedade que se confere ao juiz para realizar a adequação da pena à situação concreta, considerando as peculiaridades do fato criminoso e as condições pessoais do agente. Discricionariedade essa adstrita aos limites da lei, que em sua essência se assemelha mais a um processo decisório guiado por parâmetros legais do que a um juízo de oportunidade e conveniência. Aliás, nas suas clássicas lições, Emilio Betti pontua que o “poder discricionário na aplicação da pena” se trata de um poder de adaptação de elementos da espécie legal do delito com elementos da espécie concreta do fato delituoso, em verdade não sendo discricionário em sentido técnico, mas tipicamente interpretativo¹⁴².

Se a integral taxatividade das penas, incluindo sua qualidade e quantidade, derroga a individualização da pena ao resumir o procedimento de determinação judicial à mera subsunção estéril e desconexa das peculiaridades do caso concreto, o irrestrito espaço de individualização à disposição do juiz, sem qualquer baliza legal, pode gerar um ambiente de insegurança jurídica prejudicial aos objetivos comunicativos da sanção penal. O equilíbrio entre a previsão legal de penas e o espaço judicial de individualização no caso concreto se mostra salutar para o

¹³⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847, p. 41.

¹⁴⁰ Dentre as referências ao princípio da legalidade em matéria penal, pode-se citar o artigo XI, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem; o artigo 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica); o artigo 33, II, da Constituição da República Federal da Alemanha (GG); o § 2, I, do Código Penal Alemão (StGB); o artigo 1 do Código Penal Italiano; o artigo 25, 1, da Constituição Espanhola; os artigos 1 e 2 do Código Penal Espanhol; o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil; o artigo 1º do Código Penal Brasileiro.

¹⁴¹ Já em 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América, em seu artigo 1º, seção 9, parágrafo 3º, previu a vedação à retroatividade das leis, ao dispor que: “*No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed*”.

¹⁴² BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 79.

desenvolvimento de um sistema penal que não se desvie dos seus objetivos programáticos, mas que, ao mesmo tempo, respeite as garantias do cidadão impostas pelo ordenamento jurídico.

Não por acaso, ao longo da história, escolas penais com viés autoritário buscaram romper essa harmonia entre a determinação legal e a determinação judicial de penas. A escola da defesa social, que no início do século XX buscava um “serviço de higiene mental e moral” dos degenerados, expressamente propôs uma concepção de pena indeterminada, com semblante de tratamento compulsório, cuja duração estaria sob autoridade do sistema de execução penal, sob a justificativa de que a medida imposta ao criminoso não poderia ficar arbitrariamente limitada por um artigo do código penal, previsto com base em uma generalidade abstrata e alheio ao estado psíquico do condenado¹⁴³. Por sua vez, a escola de Kiel, que abertamente defendeu a adoção de um direito penal autoritário durante a ascensão da ideologia nazista na Alemanha em meados do século XX, pregava uma limitação do arbítrio judicial na individualização da pena a serviço dos interesses dos detentores do poder, de modo a impedir que o juiz fizesse uso de sua discricionariedade a favor do imputado.¹⁴⁴

Todavia, os sistemas penais contemporâneos tendem a manter um balizamento legal em relação à individualização das penas, podendo ser mais amplo ou mais restrito a depender das contingências históricas que influenciaram o desenvolvimento e a compreensão do princípio da legalidade no direito local.

Dentre as consequências do princípio da legalidade que contemplam a individualização da pena está a proibição da retroatividade (*nulla poena sine lege praevia*), que impede que o juiz determine uma pena mais severa quando, à época da prática do fato criminoso, a legislação estabelecia uma punição mais branda ao ofensor. O princípio da legalidade também veda o uso da analogia (*nulla poena sine lege stricta*) e dos costumes (*nulla poena sine lege scripta*) para determinar penas além daquelas previstas em lei, embora tais hipóteses sejam menos recorrentes na prática.

Porém, a consequência do princípio da legalidade que gera maior controvérsia na individualização da pena é a proibição de penas indeterminadas (*nulla poena sine lege certa*), uma vez que é ínsito do próprio sistema penal um certo grau de indeterminação das sanções, justamente para permitir que a sanção seja individualizada com base no caso concreto. Por outro

¹⁴³ PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010, pp. 89-117.

¹⁴⁴ DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritativo?* Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 102-104.

lado, é imprescindível que o cidadão tenha a segurança jurídica necessária que lhe permita prever as possíveis consequências penais sobre os seus atos. Em virtude disso, quanto à natureza das penas, os sistemas jurídicos devem normativamente determinar quais espécies de penas são admitidas ou vedadas no ordenamento jurídico, bem como podem prever quais as espécies adequadas a determinadas categorias de delitos. Assim, é comum a proibição de algumas espécies de penas em determinados sistemas jurídicos, como a pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, dentre outras. Também se verifica, em muitos sistemas, uma determinação legal das espécies de pena que podem incidir sobre cada tipo penal específico, a depender da gravidade abstrata do delito.

Já quanto à quantidade de pena, o princípio da legalidade orienta que os sistemas penais estabeleçam marcos legais de penas máximas, que podem limitar a duração das penas privativas de liberdade, bem como limitar o valor das penas de natureza pecuniária e a extensão das penas restritivas de direitos. Esses marcos legais podem ser gerais, estabelecendo patamares máximos a todo o sistema penal, ou específicos, fixando as penas máximas em relação a grupos de delitos ou até mesmo em relação a cada tipo penal em particular.

O princípio da legalidade deve assegurar um satisfatório nível de determinação legal das penas, de forma a garantir a segurança jurídica em benefício dos cidadãos e permitir que a pena exerça a sua força comunicativa com maior eficácia. Contudo, não se pode exigir um grau de determinação das penas tão elevado quanto o observado nas categorias de imputação do delito, em razão da própria essência da individualização da sanção penal. À vista disso, Roxin pondera que se pode aceitar uma maior condição de indeterminação das penas quando comparadas às exigências de certeza dos pressupostos de punibilidade, porque o princípio da culpabilidade e outros princípios de determinação da pena conferem ao réu um certo grau de segurança compensadora¹⁴⁵.

Pode-se questionar a possibilidade da invocação do princípio da legalidade em desfavor do réu, para, por exemplo, impedir a aplicação da pena aquém dos limites mínimos estabelecidos em lei. Inicialmente, deve-se lembrar que os princípios garantidores têm a finalidade de restringir a potência dos objetivos punitivos, em nome de outros valores importantes para o Estado social e democrático de direito. Especificamente em relação ao princípio da legalidade, a sua essência liberal é facilmente perceptível diante de uma digressão

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 175.

histórica da sua origem e do seu desenvolvimento. A par de tais considerações, resta evidente que a função limitadora do princípio foi concebida para antagonizar a severidade das penas, motivo pelo qual o manejo de princípios penais garantidores em desfavor do cidadão fere o próprio escopo do instituto. Ademais, é desnecessário se recorrer a um princípio para justificar a vedação da aplicação da pena para além dos limites legais, pois a própria força da norma que positivou os marcos legais mínimos já é, em regra, suficiente para fundamentar a individualização da pena dentro dos parâmetros da lei.

3.2.2 Princípio da culpabilidade

A filosofia moral de Kant, fundada na ideia de livre-arbítrio como a faculdade a agir de acordo com leis de obrigação representadas, foi crucial para estruturar as bases da noção de responsabilidade pessoal da escola clássica do direito penal. Para esse filósofo, a responsabilidade pelas ações e suas consequências pode ser imputada ao agente, na medida em que esse sujeito é considerado livre e sua conduta é submetida a uma obrigação previamente conhecida¹⁴⁶. Traduzindo tais conceitos para a linguagem do direito, a responsabilidade penal é um juízo de imputação, cujos pressupostos são a existência de um dever legal de observância (lei penal) e de uma liberdade de conduta (capacidade de imputação).

Sob influência desses fundamentos, o princípio da culpabilidade foi delineado pela doutrina alemã do século XIX de forma vinculada ao princípio da legalidade, buscando excluir a responsabilização penal objetiva ao subordinar a aplicação da pena à verificação da culpa (em sentido amplo) do agente, manifestada na forma de dolo ou de culpa em sentido estrito (negligência). A fórmula “não há pena sem culpa”, expressa nesse princípio, remete a uma ideia de restringir a aplicação da sanção estatal a uma prévia verificação da responsabilidade pessoal, excluindo a responsabilização quando não for possível atribuir o crime e suas consequências ao agente, em razão da ausência de conduta dolosa ou culposa. Trata-se, portando, de um postulado de natureza político-jurídica, pois limita o poder punitivo estatal em virtude de considerações de ordem metajurídica, oriundas de reflexões morais e filosóficas acerca das fronteiras do juízo de imputação¹⁴⁷.

¹⁴⁶ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Rio de Janeiro: Vozes, 2013, pp. 27-34.

¹⁴⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 217-223.

Partindo da premissa do princípio da culpabilidade que impõe a submissão da pena à preliminar verificação de culpa, desenvolveu-se a compreensão de que a medida da pena deveria estar vinculada à culpabilidade do agente, de modo que a reprovação da conduta não poderia extravasar esse limite. Eis que nasce a noção de culpabilidade como parâmetro valorativo para a individualização da pena, relacionando a severidade da punição com o grau de censura sobre a responsabilidade pessoal pelo delito e suas consequências.

Ainda no século XIX, porém no seu terço final, a culpabilidade passa ser articulada como elemento constituinte do conceito analítico do delito na tradição de *civil law*, representando o nexu psicológico que liga o agente ao delito. O dolo e a culpa, que eram condições principiológicas para a imposição de pena, converteram-se em espécies de culpabilidade para integrar a estrutura conceitual do delito. Desse modo, desenvolveu-se a teoria psicológica da culpabilidade, que propunha que o dolo e a culpa compõem o vínculo subjetivo entre o fato criminoso e o ofensor, enquanto que a imputabilidade – entendida como a capacidade de ser culpável – apresenta-se como pressuposto da culpabilidade¹⁴⁸.

A partir dessas diversas acepções históricas, Achenbach distingue três conceitos funcionais de culpabilidade reconhecidos pela doutrina jurídico-penal: (i) a ideia de culpabilidade (*Schuldidee*), expressa no princípio da culpabilidade, segundo o qual “não há pena sem culpabilidade”; (ii) a culpabilidade para individualização da pena (*Strafzumessungsschuld*), que dispõe que a punição deve observar a medida da culpabilidade referida no desvalor de ação e de resultado; (iii) a culpabilidade como fundamento da pena (*Strafbegründungsschuld*), que representa a ideia inicial da culpabilidade como categoria da teoria do delito¹⁴⁹.

Avocando esses conceitos funcionais para a sistemática de individualização da pena, é possível perceber que cada categoria de culpabilidade pode gerar reflexos na determinação da punição para o caso concreto. As circunstâncias relacionadas ao conceito de culpabilidade como categoria da teoria do delito¹⁵⁰ podem ser apreendidas pelo julgador como axiomas empíricos,

¹⁴⁸ BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002, pp. 65-72; BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal: parte geral*. Campinas: Red Livros, 2000, p. 125; LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1917, pp. 387-395.

¹⁴⁹ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, pp. 3-11.

¹⁵⁰ Inicialmente, sob a concepção da teoria psicológica, o dolo e a culpa eram entendidos como espécies de culpabilidade, sendo que alguns sistemas previam a avaliação da intensidade do dolo e da culpa na individualização da pena. Posteriormente, com a sucessão das teorias psicológica-normativa e normativa pura da culpabilidade, elementos normativos passaram a integrar o seu conteúdo. De qualquer forma, diversos modelos punitivos defendem que mesmo os elementos normativos da culpabilidade podem ser considerados pelo

sobre os quais recairá o juízo de valor para determinar, por exemplo, a gravidade do delito. Já a culpabilidade para a individualização da pena, por óbvio, apresenta papel preponderante no sistema quando adotada como parâmetro valorativo, uma vez que sua função consiste em orientar o juízo central do procedimento de individualização.

Finalmente, a ingerência do princípio da culpabilidade não se restringe a apresentar barreiras ao poder punitivo no processo legislativo de criação normativa (criminalização primária) e ao juízo de imputação do delito (criminalização secundária). O princípio da culpabilidade também integra o sistema de individualização da pena como princípio garantidor, na medida em que impõe limitações à responsabilização pessoal, vedando o agravamento da punição com base em circunstâncias que não podem ser imputadas ao agente a título de dolo ou culpa. Por conseguinte, a categorização do princípio da culpabilidade como fundamento axiológico da pena também se mostra evidente, tendo em vista que a sua essência funcional advém de juízos de valor sobre o que se pode e o que não se pode atribuir à responsabilidade do ofensor na individualização da punição¹⁵¹.

Quando a individualização da pena é guiada pela culpabilidade ou por outro parâmetro valorativo orientado pela responsabilidade pessoal, o princípio da culpabilidade se mostra suficiente em sua concepção primordial de restringir a responsabilização objetiva em matéria penal. Nessa conjuntura, o princípio intervém para impedir que circunstâncias pelas quais o agente não tenha concorrido a título de dolo ou culpa sejam consideradas para agravar a pena. Não há necessidade, contudo, que o princípio da culpabilidade atue no sentido de circunscrever a pena nos limites da censura à responsabilidade pessoal, pois essa função já é essencialmente exercida pela culpabilidade ou por outro parâmetro valorativo orientado por essa responsabilidade. Assim, tal balizamento da pena no espaço de responsabilidade do agente já é axiologicamente determinado pela incidência do parâmetro valorativo dessa natureza, de modo que a complementariedade do princípio da culpabilidade se mostra prescindível nesse aspecto.

juiz na individualização da pena. Goldschmidt, por exemplo, afirma que a culpabilidade tem dupla função, atuando como fundamento de responsabilidade e como parâmetro de medição dessa responsabilidade na pena, pois o seu caráter normativo explica e torna possível a sua graduação. Para esse autor, a “gravidade da culpabilidade se determina segundo o grau em que a motivação não corresponde à exigibilidade”. Em GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002, pp. 124-125.

¹⁵¹ Para Hart, há três classes de critérios de responsabilização penal (*legal liability*) que tornam possível a imputação do fato criminoso ao agente: (i) condições mentais ou psicológicas; (ii) condições causais ou outras formas de conexão entre a conduta e o dano; (iii) relações interpessoais entre o agente e a interposta pessoa executora direta do ato criminoso. Em HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008, pp. 217-222.

Situação diversa ocorre quando a pena basilarmente é orientada por um parâmetro valorativo orientado pela lesão ou pelo risco. Nesses casos, a ausência de uma intervenção mais enérgica do princípio da culpabilidade pode levar a penas que extrapolem a esfera de responsabilidade pessoal do agente. Tais situações poderiam ser observadas nas antigas formulações retributivas, em que a pena era infligida na exata medida do dano, independentemente do grau de contribuição pessoal do ofensor, ou mesmo nas formulações preventivas de viés positivista ou de defesa social, em que se mitigava o conceito de culpabilidade em proveito de um direito penal protetivo, que apenava com severidade mesmo aqueles que apresentassem uma culpabilidade reduzida, mas que fossem considerados perigosos aos olhos dos detentores do poder.

Nesses casos, o desenvolvimento atual do direito penal reivindica, na grande maioria dos sistemas penais contemporâneos, a imposição de contenções axiológicas ao poder punitivo estatal, limitando as penas orientadas pela lesão ou pelo risco ao âmbito de responsabilidade pessoal do agente. Em decorrência dessa condição imperativa, além de afastar a responsabilização objetiva, o princípio da culpabilidade arroga a função de impedir que a pena ultrapasse o limite da culpabilidade do agente. Assim, quando o grau de reprovação sobre a culpabilidade do agente é reduzido – como por uma diminuída exigibilidade de agir conforme a norma –, o princípio da culpabilidade pode restringir eficácia preventiva ou retributiva da pena com fundamento na atenuação da responsabilidade pessoal.

Essa dinâmica é observada na maioria dos modelos teóricos e sistemas penais orientados à prevenção de delitos, em que a culpabilidade emerge como limitadora da quantidade de pena¹⁵². Nesses sistemas, em verdade, a pena não é orientada pela culpabilidade do agente – uma vez que tal parâmetro valorativo não apresenta significativos reflexos na evitação de novos delitos –, mas é restringida ao espaço de culpabilidade em virtude da intervenção principiológica de valores juridicamente relevantes. Isso ocorre, por exemplo, na *Spielraumtheorie*, modelo penal majoritariamente adotado pelos tribunais alemães, em que se delimita o espaço de culpabilidade do agente, dentro do qual a pena é judicialmente determinada a partir de critérios preventivos¹⁵³.

¹⁵² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p. 257; SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, pp. 147-178.

¹⁵³ NEUMANN, Ulfried. Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts: („Punktstrafe“, „Spielraumtheorie“, „Normalfall“). In: SEEBODE, Manfred (Ed.). *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag* am 11. Jul 1992. Berlin: De Gruyter, 2015, p. 438.

Essa é a concepção do princípio da culpabilidade adotada por Roxin, segundo o qual as exigências preventivas no interesse da sociedade podem ser contrapostas com o sentimento jurídico geral de restrição do limite superior da pena à medida da culpabilidade, determinada por fatores internos do agente e pela dimensão dos danos ocasionados. Para esse autor, “o princípio da culpabilidade é o meio mais liberal e o psicológico-social mais propício para a restrição da coerção penal estatal”¹⁵⁴.

Tal “sentimento jurídico geral”, citado por Roxin como inspirador do princípio da culpabilidade, é melhor trabalhado por Dworkin ao referir que os juízos convencionais de responsabilidade influenciam a prática jurídica. Segundo Dworkin, as circunstâncias de redução e de exclusão da responsabilidade criminal derivam das convenções e práticas sociais, de forma que a regra jurídica que impõe a isenção da responsabilidade quando o resultado é atribuído a um desvio causal advém das concepções populares de causação. Isso explica a mitigação da responsabilidade em casos de acidente, compulsão, coerção ou doença, pois o cidadão espera que o Estado julgue o seu comportamento de acordo com as suas intenções, motivos e capacidades¹⁵⁵.

O princípio da culpabilidade, em sua plenitude, emerge para limitar a intervenção estatal, não apenas na oposição à responsabilidade penal objetiva, mas também na contenção da punição nas hipóteses em que a censura do ato é reduzida – em razão de algum fator pessoal do agente ou circunstância externa –, atenuando a responsabilização sob a perspectiva jurídica, embora inspirada em sentidos cotidianos. A manutenção da pena nas fronteiras da responsabilidade do agente, impedida de ultrapassar o limiar máximo, é um corolário do princípio da culpabilidade presente nos atuais sistemas penais preventivos.

3.2.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é reconhecido como um dos mais importantes mandados de otimização presentes nos sistemas jurídicos contemporâneos, posto que, dentre outras funções, atua como o fiel da balança entre os níveis de intervenção estatal em busca do

¹⁵⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 100.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, pp. 7-11.

interesse público e os níveis de preservação das liberdades individuais em respeito ao interesse do cidadão¹⁵⁶.

No seu âmago, o princípio da proporcionalidade traz duas ideias centrais: a noção da eficiência que guiará a ponderação entre interesses, satisfazendo a finalidade social almejada de maneira menos custosa para os indivíduos; e a noção de justiça, que urge pelo equilíbrio entre a intensidade da intervenção estatal e as circunstâncias fáticas que lhe deram causa.

Por conta dessa noção de justiça intrínseca ao princípio da proporcionalidade, alguns autores, tal como Habermas, entendem que as ponderações levadas a cabo por juízes em nome desses valores carecem de critérios racionais, sendo guiadas, especialmente, por padrões e hierarquias que lhes são familiares¹⁵⁷. Essa reflexão se mostra pertinente, principalmente para evocar a compreensão de que as noções de justiça que interferem nas decisões judiciais estão muito mais relacionadas a intuições sociais do que a processos de escolhas racionais¹⁵⁸.

A proporcionalidade, concebida em si mesma, é vazia e desgarrada de sentido prático, tendo em vista que o juízo de proporcionalidade requer a existência de pelo menos dois vetores, sobre os quais irá incidir uma valoração de equivalência, ou seja, uma análise comparativa visando um equilíbrio de forças antagônicas.

No direito penal, o princípio da proporcionalidade normalmente é associado à determinação das penas, demandando a observância da proporção entre a severidade da punição e algum outro vetor que, genericamente, remete à gravidade do delito. A depender do modelo de individualização da pena adotado, esse vetor oposto à severidade da punição pode se orientar pela reprovação pessoal, pela dimensão da lesão ou pelo risco do cometimento de novo delitos. Assim, por exemplo, pode-se vislumbrar penas que sejam proporcionais à censura sobre o fato criminoso, à extensão do dano causado ou à periculosidade do agente.

Há diversos modelos penais contemporâneos concebidos a partir da ideia de proporcionalidade, preconizando que o sistema de sanções aplique punições que se mostrem proporcionais a algum parâmetro vinculado ao caso concreto¹⁵⁹. Embora essas formulações

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13-17.

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996, p. 259.

¹⁵⁸ DARLEY, John M; ROBINSON, Paul H. Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy. In: *81 Southern California Law Review* 1, 2007, p. 9.

¹⁵⁹ ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005. HÖRNLE, Tatjana. Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*. Berlin: de Gruyter, 2010, pp. 105-137.

tenham inspiração no retributivismo anglo-americano, também se encontram propostas de individualização de penas proporcionais ao fato criminoso em sistemas punitivos preventivamente justificados¹⁶⁰. Basicamente, tais modelos defendem a observância de uma correspondência entre a severidade da sanção e a reprovação da efetiva contribuição do agente na prática delitiva, incluindo suas consequências correlatas.

A busca pela proporcionalidade na individualização da pena, contudo, pode ser apreendida sob duas perspectivas: uma positiva e a outra negativa. O viés positivo (*optimizing*) impõe a rigorosa observância da proporcionalidade como mandado de otimização, ao dispor que o primordial objetivo da sentença é a aplicação de penas proporcionais, que correspondam em severidade à gravidade dos delitos. Por sua vez, o viés negativo (*satisficing*), defendido por Duff, tem uma proposta menos ambiciosa, ao visar a proporcionalidade enquanto possível, como uma pretensão de justiça a ser, presumidamente, satisfeita. Para esse autor, o princípio da proporcionalidade é um princípio categórico de justiça e não um objetivo a ser sopesado contra outros objetivos do sistema punitivo, de modo que moderados desvios de proporcionalidade em benefício do réu podem ser tolerados pelo ordenamento jurídico¹⁶¹.

O problema é que, sob essa perspectiva, o principal fundamento axiológico da individualização da pena não se extrai do princípio da proporcionalidade, mas sim do parâmetro valorativo eleito pelo modelo penal utilizado pelo julgador. Dito de outro modo, em termos de individualização da pena, juízo de valor regente se baseia no parâmetro valorativo escolhido pelo julgador, enquanto que a proporcionalidade exerce muito mais um papel de “critério equalizador” entre a gravidade do delito e a severidade das penas, do que de um princípio garantidor propriamente dito.

Para que essa noção fique clara, é necessário diferenciar as duas magnitudes nas quais a proporcionalidade pode se apresentar em um sistema de individualização da pena. A primeira

¹⁶⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung. In: CORNILS, Karin; ESER, Albin (Coord.). *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium*. Freiburg: Max Planck Institut, 1987, pp. 223-226; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 249-251; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 179-181.

¹⁶¹ DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 139-141.

Tonry também preconiza um modelo flexível de proporcionalidade, em que a proporcionalidade limita os patamares máximos de pena, mas a parcimônia relativiza esse princípio em relação aos patamares mínimos de pena, principalmente na adoção de penas alternativas ao encarceramento. Em TONRY, Michael. Proportionality, parsimony, and interchangeability of punishments. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 217-237.

delas é a proporcionalidade cardinal (ou absoluta), responsável por estabelecer os marcos penais máximos e mínimos de um sistema penal. Esses limites superiores e inferiores da escala de penalidades, determinados por meio de uma série de contingências históricas, são os indicadores que ancoram cada sistema de penas e determinam o quão brando ou severo um sistema pode ser¹⁶². Uma vez estabelecidas as balizas de penas máximas e mínimas pela proporcionalidade cardinal, a proporcionalidade ordinal (ou relativa) revela o nível de severidade da punição indicado para determinado ato criminoso, baseando-se em atos criminosos semelhantes e o comparando com outros crimes de maior ou menor gravidade. Segundo von Hirsch, a proporcionalidade relativa apresenta dois requisitos: paridade e classificação gradual¹⁶³. Assim, ao individualizar a pena, o julgador deve relacionar o concreto ato criminoso dentro de uma escala de gravidade de delitos e, em um segundo momento, buscar a punição adequada em uma correspondente escala de severidade de penas.

Naqueles sistemas punitivos que abstratamente preveem um patamar máximo e mínimo de pena para cada espécie de delito ou mesmo para cada tipo penal, os conceitos de proporcionalidade cardinal e ordinal também podem ser tomados em uma perspectiva particularizada, observando o mesmo raciocínio aplicado ao caráter geral. Desse modo, usando como exemplo o delito de roubo, o juiz deve comparar o roubo efetivamente perpetrado com outras possíveis formas – mais ou menos graves – de se praticar um roubo, selecionando a pena correspondente na escala de severidade delimitada para esse tipo de delito.

Analisando os papéis das duas magnitudes de proporcionalidade dentro do procedimento de individualização da pena, percebe-se que a proporcionalidade cardinal se apresenta na forma de marcos penais abstratamente previstos, ao passo que a proporcionalidade ordinal atua como um fator de equalização entre a escala de gravidade de delitos e a escala de severidade das penas. O ponto em questão é que essa exigência de correspondência entre as escalas, manejada pela noção de proporcionalidade, deriva da própria natureza do parâmetro valorativo utilizado. Uma pena pode ser proporcional à culpabilidade, ao dano ou à periculosidade, mas o fundamento axiológico advém desses parâmetros, uma vez que quebra a relação de proporcionalidade se desnaturam as suas essências. Ou seja, a proporcionalidade se apresenta como um instrumento a serviço dos parâmetros de valor, assumindo a função de critério equalizador de pena nesse procedimento.

¹⁶² DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 133-134.

¹⁶³ VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, pp. 56-58.

Para que a proporcionalidade adquira status de princípio garantidor do sistema penal – e, conseqüentemente, como fundamento axiológico da pena – ela deve incidir na individualização da pena sob a forma de um preceito limitador da punição, atuando em nome de um conjunto de valores relevantes ao ordenamento jurídico.

De acordo com Michael Tonry, a teoria da proporcionalidade é fundada em valores pós-iluministas de equidade, igualdade, justiça e parcimônia, valores esses que ainda exercem uma forte influência nas sociedades atuais¹⁶⁴. Em razão disso, a legitimação do sistema punitivo depende da observância da correlação entre a gravidade do delito e a severidade da pena, afinal, conforme aponta Duff, a proporcionalidade é um requisito intrínseco a qualquer teoria cujo objetivo principal seja comunicar a censura que os ofensores merecem por seus crimes¹⁶⁵.

Todavia, a noção de “gravidade do delito” é extremamente ampla e pode assumir diversos sentidos, tanto nos jogos de linguagem que se estabelecem profanamente em sociedade quanto nos conceitos elaborados dentro das doutrinas jurídicas. A título de exemplo, von Ihering preconiza que a graduação das penas deve ser proporcional à natureza da infração, considerando o valor objetivo do bem lesionado e o risco subjetivo da lesão¹⁶⁶. Para Feuerbach, a gravidade do delito é determinada objetivamente pela importância dos direitos violados ou ameaçados e subjetivamente pela periculosidade e intensidade dos motivos sensíveis do ofensor¹⁶⁷. Atualmente, Hörnle propõe que a gravidade do delito depende da responsabilidade objetiva (dano) e da responsabilidade subjetiva (as intenções e graus de negligência) acrescida da culpabilidade individual¹⁶⁸. Por sua vez, na doutrina anglo-americana, von Hirsch defende que a gravidade do crime tem dois elementos principais: o grau de nocividade da conduta (ou periculosidade) e a extensão da culpabilidade do agente¹⁶⁹; enquanto Duff sustenta que a gravidade do crime geralmente é considerada a partir do dano e da culpabilidade¹⁷⁰.

¹⁶⁴ TONRY, Michael. Proportionality theory in punishment philosophy: fated for the dustbin of otiosity? In: TONRY, Michael (Ed.). *Of one-eyed and toothless miscreants: making the punishment fit the crime?* Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 3.

¹⁶⁵ DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 132.

¹⁶⁶ IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Madrid: B. Rodrigues Serra, 1911, p. 303.

¹⁶⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Vol. 2. Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1799, p. 131.

¹⁶⁸ HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003, p. 36.

¹⁶⁹ VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, p. 23.

¹⁷⁰ DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 135.

Extrai-se, desse apontamento, que a instrumentalização da proporcionalidade como critério equalizador de um parâmetro valorativo da pena não exaure todas as dimensões de equivalência entre a gravidade do delito e a severidade da punição. Se o parâmetro valorativo adotado for a culpabilidade, por óbvio a pena correspondente será proporcional à culpabilidade do agente. O mesmo raciocínio se aplica caso os parâmetros sejam o dano ou a periculosidade, acarretando penas proporcionais a cada espécie de parâmetro escolhido.

Entretanto, há inúmeras situações em que a pena pode ser proporcional a um parâmetro de valor, mas mesmo assim se apresentar desproporcional à gravidade do delito, quando considerada em uma perspectiva mais ampla. Isso, porque uma pena pode se mostrar proporcional ao desvalor de conduta, mas não ao desvalor de resultado, e vice-versa. Há hipóteses em que uma conduta é extremamente reprovável, mas as consequências concretas do delito não são significativas. Por outro lado, há condutas pouco censuráveis que geram graves consequências, como normalmente ocorre em delitos culposos, em que está ausente a atribuição de dolo ao agente. Existe, ainda, situações em que a pena aplicada se mostra condizente com o grau de periculosidade do agente, mas destoante em severidade com os níveis de censura da ofensa e com a extensão da lesão produzida.

Nesse contexto, a proporcionalidade emerge como verdadeiro princípio garantidor, limitando a magnitude da sanção ao trazer consigo as demandas axiológicas derivadas das percepções sociais de justiça. Para que uma pena seja considerada proporcional à gravidade do delito, não basta que ela satisfaça a equivalência com o parâmetro valorativo regente do procedimento de individualização da pena. A incidência do princípio da proporcionalidade se justifica para limitar as dimensões axiológicas não contempladas pelo parâmetro valorativo eleito, aparando as arestas deixadas pelo pontual emprego da proporcionalidade como critério central de equalização.

Diante disso, a performance subsidiária do princípio da proporcionalidade opera de maneira semelhante ao princípio da culpabilidade na individualização da pena, uma vez que a configuração e a amplitude de ambos devem se adaptar às insuficiências axiológicas do parâmetro adotado, de modo a se almejar uma punição adequada tanto ao fundamento teleológico da pena quanto ao objetivo geral do ordenamento jurídico.

Logo, utilizando-se a periculosidade ou outro parâmetro valorativo orientado pelo risco, uma vez fixada uma pena correspondente, o princípio da proporcionalidade deve incidir para limitar a punição a patamares mais condizentes com os níveis de reprovabilidade sobre a conduta ou com a extensão da lesão. Da mesma forma, a pena fixada com base em um parâmetro

valorativo orientado pela responsabilidade pessoal deve ser limitada pelo princípio da proporcionalidade, caso a lesão ou risco de lesão não se mostrem consideráveis. Por fim, a adoção de um parâmetro valorativo orientado pela lesão não impede a limitação da punição, manejada pelo princípio da proporcionalidade, nas hipóteses em que a censura sobre o ato e o risco de cometimento de novos delitos não sejam intensos.

Nesses termos, o princípio da proporcionalidade desponta como um dos substanciais limitadores do *ius puniendi* nos sistemas penais atuais, cuja importância como critério restritivo da sanção é reconhecida, inclusive, por doutrinadores que, a exemplo de Hassemer e Zaffaroni, não identificam propósitos racionais na imposição de penas¹⁷¹.

3.2.4 Princípio da intervenção mínima

Identificado como uma das formas mais violentas de controle estatal sobre a atividade humana – senão a mais –, o direito penal conviveu, ao longo dos últimos séculos, com uma crescente crise de legitimidade, impulsionada por críticas que questionam desde a sua eficácia na prevenção de delitos até a sua justificação em termos racionais. Diante de toda insurreição promovida pelas ciências sociais, pode-se afirmar que o desenvolvimento dogmático do direito penal caminha, lado a lado, com progressivo aprimoramento das suas formas de contenção.

Acatando um paradigma liberal, uma intervenção tão drástica, como a operada pelo direito penal por intermédio da pena, só pode ser tolerada nos limites minimamente necessários para a consecução dos fins propostos pelo sistema jurídico. Dentro dessa perspectiva utilitarista, que busca os maiores benefícios sociais com os menores custos, a pretensão de eficiência impõe a necessidade de se restringir a intervenção punitiva aos menores patamares oportunos.

A par disso, o princípio da intervenção mínima emerge, conforme assevera García-Pablos Molina, como um ulterior limite político-criminal do *ius puniendi*, conferindo ao direito penal a qualidade de *ultima ratio* na solução do problema da criminalidade. Em decorrência desse princípio, extraem-se dois atributos do direito penal: a fragmentariedade, que restringe a intervenção penal aos ataques mais graves em face dos bens e interesses socialmente mais importantes; e a subsidiariedade, que condiciona a intervenção penal à ineficácia de outras

¹⁷¹ HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 228; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 241.

formas mais brandas de intervenção estatal no controle de comportamentos socialmente lesivos¹⁷².

No âmbito de contenção do poder punitivo, o princípio da intervenção mínima impõe que a pena deve ser a mínima necessária para satisfazer os objetivos propostos pelo sistema penal. Tal aspecto limitador da pena, conforme aponta Ferrajoli, foi inspirado numa ética racional de essência utilitarista, que marcou o movimento penal reformador no auge do Iluminismo, consagrado no artigo 8º da Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, que dispõe, em sua primeira parte, que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”¹⁷³.

Desde a superação do conceito natural de punição por uma concepção convencional de pena, o desenvolvimento do direito penal moderno caminhou em direção à redução da severidade das sanções aos menores patamares proficientes para a consecução dos fins penais. Partindo-se de uma perspectiva consequencialista de pena, seja motivada por objetivos preventivos de evitação de delitos ou por objetivos integradores de pacificação social, os paradigmas da Modernidade e, principalmente, da Contemporaneidade exigem um gradual abrandamento da resposta punitiva estatal. Buscam-se escalas punitivas menos rigorosas, mas que ainda se mostrem eficazes e satisfatórias à demanda punitiva vigente em cada momento histórico.

Ante a esse desígnio que move a evolução do direito penal atual, os reflexos da intervenção mínima alcançam o procedimento de individualização da pena sob a forma de princípio garantidor, que intervém limitando a resposta penal aos menores patamares necessários à obtenção dos benefícios almejados com a intervenção estatal.

Assim, o princípio da intervenção mínima se apresenta como um guia das escolhas racionais operadas pelo julgador na individualização, contribuindo para o processo de humanização as penas, ao privilegiar soluções estatais menos violentas e menos restritivas aos direitos e liberdades do cidadão. Se a individualização da pena requer a eleição de sanções necessárias para a satisfação dos objetivos imediatos do direito penal, o princípio da intervenção mínima atua diretamente nesse procedimento, orientando o juiz na busca da resolução mais

¹⁷² GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 1995, pp. 272-275.

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 363.

conveniente ao conflito. E essa adequação da resposta punitiva é permeada por uma pretensão de eficiência, programada para atingir os objetivos jurídicos com os menores custos sociais.

Se a idealização do princípio da intervenção mínima foi iluminada pelo pensamento liberal, a sua justificação é sustentada por uma premissa utilitária, motivo pelo qual o juiz, na operacionalização desse princípio, não deve se ater apenas à carga axiológica, mas também às condições empíricas que circundam sua aplicação. A administração do princípio da intervenção mínima na individualização da pena reclama um olhar atento ao ambiente que o direito penal pretende conformar, abrangendo desde a assimilação social do fenômeno punitivo até as condições concretas do sistema carcerário local.

Esse viés utilitarista congregado à essência da pena moderna impõe que a sua aplicação concreta não pode subverter os fins imediatos do direito penal. Tal preocupação já era encontrada nas clássicas lições de Francesco Carrara no século XIX, preceituando, como condição de eficácia, que a pena “*deve essere irrogata in guisa che non divenga pervertitrice del reo*”¹⁷⁴.

Resgatando, aos tempos atuais, a intelecção de que a aplicação da pena não pode trazer mais efeitos deletérios do que benéficos, Schünemann propõe uma leitura negativa do princípio distributivo da ressocialização. Considerando o insucesso empírico de se promover a ressocialização do indivíduo por meio da execução penal, principalmente quando a pena é corporificada no encarceramento, espera-se que sistema penal, ao menos, não dessocialize o apenado. Partindo-se de uma concepção protetiva do direito penal, a potencial lesão a bens jurídicos decorrente da aplicação da pena não pode ser maior do que a almejada proteção desses bens. Logo, a leitura negativa que Schünemann confere à prevenção especial positiva dita que a licitude das medidas penais com efeito dessocializador – e potencialmente lesivas a bens jurídicos – está condicionada à promoção de efeitos superiores de proteção a bens jurídicos¹⁷⁵.

Conferindo uma interpretação analítica a essas propostas de contenção dos efeitos indesejáveis da pena, conclui-se que não se tratam de fundamentos teleológicos da individualização pena, uma vez que sua função primordial não é estabelecer a finalidade imediata à pena concretamente imposta. Ao invés disso, sua natureza melhor condiz com a de um princípio garantidor, tendo em vista que incidem pontualmente para contrapor e restringir

¹⁷⁴ CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa: parte generale*. 3. ed. Lucca: Tipografia Giusti, 1867, p. 369.

¹⁷⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung. In: CORNILS, Karin; ESER, Albin (Coord.). *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*. Freiburg: Max Planck Institut, 1987, pp. 224-225.

a força dos princípios distributivos. Dessa forma, tais concepções podem se inserir no conceito do princípio da intervenção mínima para fins de individualização da pena, tendo em vista que essa missão limitadora da pena igualmente advém de relações utilitárias de custo-benefício.

Isso posto, a dimensão do princípio da intervenção mínima na individualização da pena interfere na quantidade e na qualidade da pena, limitando-as em termos de severidade em razão de uma noção de eficiência. Afinal, é indiscutível que a intervenção penal do Estado acarreta restrições aos direitos e liberdades do cidadão, além de outros efeitos deletérios – sociais e individuais – advindos da execução das penas. Em razão disso, o princípio da intervenção mínima deve atuar em duas frentes que se correlacionam: limitando a pena aos patamares minimamente necessários à consecução dos fins penais imediatos e restando as penas cujos efeitos empíricos se mostrem mais deletérios do que benéficos.

3.2.5 Princípio do *ne bis in idem*

O conteúdo essencial do princípio do *ne bis in idem* enuncia que ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato criminoso. O germe dessa proposição deriva do princípio geral da proporcionalidade, a partir da percepção de que a dupla punição se mostra desarrazoada sob égide dos padrões estabelecidos pelo senso comum. Se as expectativas sociais impõem uma pretensão de justiça à pena, uma segunda punição para o mesmo crime afetaria tais percepções, ao se revelar flagrantemente desproporcional.

Com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial dessa concepção original, o princípio do *ne bis in idem* adquiriu duas dimensões: a dimensão material, que impõe a proibição à dupla punição pelo mesmo fato, e a dimensão processual, que veda o duplo julgamento (ou persecução) em relação ao mesmo fato. Esses desdobramentos principiológicos foram positivados em diversos ordenamentos jurídicos, tanto na *civil law* quanto na *common law*, algumas vezes adquirindo status de norma constitucional, tais quais a proibição contida no parágrafo terceiro, do artigo 103, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha¹⁷⁶ e a cláusula da dupla exposição (*double jeopardy*), prevista pela quinta emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos da América¹⁷⁷.

¹⁷⁶ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 103, Abs. 3: “Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden”.*

¹⁷⁷ *Fifth Amendment to the United States Constitution: “(...) nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb (...)”.*

Delimitando as implicações da dimensão material do princípio do *ne bis in idem* à individualização da pena, deduz-se que o mesmo fato não pode gerar mais de um agravamento da pena de um mesmo indivíduo. Sendo mais preciso, o *ne bis in idem*, assumindo a função de princípio garantidor no procedimento de individualização da pena, impede que o mesmo axioma empírico seja duplamente considerado ou valorado para tornar mais severa a punição do apenado. Conforme já delimitado, entendem-se por axiomas empíricos as constatações tomadas como verdadeiras pelo juiz, a partir das provas produzidas no processo, que podem se referir a aspectos relativos tanto ao fato criminoso quanto às características pessoais do agente.

Tal enunciado, a princípio, não demanda maiores questionamentos, afinal, a proibição de se valorar a mesma circunstância mais de uma vez, durante o juízo de individualização da pena, é uma regra consensualmente aceita pela comunidade jurídica atual. Todavia, a controvérsia surge a partir da difundida opinião no sentido de que a consideração de elementos contidos na imputação do delito para agravar a pena ofenderia o princípio do *ne bis in idem*¹⁷⁸.

Apesar de respeitadas opiniões em sentido contrário, não pode prevalecer tal entendimento que impede a valoração dos elementos do injusto culpável no procedimento de individualização da pena. A refutação dessa posição teórica parte da premissa de que a sentença penal condenatória, segundo o pensamento do filósofo John Langshaw Austin¹⁷⁹, é um ato de fala complexo, elaborado com base no juízo de imputação e no juízo de individualização da pena.

Primeiramente, o juízo de imputação é o responsável pela apreciação da acusação que recai sobre o réu, subdividido em um exame factual da existência do crime e da sua autoria, e em um exame jurídico sobre o seu enquadramento legal, ou seja, se pode configurar um fato típico, antijurídico e culpável para os sistemas penais de *civil law* ou se estão presentes os requisitos de *actus reus* e *mens rea* para os sistemas penais de *common law*. Uma vez julgado procedente o juízo de imputação e proferido o decreto condenatório, passa-se ao juízo de individualização da pena, responsável pela qualificação e quantificação da sanção.

Diante dessa decomposição analítica da sentença penal condenatória, a valoração de elementos do delito para fins de determinação da pena não configura ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, afinal há apenas uma punição, justificada pelo juízo de imputação e mensurada pelo

¹⁷⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno. In: *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 15, 2011, p. 161.

¹⁷⁹ AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962, pp. 152-154.

juízo de individualização da pena¹⁸⁰. Trata-se de uma sanção singular, que depende de uma prévia autorização emanada do veredito condenatório para que, em um segundo momento, possa ser aquilatada no procedimento de individualização da pena. Ainda que o juízo de individualização da pena apresente um fundamento ontológico, sua natureza é eminentemente valorativa, pois a constatação factual é exercida pelo anterior juízo de imputação, que julga como verdadeira determinada circunstância, conferindo-lhe status de axioma empírico para a posterior determinação da sanção.

Os juízos de imputação e de individualização da pena são substancialmente distintos e suas essências podem ser melhor desvendadas a partir do estudo realizado por Carl Gustav Hempel e Paul Oppenheim, que contrapõe a lógica conceitual clássica ao apresentar a diferença entre conceitos de classe (*Klassenbegriffe*) e conceitos de ordem (*Ordnungsbegriffe*). De acordo com esses filósofos, os fenômenos individuais podem ser compreendidos, para fins analíticos, sob duas perspectivas: por meio de conceitos classificatórios, que apresentam limites bem aparentes, nos quais um determinado fenômeno pode ser incluído ou não, partindo-se de uma lógica do “tudo ou nada”; ou por meio de conceitos ordenatórios, que oferecem propriedades graduáveis, permitindo a disposição dos fenômenos individuais de acordo com a sua medida, ordenados de forma hierárquica¹⁸¹.

Tais espécies de conceitos não têm a pretensão de representar a realidade tal como ela é, uma vez que a conjuntura existencial é formada por inúmeras matizes que se alternam e se sobrepõe de modo irreduzível a teorizações absolutas. Ao invés disso, a função de tais conceitos é puramente metodológica, voltada a classificar ou a ordenar os fenômenos individuais dentro de um objetivo específico. Por esse motivo, a depender da finalidade do exame, uma mesma circunstância fática pode ser submetida tanto a uma conceituação classificatória quanto ordenatória.

A par de tal diferenciação, Radbruch trouxe o pensamento de Hempel-Oppenheim para o âmbito jurídico, ao constatar que a lei tende a se valer de conceitos classificatórios para estabelecer hipóteses de incidência normativa. O exemplo clássico dessa técnica legislativa em direito penal é a configuração de uma conduta como delito, pois um determinado fato pode ou não preencher os requisitos jurídicos para ser considerado criminoso, não existindo zonas

¹⁸⁰ FISCHER, Fernando Bardelli Silva. Ausência de *bis in idem* na valoração dos elementos do delito para individualização da pena. In: *Revista Judiciária do Paraná*, n. 20, 2020, p. 84.

¹⁸¹ HEMPEL, Carl Gustav; OPPENHEIM, Paul. *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*. Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1936, pp. 10-43.

cinzentas de quase-delitos. Entretanto, Radbruch assinala que, excepcionalmente, o legislador confere ao arbítrio judicial a adequação das consequências jurídicas ao caso concreto, tal como ocorre na individualização da pena dentro das balizas legais. Em vista disso, Radbruch entende que é correto mensurar a pena com base nos elementos do delito, pois eles podem ser graduados como conceitos de ordem na individualização da sanção, dentro dos limites estabelecidos pelos conceitos de classe¹⁸².

Os elementos constitutivos do delito – incluindo os conceitos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade nos sistemas de *civil law* e de *actus reus* e *mens rea* nos sistemas de *common law* – não são figuras estanques, mas sim conceitos graduáveis¹⁸³. Portanto, um elemento delitivo pode ser analisado pelo juízo de imputação sob uma lógica classificatória, buscando averiguar se o fato apurado constitui ou não um crime para fins jurídico-penais. Todavia, esse mesmo elemento também pode ser considerado sob uma lógica ordenatória pelo juízo de individualização da pena, para avaliar sua posição dentro de uma escala proporcional de gravidade delitiva.

Tome-se, como exemplo, a violência e a grave ameaça, que constituem elementares típicas do delito de roubo. Sua verificação é essencial para a configuração do tipo penal, dentro do método classificatório adotado pelo juízo de imputação. Contudo, a contingência do mundo real permite que essas elementares se apresentem de diversas formas e intensidades no caso concreto, sendo que sua valoração e graduação cabe ao juízo de individualização da pena. A violência típica do roubo, *verbi gratia*, pode se materializar em um simples empurrão ou em um disparo de arma de fogo causador de uma grave lesão, e o juízo de individualização da pena não pode ignorar essas nuances concretas, sob pena de ofensa à proporcionalidade.

Essa capacidade de graduação é uma qualidade observável em todos os elementos do injusto culpável, sejam eles de natureza material ou normativa. A adoção de um conceito

¹⁸² RADBRUCH, Gustav. Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico. In: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. n. 11-r3, 2009, p. 7.

¹⁸³ Neste sentido, Teixeira afirma que: “No plano do injusto, deve-se esclarecer primeiramente que os elementos ou as elementares dos tipos penais não são unidades estáticas que apenas constituem os pressupostos básicos da incriminação, mas sim conceitos graduáveis, ou seja, também constituem objeto da aplicação da pena. Isso não constitui violação da proibição da dupla valoração ou do *ne bis in idem* (...)”. Em: TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 122.

No mesmo sentido: BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito - tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002, pp. 23-24; CERESO MIR, José. *Derecho penal, parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 781-788; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 719; MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, pp. 79-81;

normativo de culpabilidade não só não impede a sua graduação, como também a facilita. Goldschmidt, um dos precursores da concepção normativa de culpabilidade, expressamente destaca a possibilidade da sua graduação para mensuração da responsabilidade na pena¹⁸⁴. Mesmo para aqueles autores que defendem que a análise da culpabilidade só pode ser exercida para fins de redução da pena¹⁸⁵, a natureza gradual do seu conceito se faz confirmada.

Ademais, a consideração dos elementos do delito para fins de individualização da punição é um dos principais fundamentos das teorias da determinação da pena proporcional ao fato, pois a severidade da pena é concebida como um corolário da gravidade da conduta externada no injusto¹⁸⁶.

Diante do exposto, a consideração de elementos do delito na individualização da pena não constitui, por si só, ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, porque não implica em dupla punição e nem em duplo agravamento da punição. Tal assertiva se funda nos propósitos diversos do juízo de imputação e do juízo de individualização da pena, pois enquanto o primeiro se vale de conceitos classificatórios para justificar a punição, o segundo utiliza conceitos ordenatórios para mensurar a punição. São juízos de valor distintos, orientados por métodos diferentes e perseguindo resultados diversos.

Analogicamente, um sujeito pode se ver diante de um objeto e ser questionado se “aquela cadeira é bela?”. Tal indagação demanda dois juízos sucessivos. O primeiro é um juízo descritivo, ou seja, com base no uso da expressão “cadeira”, o sujeito irá verificar se aquele objeto corresponde aos consensos gramaticais sobre o conceito de cadeira¹⁸⁷. Constatado que aquele objeto é uma cadeira, parte-se para uma segunda análise, relativa a um juízo estético sobre a propriedade “beleza” atribuída à cadeira. Assim como os elementos do objeto (encosto, pés, material, etc.) são considerados para defini-lo como tal (cadeira), a avaliação sobre esses mesmos elementos pode interferir no senso estético (beleza). De forma semelhante, o

¹⁸⁴ GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002, pp. 124-125.

¹⁸⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003, pp. 68-76.

¹⁸⁶ GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 95-115; HÖRNLE, Tatjana. *Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes*. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposium der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart”*. Berlin: de Gruyter, 2010, pp. 105-137; STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 71-73; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 179-181.

¹⁸⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. In: *Tratado lógico-filosófico / Investigações filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, pp. 388-390.

juízo preponderantemente descritivo para averiguar se determinada conduta se adequa ao conceito de delito e demanda a aplicação de uma pena. Confirmada a primeira proposição, um juízo preponderantemente ético irá avaliar o quão grave ou perigosa foi a conduta, buscando uma pena adequada ao caso concreto. Logo, os elementos do delito podem ser apreendidos tanto para caracterizá-lo quanto para aquilatar a sua correspondente punição.

Entendimento contrário, vedando a valoração dos elementos do delito para a mensuração da sanção, relegaria do procedimento de individualização da pena a principal fonte de aferição da gravidade do delito, subordinando-a à sorte da influência de fatores periféricos à prática delitiva. Se o direito penal, mediante a aplicação da pena, visa alguma finalidade útil, os principais reflexos sociais do crime – como as ofensas diretas a bens e interesses – não podem ser ignorados na determinação da pena, por uma questão de coerência funcional.

Há hipóteses, entretanto, em que as consequências naturais da prática criminosa coincidem com o resultado jurídico do delito, apresentando-se como requisitos necessários para a consumação delitiva. Isso ocorre, por exemplo, em relação à morte da vítima no delito de homicídio ou à avaria nos delitos de dano e de lesão corporal. Nesses casos, a isenção dessas consequências – ínsitas ao tipo penal – na individualização da pena não deriva da vedação ao *bis in idem*, mas sim da ausência de reprovação, de lesão ou de risco adicionais que justifiquem um agravamento da sanção. Tais axiomas empíricos, sendo fatores necessários para a configuração do delito, por si só não conferem uma gravidade adicional ao fato a ponto de demandar uma variação na pena. O que condiciona o recrudesimento da sanção são os níveis concretos de afetação desfavorável que se mostrem acima do padrão convencional.

Outra controvérsia doutrinária versa sobre o agravamento da pena em decorrência do histórico de condenações criminais anteriores e a vedação à dupla punição. Nesses casos, em verdade, não haveria uma segunda punição em relação aos crimes já julgados, mas sim uma condição especial que permeia a prática delitiva e a torna mais gravosa sob a perspectiva jurídico-penal. Valendo-se de um parâmetro valorativo orientado pela responsabilidade pessoal, tal qual a culpabilidade, pode-se justificar um acréscimo na punição em decorrência do maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, uma vez que ele apresentava uma consciência alargada da ilicitude do ato e das consequências jurídicas, e mesmo assim optou por agir de forma contrária à norma. Por sua vez, adotando-se um parâmetro valorativo orientado pelo risco, o acréscimo de punição se justifica na periculosidade do agente, que mesmo submetido à anterior medida penal, voltou a reincidir.

A despeito de tais ressalvas quanto ao seu alcance, o princípio do *ne bis in idem* continua exercendo um papel fundamental na individualização da pena. Sua incidência ocorre internamente ao procedimento de individualização, impedindo que o mesmo axioma empírico seja duplamente valorado e considerado para fins de agravamento da sanção. Ou seja, tal princípio veda que a mesma circunstância fática fundamente mais de um aumento na punição, influenciando diretamente na seleção, pelo julgador, dos fatores relevantes à individualização da pena.

B – INDIVIDUALIZAÇÃO COMUNICATIVA DA PENA

1 A ESSÊNCIA COMUNICATIVA DA PENA

A teoria comunicativa compreende o direito como um sistema de comunicação institucionalizado, cuja função primordial é promover a pacificação social pela regulação da conduta humana¹⁸⁸. Para ordenar a sociedade, o sistema jurídico dispõe de unidades elementares denominadas normas jurídicas, que são proposições linguísticas destinadas a orientar as ações em sociedade.

A norma jurídica, por sua vez, origina-se de uma decisão jurídica, cujo conceito compreende as leis, os atos normativos e as decisões judiciais. Tais decisões jurídicas, em sentido amplo, nada mais são do que atos de fala que materializam o direito por meio de textos prescritivos. Portanto, o direito pode ser concebido como uma forma de linguagem e o significado das normas jurídicas depende da reconstrução hermenêutica operada no contexto em que o sistema jurídico está inserido¹⁸⁹.

Entendendo as decisões jurídicas como atos de fala complexos, tem-se que a pena, sob o ponto de vista sistêmico, é uma norma deôntica que advém de um texto jurídico, seja prescrita abstratamente em lei ou concretamente em uma decisão judicial. Logo, tanto a previsão de penas em abstrato cominadas no preceito secundário da norma penal quanto a pena individualizada em uma sentença são expressões geradas em atos de fala.

Partindo-se da premissa de que toda decisão judicial tem um caráter comunicativo, não há como negar que tal qualidade se mostra mais evidenciada em determinadas espécies de decisões, dentre as quais a sentença penal condenatória assume uma posição de significativo destaque. Seja qual for a finalidade da pena vislumbrada – retribuição, prevenção ou integração – fica manifesta a sua função expressiva, afinal a consecução dos objetivos penais depende de a capacidade da mensagem punitiva influenciar o comportamento dos destinatários da norma. Conforme observa Ingeborg Puppe, “a condenação de um delinquente também é, além de outras coisas, um ato de comunicação ante ao autor e à generalidade”¹⁹⁰.

¹⁸⁸ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*. Barueri: Manole, 2005, pp. 1-18.

¹⁸⁹ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*. Barueri: Manole, 2005, pp. 1-18.

¹⁹⁰ PUPPE, Ingeborg. *El derecho penal como ciencia: método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2018, p. 135.

A sentença penal condenatória, sob a perspectiva da teoria dos atos de fala de John L. Austin¹⁹¹, apresenta um caráter performativo que vai muito além da mera enunciação linguística referente à constatação da prática de um crime e da sua autoria. Como ato de fala complexo, o texto da sentença penal não se limita a narrar uma situação fática, mas realiza uma verdadeira ação de condenar, expressando todo o juízo de censura que recai sobre o ato criminoso perpetrado pelo condenado. Assim sendo, em uma mesma sentença penal é possível encontrar procedimentos locucionários que constataam e descrevem fatos juridicamente relevantes, e procedimentos ilocucionários que realizam ações de censurar e de condenar, expressando juízos de desaprovação social e alterando a situação jurídica do réu.

Mas não é só isso, pois a sentença penal condenatória também se apresenta como um ato perlocucionário, uma vez que o seu enunciado expressado na punição carrega a intenção de produzir efeitos sobre os interlocutores, dentre os quais se incluem a sociedade, a vítima e o próprio condenado. Se o direito penal almeja uma finalidade pragmática apta a gerar efeitos concretos, evitando a prática de novos delitos ou promovendo a pacificação social, a consecução de tais objetivos depende da força perlocucionária que a imposição de pena exerce em face dos destinatários da norma penal.

Todavia, o sucesso do processo comunicativo depende não só da forma como a mensagem é expressada, mas também da maneira como tal mensagem é apreendida pelo destinatário. Ou seja, a felicidade perlocucionária da sentença penal condenatória, que visa efeitos persuasivos ou integradores, está condicionada à recepção e à internalização do fenômeno punitivo pelos indivíduos em sociedade.

Por isso, muito além de um mero instituto jurídico, a pena deve ser compreendida como um fato social¹⁹², que produz repercussões empíricas a partir das percepções gerais sobre o fenômeno punitivo. O mesmo contexto social que a pena pretende conformar é o elemento que lhe atribui sentido, pois o ato sancionatório é finalisticamente estéril se desvinculado do componente simbólico que o define.

Em virtude de uma série de contingências históricas, a dogmática penal se desenvolveu de modo relativamente independente entre os países do sistema de *civil law* e de *common law*, principalmente a partir do início do século XIX. Enquanto na tradição anglo-americana a natureza da pena adquiriu um relevante destaque nos estudos de direito penal, na tradição

¹⁹¹ AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962.

¹⁹² PAVARINI, Massimo. *Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014, pp. 110-111.

germânica a teoria da pena amargou um papel marginal, tendo o seu desenvolvimento subordinado aos preceitos emanados da teoria do delito¹⁹³. Tal discrepância ocorre porque o direito penal anglo-americano é pensado a partir da ideia de punição, ao passo que o direito penal continental europeu é pensando a partir do conceito de delito. Em razão disso, as construções dogmáticas de *common law* tendem a admitir, com mais naturalidade, a interferência de elementos morais na pena, pois há uma maior busca pelo entendimento da punição como ela é. Por outro lado, a maioria das teorias da pena da tradição de *civil law* costuma atribuir um caráter consequencialista à punição, despida de adereços morais, pois o enfoque não está na pena como ela é, mas sim na pena como ela deve ser. Não por acaso, a função preventiva da pena é amplamente dominante na doutrina continental europeia, enquanto a função retributiva encontra significativa repercussão na doutrina anglo-americana atual.

Todavia, a despeito das disputas dogmáticas sobre a finalidade e a justificação da pena, a compreensão social do fenômeno punitivo se desenvolve de maneira independente das formulações teóricas construídas no âmbito jurídico. Ainda que a doutrina alemã atribua à pena finalidades e justificações diversas das atribuídas pela doutrina inglesa, é muito provável que um cidadão de Berlim perceba o fenômeno punitivo de maneira muito semelhante a um cidadão de Londres. Isso é explicável, pois a punição é uma realidade presente em todas as sociedades ao longo da história e anterior à experiência jurídica. Ainda que o direito tenha se apropriado da punição, reivindicando ao Estado o seu monopólio, não é possível redefinir completamente a sua essência, mas apenas racionalizar a sua aplicação e abrandar os seus efeitos, de modo a lhe conferir contornos mais humanitários.

À vista disso, as construções teóricas não podem ignorar que a pena é um fato social, que transcende a esfera jurídica a partir do momento em que a sua aplicação envolve um processo comunicativo. O reconhecimento da natureza expressiva da pena permite compreendê-la como um fenômeno sujeito às regras de uso e de apreensão próprias dos jogos de linguagem. Essa nova abordagem amplia os horizontes de cognição do fenômeno punitivo, na medida em que confirma a inexorável intercessão de aspectos metajurídicos no procedimento de individualização da pena.

A intelecção da pena limitada em uma perspectiva intrassistêmica, adstrita ao âmbito teórico-jurídico e alheia à percepção social, deprecia a sua capacidade de conformação da

¹⁹³ FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law: American, comparative, and international*. Volume one: foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 244-262.

realidade, tendo em vista que não dialoga com o ambiente que pretende regular. Em oposição a essa linha de pensamento, emerge o dever de considerar aspectos ontológicos, axiológicos e sociológicos na individualização da pena, uma vez que se trata de um processo comunicativo tridimensional, envolvendo sujeito, valor e contexto.

Se a pena é um fato social, os seus conceitos e fundamentos estão entrelaçados a aspectos linguísticos, muitos deles advindos de concepções e valorações profanas de uso cotidiano. Portanto, o sentido da pena tem natureza intersubjetiva e deve ser extraído do processo comunicativo estabelecido entre o Estado e os demais interlocutores da resposta penal, dentre os quais se encontram os apenados, as vítimas e a sociedade.

1.1 Tridimensionalidade moral da pena

É possível afirmar, com um considerável grau de segurança, que o direito caminha lado a lado dos valores morais compartilhados em comunidade, de modo que os princípios jurídicos que regem um ordenamento jurídico são reflexos dos ideais historicamente consolidados em determinada sociedade. Não há como dissociar o sistema jurídico dos valores fulcrais que inspiraram a criação dos Estados modernos e nem ignorar a influência que os processos comunicativos cotidianos exercem na atribuição de significado às normas jurídicas e comportamentais.

No âmbito do direito penal, em razão de toda violência institucional que lhe é atrelada, o reconhecimento da influência de valores morais nos institutos jurídicos sempre se mostrou controvertido. Embora a experiência jurídica de *common law* aponte para uma maior aquiescência em relação à interferência valorativa no direito penal, tal admissão se mostra muito mais tormentosa na tradição de *civil law*. Ao longo da história, a dogmática alemã – cuja influência reverbera em todos os sistemas jurídicos submetidos à experiência de *civil law* – apresentou uma cíclica resistência ao reconhecimento de elementos morais no direito penal.

As primeiras refutações a aspectos morais já eram encontradas na escola clássica de direito penal, inclusive no pensamento de Feuerbach, que propunha uma separação entre o âmbito jurídico e o âmbito ético, sustentando que a pena não deve ter por objetivo ou fundamento a retribuição e o melhoramento moral, pois tal função é atinente à expiação¹⁹⁴.

¹⁹⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847, p. 40.

Posteriormente, essa dissociação se mostrou ainda mais enérgica no auge do cientificismo da escola positivista, a ponto de von Liszt afirmar que “a ciência termina onde começa a metafísica”, para então conferir à pena um fundamento exclusivamente protetivo e alheio a valores morais¹⁹⁵. O prestígio dessa linha de pensamento ainda reverbera, em certa medida, em parte da escola funcionalista atual, evidenciado na reafirmação do caráter consequencialista da pena e no rechaço da tutela penal de aspectos puramente morais¹⁹⁶.

Essa negativa, por grande parte da doutrina germânica, de elementos morais no direito penal se explica tanto pela pretensão de lhe atribuir um status de ciência, ainda que jurídica, quanto pelo empenho de se harmonizar a pena e os elementos do delito a uma finalidade exclusivamente protetiva do direito penal. Ademais, há sempre a preocupação – legítima – de se evitar a criminalização de condutas puramente imorais, mas que não ofendem concretamente outros bens jurídicos¹⁹⁷.

Finalmente, a atual dogmática alemã tende a recusar o manejo da pena e do direito penal com fins de melhoramento moral do indivíduo, embora tal objetivo correccional – ainda que incongruente – era aceito como legítimo pela escola positivista¹⁹⁸. Por outro lado, independentemente da controvérsia envolvendo o tema¹⁹⁹, são frequentes os posicionamentos de autores anglo-americanos defendendo que o direito penal, por meio da pena, pode promover o aprimoramento moral do condenado²⁰⁰.

Apesar de toda a controvérsia doutrinária envolvendo a assimilação de elementos morais pelo direito penal, é inconteste que toda individualização da pena demanda a realização de um juízo de valor para se determinar uma punição adequada ao caso concreto. E por mais

¹⁹⁵ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, p. 67.

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, pp. 52-71.

¹⁹⁷ Refutado a validade constitucional da teoria dos bens jurídicos (*Rechtsgutslehre*), Stuckenberg cita a decisão da Corte Constitucional Alemã (BVerfGE 120, 224) que ratificou, em 2008, a constitucionalidade do tipo previsto no § 173 (2) StGB, que criminaliza o incesto entre irmãos. De acordo com a decisão, apenas a Constituição pode limitar a discricionariedade do legislador na escolha dos interesses penalmente protegidos e a teoria do bem jurídico é uma construção dogmática, que não encontra assento constitucional. Em STUCKENBERG, Carl-Friedrich. The constitutional deficiencies of the German Rechtsgutslehre. In: *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 3, n. 1, 2013, pp. 31-41.

¹⁹⁸ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, p. 112.

¹⁹⁹ GREEN, Leslie. Should Law Improve Morality? In: *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 7, n. 3, October 2013, pp. 473-494.

²⁰⁰ Neste sentido: DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 91; MORRIS, Herbert. A paternalistic theory of punishment. In: *American philosophical quarterly*, Vol. 18, n. 4, October 1981, pp. 264-265; VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, p. 19.

meticuloso que seja um ordenamento jurídico, é indispensável que o julgador se socorra de valores extrassistêmicos para avaliar a gravidade do fato criminoso. Pode-se, todavia, discutir a amplitude da ingerência de valores morais no direito penal, mas há um conteúdo moral mínimo na pena que não deve ser menosprezado. Por isso, o estudo de elementos morais na pena não é uma questão de admissão ou não, mas sim uma questão de reconhecimento, pois a consciência da extensão do seu influxo no sistema punitivo permite uma melhor administração e um maior controle dos seus efeitos.

Diante da inafastável cognição de um conteúdo moral mínimo na pena, é possível identificar que a abertura sistêmica a elementos valorativos metajurídicos opera de modo tridimensional em relação à pena, manifestando-se nos seus planos estrutural, legitimante e referencial²⁰¹.

1.1.1 Dimensão estrutural

Há tempos, os juristas – principalmente anglo-americanos – vêm se debruçando na busca de um conceito de pena que abarque todos os seus atributos essenciais. Diferentemente de se debater a função da pena, a definição da natureza da pena requer a identificação das suas características intrínsecas que a distingue de outros institutos jurídicos. Ou seja, o sentido jurídico da pena requer uma imersão em sua dimensão estrutural, voltada a desvelar as propriedades específicas que a definem como tal.

Hart, em uma célebre descrição, identifica a pena a partir da conjunção dos seguintes requisitos: (i) deve envolver sofrimento ou outras consequências normalmente consideradas desagradáveis; (ii) deve ser imposta para ofensas contra normas legais; (iii) deve ser em face de um ofensor pelo seu delito; (iv) deve ser intencionalmente administrada por pessoas diversas do próprio ofensor; (v) deve ser imposta e administrada por uma autoridade constituída por um sistema legal²⁰².

A primeira condição apresentada por Hart, qual seja a infligência de sofrimento ou consequências desagradáveis, é o predicado da pena que a doutrina comumente denomina de

²⁰¹ FISCHER, Fernando Bardelli Silva. A pena como manifestação das intuições sociais de justiça In: *Direito, justiça & sociedade: estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná*. Curitiba: Clássica, 2021, pp. 591-599.

²⁰² HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008, pp. 4-5.

“tratamento duro” (*hard treatment*)²⁰³. A pena, essencialmente, é um castigo, cuja reprimenda passa pela imposição de uma resposta que cause desde um dessabor até uma severa aflição na pessoa do condenado. Como a medida da punição está necessariamente vinculada ao seu grau de severidade, mensurado pelo tempo e pela intensidade do castigo, a pena sempre representará uma medida indesejada sob a perspectiva do apenado.

A segunda e a terceira condições podem ser resumidas como a característica que estabelece que a pena deve ser imposta em face do ofensor pelas suas ofensas a normas legais. Tal ditame, ao mesmo tempo em que personaliza da punição na figura do agente, impedindo a transcendência dos seus efeitos deletérios, também delimita a natureza da ofensa às violações de normas legais. Por fim, as duas últimas condições previstas por Hart relacionam a imposição da pena a uma autoridade legal.

Contudo, o conceito analítico de pena proposto por Hart não se mostra suficiente para distinguir, de forma exauriente, a pena de demais sanções e institutos de natureza extrapenal impostos compulsoriamente pelo Estado²⁰⁴. Nos sistemas jurídicos contemporâneos, há uma vasta previsão de sanções de natureza civil ou administrativas que podem ser aplicadas em face do cidadão, em razão de alguma violação da norma legal. As multas de trânsito são um exemplo clássico de sanção estatal por violação normativa, cuja natureza jurídica é reconhecidamente alheia ao direito penal.

De forma semelhante, a vinculação à aplicação por uma autoridade, por si só, não basta para identificar a pena, já que outras medidas compulsórias, conforme já citado, podem ser administradas pelo Estado. Aliás, certos sistemas punitivos contemporâneos extrapolam a figura dos Estados nacionais, como é o caso de alguns tribunais penais internacionais. Em tempos atuais, a configuração dos sistemas democráticos exige que a imposição concreta de penas advenha de um tribunal ou de um órgão vinculado ao Poder Judiciário.

Finalmente, nem mesmo o tratamento duro é suficiente para distinguir a pena das outras formas de intervenção estatal compulsórias. Essa assertiva se mostra possível, pois, na prática, muitas medidas estatais extrapenais se mostram significativamente gravosas ao cidadão, a ponto de superarem em severidade muitas das sanções penais. O internamento compulsório, o

²⁰³ DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 82; FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 113; TONRY, Michael. Proportionality theory in punishment philosophy: fated for the dustbin of otiosity? In: TONRY, Michael (Ed.). *Of one-eyed and toothless miscreants: making the punishment fit the crime?* Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 20; VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, p. 19.

²⁰⁴ FLETCHER, George P. *Basic concepts of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 33-35.

serviço militar obrigatório e o imposto, a título de exemplo, podem ser deveras mais rigorosos do que, respectivamente, o cumprimento de pena em regime aberto, a pena de prestação de serviços à comunidade e a pena pecuniária.

Graças à contribuição da corrente neorretribucionista anglo-americana, principalmente a partir da década de 70 do século passado, que se evidenciou um elemento empírico da pena que a distingue de outras formas de intervenção estatais, qual seja o seu caráter expressivo. Na sua obra intitulada “*The expressive function of punishment*”, Feinberg assevera que a pena é um instrumento convencional de manifestações de indignação e de julgamentos de reprovação²⁰⁵.

As teorias expressivas da pena que sucederam essa obra foram responsáveis por consolidar a percepção do perfil censor da pena, derivado da não aquiescência social que recai sobre o ato criminoso perpetrado pelo ofensor. Além do tratamento duro que decorre da sua execução, a pena carrega consigo a mensagem simbólica de desaprovação moral, advinda do juízo de reprovabilidade que lhe é inerente.

De acordo com os teóricos que reconhecem tal função expressiva, a pena pode ser compreendida como um sistema complementar de censura social que, a partir do tratamento do condenado como um agente moral, oferece-lhe a oportunidade de perceber o grau de reprovação sobre a sua conduta²⁰⁶. Tem-se, portanto, que a qualidade expressiva da pena integra o seu processo comunicativo, transmitindo juízos de censura moral provenientes das convenções sociais reativas ao fenómeno criminal.

Eis a manifestação do conteúdo moral mínimo da pena na sua dimensão estrutural, pois as expressões de desaprovação social presentes no processo comunicativo são elementos essenciais que integram o conceito de pena, distinguindo a sanção penal de outras medidas interventivas estatais de natureza compulsória.

A força da censura moral manejada pelo Estado por meio da pena adquire significativa importância no processo de reintegração exercido pelo sistema penal, na medida em que pode contribuir para a redução da demanda punitiva, a ponto de Braithwaite propor que o enfraquecimento do controle social moralizador pode gerar um hiato punitivo propenso a favorecer a emergência de Estados policiais mais repressivos e controladores²⁰⁷.

²⁰⁵ FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 113.

²⁰⁶ DUFF, R. Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 87 e 113; VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, p. 12.

²⁰⁷ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, pp. 181-186.

O poder simbólico da pena decorrente da sua carga censora explica o motivo pelo qual a maioria dos investigados em processos criminais prefere aceitar propostas de institutos negociais despenalizadores, tais como acordos de não persecução penal e suspensões condicionais do processo, ainda que tais equivalentes funcionais se mostrem, na prática, mais severos do que as possíveis penas cominadas nas hipóteses de condenação²⁰⁸. Essas opções se explicam, em grande parte, pelo intento dos investigados de se esquivarem dos estigmas – muitos deles de ordem moral – advindos do decreto condenatório penal. Carregar a letra escarlate que simboliza a sujeição a uma pena pode ser, em muitos casos, um fardo mais pesado do que o cumprimento de uma medida alternativa despenalizadora.

Toda pena expressa um juízo de reprovação e a mesma censura moral que integra a sua estrutura também lhe confere distinção em relação a outros institutos jurídicos que igualmente impõem medidas estatais compulsórias. A pena, como resultado de um processo comunicativo, também ostenta um caráter simbólico, cuja função – que não se resume às pertinentes críticas ao direito penal puramente simbólico²⁰⁹ – exerce um significativo papel em relação à consecução dos objetivos preventivos e integradores almejados pelo sistema penal.

1.1.2 Dimensão legitimante

O fundamento dos Estados democráticos contemporâneos, forjados pelo espírito iluminista que inspirou as revoluções liberais do século XVIII, encontra-se na soberania popular, que submete as escolhas e os rumos estatais à confluência com a “vontade geral”, ou seja, o poder conferido ao Estado – por meio de uma ficção contratualista – deve ser exercido em nome e em benefício dos interesses comuns dos cidadãos, como expressão do princípio da

²⁰⁸ Dentre os equivalentes funcionais da pena contemplados pelo sistema processual penal brasileiro, destacam-se o acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, e a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95. Ambos oferecem a possibilidade da extinção da punibilidade sem julgamento do mérito mediante o cumprimento de condições apresentadas pelo órgão acusador, tais como prestações de serviços à comunidade e prestações pecuniárias. O acordo de não persecução penal, de forma mais abrangente, requer, como um dos requisitos para a sua proposta, que a pena mínima do crime investigado seja inferior a quatro anos, ao passo que para a suspensão condicional do processo a pena mínima deve ser igual ou inferior a um ano. Ocorre que o sistema penal brasileiro, via de regra, estabelece o regime prisional aberto para condenados a penas privativas de liberdade iguais ou inferiores a quatro anos, sem a imposição de outros encargos adicionais. Na prática, em razão da falta de estrutura estatal, o cumprimento de pena em regime aberto se assemelha a um regime de liberdade parcamente vigiada e, mesmo assim, é frequente a opção dos investigados pelos equivalentes funcionais.

²⁰⁹ O intitulado “direito penal simbólico”, alvo de severas críticas por parte da doutrina, refere-se à administração do sistema penal de forma ineficaz em relação às suas propostas oficiais, manipulando a opinião pública para satisfazer a demanda punitiva e justificar o discurso punitivo como um instrumento guarnecedor da política. Em HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 230.

autodeterminação dos povos²¹⁰. Justamente a fim de garantir a supremacia da soberania popular, é que a maioria das democracias atuais adotou o modelo de divisão de poderes do Estado, inspirado no pensamento de Montesquieu²¹¹, que reparte as funções estatais em prol de um equilíbrio entre forças, de modo a evitar a deturpação dos governos.

Dentre os três poderes que compõem a maior parte dos Estados democráticos contemporâneos, o Poder Judiciário é aquele que, tradicionalmente, apresenta um maior déficit democrático quando comparado ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. O primeiro fator que explica a carência de representatividade popular ínsita ao Poder Judiciário está relacionado à forma de escolha dos seus membros, que, na maioria dos sistemas estatais, não decorre de processos eletivos pelo voto popular. Quando a investidura no poder jurisdicional não está submetida à deliberação direta dos cidadãos, tal como ocorre nos sistemas em que os juízes são selecionados por meio de concursos públicos ou são nomeados por deliberação dos outros poderes, um maior distanciamento entre a sociedade e o Poder Judiciário é, por si só, presumindo.

Todavia, o déficit democrático que aflige o Judiciário também é consequência da orientação técnico-jurídica adotada nas decisões judiciais, tornando-as, muitas vezes, fora do alcance cognoscível do senso comum. Embora o direito seja concebido como um instrumento de controle do comportamento humano que opera mediante um processo comunicativo, o arrebatamento da interlocução por meio do uso da linguagem jurídica usurpa o poder de dizer o direito – que deveria ser do povo –, entregando-o aos interesses de um grupo restrito de intérpretes.

Na concorrência pelo monopólio de dizer o direito que ocorre no âmbito jurídico, muitas vezes o discurso técnico é utilizado para justificar decisões que em nada se aproximam da busca do bem comum. Nesse domínio de hegemonia jurídica, segundo Pierre Bourdieu, o formalismo participa na eficácia simbólica do direito racional e o desvio entre a visão do profano e do especialista jurídico “nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder”, de modo que a “lógica imanente dos textos jurídicos” pode estar a serviço dos interesses dos grupos dominantes²¹².

²¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2000, pp. 39-40.

²¹¹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2006, pp. 165-175.

²¹² BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989, pp. 211-242.

Não há como vislumbrar a democraticidade das decisões judiciais sem considerar o papel do jurista na revelação do direito por meio da reconstrução hermenêutica do texto jurídico. Por esse motivo, nem sempre o consenso obtido por especialistas é capaz de contemplar o princípio democrático, já que a falta de transparência das motivações jurídicas e a inacessibilidade da linguagem do direito à população obstaculizam a discussão geral, comprometendo a obtenção de um consenso alargado²¹³.

A legitimidade da pena está condicionada à satisfação da pretensão de validade, que só pode ser obtida mediante a submissão das suas justificações argumentativas ao processo de discussão, buscando um reconhecimento intersubjetivo do discurso jurídico. Para que o agir comunicativo enunciado na pena alcance um entendimento comum – satisfazendo os níveis de correição, verdade e sinceridade – é necessário um acordo intersubjetivo entre os interlocutores do processo comunicativo²¹⁴.

A problemática, no entanto, reside no fato de que o processo comunicativo de determinação pena não envolve apenas juristas, uma vez que também participam da interlocução os destinatários da norma penal, ou seja, todos aqueles que a mensagem contida na pena pretende alcançar. Assim, quando se busca um consenso em relação à norma punitiva, apto a lhe conferir validade, não se pode afastar da equação o fator social, incluindo todos os seus atores, desde os ofensores até os ofendidos.

O estágio civilizatório atual impõe, como condição de legitimidade da norma jurídica, a observância de certo grau de democraticidade, não só em relação à sua forma de concepção, mas também em relação à sua recepção pelo corpo social. Conforme observa Hespanha, “o direito deve traduzir as aspirações e expectativas generalizadas da sociedade”, refletindo a sensibilidade comum de modo mais consensual e estabilizador²¹⁵. O direito atual não pode renunciar o seu caráter pluralista e democrático, ao passo que o seu reconhecimento generalizado é condição imprescindível para a promoção da estabilização das expectativas sociais.

E é nesse ponto que se revela a segunda dimensão moral da pena, pois a recepção aos valores compartilhados em sociedade é a chave que permite que a punição administrada pelo

²¹³ HESPANHA, António Manuel. *O direito democrático numa era pós-estatal: a questão de política das fontes do direito*. Amazon Publishing (Kindle Edition), 2018.

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, 1: racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 532.

²¹⁵ HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 13-16.

Estado adquira legitimidade democrática. Ainda de acordo com as lições de Hespanha, o direito democrático é orientado por valores partilhados pela generalidade das pessoas, valores esses retirados das regras práticas da vida comunitária²¹⁶.

Dessa forma, a interpenetração de valores sociais na pena, através de aberturas sistêmicas, permite a satisfação da sua pretensão de validade, na medida em que promove um reconhecimento geral da norma penal por meio de um consenso alargado, que extrapola a esfera do jurídico e alcança todo o tecido social. Com isso, há um resgate da vontade geral no processo comunicativo que envolve a pena, conferindo-lhe legitimidade pela admissão de elementos valorativos retirados das relações sociais, de forma a contribuir para a estabilização das expectativas gerais.

Isso posto, esses mesmos valores que conferem legitimidade à pena mediante o reconhecimento social no processo comunicativo, também são determinantes para lhe conferir eficácia. Afinal, a pena, como ação comunicativa, tem o seu efeito perlocucionário vinculado à maneira de recepção da mensagem penal pelos destinatários da norma. E uma pena em consonância com os valores partilhados em sociedade tende a ser melhor recepcionada, por ser mais consensual e estabilizadora das expectativas comuns.

Qualquer que seja a finalidade comunicativa conferida à pena – integradora ou preventiva –, a felicidade dos seus objetivos está intimamente relacionada à capacidade de assimilação do seu preceito pelo jurisdicionado. Conclui-se, então, que a pena está duplamente condicionada a elementos morais de natureza metajurídica, tanto no seu plano de validade quanto no seu plano de eficácia.

1.1.3 Dimensão referencial

Ao longo dos tempos, o fenômeno criminoso sempre esteve associado a um juízo de reprovação, orientado por alguma tábua de valores adotada por aqueles com autoridade para julgar os desvios de comportamento. Essa referência valorativa pode mudar de sociedade para sociedade, oscilando através do tempo e do espaço ao sabor de uma série contingente de fatores que podem ser de ordem histórica, cultural, econômica, geográfica, dentre outras. A influência da referência valorativa na reprovação do crime explica a razão pela qual uma mesma espécie

²¹⁶ HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 51-52.

de ofensa pode ser punida com diferentes graus de severidade, a depender do local e da época do seu julgamento.

Um exemplo que bem ilustra a transformação que a referência de valor exerce sobre a desaprovação criminosa está nas diferentes percepções do estupro e da sedução trazidas por Asad. Segundo esse autor, na Grécia antiga, onde o casamento era relevante para a continuidade da família e do seu patrimônio, a sedução – entendida em seu significado cotidiano – era considerada um crime mais grave do que o estupro, pois representava a captura do afeto de uma mulher em desrespeito ao homem a quem ela supostamente pertenceria²¹⁷. Por outro lado, nas sociedades ocidentais da atualidade, em que os valores liberais exercem significativa ascendência sobre o comportamento humano, a sedução entre adultos é plenamente aceita como um reflexo da liberdade de escolha de um parceiro romântico, ao passo que o estupro representa uma hedionda e intolerável violação à liberdade sexual da pessoa. Comparando a sociedade grega antiga com as sociedades ocidentais atuais, é possível perceber que a sedução e o estupro afetam as expectativas sociais de forma diversa e tal oposição é fruto dos referenciais valorativos vigentes em cada cultura.

Tal passagem demonstra que o direito penal nunca se emancipou da ingerência axiológica de fatores de natureza metajurídica e mesmo com a transição de um direito medievo – assentado nos costumes e na autoridade divina – para um direito moderno – justificado como fruto da razão humana – não houve em uma efetiva renúncia à influência de valores morais, mas apenas uma substituição da referência sacra pela referência liberal, em nome dos interesses da classe que emergia ao poder. A pretensa secularização do direito penal, embora tenha contribuído para o desenvolvimento de garantias do cidadão e de limitações ao poder punitivo impostas pela necessidade de justificação interna²¹⁸, não extirpou a afluência de valores morais em seu conteúdo, ainda que tais valores estejam positivados – e velados – sob a forma de valores jurídicos²¹⁹.

A determinação da pena, seja ela legal ou judicial, é historicamente subordinada a elementos valorativos de natureza moral, que conferem substrato para as aferições da gravidade

²¹⁷ ASAD, Talal. Free speech, blasphemy, and secular criticism. In: *Is critique secular?* Blasphemy, injury, and free speech. Berkeley: University of California, 2009, p. 31.

²¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 210-211.

²¹⁹ Segundo Bobbio, com a formação do Estado moderno, “o direito estatal-legislativo se tornou o critério único e exclusivo para a valoração do comportamento social do homem”, pois o Estado se tornou “o único portador dos valores morais, desautorizando e substituindo a Igreja”. Em BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 226.

da conduta perpetrada pelo ofensor e da severidade da punição que deve ser imposta como resposta a tal ofensa. Essa relação é constatada por Habermas, que afirma que a categorização das penas pode ser entendida como escalonamento jurídico-dogmático do conteúdo moral, pois os suportes elementares do direito penal – as condutas delitivas – são tidos como moralmente reprováveis. Tal imigração de conteúdos valorativos de ordem extrassistêmica não implica na moralização do direito penal, mas apenas na tradução de princípios morais para a linguagem jurídica²²⁰.

Nenhum sistema penal é erigido de maneira completamente alheia à influência de conteúdos morais, por mais complexo e idealizado que seja, uma vez que sempre haverá a necessidade de se recorrer a juízos de valor, sejam orientados por uma perspectiva do ser ou do dever ser. Mesmo nos sistemas punitivos voltados à proteção de bens jurídicos, considerados sob uma ótica transcendente, a importância conferida a cada bem é extraída dos juízos morais, já que a ordem jurídica não é capaz, por si só, de justificar a preponderância de uma espécie de interesse jurídico sobre a outra. Se, de modo geral, a ofensa à vida é punida de maneira mais severa do que a ofensa ao patrimônio e se a ofensa à liberdade sexual é punida de maneira mais severa do que a ofensa ao domicílio, o tratamento desigual dispensado pelo direito a esses bens jurídicos tem sua explicação nos diferentes graus de importância que lhes são socialmente conferidos.

Há modelos penais de cunho preventivo-integrador, cuja proposta de individualização da pena anseia se aproximar, ao máximo possível, de uma perspectiva normativa pura. Nesses modelos, baseados na prevenção geral positiva, os objetivos penais estão voltados à proteção da lei, reestabelecendo contrafaticamente as expectativas normativas quebradas com a prática delitiva²²¹. A par desse escopo, Frisch defende a possibilidade de a individualização da pena se pautar na verificação de uma maior ou menor dimensão de questionamento à norma, apoiando-se, principalmente, em aspectos subjetivos do agente²²². Contudo, diante da ausência de hierarquia entre normas penais incriminadoras, a adoção de um modelo normativo puro não justificaria internamente o incremento na severidade punitiva a ofensas materiais graves (tais quais o homicídio, o genocídio, o estupro, etc.) quando a incidência concreta dessas violações normativas não se mostre elevada. Ademais, ainda que se adote tal perspectiva de proteção

²²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996, pp. 205-206.

²²¹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pontes, 1997, pp. 8-19.

²²² FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema del delito en transformación. In: *InDret*, n. 3, Jul 2014, pp. 19-20.

normativa, o risco de violação empiricamente verificado continua sendo o parâmetro valorativo, o que demanda, de qualquer modo, um juízo metajurídico do grau de perigo de novas violações.

Em virtude dessa dependência referencial, os sistemas penais contam com aberturas sistêmicas que permitem a intercessão de elementos valorativos de natureza metajurídica no procedimento de individualização da pena. Tais fatores morais, de origem extrassistêmica, encontram o seu principal ponto de intersecção com a esfera jurídica quando convertidos nos fundamentos axiológicos da individualização da pena. Considerando que a individualização da pena implica em um inafastável juízo de valor e que o sistema jurídico não é capaz de positivizar todas as diretrizes de julgamento, é forçoso que o juiz recorra aos referenciais de essência metajurídica na busca pela determinação de uma punição adequada ao caso concreto.

Dentre as aberturas sistêmicas que integram os fundamentos axiológicos e conferem a alma do modelo punitivo, os parâmetros valorativos são os mais significativos vetores de incorporação de elementos morais nos juízos de individualização da pena. Independentemente do guia de orientação dos parâmetros valorativos (lesão, responsabilidade ou risco), sempre haverá a necessidade de uma referência axiológica de origem metajurídica para integrar o juízo que determina a sanção.

Não há, por exemplo, como se avaliar a reprovabilidade de uma conduta sem se socorrer à linguagem profana, pois reprovação é um termo essencialmente mundano, impregnado de cargas morais que dependem do contexto social para que possam exprimir o seu sentido. De igual forma, a periculosidade de uma conduta e a dimensão de uma lesão só podem ser aquilatadas a partir de um juízo de valor contextualizado, que considere as conjunturas factuais que exprimem a valia dos interesses que se quer tutelar e o impacto do seu eventual perecimento.

Ainda que termos como “culpabilidade” e “*blameworthiness*” sejam eminentemente jurídicos, os seus significados só adquirem completude a partir de uma intersubjetiva noção de censura sobre o objeto em julgamento. A reprovação, como produto final de uma sentença, pode ostentar roupagem jurídica, porém o seu conteúdo advém dos julgamentos cotidianos enraizados no subconsciente coletivo. O direito penal é capaz de elencar todas as condutas que são reprováveis sob um ponto de vista estritamente jurídico, mas para se mensurar o grau de reprovabilidade é indispensável o amparo em valores de ordem extrassistêmica.

Ademais, a influência de referências metajurídicas nos fundamentos axiológicos da individualização da pena não se esgota nos parâmetros valorativos, uma vez que os princípios garantidores também foram concebidos a partir de um amplo espectro de tradições morais. A

base principiológica que limita a eficácia do direito penal, conforme assevera Dworkin, tem sua origem em valores morais historicamente consolidados em sociedade²²³. Observa-se, por exemplo, que muitos princípios garantidores, tais como a legalidade e a intervenção mínima, foram concebidos a partir dos ideais liberais que forjaram os Estados de direito da era contemporânea.

Logo, mesmo que as sentenças penais sejam rotineiramente fundamentadas a partir de argumentações tipicamente institucionais, cuja justificação remete às normas jurídicas, o recurso a referências morais é indispensável para o enfrentamento de questões substantivas, sejam elas deontológicas ou consequencialistas. Ainda que o formalismo da argumentação jurídica encubra a ingerência valorativa externa no processo de decisão²²⁴, o caráter moral do julgamento se faz presente quando entram em cena conceitos cujos sentidos só podem ser alcançados mediante o emprego de uma linguagem cotidiana.

Não há dúvida que o homicídio é um comportamento juridicamente reprovável e essa conclusão pode ser facilmente extraída do dispositivo legal que tipifica tal conduta. Do mesmo modo, existe um consenso no sentido de que as penas devem observar um critério de proporcionalidade e essa diretriz pode ser justificada à luz de princípios jurídicos. Entretanto, como se mede o grau de censura sobre determinado homicídio ou como se avalia se determinada pena é proporcional à gravidade do delito, se conceitos como “censura” e “gravidade” estão impregnados de cargas axiológicas que transcendem os domínios do direito?

Mesmo para Kelsen, que formulou sua teoria pura do direito de modo independente da ingerência moral, a interpretação judicial dentro da moldura da norma jurídica é um ato voluntário de criação que extrapola a esfera do direito positivo, tendo sua referência em “normas de moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões do bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.”. Ou seja, segundo seu entendimento, a interpretação cognoscitiva do direito positivo pelo órgão julgador se combina com um ato de vontade apoiado em normas metajurídicas, como a moral e a justiça²²⁵.

Ainda que se discorde do livre voluntarismo kelseniano conferido ao juiz no preenchimento das aberturas sistêmicas, não há como escapar da referência metajurídica no processo de decisão judicial. Conforme já ressaltado, toda individualização da pena implica,

²²³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, pp. 12-13.

²²⁴ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 124-138.

²²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 392-395.

necessariamente, em um juízo de valor, tanto para potencializar os objetivos imediatos do direito penal quanto para limitar a eficácia punitiva em nome de outros interesses socialmente relevantes. Sendo assim, novamente os valores morais se fazem presentes no conteúdo da pena, desta vez na sua dimensão referencial, conferindo o indispensável substrato valorativo para o juízo de individualização da sanção.

1.2 Pena como expressão das percepções sociais de justiça

A intelecção da tridimensionalidade moral da pena define a observância de duas premissas da individualização da pena: a primeira dita que a determinação concreta da pena depende da execução de um juízo de valor pelo julgador e a segunda impõe que a apreensão da pena como justa pelos destinatários da mensagem punitiva é condição de validade e de eficácia da norma penal no caso concreto.

Entretanto, se o procedimento de individualização da pena reclama um juízo de valor e se o sistema penal não é capaz de ofertar todos os referenciais axiológicos necessários para satisfazer os parâmetros valorativos, qual deve ser a pauta de valores a orientar o juiz na deliberação da sanção adequada?

A solução para essa pergunta forçosamente relaciona as duas premissas da individualização da pena, de modo que a tábula valorativa empregada pelo juiz deve ser aquela que satisfaça a pretensão de justiça necessária para legitimação e efetivação da resposta punitiva, dentro dos processos comunicativos estabelecidos entre o Estado e os jurisdicionados.

Cumprir pontuar, todavia, que a atual alusão a preceitos morais em matéria penal não está relacionada à moral em sentido estrito, de busca pelo virtuoso, mas sim, tal como distingue Vives Antón, à moral como pretensão de justiça extraída dos processos comunicativos sociais, pois “*la justicia es el valor central de todo ordenamiento*”²²⁶. Nesse sentido, Gregorio Robles, ao classificar as decisões judiciais como “decisões intrassistêmicas”, esclarece que tais atos de fala concretizam o processo de dizer o direito não só pela comunicação intrassistêmica, mas também possibilitam o debate extrassistêmico, na medida em que a incorporação de elementos axiológicos ao texto jurídico materializa os valores de justiça contidos na Constituição²²⁷.

²²⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011, pp. 372 e 489.

²²⁷ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*. Barueri: Manole, 2005, p. 6.

Diante desse quadro, há três opções de referenciais valorativos à disposição do juiz para atender à pretensão de justiça exigida no processo comunicativo da individualização da pena, de modo a lhe conferir validade e eficácia. Assim, ao integrar os fundamentos axiológicos da individualização da pena, o juiz pode se valer ou de ideais de justiça extraídos da filosofia moral, ou de percepções de justiça extraídas da sociedade, ou das suas próprias convicções e intuições pessoais sobre o que é justo. As fontes valorativas extrassistêmicas são essas apresentadas e não há outras alternativas de referenciais de valor, uma vez que, conforme já explanado, o ordenamento jurídico não entrega um aporte axiológico suficiente e precisa dispor de aberturas sistêmicas para a concretização adequada da pena.

Os realistas afirmam que são as convicções e intuições pessoais do julgador que conferem os referenciais valorativos de justiça orientadores das decisões judiciais, mesmo que tais julgamentos estejam justificados em argumentos jurídicos²²⁸. Considerando que as decisões de individualização da pena dependem de referenciais extrassistêmicos, não há como negar a plausibilidade do discurso realista quando confrontado com a prática jurídica. Mas ainda que os juízes tendam, de maneira intuitiva, a se valer das percepções pessoais de justiça em seus julgamentos, o desvelamento da dependência de valores metajurídicos, explicitando essa necessidade como algo intrínseco ao procedimento de individualização da pena, pode acarretar a busca pela correção dos critérios particulares de decisão.

É evidente que as intuições pessoais do juiz são um guia problemático para a consecução dos efeitos desejados com a aplicação da pena, pois além de não conferirem a devida segurança jurídica em virtude da diversidade de ideologias que inspiram os magistrados, esses referenciais valorativos padecem de uma deficiência crônica de legitimidade democrática. Afinal, a forma de ascensão à carreira da magistratura demonstra que, em sua grande maioria, os juízes advêm de camadas sociais mais privilegiadas e as suas convicções pessoais nem sempre representam os interesses plurais de uma sociedade²²⁹.

Entretanto, como essa legitimidade democrática é vital tanto para a validade quanto para a eficácia perlocucionária da resposta penal, a adequação dos referenciais valorativos em nome de uma consensualidade alargada pode vir a ser do interesse dos julgadores. A conscientização dos juristas acerca dos déficits de eficácia das decisões baseadas no voluntarismo permite o

²²⁸ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 142-144.

²²⁹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989, pp. 241-242.

engajamento geral em prol da substituição da subjetividade do intérprete pela intersubjetividade democrática.

Por isso, é importante a refutação do referencial valorativo baseado nas percepções pessoais do julgador, já que a materialização da incômoda resposta penal não pode ficar ao sabor de decisionismos pouco confiáveis e incompatíveis com o processo de justificação racional. Se os julgamentos de valor são inevitáveis em muitas decisões jurídicas, conforme observa Alexy, essa “tomada de decisão deveria (deveria no ponto de vista jurídico) ser orientada por julgamentos de valor moralmente corretos”²³⁰.

A diretriz elementar dos Estados democráticos de direito não permite a assunção de um voluntarismo irrestrito na eleição do referencial de valor utilizado para individualizar a pena, pois a observância do princípio democrático impõe a busca pela consensualidade no processo comunicativo de efetivação das normas jurídicas. O acordo intersubjetivo – que confere validade e eficácia à norma aplicada ao caso concreto – só é alcançado quando a pena se orienta por referenciais reconhecidos como legítimos pelos interlocutores da expressão penal.

Uma alternativa que se apresenta, capaz de admitir um relativo grau de consensualidade, ainda que adstrita ao meio jurídico, é a utilização de um referencial deontológico, que extrai da filosofia moral os valores mestres do procedimento de individualização da pena. Assim, tal qual ocorre com o princípio do merecimento deontológico, o conceito metafísico de justiça se apresenta como guia valorativo das deliberações judiciais que buscam determinar a punição adequada ao caso concreto²³¹.

O ideal de justiça, como imperativo categórico, proporciona o substrato capaz de preencher os parâmetros valorativos integrantes do fundamento axiológico da individualização da pena, conferindo segurança – ao menos em tese – ao sistema penal, na medida em que se coloca acima das vicissitudes relativistas. Essa disposição de oferecer um princípio de justiça pretensamente universal e independente, apoiado em valores revelados pela filosofia moral, confere ao referencial deontológico um certo potencial de estabilização das expectativas por meio de um reconhecimento vertical de sua legitimidade.

A moral kantiana, entendida como um princípio universal apriorístico à razão humana, estabelece máximas de conduta independentemente de condições empíricas, pois os imperativos não derivam da experiência, mas sim da racionalidade. Nesse modelo valorativo

²³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 22.

²³¹ ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 9.

apresentado pela filosofia moral, a justiça que orienta o processo de decisão tem natureza metafísica, idealizada em uma ética formal universalmente válida e livre de influências passionais²³².

A grande vantagem do referencial deontológico é a segurança jurídica que ele oferece, uma vez que se acode a padrões valorativos pretensamente perenes e universais, desprendido de heteronomias de natureza empírico-social que podem variar de acordo com a época e a cultura local. Com isso, esse referencial de valor, ao menos sob o ponto de vista teórico, mostra-se liberto das inconsistências e da fragilidade da irracionalidade humana.

Em contrapartida, o referencial deontológico é acometido por três consideráveis disfunções de ordem prático-teóricas. A primeira problemática na adoção do referencial deontológico como substrato de valor dos fundamentos axiológicos da pena se encontra na impraticabilidade da conversão de um ideal transcendental de justiça em quantidade e qualidade concretas de punição.

De acordo com as reflexões filosóficas de Derrida, enquanto o direito é construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis, o que permite o seu progresso histórico, a justiça não é desconstrutível, por ser uma experiência aporética que não se garante por uma regra. Em vista disso, esse filósofo aponta a distinção entre os conceitos de justiça e de direito, pois enquanto a justiça é “infinita, incalculável, rebelde às regras, estranha à simetria, heterogênea e heterotrópica”, o direito – como sistema de prescrições regulamentadas e codificadas – é um “dispositivo estabilizável, estatutário e calculável”²³³. E notadamente nessa intangibilidade da ideia de justiça é que se encontra o principal obstáculo para sua mensuração voltada à individualização da pena. Se a justiça é incalculável e irreduzível em um sistema de graduação, então a sua funcionalidade como referencial valorativo para fins de determinação concreta da sanção se mostra prejudicada.

A segunda controvérsia que envolve a aplicação de um referencial deontológico reside na eleição de valores morais transcendentais para pautar a aplicabilidade do direito penal como norma prática reguladora de comportamentos e impositiva de punições, considerando todo o rigor e a violência inerentes à resposta penal. A tábula de valores conferida pela filosofia moral não está necessariamente vinculada aos comportamentos que determinada sociedade – de fato – endossa e pratica, ou seja, não corresponde à moralidade social ou positiva. Ao invés disso, o

²³² KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Ícone, 2005, p. 79.

²³³ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 26-41.

referencial deontológico se apoia em valores pretensamente universais, inspirados em concepções metafísicas de justiça ou em formulações utilitárias voltadas à noção superior de bem comum, próprias da dimensão do “dever ser” que fundamenta a moralidade ideal ou crítica²³⁴.

O problema é que, a partir do momento em que o direito penal se utiliza da moralidade ideal ou invés da moralidade social como referencial valorativo, entra em questão a possibilidade de a lei buscar um aprimoramento moral dos indivíduos por meio do sistema punitivo²³⁵. Ou seja, com a utilização de *standards* morais transcendentais, que não guardam estrita relação com as práticas sociais vigentes, o sistema penal deixa de perseguir a mera manutenção dos valores dominantes socialmente compartilhados e passa a impor, de maneira vertical, uma evolução comportamental da sociedade.

Aqui não se contesta a possibilidade de o Estado incentivar ou desestimular determinadas práticas sociais mediante políticas públicas ou atuação legislativa, de modo que muitos comportamentos indesejados e, ainda assim, difundidos em sociedade podem ser inibidos por meio de diversos institutos, tais como campanhas educacionais, aumento da tributação, aplicação de multas e sanções administrativas, dentre outros.

Entretanto, o recurso a uma pauta valorativa baseada em padrões críticos para primordialmente orientar a individualização da pena não se coaduna com o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal. Se as normas de direito penal assumem uma qualidade de *ultima ratio* e a pena avoca a missão de controle social do intolerável²³⁶, apenas efetivas perturbações sociais podem justificar a intervenção pelo sistema punitivo. Logo, o emprego de referenciais deontológicos extrapola o domínio da simples reprovação social, na medida em que baseia o grau de punição em uma moralidade idealizada.

Perante tal consideração, dentro dos fundamentos axiológicos da individualização da pena, a utilização de referenciais deontológicos pode ser admitida para orientar os princípios garantidores, cuja função é refrear o poder punitivo em nome de outros valores considerados importantes para o sistema jurídico. Não há nenhuma objeção principiológica em se conter o rigor do direito penal em nome de ideais de liberdade, igualdade, justiça e respeito à condição humana, baseados em uma ética formal.

²³⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Law, liberty, and morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963, pp. 17-24.

²³⁵ GREEN, Leslie. Should Law Improve Morality? In: *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 7, n. 3, October 2013, pp. 466-472.

²³⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 15-17.

Contudo, a utilização de referenciais deontológicos como substrato dos parâmetros valorativos da individualização da pena, que são os principais regentes da determinação concreta da sanção penal, é capaz de conduzir o direito penal em direção a uma compulsória reforma moral da sociedade, que não necessariamente acarretaria uma efetiva promoção do bem comum. Nesse panorama, há sempre o risco de desvirtuamento do sistema punitivo em nome de uma reivindicação pelo virtuoso, conferindo um caráter moralizante ao direito penal que, aí sim, mostra-se consideravelmente pernicioso.

Finalmente, a terceira disfunção prático-teórica apresentada pela adoção do referencial deontológico envolve a sua eficácia consequencialista, principalmente no que diz respeito à capacidade integradora. Conforme já pontuado, a pena está duplamente vinculada à forma de sua apreensão pelo tecido social, tanto em relação à dimensão de validade quanto à dimensão de eficácia. Assim, quando mais distante estiver a pena dos padrões comunitários de justiça, menos consensual ela será e, conseqüentemente, menor será o seu viés utilitarista dentro do processo comunicativo que se estabelece. De acordo com as observações de Robinson, a eficácia no controle delitivo é comprometida na medida em que a distribuição de responsabilidade se afasta das percepções comunitárias sobre o “*just desert*”, uma vez que tais desvios minam a credibilidade moral do sistema punitivo perante a população²³⁷.

Ainda que seja possível a obtenção de certo grau de consenso entre os especialistas com a aplicação do referencial deontológico, uma vez que o padrão de justiça é apoiado em fundamentadas razões extraídas da filosofia moral, a consensualidade alargada só é obtida quando esse padrão se aproxima das noções de justiça compartilhadas em sociedade. O efeito perlocucionário da pena só atinge a sua plenitude quando transcende a esfera jurídica e alcança todos os interlocutores do processo comunicativo, para então promover a devida conformação do comportamento humano almejada pelo direito penal²³⁸.

Por conta disso, uma verdadeira individualização comunicativa da pena deve se pautar em uma tábua de valores socialmente reconhecidos, de modo que o referencial valorativo adotado reflita as aspirações gerais de justiça. Só assim a potencialidade perlocucionária da pena pode ser satisfeita, pois uma punição que se coadune com a sensibilidade comum é mais

²³⁷ ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 114.

²³⁸ De acordo com Muñoz Conde, “*la norma penal no crea, en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad*”, de modo que “*la norma penal sólo puede tener eficacia motivadora si va acompañada en la misma dirección por otras instancias sociales motivadoras*”. Em MUÑOZ CONDE, Francisco de. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundacion Universitaria de Jerez, 1985, pp. 37-38.

apta a transmitir a mensagem desejada, de modo a melhor promover os fins preventivos e pacificadores perseguidos pelo direito penal.

Pode-se questionar, todavia, se a pluralidade das sociedades atuais permite a consecução de consensos alargados em matéria penal. Primeiramente, a característica subsidiária do direito penal – que restringe o seu âmbito de intervenção apenas às ofensas mais graves aos interesses mais relevantes – é capaz de selecionar a orientação axiológica do sistema penal para que as ofensas criminalizadas correspondam aos comportamentos profundamente reprovados em sociedade. Não é qualquer interesse que merece a tutela penal e nem qualquer ofensa que requer uma resposta punitiva, mas apenas aquelas ações e omissões consideradas intoleráveis dentro de padrões valorativos amplamente compartilhados. Sendo assim, a própria natureza subsidiária do direito penal proporciona uma maior consensualidade em relação à sua esfera de atuação, dado que o controle comportamental exercido por meio da pena está limitado à aquiescência do senso comum e o traço de *ultima ratio* atua como um filtro para contemplar apenas condutas socialmente intoleráveis.

O segundo ponto chave para essa questão diz respeito a uma relativa consensualidade advinda das intuições sociais de justiça. Embora a quantidade de pena adequada ao caso concreto seja um tema que proporciona profundos desacordos, mesmo quando adstrito ao domínio de juristas, os níveis de reprovação de comportamentos concretos estão mais suscetíveis a alcançarem consensos alargados.

Confirmando essa premissa, Robinson e Darley afirmam que estudos empíricos demonstram que julgamentos humanos sobre graves violações são mais influenciados por processos intuitivos do que por processos racionais²³⁹. Assim, é possível observar uma maior uniformidade em relação à intensidade de desaprovação social que recai sobre determinadas condutas delitivas, justamente porque tais juízos de valor, diferentemente do que ocorre com a medida da pena, advêm das intuições sociais de justiça.

Ao realizarem um estudo sobre as falhas no julgamento humano, Kahneman, Sibony e Sunstein buscaram identificar as causas dos ruídos, ou seja, os motivos pelos quais há tanta disparidade em relação ao conteúdo dos julgamentos em diversas áreas, inclusive nos julgamentos criminais de determinação de penas. Segundo os autores, o ato de emitir

²³⁹ “People widely share intuitions about whether a given offense is more or less serious than another offense, but people and societies may disagree about what the punishment for the most serious offense will be”. Em DARLEY, John M; ROBINSON, Paul H. Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy. In: *81 Southern California Law Review* 1, 2007, p. 9.

juízes determinam o tempo de prisão adequado para um crime, indicam um valor em uma escala”. O problema é que os processos de julgamento, principalmente os avaliativos, são menos formais do que parecem e bastante influenciados por questões intuitivas. E muitos ruídos são resultado de um problema de adaptação de escalas. Embora as percepções sobre a gravidade do delito possam ser preponderantemente intuitivas, há uma natural dificuldade na tradução de tal gravidade para uma escala de penas, pois as pessoas – de modo geral – contam com poucas orientações sobre os limites punitivos e sobre casos-ancoras que poderiam servir como ponto de referência para embasar uma avaliação comparativa²⁴⁰.

Adotando um ponto de partida semelhante, Moore defende que as instituições punitivas, dentre as quais está o direito penal, são concebidas em razão das respostas intuitivas sobre justiça observáveis nas pessoas. Por conta disso, a responsabilidade penal pelo mal causado estaria justificada epistemologicamente no princípio geral de justiça, uma vez que esse princípio moral melhor explica os julgamentos particulares realizados em sociedade e se mostra mais coerente com as demais crenças morais existentes²⁴¹.

Embora essas teorias baseadas em intuições sociais de justiça sejam pensadas a partir de modelos predominantemente retributivos, é possível bem utilizar o critério social para qualquer outro modelo penal, em virtude da inevitável dependência valorativa inerente ao procedimento de individualização da pena. Mesmo em sistemas punitivos justificados na prevenção, o parâmetro valorativo orientado pelo risco se socorre de percepções sociais para aquilatar a dimensão do perigo de novas condutas criminosas e a quantidade de proteção demandada.

Assim sendo, qualquer que seja a finalidade da pena adotada, todos os parâmetros valorativos – sejam eles orientados pelo risco, pela lesão ou pela responsabilidade – podem se referenciar nas percepções sociais de justiça. O referencial empírico, fundando nos princípios de justiça derivados da sensibilidade comum, é apto a conferir o substrato axiológico necessário para satisfazer qualquer parâmetro valorativo da individualização da pena. Afinal, critérios normativos – como periculosidade, culpabilidade, dano, qualidade de vida, dentre outros –

²⁴⁰ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Oliver; SUNSTEIN, Cass R. *Noise: a flaw in human judgment*. New York: Little, Brown Spark, 2021, pp. 42-54 e 169-180.

²⁴¹ MOORE, Michael S. The moral worth of retribution. In: *Responsibility, character, and the emotions: new essays in moral psychology*. Cambridge: Cambridge University, 1988, pp. 179-219.

admitem uma mensuração à luz de juízos de valores metajurídicos revelados por investigações sociais²⁴².

Somente a partir a eleição do referencial empírico como substrato axiológico da individualização da pena, fundando nas percepções sociais de justiça e nos valores fundamentais compartilhados em sociedade, é possível alcançar um consenso alargado sobre a adequação da punição, de modo a satisfazer as pretensões de legitimidade democrática e de eficácia perlocucionária do processo comunicativo da norma penal²⁴³.

Tal referencial se mostra qualificado para orientar não só os parâmetros valorativos, mas também os princípios garantidores, uma vez que esses institutos jurídicos que impõem limites ao poder punitivo são igualmente inspirados nos valores morais superiores que moldaram os ordenamentos jurídicos contemporâneos e são amplamente assimilados e aceitos pelas sociedades atuais²⁴⁴. Noções de proporcionalidade, equidade e responsabilidade estão enraizadas no consciente coletivo e os institutos jurídicos principiológicos, do mesmo modo, podem se valer de tais percepções para restringir o *ius puniendi*.

A pretensão de justiça é um valor dominante no sistema jurídico e, ao contrário do inalcançável ideal metafísico de justiça, pode ser materializada por meio de consensos obtidos na comunicação entre o Estado e seus jurisdicionados. Conforme observam Toulmin, Rieke e Janik, os juízos jurídicos devem expressar as necessidades e aspirações da comunidade, tendo em vista que os indivíduos esperam que as decisões judiciais, inclusive as de natureza criminal, ecoem a “demanda geral de justiça”²⁴⁵.

A adoção de um referencial valorativo partilhado pela generalidade de pessoas, ao invés de um referencial adstrito a um círculo de especialistas, permite que a aceitação comunitária da resposta penal seja mais consensual, uma vez que tais valores expressam regras práticas do cotidiano. Com isso, a norma jurídico-penal aplicada ao caso concreto tende a ser mais estável e, ao mesmo tempo, mais estabilizadora, notadamente porque o seu conteúdo é melhor percebido e entendido pelos seus destinatários. Busca-se, assim, não só um consenso constitutivo em relação à elaboração da norma penal, mas também um consenso ratificativo por

²⁴² ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 9-10.

²⁴³ Segundo Lon Luvois Fuller, “*Law is a product of human effort, and we risk absurdity if we try to describe it in disregard of what those who brought it into being were trying to do*”. Em FULLER, Lon Luvois. *Anatomy of the law*. New York-Washington-London: Frederik Praeger, 1968, p. 160.

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, pp. 12-13.

²⁴⁵ JANIK, Allan; RIEKE, Richard; TOULMIN, Stephen. *An introduction to reasoning*. 2. ed. New York: Macmillan Publishing, 1984, p. 284.

meio do reconhecimento generalizado da adequação da pena, não irritando a sensibilidade comum e estabilizando as expectativas sociais²⁴⁶.

Além de conferir maior legitimidade democrática ao procedimento de individualização da pena, o que consolida a dimensão de validade da punição determinada, o referencial de valor fundado nas percepções sociais de justiça apresenta um incremento na capacidade consequencialista da pena, uma vez que o controle do delito e a estabilização social estão muito mais relacionados às impressões comunitárias de que se está fazendo justiça do que à observância de um ideal metafísico de justiça²⁴⁷. Por um lado, há um reforço na credibilidade do sistema penal ao corresponder às expectativas gerais de justiça e, por outro lado, o reconhecimento da pena como justa pelos destinatários da mensagem estatal substancia o seu efeito perlocucionário, de modo a corroborar o caráter utilitarista da punição. E nessa relação comunicativa, não se ignora a figura do condenado, que passa a ser tratado como um agente moral, de modo a lhe proporcionar a compreensão da desaprovação social sobre seu ato²⁴⁸.

Sendo assim, ante à inevitável ingerência axiológica na dinâmica da individualização da pena, das três opções de referenciais valorativos apresentadas, o preceito baseado nas percepções sociais de justiça se mostra o mais idôneo para contemplar a potencialidade comunicativa da pena, tanto na dimensão de validade – constituída por pretensões de verdade, correção e veracidade – quanto na dimensão de eficácia²⁴⁹.

1.3 A finalidade comunicativa da pena

Pena é linguagem e a função expressiva da pena se faz presente na necessidade de transmissão da resposta estatal aos destinatários da norma penal, seja qual for o objetivo mediato ou imediato vislumbrado com a imposição de uma punição. Quanto a essa qualidade, Duff vai além, ao propor que muito mais do que uma mera função expressiva focada na figura do emissor (Estado), a pena exerce uma efetiva função comunicativa ao considerar a figura do

²⁴⁶ HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático: prospectivas do direito no século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 52, 65 e 118.

²⁴⁷ ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 113-114.

²⁴⁸ DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 85-87; VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, p. 18.

²⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pp. 484 e 532.

destinatário, pressupondo a presença de agentes racionais em todos os polos do processo de interlocução²⁵⁰.

Mas a função comunicativa da pena não é um fim em si mesmo, pois tal predicado linguístico é apenas um meio – indispensável – para se atingir objetivos específicos do direito penal ou, até mesmo, finalidades gerais de todo o ordenamento jurídico. Todavia, a multiplicidade de funções, finalidades (mediatas ou imediatas) e justificações que envolvem a pena, o sistema penal e o sistema jurídico gera uma série de antinomias no procedimento de determinação da sanção.

A complexidade do quadro que se apresenta impõe problemáticas de ordem teóricas e práticas de difícil solução, uma vez que além dos atributos e efeitos (desejados e indesejados) empiricamente verificados na pena estatal, há a necessidade de justificar a punição sob o ponto de vista racional. Se isso ainda não bastasse, tenta-se adequar a finalidade ou as finalidades da pena aos fins do direito penal e, quiçá, ao objetivo geral de todo o ordenamento jurídico. Pode-se facilmente perceber que a compatibilização desse conglomerado de atributos, objetivos e funções não é uma tarefa fácil, a ponto de a história do direito penal carregar um eterno embate dogmático e filosófico acerca das finalidades e justificações da pena²⁵¹.

A disputa discursiva entre posições preventivas e retributivas alcançou tanto a esfera de justificação quanto a esfera de determinação da pena, de modo que a dicotomia entre pena útil versus pena justa se apresenta como uma controvérsia que recai sobre todos os estágios do sistema punitivo. Enquanto as propostas preventivas entregam uma sólida justificação consequencialista, a utilização de um critério essencialmente utilitário para a individualização da pena cabalmente perturba as noções gerais de justiça. Por outro lado, a dificuldade de justificação prática de uma pena retributiva é compensada por um modelo de individualização da sanção extremamente intuitivo e adequado à sensibilidade comum²⁵². Em razão desse antagonismo quase insuperável, surgem alguns modelos que apregoam a possível disjunção entre a justificação do sistema penal e as diretrizes reitoras da individualização da pena²⁵³.

²⁵⁰ DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 80.

²⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 41-42.

²⁵² PAVARINI, Massimo. *Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014, p. 103-110.

²⁵³ FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing: the moral limits of the Criminal Law*, Vol. 4. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 148; FLETCHER, George P. *Rethinking criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 419; HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008, pp. 8-11.

Entretanto, a discussão sobre a questão penal não pode permanecer adstrita ao campo teórico de racionalização do processo punitivo, uma vez que toda pretensão prática da pena requer a consideração de fatores empíricos, pois, antes de mais nada, está-se diante de um fato social. Se o instituto jurídico da pena ambiciona conformar a realidade, a apreensão do fenômeno punitivo pelos indivíduos é fundamental para se alcançar algum sucesso sob o ponto de vista concreto. Ou seja, não há como se conceber a pena de forma desvinculada do fator humano.

A inteligência de qualquer sistema de regras de conduta, incluindo os sistemas normativos jurídico-penais, é visceralmente dependente do contexto social no qual a ordenação está inserida. Essa premissa foi confirmada por um estudo sobre a lei primitiva em comunidades nativas das ilhas Trobriand, na Melanésia, realizado na década de 1910 pelo antropólogo Bronisław Malinowski. Observando os sistemas de leis elementares dessas comunidades remotas, concluiu-se que a regra de comportamento não é imposta por meio de fatores indiscriminados, como o simples medo da punição, mas sim por uma rede de “incentivos psicológicos e sociais muito complexos” que determinam a observância normativa²⁵⁴.

Em que pese ao relevante aporte que a teoria econômica do direito penal ofereceu ao estudo da pena²⁵⁵, a compreensão do fenômeno punitivo não deve estar adstrita à concepção do ser humano como um ator movido por escolhas puramente racionais, governadas apenas pela lógica de cálculos probabilísticos sobre ganhos e perdas. Isso ocorre porque, de modo geral, os indivíduos não pautam suas condutas a partir de rígidos modelos baseados em uma ética kantiana ou em um raciocínio utilitarista²⁵⁶. Ao invés disso, o psicólogo Paul Bloom sugere que os julgamentos morais normalmente derivam de vagas intuições, regras práticas e respostas emocionais, razão pela qual a demanda punitiva também é motivada por desejos de vingança acrescidos de empatia²⁵⁷.

²⁵⁴ MALINOWSKI, Bronisław Kasper. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília: Editora UNB, 2003, pp. 18 e 94.

²⁵⁵ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: *Essays in the economics of crime and punishment: human behavior and social institutions*. New York: Columbia University Press, 1974, pp. 1-54; POSNER, Richard A. An economic theory of the criminal law. In: *Columbia Law Review*, Vol. 85, n. 6, Oct 1985, pp. 1193-1231.

²⁵⁶ BARTELS, Daniel M.; PIZARRO, David A. The mismeasure of morals: Antisocial personality traits predict utilitarian responses to moral dilemmas. In: *International Journal of Cognitive Science*, n. 121, 2011, pp. 154-161.

²⁵⁷ BLOOM, Paul. *O que nos faz bons ou maus*. 2. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2014, pp. 109 e 118.

Embora a dogmática penal moderna busque afastar o fundamento da pena de qualquer referência à ideia vingativa²⁵⁸, cumpre ao sistema jurídico, quando avoca para si o monopólio do poder punitivo, dirimir os conflitos sociais de modo a promover a devida estabilização das expectativas gerais. E a consideração de uma multiplicidade de fatores empíricos, incluindo aqueles de ordem irracional, visando a melhor administração da demanda punitiva, por si só, não torna a resposta estatal igualmente irracional. Os objetivos pacificadores do direito penal não podem ignorar a natureza humana na construção de uma solução adequada, já que é plenamente possível a concepção de uma pena justificada em bases racionais para aplacar pulsões individuais e coletivas, limitando a violência social.

A prática do delito gera uma perturbação social. Os níveis de abalo social causados pelas condutas delitivas podem variar, a depender de fatores como: a relevância dos interesses ou bens jurídicos ofendidos, a extensão da lesão ou do perigo de lesão, o grau de reprovação da conduta e os fatores pessoais do agente que indiquem uma maior periculosidade. De qualquer modo, tal perturbação social sempre será significativa, tendo em vista que o caráter fragmentário do direito penal, como corolário do princípio liberal da intervenção mínima, circunscreve a atuação punitiva apenas nas hipóteses de ofensas mais graves aos interesses mais importantes.

Em decorrência da perturbação gerada pelo delito, naturalmente surgem demandas sociais de duas grandes ordens: reivindicações sociais por justiça e reivindicações sociais por segurança. Invariavelmente, tanto as exigências de uma punição justa do ofensor quanto as exigências de aplicação de medidas preventivas voltadas à evitação de novos delitos surgem do corpo comunitário e são direcionadas ao Estado, afinal ele é o detentor do monopólio do poder punitivo.

Caso o ente estatal se mantenha inerte diante da prática delitiva ou caso sua resposta seja insuficiente, haverá uma quebra das expectativas sobre a validade da norma e um abalo na confiança geral sobre as instituições públicas, em especial sobre o sistema penal. Ademais, a eventual deficiência da resposta penal, que expõe a incapacidade do Estado em resolver o conflito, pode gerar um aumento da violência social em busca da satisfação das exigências de justiça e de segurança. Se há uma quebra da confiança sobre o sistema jurídico e a norma penal já não apresenta a mesma força estabilizadora das expectativas comportamentais, é esperado

²⁵⁸ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, pp. 81-90.

que a exclusividade estatal sobre *ius puniendi* seja questionada e a violência privada passe a ser uma alternativa viável para aplacar as demandas sociais punitivas e assecuratórias²⁵⁹.

A conclusão que se retira a partir dessas premissas é que a pena, como resposta estatal ante à prática delitiva, deve expressar a capacidade do sistema penal na resolução do conflito concreto, satisfazendo as pretensões de justiça e incrementando a sensação de segurança social. Assim sendo, sob o plano do ser, a função comunicativa da pena está vinculada à demonstração da eficácia empírica do direito penal em promover a estabilização social, mediante a imposição de medidas que aplaquem as demandas individuais e gerais decorrentes da perturbação provocada pelo fenômeno delitivo.

Por outro lado, sob o plano do dever ser, a pena deve observar a pretensão de validade, demonstrando que a sua legitimidade está assentada em uma justificação racional e em um procedimento de determinação que, ao mesmo tempo, atenda a uma finalidade prática e esteja em harmonia com os valores compartilhados em sociedade.

Dentro de uma concepção liberal de direito penal, a imposição da pena só se mostra legítima quando contempla o apenado como um ser humano detentor de direitos e deveres, conferindo-lhe tratamento digno de cidadão e o considerando um agente moral capaz de compreender a desaprovação social que recai sobre a sua conduta²⁶⁰. Só assim é possível superar a crítica kantiana à pena consequencialista, pois na medida em que o apenado não é mais tratado como um *outsider* e passa a ser reconhecido como um integrante da ordem social e jurídica, ele deixa de ser um mero meio para a consecução de um fim estatal. Por conseguinte, a partir do momento em que o indivíduo, conscientemente e voluntariamente, assume o risco de sofrer as eventuais consequências jurídicas do seu ato, presume-se o seu consentimento tácito quanto à submissão às medidas penais socialmente úteis²⁶¹. Perante essa perspectiva liberal, Pawlik defende que a violação da obrigação cívica de manutenção do estado de legalidade pelo criminoso se transforma em obrigação secundária de tolerar a punição, baseado no dever de cooperação²⁶².

²⁵⁹ AMBOS, Kai. *Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 23.

²⁶⁰ DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 85-87; VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, p. 18.

²⁶¹ NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1980, p. 225.

²⁶² PAWLIK, Michael. Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke. In: *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*. Berlin: de Gruyter, 2010, pp. 89-93.

Ainda quanto à exigência de se justificar racionalmente a imposição da pena estatal em face do cidadão, a atual configuração dos Estados democráticos de direito exige que a medida punitiva tenha uma natureza consequencialista, fundada na busca de um bem comum. Considerando que o direito é um sistema de regulação do comportamento humano e que o direito penal é a forma mais interventiva de controle, a violência inerente à resposta penal reivindica que se confira uma finalidade prática para a pena, pois não é admissível a cominação de uma medida tão drástica apenas para satisfazer pretensões ideais e abstratas.

Em razão dessa condição consequencialista que arrebatou a justificação da pena, o procedimento da sua individualização também deve estar voltado a satisfazer uma finalidade útil, norteado por um fundamento teleológico que exprima a busca de um bem comum. Desse modo, os princípios distributivos eleitos para a individualização da pena devem estar alinhados e em harmonia não só com os objetivos imediatos do direito penal, mas também com os objetivos gerais do ordenamento jurídico. Ou seja, a individualização da pena deve visar a aplicação de uma pena útil.

Mas a pretensão de validade também requer que a pena esteja alinhada às pretensões sociais de justiça, afinal a legitimidade da resposta estatal está vinculada à observância do princípio democrático. Sendo assim, o fundamento axiológico da individualização da pena necessita estar orientado pelos valores morais compartilhados em sociedade, de modo a corresponder às percepções gerais do que é justo. A punição concretamente determinada precisa da aprovação social quanto à sua adequação, não podendo a sua medida estar aquém ou além dos padrões esperados. Ou seja, a individualização da sanção penal também deve visar a aplicação de uma pena que se apresente como justa.

Diante disso, é manifesto que, tanto no plano do ser quanto no plano do dever ser, as pretensões de eficácia e de validade da pena são dependentes do processo comunicativo que correlaciona a expressão da resposta penal pelo Estado e a recepção e apreensão dessa resposta pelos indivíduos em sociedade. Nas palavras de Puppe, em um processo comunicativo, a justificação da pena é extraída do plano pragmático e do plano ético-jurídico, pois a imposição de um mal só é justificada se a pena for justa e útil, embora “não exista nenhuma harmonia preestabelecida entre utilidade e justiça”²⁶³.

²⁶³ PUPPE, Ingeborg. *El derecho penal como ciencia: método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2018, p. 118.

Um modelo substancialmente comunicativo clama por uma pena que seja – ao mesmo tempo – útil e justa, sem renunciar à integração entre os planos de justificação e de determinação da pena, uma vez que ambos servem ao objetivo geral do ordenamento jurídico. Mas qual seria a finalidade da pena em um modelo comunicativo ideal?

Ao longo dos últimos três séculos, muitas funções específicas foram atribuídas ao direito penal pela doutrina especializada, tais como a conservação de direitos essenciais²⁶⁴, proteção de bens jurídicos²⁶⁵, a promoção da defesa social²⁶⁶, a manutenção da higidez do sistema normativo ou da autoridade estatal²⁶⁷, a proteção de valores elementares da sociedade²⁶⁸, a contenção do poder punitivo estatal²⁶⁹, dentre outros. De forma correlata, atribui-se à pena diversos objetivos – tais como a retribuição, a dissuasão geral, a dissuasão especial, a neutralização, a ressocialização e a integração – que se materializam no procedimento de individualização da pena na forma de princípios distributivos.

Ocorre que o direito penal não é um subsistema autopoietico, uma vez que integra e refere principiologicamente um sistema maior, qual seja a ordem jurídica. Ainda que se defenda uma relativa autonomia do direito penal como forma de redução da complexidade, diante da necessidade de se resolver o problema da contingência²⁷⁰, os valores superiores de justiça ainda regem a suas principais diretrizes²⁷¹. Sendo assim, os objetivos imediatos do sistema penal

²⁶⁴ CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa: parte generale*. 3. ed. Lucca: Tipografia Giusti, 1867, p. 21.

²⁶⁵ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, p. 106; ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 51; SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 32.

²⁶⁶ ANCEL, Marc. *La Défense Sociale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985, p. 16; GRAMATICA, Filippo. *Principios de defensa social*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019; PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010, p. 26.

²⁶⁷ BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito - tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 25; JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pontes, 1997, pp. 44-47.

²⁶⁸ MORRIS, Herbert. A paternalistic theory of punishment. In: *American philosophical quarterly*, Vol. 18, n. 4, October 1981, pp. 264-265; WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 11. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976, p. 11.

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38; HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 52; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 206; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 5.

²⁷⁰ Para Luhmann, a solução do problema da contingência que aflige o sistema social está na redução da complexidade geral por meio da especialização funcional, com a criação de subsistemas autônomos. Em LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2006, pp. 400-401.

²⁷¹ “*Dentro del Estado se admite la existencia de razones (de Estado) que pueden resultar más importantes que el ejercicio del ius puniendi*” Em BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el Estado de derecho*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2005, p. 14.

devem ser entendidos como princípios programáticos desse ramo jurídico, uma vez que eles não representam intentos imperiosamente excludentes entre si. A pena, por sua vez, pode buscar satisfazer esses objetivos singulares do direito penal, bem como sofrer limitações em razão deles. Contudo, os objetivos imediatos do direito penal não se apresentam como fins dominantes ante ao ordenamento jurídico, mas sim como os meios necessários na busca da finalidade geral do sistema: a pacificação social²⁷².

A prevenção do crime, a contenção do poder punitivo, a estabilização da norma, etc. são objetivos imediatos que respondem a um fim maior, qual seja a estabilização das expectativas sociais em nome de uma convivência pacífica. Mesmo a função geral de regulação do comportamento humano conferida ao direito é exercida não como um fim em si mesmo, mas visando o bem comum²⁷³. Sendo assim, a finalidade comunicativa da pena, mesmo se reportando aos objetivos específicos do direito penal, necessita contemplar e guardar o fim dominante do ordenamento jurídico, exercendo sua plenitude ao promover, ainda que mediatamente, a estabilização social.

Diante disso, a finalidade da pena que melhor satisfaz o objetivo primordial de pacificação social do sistema jurídico, dentro de um modelo comunicativo, aproxima-se muito de uma integração com forte viés retribucionista, orientada axiologicamente pelas percepções sociais de justiça e pelos valores fundamentais compartilhados em sociedade. Uma pena orientada pelos referenciais valorativos sociais se mostra menos irritante à sensibilidade comum e mais consensual, tornando-se, assim, mais apta a estabilizar as expectativas gerais em benefício de um fim pacificador.

²⁷² Kai Ambos defende que na concepção moderna do direito penal, sua finalidade está determinada a “garantir a proteção de uma pacífica convivência entre os indivíduos que integram uma comunidade”. Em AMBOS, Kai. *Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 22. Mesmo Roxin reconhece que a busca por fins preventivos da pena é justificada para reestabelecer a paz social abalada pelo crime. Em ROXIN, Claus. *Prevention, censure and responsibility*. In: *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 41. Zaffaroni, em seu antigo posicionamento exarado no seu Tratado de Direito Penal na década de 1980, afirma que a função do direito penal, que deve coincidir com as funções do direito, é de segurança jurídica, ou seja, de assegurar a coexistência pacífica da sociedade sob uma perspectiva concreta e não meramente formal. Dentro do conceito de segurança jurídica, a proteção de bens jurídicos representa seu aspecto objetivo e o sentimento de segurança seu aspecto subjetivo. Em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998, pp. 42-49.

²⁷³ Para Hassemer, o sistema de direito penal é uma das partes do controle social, possuindo as mesmas características de outras áreas de controle: norma, sanção e processo. “Ele garante as expectativas comportamentais, define os limites da liberdade de ação humana, é um meio de aculturação e de socialização”. A distinção do direito penal está em sua posição elevada em relação às demais formas de controle social, pois “trata da assimilação dos conflitos mais graves pelos meios mais severos”. HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 12-13. No mesmo sentido: GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 31.

Trata-se de uma finalidade integradora da pena com um caráter retributivo, fundado – conforme salienta Mañalich – em uma metaética consequencialista, uma vez que não se orienta numa concepção deontológica da moral que impõe normas categóricas de cunho ideal, mas sim numa concepção teleológica da moral, de índole consequencialista, que busca uma finalidade útil a partir da reprodução de enunciados morais socialmente reconhecidos²⁷⁴. O emprego de um referencial axiológico empírico baseado nos juízos profanos do cotidiano, ao invés de um referencial deontológico extraído da filosofia moral, permite que a função comunicativa da pena atinja sua plenitude integradora, promovendo convenientemente os seus efeitos perlocucionários de estabilização social.

Com isso, fica superada a antiga premissa de que o princípio preventivo é pertinente à justificação da pena e o princípio retributivo é mais adequado à individualização da pena. A pena útil não necessariamente é antagônica da pena justa. Analisando a questão penal sob uma perspectiva mais ampla, contemplando o ordenamento jurídico em sua integralidade, tem-se que a imposição de uma pena injusta aos olhos da população, no final das contas, não é útil aos objetivos estabilizadores.

Uma vez que a severidade da pena não corresponda, de maneira proporcional, à gravidade do delito, os indivíduos em sociedade perderão a referência sistêmica sobre as consequências de suas condutas, corrompendo inclusive os objetivos preventivos da pena. Punindo-se severamente condutas pouco lesivas ou indivíduos pouco culpáveis, ainda que em nome de um fim preventivo, a insegurança jurídica criada por tal disparidade depreciaria a eficácia consequencialista da pena, já que o sistema penal deixaria de oferecer um parâmetro racional de comportamento²⁷⁵. A imprevisibilidade sobre as consequências dos próprios atos, referendada por um sistema penal desconectado dos padrões gerais de justiça, arruína as pretensões preventivas diante da ausência de expectativas comportamentais. Afinal, a ameaça indiscriminada apenas atemoriza e cria um ambiente de instabilidade e insegurança jurídica, sendo ineficaz na ordenação racional da sociedade e na prevenção de futuros delitos.

Em contrapartida, a pena erigida em uma finalidade integradora de pacificação social tem sua justificação assentada em uma utilidade prática, representada pelo bem comum, ao mesmo tempo em que confere à individualização da sanção uma orientação baseada nas

²⁷⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena. In: *Derecho penal y criminología*. Vol. 28, n. 83, 2007, pp. 64-65.

²⁷⁵ ROBINSON, Paul H. Why does the criminal law care what the layperson thinks is just? Coercive versus normative crime control. In: *Virginia Law Review*, Vol. 86, n. 8, Nov 2000, pp. 1838-1869.

percepções gerais de justiça. Assim, o modelo de pena fica integrado, apresentando uma justificativa consequencialista e uma individualização justa, manejado por um processo comunicativo que privilegia a consensualidade, de forma a satisfazer as pretensões de validade e de eficácia do sistema penal.

Tal concepção, contudo, não impede que outros objetivos específicos da pena – tais como a dissuasão, a ressocialização e a neutralização – sejam indiretamente alcançados pela determinação da pena em sentido amplo (geral/abstrata e individual/concreta). Ainda que o sistema punitivo esteja justificado em uma finalidade integradora, as regras constitutivas²⁷⁶ para operação da individualização da pena dentro desse sistema permitem a promoção de outros efeitos formalmente e materialmente desejados.

Conforme enunciado por diversos doutrinadores, os principais efeitos da prevenção geral negativa já são alcançados com a cominação de penas em abstrato, ainda que reforçados com a aplicação da pena em concreto²⁷⁷. Desse modo, a simples previsão legal de punições para as condutas delitivas tipificadas, dentro do processo de criminalização primária, mostra-se suficiente para dissuadir a maioria da população da prática de condutas delitivas. Tal efeito dissuasivo-geral é reforçado por normas metajurídicas difundidas em sociedade, que podem se originar em preceitos fundados na ética, na religião, na etiqueta, na empatia, nos costumes, nas noções humanitárias, etc. A preponderância dos efeitos de dissuasão geral na cominação legal de penas em relação à individualização concreta é reforçado pela ausência de conhecimentos específicos dos juízes quanto aos resultados motivacionais da sanção sobre a coletividade de pessoas²⁷⁸.

Já os principais efeitos da prevenção geral positiva de essência normativa, que visam reestabelecer a vigência da norma contrafaticamente, exaurem-se com a mera imposição concreta da pena. Basta a cominação de uma pena ao ofensor, independentemente da sua

²⁷⁶ SEARLE, John. *Speech acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, pp. 33-42.

²⁷⁷ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, p. 12; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 98. De acordo com Demetrio Crespo, a prevenção geral exerce seu papel em momento anterior e posterior à individualização da pena, ou seja, na cominação legal de penas em abstrato e na imposição da pena em concreto – que confirma a seriedade da ameaça geral. Em DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 330-331. No mesmo sentido: GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOS CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, pp. 532-534.

²⁷⁸ FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 414; HASSEMER, Winfried. Prevención general y aplicación de la pena. In: *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2004, pp. 74-75; HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003, p. 28.

quantidade e qualidade, para reafirmar socialmente a validade de uma norma abalada pela prática delitiva anterior. Se não há hierarquia entre normas penais incriminadoras e há pouca referência sistêmica e extrassistêmica de desvalor, a individualização da pena gera poucos reflexos na finalidade integradora de viés puramente normativo, de modo que esses efeitos são alcançados com a simples atuação do sistema penal, independentemente da sua orientação teleológica.

Por outro lado, os efeitos de prevenção especial se mostram mais dependentes do procedimento de individualização e de execução da pena, uma vez que levam em consideração as características pessoais do agente e a maneira como ele responde às medidas penais impostas. Dentre os efeitos preventivos-especiais, a neutralização – dispensada aos casos que apresentam maior perigo concreto – e a dissuasão especial estão crucialmente atreladas à quantidade de pena imposta e à forma de cumprimento dessa reprimenda. O *hard treatment*, característico da resposta criminal, oferece um motivo adicional para aqueles ofensores que não se mostrarem suficientemente desencorajados com a previsão punitiva da norma penal²⁷⁹. Já a ressocialização, embora apresente alguma repercussão na individualização da sanção, principalmente na escolha da natureza da medida imposta, tem a sua principal linha de atuação na forma de cumprimento da pena e nos estímulos oferecidos durante a fase de execução. Ademais, os efeitos dissuasivo-geral e ressocializador também podem ser alcançados, em certa medida, com o emprego de equivalente funcionais que substituem as penas por outras medidas menos severas, porém ainda eficazes.

Portanto, a adoção de uma finalidade integradora da pena, voltada à pacificação social, não impede que outras consequências úteis – como a prevenção de delitos e a estabilização da norma – sejam alcançadas com o processo comunicativo de determinação da sanção. Mas, mesmo assim, o sistema permanece harmônico, pois compatibiliza a sua finalidade justificadora com o princípio distributivo regente da individualização da pena, cujo viés é preponderantemente retributivo. O grande diferencial é que se trata de uma retribuição de ordem consequencialista, que orienta os fundamentos axiológicos a partir dos referenciais de justiça empíricos extraídos da sociedade. Assim, a resposta penal se torna mais intuitiva e, conseqüentemente, mais capaz de estabilizar as expectativas gerais, em razão de sua melhor assimilação comunicativa pelo tecido social.

²⁷⁹ VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, p. 19.

A adoção desse modelo também promove uma maior sintonia entre os reais fatores que influenciam os juízes na individualização da pena e os argumentos jurídicos pronunciados em suas decisões. As condutas criminosas estão sujeitas a juízos de reprovação realizados tanto por especialistas quanto pela população em geral, mas a apreciação jurídica, embora revestida de linguagem e fundamentação técnicas, não difere em muito da apreciação profana no que diz respeito ao seu conteúdo. Embora, por questões de justificação, muitas decisões de individualização da pena sejam fundamentadas com considerações de ordem preventiva, um estudo conduzido por Hans-Jörg Albrecht e apresentado no Max-Planck-Institut, que analisou sentenças criminais alemãs e austríacas, constatou que aspectos retributivos são – de fato – muito mais determinantes na escolha da quantidade de pena adequada ao caso concreto²⁸⁰. Por conseguinte, um modelo orientado pelas percepções sociais também se mostra mais transparente, pois delimita, com maior precisão, se o axioma empírico considerado será valorado com base em prevenção ou em reprovação.

Considerando a hipotética concepção de um sistema penal idealizado, erigido a partir de um paradigma comunicativo, tem-se que a escolha de uma finalidade integradora, voltada à estabilização e à pacificação social, permite congrega, de forma afinada, o objetivo geral do ordenamento jurídico, a justificação do sistema punitivo e o modelo de individualização da pena voltado às percepções de justiça, sem abrir mão de outros efeitos secundários relevantes, como a prevenção de delitos e a reafirmação da validade da norma penal.

2 MÉTODO COMUNICATIVO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A assunção de um método eminentemente comunicativo de individualização da pena requer, antes de mais nada, que o modelo de determinação concreta da sanção seja axiologicamente consubstanciado pelos referenciais valorativos empírico-sociais e teleologicamente orientado pela função comunicativa da pena.

Basicamente, o procedimento de individualização da pena almeja uma finalidade prática de conformação social por meio da comunicação institucional materializada na sanção penal, cujos objetivos imediatos devem estar bem nítidos ao julgador no início desse procedimento. Uma vez definida a orientação finalística do sistema, caberá ao juiz selecionar os axiomas

²⁸⁰ ALBRECHT, Hans-Jörg. Strafzumessung bei schwerer Kriminalität im Vergleich: Theoretische Konzeptionen und empirische Befunde. In: *ZStW*, Bd. 102 (1990), pp. 610-612.

empíricos e os apropriados parâmetros valorativos responsáveis por aquilatar a gravidade do delito de forma direcionada ao fim esperado. Por derradeiro, diante da representação da gravidade do delito, o julgador buscará a pena adequada ao caso concreto em uma correspondente escala de severidade, utilizando-se do critério equalizador da proporcionalidade.

Assim, o método comunicativo de individualização nada mais é do que a otimização da função expressiva da pena no procedimento judicial de sua determinação concreta, privilegiando as pretensões de validade e de eficácia sancionatória na definição dos seus fundamentos teleológicos, ontológicos e axiológicos.

O problema é que nem todos os sistemas penais contemporâneos conferem uma ampla discricionariedade ao julgador na definição de todos os fundamentos da individualização da pena, motivo pelo qual o grande desafio para a implementação de um modelo essencialmente comunicativo está na seleção e no manejo das opções normativas conferidas pelo sistema, em busca da determinação de uma sanção que se mostre adequada aos fins almejados.

2.1 Definição dos fundamentos teleológicos

O primeiro passo no procedimento de individualização comunicativa da pena consiste na demarcação dos seus fundamentos teleológicos, ou seja, cumpre ao julgador identificar as finalidades da pena almejadas pelo sistema penal, incluindo tanto os objetivos imediatos quanto os objetivos mediatos, para selecionar os princípios distributivos que irão influenciar na concretização da sanção penal.

Conforme anteriormente explanado, parte-se da premissa de que o fim geral do ordenamento jurídico é a pacificação social por meio da estabilização das expectativas gerais. Desse modo, independentemente de qualquer direcionamento sistemático específico, a finalidade integradora geral, orientada pelas percepções sociais de justiça, sempre será o fundamento teleológico reitor do procedimento de individualização comunicativa da pena. Esse é o fim dominante do sistema e o objetivo mediato primordial da individualização da pena, ao qual o juiz se reportará de maneira integral quando não houver outros objetivos imediatos perseguidos.

Entretanto, dentro dos diversos ordenamentos jurídicos atuais, os sistemas penais podem se apresentar, sob o aspecto normativo, de forma teleologicamente vinculada ou desvinculada. Os sistemas penais teleologicamente desvinculados, ou abertos, são aqueles em que não há uma

prévia definição positivada dos fins da pena, de modo que a definição dos objetivos penais fica a cargo de construções de ordem doutrinária e jurisprudencial. Nesses sistemas há uma maior discricionariedade conferida ao juiz na orientação finalística da pena e o manejo dos princípios distributivos, visando a concretização dos objetivos imediatos da pena, pode ser realizado com maior liberdade. Tais sistemas penais teleologicamente desvinculados permitem a adoção de um modelo idealizado de individualização comunicativa, possibilitando que todos os objetivos imediatos perseguidos pelo juiz se harmonizem com o objetivo pacificador geral do ordenamento jurídico.

Por sua vez, os sistemas penais teleologicamente vinculados, ou fechados, apresentam o objetivo ou os objetivos da pena normativamente positivados, seja por previsão na lei penal ou na própria Constituição. Como exemplos de diretrizes legais, o artigo 40 (1) do Código Penal Português preceitua que as penas devem buscar a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, enquanto o artigo 59 do Código Penal Brasileiro dispõe que a pena deve ser individualizada de forma necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Já as Constituições Italiana, em seu artigo 27, e Espanhola, em seu artigo 25 (2), preveem que as penas devem visar a reeducação do apenado. Há, ainda, o *Sentencing Code* da Inglaterra, que elenca uma série de objetivos penais em seu artigo 57, como a punição, a reforma e a reabilitação dos infratores, a redução do crime (incluindo a dissuasão), a segurança pública e a reparação às vítimas. Tratam-se de objetivos específicos da pena que devem ser, de alguma forma e em algum momento, contemplados pelos operadores do sistema penal.

Muitos desses objetivos específicos podem ser alcançados em outras frentes do sistema penal que não dizem respeito ao trabalho específico do juiz na individualização da pena durante a sentença penal condenatória. Como já explicado, a previsão legal de penas em abstrato satisfaz as pretensões de prevenção geral negativa do sistema, enquanto a simples imposição de penas em concreto reforça esses objetivos dissuasivo-gerais e atende às pretensões de prevenção geral positiva de índole normativa pura. Ainda, pretensões preventivo-especiais podem ser acolhidas tanto pelos procedimentos de execução da pena quanto pelo emprego de equivalentes funcionais despenalizadores, aplicados antes, durante ou depois do processo judicial penal.

Especificamente quanto ao procedimento de individualização da pena, além dos objetivos integradores de essência preponderantemente retributiva, os únicos objetivos penais cujos efeitos dependem, de forma significativa, da deliberação de um juiz na sentença penal condenatória são aqueles de natureza preventivo-especial, principalmente pelo fato de levarem em consideração características pessoais dos ofensores. Tais objetivos específicos se

apresentam ao procedimento de individualização da pena como princípios distributivos da sanção penal e, a partir deles, o julgador pode direcionar finalisticamente o procedimento de determinação da punição visando potencializar determinados efeitos penais imediatos.

Sendo assim, ainda que haja uma orientação central em direção ao objetivo geral pacificador, o juiz pode fomentar alguns efeitos preventivos sempre que o sistema assim demandar, enfatizando aspectos protetivos no procedimento de individualização da pena por meio da seleção de axiomas empíricos e parâmetros valorativos vocacionados a esse fim. A conexão com o objetivo geral do sistema se manterá, desde que os parâmetros valorativos preventivos guardem como referencial as percepções gerais de justiça que integram o processo comunicativo.

Os três tradicionais princípios distributivos de natureza preventivo-especial, que podem incidir na individualização da pena, são a dissuasão especial, a neutralização e a ressocialização. A dissuasão especial, que visa desestimular o ofensor a praticar novos delitos mediante a inflição de um castigo, correlaciona a severidade da pena imposta com a sua capacidade intimidatória, levando em consideração as características pessoais do apenado. Por esse motivo, a dissuasão especial depende da individualização da pena para atingir todos os seus efeitos, interferindo tanto na natureza da pena imposta quanto na sua quantidade. Como todo princípio distributivo de natureza preventivo-especial, o principal parâmetro valorativo concretizador dessa finalidade é a periculosidade do agente, já que o risco pessoal de reincidência é o fator preponderante na quantificação da sanção. Assim, havendo uma demanda do sistema por dissuasão especial, poderá o juiz intensificar esse efeito conferindo maior destaque aos axiomas empíricos relacionados à pessoa do agente.

A neutralização, por sua vez, trata-se de um princípio distributivo que, na sistemática do direito penal contemporâneo, é reservado apenas para os agentes que cometem crimes de distinta gravidade e que demonstrem significativo grau de periculosidade. Embora seja pouco mencionado pela dogmática atual, dado ao seu caráter extremamente segregante, não há como negar que a neutralização está na essência do cárcere e que toda medida mais severa de privação de liberdade leva em consideração, ainda que implicitamente, efeitos de natureza neutralizadora ou assecuratória. Por mais incômoda que seja a ideia de neutralizar indivíduos por meio da segregação carcerária, tal princípio distributivo permanece vívido nos sistemas penais contemporâneos, principalmente em relação aos delitos extremamente graves, e a díade periculosidade/neutralização não pode ser varrida para debaixo do tapete dogmático, a despeito da sua manifesta – e também indigesta – atuação nos sistemas prisionais atuais. À vista disso,

nos delitos de ordem mais hedionda, o juiz pode direcionar a individualização da pena em busca de uma provisória neutralização do ofensor, ao menos enquanto o risco do cometimento de novas infrações graves se mostre presente e significativo. Assim sendo, a neutralização atua no procedimento de individualização para selecionar a natureza da sanção imposta, principalmente quanto à escolha do regime prisional de cumprimento inicial de pena. Também pode gerar reflexos na quantidade de sanção, especificamente no seu aspecto temporal, embora tal questão possa ser revisada ao longo da execução da pena, a depender da resposta do ofensor ao cumprimento da medida penal e da eventual manutenção da situação de risco.

Finalmente, a ressocialização é o último princípio de prevenção especial cujos efeitos podem ser, em limitada medida, ambicionados com a individualização da pena. A questão central que envolve esse princípio distributivo é a sua irrefutável incompatibilidade com o cárcere, afinal não se socializa uma pessoa segregando-a do convívio social. É evidente o fracasso empírico da proposta ressocializadora relacionada ao sistema prisional²⁸¹ e, ainda que esse princípio guarde grande prestígio teórico em termos idealizados²⁸², a individualização da pena não deve ser regida por uma finalidade implausível. Isso não quer dizer que efeitos ressocializadores não possam ser perquiridos, de maneira absoluta, pelo sistema penal. Porém, tais efeitos estão muito mais relacionados aos mecanismos de suporte e promoção pessoal conferidos pelo Estado ao apenado, como medidas educativas e profissionalizantes, embora tais medidas tenham sido concebidas sob a ética capitalista-burguesa do século XIX, que visava qualificar os apenados ao mercado de trabalho, fundada em um – hoje superado – paradigma do déficit psíquico, cultural ou social do indivíduo delincente²⁸³. Logo, a ressocialização dificilmente pode ser calculada em termos de tempo de cumprimento de pena no momento da sentença penal condenatória, pois a decisão crucial desse princípio está relacionada à natureza da medida penal escolhida e não ao período temporal estabelecido. Por essa razão, em termos de individualização da pena, a ingerência do princípio distributivo ressocializador pode almejar algum efeito prático quanto à qualidade da pena determinada, principalmente naqueles casos

²⁸¹ ALBRECHT, Hans-Jörg. Sentencing in the Federal Republic of Germany. In: *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 7, n. 6, University of California Press, May/June 1995, p. 306; GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. In: *Revista de direito GV* n. 4, Vol. 2, n. 2, Jul/Des 2006, pp. 196-198; PAVARINI, Massimo. *Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014, p. 108.

²⁸² DOLCINI, Emilio. *La commisurazione della pena*. Padova: Cedan, 1979, pp. 354-355.

²⁸³ PAVARINI, Massimo. *Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014, pp. 8-10.

de menor gravidade nos quais as características pessoais do condenado recomendem a adoção de sanções menos severas ou alternativas à pena prisional²⁸⁴.

Em resumo, dentre os princípios distributivos de natureza preventiva, apenas os efeitos preventivo-especiais podem ser vislumbrados, com algum grau de relevância, no procedimento de individualização da pena, pois efeitos preventivo-gerais e normativo-integradores têm seu principal âmbito de atuação em outros momentos da resposta penal. Todavia, mesmo os objetivos específicos fundados na prevenção especial apresentam uma eficácia limitada quando vinculada ao procedimento de individualização da pena. Tanto a neutralização quanto a ressocialização estão preponderantemente relacionadas à natureza na resposta penal (ou seja, mais à qualidade do que à quantidade de pena), porém enquanto a primeira é restrita aos delitos mais graves praticados pelos ofensores mais perigosos, a segunda é preconizada aos delitos menos graves praticados por ofensores aptos às medidas descarcerizadoras. A dissuasão especial talvez seja o princípio preventivo que possibilite o maior manejo na individualização da pena, porém ainda assim dependente da questionável capacidade dos juízes de realizar prognósticos seguros a partir da análise de características pessoais do apenado aferidas processualmente²⁸⁵.

Invariavelmente, a administração de objetivos preventivo-especiais imediatos na individualização da pena se mostra possível e, em alguns casos de sistemas penais teleologicamente vinculados, também necessária. Mas em qualquer espécie de sistema penal, a individualização essencialmente comunicativa da pena tem como objetivo geral o fim dominante do ordenamento jurídico, que é a estabilização pacificadora. À vista disso, a finalidade integradora-social da pena se mostra preponderante em um modelo punitivo comunicativo. Tal finalidade integradora-social apresenta um acentuado viés retributivo, orientado por uma concepção teleológica da moral, de caráter consequencialista, já que tem a pretensão de conformar a realidade por meio do reconhecimento geral da pena. Para tanto, vale-se das percepções sociais de justiça como referencial valorativo da determinação da sanção, razão pela qual essa finalidade se corporifica no procedimento de individualização da pena na

²⁸⁴ “Precisamente o crescente interesse em uma execução penal ressocializadora deve estimular o prosseguimento da busca por alternativas à pena privativa de liberdade. Cumpre desvincular o pensamento ressocializador de sua estreita ligação com a pena privativa de liberdade”. Em HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 238.

²⁸⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003, p. 28.

forma de um princípio distributivo próprio, mas que guarda muitas semelhanças com o “merecimento empírico” proposto por Paul Robinson²⁸⁶.

De qualquer sorte, no procedimento de individualização, quando há a possibilidade sistêmica de incidência de mais de uma espécie de princípio distributivo, o juiz deve ter a plena noção de qual deles preponderará sobre os demais na análise de determinada circunstância fática apresentada. Caso contrário, antinomias entre as finalidades admitidas da pena e o caso concreto poderão comprometer a higidez do sistema, uma vez que, a depender da espécie de princípio distributivo eleito, avaliações do mesmo axioma empírico poderão indicar sanções de diferentes medidas²⁸⁷. A título de exemplo, cita-se a hipótese fática de o indivíduo imputável, porém dependente químico, que comete um crime patrimonial para sustentar o seu vício em drogas. Sob uma perspectiva retributiva, o axioma empírico da dependência química implica em uma menor capacidade de se orientar conforme a norma, acarretando uma reduzida reprovação da culpabilidade e, conseqüentemente, a diminuição da pena. Por outro lado, sob uma perspectiva preventivo-especial, esse mesmo axioma empírico que reduz a capacidade de observação da norma denota uma maior periculosidade e risco de reincidência do agente, ocasionando o aumento de pena.

Em razão disso, o procedimento de individualização da sanção exige não só que o juiz selecione os princípios distributivos que podem incidir no caso concreto, mas também que defina qual finalidade da pena tem primazia sobre as demais na análise de uma determinada circunstância fática, de acordo com as necessidades sistêmicas, para evitar eventual conflito finalístico gerado pelas antinomias entre os objetivos gerais e específicos da pena.

2.2 Aferição da gravidade concreta do delito

Definidos os fundamentos teleológicos norteadores da individualização da pena e estabelecida a primazia sistemática entre os princípios distributivos, o próximo passo da concretização da sanção diz respeito à seleção dos axiomas empíricos que serão objeto de um subsequente juízo de valor. Trata-se da indicação do fundamento ontológico responsável pela

²⁸⁶ ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 9-14 e 109-114.

²⁸⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 73-76; FRISCH, Wolfgang. *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung: eine Untersuchung über die Struktur und Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung*. Köln-Berlin- Bonn-München: Heymanns, 1971, pp. 9-13.

conexão entre a situação factual que deu causa à persecução penal e o mecanismo normativo de valoração.

É extremamente comum que os sistemas penais apresentem, de forma positivada, as circunstâncias fáticas que devem ser apreciadas pelo juiz no momento da individualização da pena. Em muitos casos, essa indicação não é exauriente e há espaços de discricionariedade judicial, em maior ou menor medida, para a seleção de outras situações fáticas que o juiz repute relevantes para a determinação concreta da sanção penal.

O problema é que tais circunstâncias fáticas preestabelecidas, seja por leis ou por guias de sentença, nem sempre são previstas de forma refletida a satisfazer alguma finalidade específica da pena ou a se compatibilizar com o parâmetro valorativo positivado pelo sistema²⁸⁸. A seleção do axioma empírico pertinente e a sua combinação com o parâmetro valorativo adequado são cruciais para a efetivação de determinados objetivos penais positivados, mas nem sempre essa harmonia entre meios e fins é observada nas opções normativas disponíveis pelos sistemas penais.

De toda sorte, há três cenários que podem se apresentar ao juiz no momento da apreciação do fundamento ontológico: ou o sistema penal elenca em *numerus clausus*, por meio de normas positivadas em lei ou em guias de sentenças, as circunstâncias fáticas objeto de análise; ou o sistema confere ampla discricionariedade ao juiz para a seleção dos axiomas empíricos adequados; ou há uma combinação entre esses dois modelos e o sistema, ao mesmo tempo em que elenca algumas circunstâncias fáticas de observância compulsória ou facultativa, também prevê espaços de discricionariedade para o juiz eleger os axiomas empíricos que entender pertinentes.

Havendo algum grau de predeterminação sistemática dos axiomas empíricos, a compatibilização da sua apreciação com o objetivo da pena almejado dependerá do direcionamento conferido pelo juiz por meio da eleição dos parâmetros valorativos apropriados para tal fim. Já nas hipóteses em que há liberdade judicial na escolha dos axiomas empíricos, a direção finalística da individualização da pena é facilitada, pois a orientação do sistema pode ser coerentemente conduzida em todas as etapas do procedimento, respeitando uma compatibilidade funcional.

²⁸⁸ Como exemplo, a redução de pena em razão da circunstância da tentativa é prevista no artigo 56 do Código Penal Italiano e no artigo 62 do Código Penal Espanhol. Entretanto, tal redução não guarda significativa pertinência com a finalidade ressocializadora preconizada pelo artigo 27 da Constituição Italiana e pelo artigo 25 (2) da Constituição Espanhola.

Para fins classificatórios, é possível fazer a distinção entre axiomas empíricos relacionados ao fato criminoso e axiomas empíricos relacionados ao agente ofensor. Os axiomas empíricos relacionados ao fato (e.g., consequências delitivas, valor do bem ofendido, tentativa) normalmente são compatíveis com parâmetros valorativos orientados pela lesão ou pela responsabilidade pessoal, ao passo que os axiomas empíricos relacionados ao agente (e.g., histórico criminal, motivação, estados psíquicos) normalmente são compatíveis com parâmetros valorativos orientados pela responsabilidade pessoal ou pelo risco.

Assim sendo, existindo possibilidade de escolha, o juiz deve selecionar os axiomas empíricos cujas naturezas se compatibilizem com o objetivo pacificador geral do ordenamento jurídico ou, em certa medida, com os objetivos específicos de caráter consequencialista do direito penal. Sobrevindo, por exemplo, uma maior demanda específica por prevenção especial, o julgador poderá optar por mais axiomas empíricos relacionados ao agente, de modo a promover um maior direcionamento do sistema no fomento dessa finalidade imediata.

Uma vez indicados os axiomas empíricos que interessam aos fundamentos teleológicos da individualização da pena, o próximo passo do julgador é aferir a gravidade concreta do delito a partir do nível de afetação sensível de tais axiomas. Basicamente, a gravidade do delito pode ser informada por três vetores: a reprovação da conduta; a extensão da lesão ou do perigo de lesão; e a periculosidade do agente. Esses vetores, por sua vez, são medidos por seus correspondentes parâmetros valorativos, quais sejam, respectivamente, os parâmetros orientados pela responsabilidade pessoal, pela lesão e pelo risco. Desse modo, quanto maior/menor for o nível de afetação do axioma empírico no caso concreto, maior/menor será a gravidade do delito aferida pelo parâmetro valorativo.

Há de se salientar que gravidade do delito é um conceito ordenatório, cujos níveis podem variar irrestritamente dentro de uma escala de gravidade, em virtude da contingência de nuances observadas na situação fática real. Todavia, o modelo de individualização da pena deve apresentar uma fácil operacionalidade, pois, caso contrário, dificilmente será adotado pela *praxis* judicial avessa a mecanismos pouco funcionais. O procedimento de individualização da pena clama por uma relativa simplificação, afinal não há como reproduzir, em estrita similitude, a gravidade de um fato em termos de sanção. Mas, se por um lado, um modelo de individualização extremamente intrincado não serve aos objetivos práticos do sistema judicial, por outro lado, um modelo demasiadamente resumido pode debilitar a capacidade modulativa de representação da seriedade da ofensa.

Em vista disso, é permitida e aconselhável, sob o ponto de vista prático, a redução da complexidade do sistema em um número sintetizado de patamares, mediante a adoção de uma escala pentatônica de afetação concreta, semelhante a outros modelos consagrados de mensuração da gravidade do delito²⁸⁹. Sugere-se que a gravidade do delito seja informada pela utilização de cinco níveis de afetação concreta do axioma empírico, que variam gradativamente de acordo com a intensidade: (i) baixíssima; (ii) baixa; (iii) moderada; (iv) alta; (v) altíssima.

Essa escala pode ser utilizada tanto para os axiomas empíricos favoráveis ao réu, que impliquem em redução da pena, quanto para os axiomas empíricos desfavoráveis, que impliquem em aumento da pena. Assim, os correspondentes aumentos ou diminuições da pena serão proporcionais aos níveis de intensidade da afetação do axioma empírico no caso concreto. Há, ainda, um patamar considerado neutro, utilizado quando a circunstância não é factualmente verificada ou quando, embora constatada, a sua incidência não atinja uma intensidade juridicamente relevante.

Com o emprego dessa escala de cinco níveis de afetação é possível mensurar a gravidade concreta do delito de forma simplificada, porém sem abrir mão da capacidade do sistema de penas de reverberar as especificidades factuais na sanção individualizada.

A escolha do parâmetro valorativo que, a seu turno, aferirá a intensidade de afetação da circunstância concreta, mostra-se fundamental para o direcionamento teleológico do sistema de penas, ao permitir a ênfase de certos princípios distributivos em detrimento de outros.

A dinâmica dessas opções pode ser representada pelo exemplo do axioma empírico da reincidência. Vislumbrando-se efeitos preventivos, é possível analisar as condenações pretéritas do agente sob a perspectiva de um parâmetro de valor orientado pelo risco (como a periculosidade), de modo que um maior número de condenações pode indicar uma maior probabilidade de cometimento de novos delitos. Caso se pretenda um reforço no viés

²⁸⁹ A título exemplificativo, o modelo preconizado por von Hirsch e Jareborg escalona a gravidade do delito de acordo com os seis níveis de impacto no padrão de vida: *very grave, grave, serious, upper-intermediate, lower-intermediate, lesser*). Em JAREBORG, Nils; VON HIRSCH, Andreas. Gauging crime seriousness: a 'living standard' conception of crime harm. In: ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 213. Por sua vez, Feinberg escalona a gravidade do delito em três níveis, de acordo com a importância dos interesses violados para a autodeterminação pessoal: *welfare interests, security interests, accumulative interests*. Em FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 42-58. Já Silva Sánchez, em um esboço de teoria da individualização da pena, quantifica em escalas graduáveis a afetação do injusto objetivo (*lesión máxima, lesión media, lesión mínima, ausencia de lesión*) e da imputação subjetiva (*intención + conocimiento seguro, intención + conocimiento probable, intención, conocimiento seguro, conocimiento de lo probable, conocimiento de lo posible, desconocimiento vencible, desconocimiento invencible*). Em SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: *InDret*, n.2, Abr 2007, pp. 10-14.

retributivo, é possível aplicar um parâmetro orientado pela responsabilidade pessoal (com a culpabilidade), desvalorando a atual conduta delitiva diante da existência de prévios reforços na consciência do agente sobre a desaprovação social do ato criminoso, gerados pelas condenações pretéritas. Nessa hipótese, a quantidade de condenações anteriores influencia no nível de afetação concreta da reincidência, aumentando a gravidade do delito de forma equivalente ao número de ocorrências progressas, seja por indicar uma maior periculosidade do agente, seja por importar em uma maior reprovação da sua conduta.

A mesma lógica pode ser aplicada, por exemplo, ao axioma empírico do prejuízo financeiro sofrido pela vítima em um delito patrimonial. Tal consequência admite uma valoração sob perspectivas orientadas tanto pela lesão ao bem jurídico protegido quanto pelo grau de responsabilidade pessoal do agente. Por efeito, elegendo-se o dano como referencial de valor, o montante do prejuízo determinará se a afetação concreta do patrimônio da vítima foi levíssima, leve, moderada, grave ou gravíssima. Já se a culpabilidade for o referencial valorativo, uma maior ou menor responsabilidade do agente sobre o prejuízo da vítima acarretará a equivalente variação da escala de gravidade concreta.

A escolha do parâmetro valorativo pode influenciar, ainda, a perspectiva de análise do axioma empírico. Normalmente, o emprego de parâmetros atinentes à reprovação pessoal requer uma avaliação do axioma empírico sob uma perspectiva *ex ante facto*, uma vez que o foco está no valor ou no desvalor da conduta. Por outro lado, a utilização de parâmetros vinculados à lesão implica em uma avaliação *ex post facto* do correspondente axioma, já que o juízo se encontra centrado no desvalor de resultado²⁹⁰.

No entanto, qualquer que seja o parâmetro valorativo aplicado, a aptidão comunicativa do sistema de individualização da pena depende da adoção de um referencial de valor fundado nas percepções sociais de justiça. Tanto a validade quanto a eficácia da resposta estatal estão intimamente vinculadas à felicidade comunicativa do modelo penal e a utilização de um referencial empírico-social potencializa a capacidade de transmissão da mensagem sancionatória.

Em razão disso, o substrato axiológico que matiza o parâmetro valorativo, em um modelo de individualização da pena essencialmente comunicativo, deve ser extraído dos valores fundamentais compartilhados em sociedade. Se o parâmetro é a responsabilidade

²⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: *InDret*, n.2, Abr 2007, pp. 10-14.

pessoal, o referencial para avaliar o grau de reprovação da conduta será ditado pelas percepções gerais de justiça. Já se o parâmetro é a lesão, a dimensão dos danos causados e a importância dos bens ou interesses ofendidos serão mensurados a partir de um ponto de vista social. Da mesma maneira, se o parâmetro é o risco, as aferições do perigo e da necessidade de proteção dos interesses serão baseadas nas compreensões gerais de tais conceitos.

Todo juízo de valor referente à mensuração da gravidade do delito admite uma perspectiva fundada nas percepções gerais, afinal a importância e o sentido dos conceitos analisados devem ser extraídos do contexto social para que haja legitimidade democrática no procedimento de individualização da pena. A valoração de conceitos como reprovabilidade, dano e perigo não pode ser pautada por critérios estritamente jurídicos, já que o sistema não fornece todos os referenciais necessários, devendo o juiz se valer de noções metajurídicas para a integração sistemática.

Isso posto, tem-se que a gravidade concreta do delito é aferida a partir das circunstâncias fáticas tomadas como axiomas empíricos na individualização da pena. Tal análise pode ser finalisticamente direcionada com o emprego de específicos parâmetros de mensuração da gravidade do delito, consubstanciados na reprovação pessoal, na extensão da lesão ou na dimensão do risco. Entretanto, ainda que a individualização comunicativa da pena privilegie uma finalidade geral integradora e apesar de eventuais reforços teleológicos a objetivos penais específicos, o sucesso comunicativo do sistema depende do emprego de um referencial empírico-social baseado nas percepções gerais de justiça.

2.3 Apuração da pena adequada

Estabelecida a gravidade concreta do delito com a valoração, positiva ou negativa, dos axiomas empíricos, a próxima etapa do procedimento de individualização da pena consiste na tradução dessa gravidade em termos de qualidade e quantidade de pena.

A qualidade da pena diz respeito à categoria da sanção penal, que, a depender das normas vigentes em cada sistema, pode assumir a natureza de pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos, pena de prestação de serviços, pena pecuniária ou, em sistemas extremamente rigorosos, até mesmo de pena de deportação e pena de morte. Além disso, a qualidade da pena ainda pode determinar as peculiaridades de cada categoria sancionatória, tais como as espécies de direitos restritos ou de serviços a serem prestados, e a severidade do regime – prisional ou não – de privação da liberdade.

Ainda que o modelo comunicativo de individualização da pena seja dirigido por uma finalidade geral sócio-integradora, com forte viés retributivo, é na determinação da qualidade da pena que se fazem mais presentes as exigências específicas de prevenção especial. Em regra, a natureza da pena deve ser direcionada à finalidade geral integradora, admitindo-se direcionamentos em prol de específicos objetivos ressocializadores, principalmente em relação a delitos de média e baixa gravidade, já que a ressocialização é um efeito penal que – embora de difícil concretização – ainda é ambicionado. Entretanto, naqueles delitos de natureza mais grave, principalmente informados pela periculosidade do agente, a finalidade neutralizadora (ou assecuratória) pode ser enfatizada para garantir a provisória segurança social e, com isso, reforçar a própria finalidade integradora pela estabilização das expectativas gerais.

De todo modo, a determinação da qualidade da pena, mesmo que manejada para fins comunicativos, tem o seu espaço de deliberação judicial condicionado às regras impostas pelo sistema penal. Normalmente, a discricionariedade do juiz na escolha da natureza da pena é balizada por normas positivadas, estando, em certa medida, vinculada a aspectos jurídicos como a espécie do delito ou a quantidade de pena. Nos sistemas penais atuais, a natureza da resposta penal não fica irrestritamente sujeita ao arbítrio do juiz, já que cada legislação estabelece as espécies de penas admitidas pelo ordenamento jurídico mediante uma cadeia de contingências históricas²⁹¹. Porém, é justamente nos espaços de discricionariedade conferidos ao juiz pelo sistema que a individualização comunicativa da pena intervém na determinação da natureza da pena e suas especificidades, direcionando-a em busca dos efeitos desejados.

Quanto à quantidade de pena, a sua determinação será efetivada de forma proporcional à gravidade do delito obtida pela valoração dos axiomas empíricos. Neste momento entra em cena o conceito de proporcionalidade, que atua como um critério equalizador da severidade da pena em relação à gravidade do delito. A proporcionalidade, como critério de equalização da individualização da pena, tem a função de buscar, no quadro de punições previstas pelo sistema, aquela que melhor represente a gravidade concreta do fato criminoso.

Trata-se de um juízo de proporcionalidade ordinal ou relativa, já que o julgador, a par do nível de gravidade do delito, irá buscar na escala de severidade de penas a quantidade que

²⁹¹ Para Ferrajoli, “permanecem sendo questões irremediavelmente externas, vale dizer, ético-políticas, as justificações dos tipos de pena legalmente admitidas (v.g., a reclusão carcerária e, onde prevista, a pena de morte), as escolhas legais dos tipos de pena e de seus limites mínimo e máximo para cada tipo de delito, os critérios de determinação da quantidade de pena no exercício equitativo do Poder Judiciário de conotação, bem como suas modalidades de execução”. Em FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 219.

lhe for correspondente. Concebendo-se uma escala de gravidade delitiva em que na base esteja a forma factual mais leve e no topo a forma mais hedionda, e uma escala de severidade das penas em que na base esteja a forma jurídica mais branda e no topo a mais severa, a quantidade concreta de pena individualizada deve estar em uma posição análoga à da gravidade delitiva. Ou seja, a pena adequada é obtida a partir do emparelhamento das escalas de gravidade do delito e de severidade das penas, selecionando-se a punição que se encontre em um patamar equivalente ao da seriedade da ofensa²⁹².

Em virtude do conceito de proporcionalidade ordinal, em um modelo de individualização comunicativo, a pena imposta não precisa guardar a exata medida do mal causado pelo delito, conforme propunham os modelos retributivos mais arcaicos, pois o que se busca é uma pena cujo grau de severidade corresponda, de forma relativa, ao nível equivalente de gravidade concreta. Porém, a severidade do sistema como um todo é informada pela proporcionalidade cardinal ou absoluta, que determina os patamares punitivos máximo e mínimo, dentro dos quais a punição concreta está adstrita.

Naqueles sistemas penais em que há marcos legais limitando a quantidade máxima e mínima de pena para cada espécie de delito, é possível utilizar a mesma dinâmica da proporcionalidade como critério equalizador, mas de forma particularizada. Assim, os marcos legais de cada espécie delitiva operam sob a lógica da proporcionalidade cardinal, ao passo que, dentro desses limites penais legalmente impostos, a proporcionalidade ordinal informa a pena equivalente ao grau de afetação concreta dos axiomas empíricos. Tanto os limites gerais (máximo e mínimo) de pena que ancoram todo o sistema penal quanto os limites específicos (máximo e mínimo) que restringem a punição em cada espécie delitiva são afetos ao conceito de proporcionalidade cardinal, dentro dos quais a pena adequada é revelada por meio da proporcionalidade ordinal.

A análise individualizada dos axiomas empíricos também é viável pelo método da proporcionalidade ordinal, confrontando-se os cinco níveis de afetação favorável ou desfavorável da circunstância no caso concreto com cinco equivalentes porcentagens de diminuição ou aumento de pena. Ao final, a quantidade de pena adequada é obtida pelo cálculo dos acréscimos e decréscimos de pena decorrentes da aferição pormenorizada dos axiomas empíricos incidentes.

²⁹² VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, pp. 56-58.

Em um modelo comunicativo ideal de individualização da pena, a sanção adequada é obtida, em termos de qualidade, pela escolha da natureza da pena pautada em objetivos integradores e preventivo-especiais, e, em termos de quantidade, pela atuação da proporcionalidade ordinal como critério equalizador que informa a severidade da sanção correspondente à gravidade do delito.

Todavia, em todo o procedimento de individualização, a severidade da pena pode ser mitigada pela incidência de princípios garantidores que visam resguardar outros interesses juridicamente relevantes, atuando em benefício do cidadão condenado. Enquanto alguns princípios garantidores incidem prevalentemente na etapa de aferição da gravidade concreta do delito, outros têm o principal momento de interferência durante a apuração da pena adequada.

O princípio da legalidade tem uma ampla atuação em todo procedimento de individualização da pena, garantindo que o juiz não extrapole o espaço de discricionariedade conferido pelo sistema penal em prejuízo do réu, vedando a aplicação de penas além da previsão legal. Justamente por isso, a principal esfera de atuação do princípio da legalidade é na escolha judicial da natureza da pena, restringindo a aplicação de penas não admitidas pelo sistema jurídico, e na determinação da quantidade de pena, evitando a aplicação de sanções em montantes que extrapolem os limites legais.

O princípio da proporcionalidade, que visa estabelecer uma equivalência entre a gravidade do delito e a severidade da punição, também tem a sua principal área de incidência na definição da qualidade e da quantidade de pena. Como a sua essencial função é limitar a aplicação de penas desproporcionais, a observância do princípio da proporcionalidade é de fundamental relevância para os modelos de individualização da pena prevalentemente preventivos. Contudo, em um modelo essencialmente comunicativo, a utilização das percepções gerais de justiça como referencial valorativo e da proporcionalidade ordinal como critério equalizador, por si só, já é suficiente para manter a sanção concreta em patamares de severidade compatíveis com a gravidade do delito, reduzindo a necessidade de intervenção mais intensa desse princípio. Por conta disso, em um modelo comunicativo, além de algumas intercessões pontuais, o princípio da proporcionalidade deve ser considerado – de forma mais proeminente – na escolha da natureza da pena, principalmente quando tal deliberação envolver objetivos neutralizadores.

De forma semelhante, o modelo essencialmente comunicativo não requer grandes intervenções do princípio da culpabilidade, uma vez que a adoção de uma finalidade geral integradora, com essência retributiva-teleológica, importa na prevalência de parâmetros

valorativos orientados pela responsabilidade pessoal, tal qual a culpabilidade como critério de individualização da pena (*Strafzumessungsschuld*). Contudo, quando utilizados parâmetros orientados pela lesão ou pelo risco na valoração de certos axiomas empíricos, o princípio da culpabilidade deve intervir para evitar a responsabilização penal objetiva. Nesses casos, afaste-se a majoração da pena com base em circunstâncias e em consequências do delito que não possam ser atribuídas ao agente a título de dolo ou de culpa, pois os efeitos – diretos e indiretos – decorrentes da conduta criminosa só podem ser imputados caso haja atribuição de intencionalidade ou, no mínimo, de inobservância ao dever objetivo de cuidado²⁹³.

Por seu turno, o princípio da intervenção mínima atua como um indicador liberal a conter o ímpeto do poder punitivo, mantendo a pena nos menores patamares necessários para a consecução dos fins almejados pelo sistema. Destarte, sua precípua linha de operação é na determinação da qualidade e quantidade de pena, evitando que a severidade da punição exceda o essencial e comprometa o coeficiente de custo-benefício do sistema.

Finalmente, o princípio do *ne bis in idem*, que veda a dupla punição decorrente da mesma situação fática, intervém no procedimento de individualização da pena no momento da seleção e da valoração dos axiomas empíricos. À vista disso, esse princípio evita que o mesmo axioma empírico seja invocado mais de uma vez para agravar a punição em face do mesmo réu.

2.4 Resumo do método comunicativo de individualização da pena

A finalidade geral da pena em um método comunicativo de individualização deve se harmonizar com o objetivo dominante do ordenamento jurídico, qual seja a pacificação social mediante a estabilização das expectativas generalizadas. Sendo assim, o processo comunicativo deve estar centrado, precipuamente, em uma finalidade integradora da pena, de tendência retributiva-teleológica, capaz de conferir legitimidade democrática e eficácia perlocucionária ao sistema penal.

Naqueles sistemas penais teleologicamente vinculados, em que finalidades específicas de natureza preventiva estão positivadas, tais objetivos imediatos da pena podem ser satisfeitos, de forma incidente, pelo direcionamento finalístico conferido pelo juiz, mediante a seleção de axiomas empíricos e parâmetros valorativos próprios a esses fins.

²⁹³ GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung*: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 408.

Definido o objetivo geral integrador e os eventuais objetivos específicos do sistema punitivo, o juiz deve selecionar os axiomas empíricos que serão avaliados no procedimento de individualização da pena, seja em razão de suas relevâncias factuais, seja em razão de previsões normativas compulsórias.

Uma vez demarcadas as circunstâncias fáticas objeto de apreciação, o próximo passo no procedimento de individualização consiste em eleger os parâmetros valorativos responsáveis pela aferição da gravidade concreta do delito. Em um modelo comunicativo, deve-se privilegiar parâmetros valorativos orientados pela lesão e – principalmente – pela responsabilidade pessoal (como a culpabilidade), já que melhor representam as pretensões sociais de justiça que fundamentam a finalidade integradora. Contudo, havendo demandas específicas de índole preventiva, poderá o juiz reforçar tais objetivos mediante o manejo de parâmetros orientados pelo risco.

O referencial de valor que confere substrato axiológico a qualquer espécie de parâmetro valorativo utilizado deve se basear nas percepções gerais de justiça, extraídas dos valores fundamentais compartilhados em sociedade. Com isso, as pretensões de validade e de eficácia da pena serão bem tuteladas, contribuindo para a satisfação dos objetivos comunicativos da pena diante da promoção de uma consensualidade alargada, assentada no reconhecimento social da resposta estatal punitiva.

Com a incidência do parâmetro valorativo sobre o axioma empírico, o grau de afetação concreta da circunstância fática pode ser aferido por meio da adoção de uma escala com cinco patamares de intensidade. A partir do estabelecimento do grau de intensidade da afetação do axioma empírico, que pode ser favorável ou desfavorável ao réu, chegar-se-á ao nível de gravidade concreta do delito.

A par dessa revelação da gravidade concreta do delito, o juiz determinará a pena que reportar qualitativamente e quantitativamente adequada ao caso proposto. A deliberação sobre a natureza da pena está adstrita às opções legais conferidas pelo sistema, mas em havendo espaço de discricionariedade, o juiz deve buscar o objetivo geral integrador, admitindo-se reforços em prol de objetivos preventivos-especiais, principalmente ressocializadores – na medida do possível²⁹⁴ – e, em casos de maior periculosidade, neutralizadores.

²⁹⁴ MAPELLI CAFFARENA, Borja. Sistema progresivo y tratamiento. In: *Lecciones de derecho penitenciario*. 2. ed. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares, 1989, p. 170.

Já a quantidade de pena será determinada mediante o emprego da proporcionalidade como critério equalizador entre a gravidade do delito e a severidade da punição. Valendo-se de uma noção de proporcionalidade ordinal, o juiz buscará, em uma escala de severidade punitiva, a pena correspondente à gravidade concreta do delito.

Todo esse procedimento de individualização da pena está submetido ao fator axiológico limitador da punição, por efeito da incidência de princípios garantidores, tais quais os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da culpabilidade, da intervenção mínima e do *ne bis in idem*. A finalidade desses princípios é restringir o poder punitivo em nome de outros valores liberais importantes ao ordenamento jurídico.

Assim, a pena adequada à gravidade do caso concreto é obtida a partir de um procedimento de individualização fundando em uma metaética consequencialista, otimizando a função comunicativa da sanção penal e, conseqüentemente, incrementando as pretensões de validade e de eficácia do sistema penal.

3 PERSPECTIVA COMUNICATIVA NO SISTEMA BRASILEIRO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

3.1 Fundamentos teleológicos do sistema brasileiro de individualização da pena

O sistema brasileiro de individualização da pena está positivado em normas do Código Penal brasileiro e da Constituição da República Federativa do Brasil, complementado pela legislação penal especial e pelos precedentes judiciais atinentes à matéria. Mas, basicamente, as normas elementares do sistema de individualização da pena estão presentes no Código Penal, em seu título V – “Das Penas”, principalmente no capítulo III – “Da aplicação da pena”.

O Código Penal brasileiro foi editado pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 1940, ou seja, por um ato legiferante emanado do Poder Executivo, mas com força de lei. Embora o atual sistema constitucional brasileiro não admita mais a edição de decretos-lei, o Código Penal de 1940 continua vigente, mesmo com o seu déficit democrático originário, já que não adveio de uma deliberação do Poder Legislativo. Por conta disso e pelo fato de ter sido concebido antes da Constituição de 1988, as normas do Código Penal brasileiro estão sujeitas tanto à recepção constitucional quanto à releitura nos moldes constitucionais atuais.

Dentre as normas gerais sobre individualização da pena previstas expressamente na Constituição brasileira, estão as referências aos princípios da legalidade (artigo 5º, incisos

XXXIX e XL), da culpabilidade (artigo 5º, inciso XLV), da individualização e da humanização pena (artigo 5º, incisos XLVI a L). Especificamente, o seu artigo 5º, inciso XLVI, elenca as espécies de penas admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro (privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos), enquanto o inciso XLVII veda as penas de morte, perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

De qualquer forma, em termos gerais, não há uma incompatibilidade patente entre as específicas normas sobre individualização da pena previstas no Código Penal e as expressas normas constitucionais sobre o tema. Ademais, a atual Constituição já está em vigor há mais de trinta anos, tempo suficiente para sedimentar o entendimento jurisprudencial sobre a recepção constitucional das normas que tratam da individualização da pena no Código Penal.

Pode-se afirmar que o sistema de penas no Brasil é teleologicamente vinculado, já que o artigo 59 do Código Penal, que traz a diretriz geral sobre a individualização da pena, expressamente dispõe que o juiz deve determinar a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”²⁹⁵. Extrai-se, assim, que a individualização da pena no sistema brasileiro deve ser norteadada por finalidades retributivas e preventivas, embora não haja menção de quais princípios distributivos específicos sejam preconizados. Diante da ausência de maior delimitação legal sobre as finalidades da pena admitidas, a única exigência sistêmica é que a individualização tenha o fundamento teleológico genericamente baseado na retribuição e na prevenção, independentemente da natureza distintiva dos princípios distributivos utilizados (merecimento, dissuasão geral, dissuasão especial, neutralização, ressocialização ou integração).

Em que pese ao entendimento doutrinário que sustenta a inconstitucionalidade da finalidade retributiva da pena²⁹⁶, não há na Constituição brasileira qualquer diretiva normativa expressa quanto aos objetivos imediatos do sistema punitivo. Não se pode alçar preferências dogmáticas acerca de finalidades da pena à categoria de vedações constitucionais positivadas, sob pena de se outorgar à casta dos especialistas jurídicos todo o poder de dizer o direito, em detrimento do princípio democrático de autodeterminação.

²⁹⁵ Esta expressa referência aos fins da pena foi introduzida, no artigo 59 do Código Penal, a partir da reforma legislativa de 1984.

²⁹⁶ CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130; TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 132.

Todas as finalidades da pena podem ser alvo de pertinentes críticas e questionamentos, tanto sob o aspecto da justificação quanto da efetividade empírica, mas cada uma delas apresenta vantagens e desvantagens próprias, de modo que a vedação a alguma das tradicionais finalidades da pena, quando não positivada, não pode ser imposta com base em argumentos de autoridade. O sistema constitucional brasileiro não adentra na regulação do fundamento teleológico da individualização da pena e qualquer construção argumentativa em sentido contrário extrapola os limites hermenêuticos da interpretação da Constituição.

Ademais, com os séculos de evolução dogmática do direito penal, não há que se falar em uma concepção única de retribuição, estereotipada nos modelos absolutos do final do século XVIII, mais sim em diversas construções teóricas sobre o merecimento, dentre as quais se incluem noções retributivas de essência consequencialista²⁹⁷, a exemplo da integração social. As objeções jurídico-filosóficas a um determinado modelo retributivo não necessariamente podem ser sustentadas em face de todos os demais modelos, em razão da diversidade de fundamentos justificantes, de referenciais valorativos e de objetivos gerais que tais modelos de retribuição apresentam²⁹⁸.

Quanto à finalidade preventiva, é possível inferir que o sistema de individualização da pena previsto pelo Código Penal de 1940, mesmo após a reforma penal de 1984, ostenta uma evidenciada tendência preventivo-especial. Historicamente, se a fonte primária de inspiração do Código Penal brasileiro foi o *Codice Rocco* de 1930, tal diploma italiano, por sua vez, corporifica, dentro de uma vertente técnico-jurídica, algumas bases teóricas da obra “*La Défense Sociale e les Transformations du Droit Pénal*” de Adolphe Prins²⁹⁹. Alcântara Machado, o responsável pelo projeto do Código Penal de 1940, citou como novas diretrizes penais os imperativos voltados a “reforçar a defesa coletiva contra a criminalidade comum e resguardar as instituições contra a criminalidade política”³⁰⁰. O próprio Nelson Hungria, um dos colaboradores do Código Penal brasileiro, publicou um trabalho, na década de 1960,

²⁹⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena. In: *Derecho penal y criminología*. Vol. 28, n. 83, 2007, pp. 64-65.

²⁹⁸ ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 137.

²⁹⁹ SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, pp. 10-11.

³⁰⁰ MACHADO, José de Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 13.

proclamando tardiamente o pensamento da escola da defesa social, o que confirma a sua antiga afinidade com essa corrente doutrinária³⁰¹.

Em relação à teoria do delito, a influência original da escola positivista no Código Penal foi mitigada com a reforma de 1984, que conferiu um semblante finalista à normatização delitiva brasileira. Contudo, essa última grande reforma do Código Penal não foi suficiente para afastar totalmente a ascendência do pensamento positivista, centrado na prevenção especial, sobre a individualização da pena.

A reminiscência de uma orientação preventivo-especial do sistema de individualização da pena brasileiro pode ser constatada a partir de uma análise sistemática da normatização presente na atual configuração do Código Penal. O artigo 59, que elenca as circunstâncias judiciais que devem ser analisadas pelo juiz na determinação da punição, traz cinco circunstâncias relacionadas ao agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos) e apenas três relacionadas ao fato criminoso (circunstâncias, consequências e comportamento da vítima)³⁰². Dentre as circunstâncias de ordem subjetiva, os antecedentes, a conduta social e a personalidade apresentam uma forte afinidade com o parâmetro valorativo da periculosidade do agente.

Essa tendência pela prevenção especial é confirmada na regra do artigo 67 do Código Penal, que disciplina o concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes da pena, conferindo expressa preponderância às circunstâncias de natureza subjetiva, relacionadas aos motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e à reincidência. Ademais, a reincidência do condenado e as circunstâncias judiciais prevalentemente subjetivas também são fundamentais para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena (artigo 33, parágrafos 2º e 3º do Código Penal) e para a eventual concessão dos benefícios da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (artigo 44 do Código Penal) e da

³⁰¹ HUNGRIA, Nélon. Novas teorias e diretrizes do direito penal. In: *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. Vol. 19, n. 79, Set 1961, pp. 1-10.

³⁰² Na redação original do Código Penal de 1940, o antigo artigo 42 elencava seis circunstâncias judiciais: antecedentes do réu; personalidade do réu; intensidade do dolo ou grau da culpa; motivos determinantes; circunstâncias e consequências do crime. Observa-se que também prevalecia, em quantidade, as circunstâncias de natureza subjetiva, embora Nélon Hungria defendesse que tal dispositivo legal englobava os critérios da individualização objetiva e subjetiva, não havendo “prevalência de um sobre o outro, mas conjunção, sincronismo, entrosamento”, já que “o mal externo e o mal interno completam-se” para a apreciação do juiz. Em HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Vol. V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 467-468. Por outro lado, Magalhães Noronha comunga com a observação aqui sustentada, ao afirmar que: “Pela redação do artigo [42], parece-nos inegável que ele deu realce à capacidade de delinquir do agente, em relação à gravidade objetiva do delito”. Em NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 263.

suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal), evidenciando, ainda mais, a influência dos objetivos preventivo-especiais sobre o sistema punitivo brasileiro.

A reforma do Código Penal de 1984 estabeleceu, no artigo 33, as três formas de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade: regime fechado (em estabelecimento de segurança máxima ou média), regime semiaberto (em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar) e regime aberto (em casa de albergado ou estabelecimento adequado). Adotou-se o sistema de progressão do regime de cumprimento das penas privativas de liberdade, que, de acordo com o § 2º do supracitado artigo, “deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado”. A previsão de submissão do condenado a “exame criminológico de classificação” (artigo 34 do Código Penal) e o estímulo à sua sujeição ao trabalho e à realização de cursos durante o cumprimento da pena (artigos 34 a 36 do Código Penal) reforçam o viés preventivo-especial da determinação da pena no sistema brasileiro. De acordo com o item 38 da Exposição de Motivos da Lei nº 7.209 de 1984, que promoveu a reforma do Código Penal, a quantidade e a qualidade da pena “será tanto mais justificável quanto mais apropriadamente ataque as causas de futura delinquência” e a sentença penal condenatória que individualiza a pena se compara “a ato de prognose, direcionada no sentido de uma presumida adaptabilidade social”.

Essa mesma tendência preventivo-especial também é observada em outros importantes diplomas legais de natureza penal, como a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984), que, em seu artigo 1º, prevê como um dos objetivos da execução penal “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Já em seu artigo 22, que versa sobre a assistência social, dispõe que a finalidade desse instituto é “amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”. Dentre os tratados internacionais recepcionados pela ordem constitucional brasileira, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 5, nº 6, preceitua que “as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Diante disso, conclui-se que o sistema brasileiro de determinação judicial da pena *lato sensu*, que inclui a individualização da pena *stricto sensu* e as deliberações judiciais na fase de execução da sanção, não abriu mão da finalidade retributiva da pena, porém a combinou com objetivos específicos de caráter eminentemente preventivo-especial, evidenciados tanto na redação original do Código Penal quanto nas suas posteriores reformas, bem como em outros atos normativos atinentes à matéria.

Independentemente das deficiências apresentadas pelas finalidades positivadas da pena, tanto no plano da justificação quanto no plano da efetivação, é preciso respeitar as opções finalísticas definidas pelo sistema normativo vigente. E o sistema brasileiro de individualização da pena adotou a retribuição e a prevenção especial como objetivos regentes do procedimento de determinação judicial da pena, ainda que tais funções não sejam uma unanimidade entre a doutrina especializada.

Entretanto, a sistematização das categorias conceituais que envolvem a individualização da pena e a definição dos seus institutos jurídicos se mostram imprescindíveis para a compreensão do procedimento de individualização e para a realização de eventuais críticas ao sistema punitivo.

Em termos de fundamentos teleológicos da individualização da pena, a finalidade retributiva da pena, talvez por influência da doutrina alemã ou em virtude da enraizada imagem das antigas teorias absolutas, ainda é alvo de críticas e de significativas ressalvas por grande parte da doutrina brasileira³⁰³. Por outro lado, a despeito da superação do paradigma do déficit há mais de quarenta anos³⁰⁴, a finalidade ressocializadora da pena ainda goza de elevado prestígio entre a doutrina nacional³⁰⁵. Aliás, essa mesma finalidade ressocializadora que caiu nas graças de parte da corrente crítica do direito penal, tem sua origem na ideologia capitalista-burguesa do século XIX, voltada à educação do proletariado para o trabalho, a fim de conter o excedente de mão de obra decorrente do processo de crescente urbanização que sucedeu a revolução industrial.

Porém, adentrando nos fundamentos ontológicos da individualização da pena, as circunstâncias que são alvo das mais severas objeções doutrinárias e jurisprudenciais – tais

³⁰³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 141-143; CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena*: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130; TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 132.

³⁰⁴ PAVARINI, Massimo. *Governare la penalità*: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena. Bologna: Bononia University Press, 2014, p. 108.

³⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 355; BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, pp. 25-26.

como a reincidência³⁰⁶, os antecedentes³⁰⁷, a conduta social³⁰⁸ e a personalidade do agente³⁰⁹ – são justamente aquelas de natureza subjetiva que apresentam o mais proeminente caráter preventivo-especial. O próprio parâmetro valorativo da periculosidade, que assumiu uma conotação tão negativa a ponto de raramente ser mencionado pela doutrina atual³¹⁰, é invariavelmente o principal critério de avaliação de uma pena com fins ressocializadores.

Em contrapartida, as circunstâncias relacionadas ao fato criminoso, de natureza objetiva, reconhecidas pela doutrina nacional, são próprias de modelos punitivos de ordem retributiva, que buscam uma proporcionalidade entre a lesividade da conduta e a severidade da pena. Da mesma forma, o parâmetro valorativo da culpabilidade, consubstanciado na ideia retributiva de reprovação da conduta, é celebrado no Brasil, bem como na Alemanha, como o principal critério axiológico orientador da individualização da pena³¹¹.

O devido conhecimento histórico-dogmático dos fundamentos ontológicos, axiológicos e teleológicos se mostra fundamental para a análise crítica de qualquer sistema de individualização da pena e o seu desenvolvimento teórico e prático depende do respeito às normas positivadas e da apropriada compreensão dos conceitos e das interações dos institutos jurídicos atinentes à determinação da sanção penal.

3.2 Crítica aos métodos mecanicistas de individualização da pena

³⁰⁶ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 138-139; BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 890-892; PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 716-719; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, pp. 579-582.

³⁰⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 50-53.

³⁰⁸ BRITO, Alexis Couto de; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de. *Direito penal brasileiro: parte geral – princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 655-656.

³⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 1836-1837; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, pp. 572-573. STOCO, Tatiana de Oliveira. *A personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 147-149.

³¹⁰ CARVALHO, Salo de. Reprovabilidade e segregação: as rupturas provocadas pela antipsiquiatria nas ciências criminais. In: *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 212-213.

³¹¹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 875; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 941; PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 709-710; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 28; TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 151-152.

Fixados os fundamentos teleológicos norteadores da punição, o procedimento de individualização da pena no sistema brasileiro deve observar as seguintes etapas, relacionadas nos incisos do artigo 59 do Código Penal: (i) escolha da natureza da pena; (ii) determinação da quantidade de pena; (iii) fixação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade; (iv) eventual substituição da pena privativa de liberdade.

Quanto à determinação judicial da quantidade de pena privativa de liberdade, o Código Penal prevê três espécies de circunstâncias que devem ser observadas pelo juiz no procedimento de individualização da pena: as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, as circunstâncias legais atenuantes e agravantes, e as causas de aumento e de diminuição de pena (ou majorantes e minorantes).

Em relação ao momento de análise desses axiomas empíricos, por algum tempo perdurou uma divergência doutrinária entre defensores de um critério bifásico e de um critério trifásico de determinação judicial da quantidade de pena. De acordo com o critério bifásico, cujo maior preconizador foi Roberto Lyra, as circunstâncias judiciais devem ser analisadas em conjunto com as circunstâncias legais atenuantes e agravantes para a determinação da pena base, ao passo as causas de aumento e de diminuição de pena devem ser analisadas na etapa seguinte, para determinação da pena definitiva³¹². Para os defensores desse critério, não há justificativa para se distinguir o momento de análise das circunstâncias judiciais e legais, pois elas apresentam similitude de estrutura e a apreciação conjunta possibilita uma valoração global e mais harmônica por parte do juiz³¹³.

Já o critério trifásico, capitaneado na doutrina por Nélson Hungria, prevê três etapas de apreciação dos axiomas empíricos: primeiro são analisadas as circunstâncias judiciais para a determinação da pena base, depois são analisadas as agravantes e atenuantes para determinação da pena intermediária e, por fim, são analisadas as causas de aumento e de diminuição de pena para a determinação da pena definitiva³¹⁴. Segundo os defensores desse critério, as circunstâncias judiciais têm uma natureza geral e podem ou não ser admitidas dentro da discricionariedade do julgador, ao passo que as agravantes e atenuantes são axiomas empíricos específicos e, uma vez constatadas, a sua incidência é obrigatória³¹⁵. Após muita discussão doutrinária e

³¹² LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*: Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 199-203.

³¹³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Vol. 3. Campinas: Millenium, 1999, pp. 321-322.

³¹⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Vol. V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 468-470.

³¹⁵ BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, pp. 98-107; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Vol. V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 487-489.

jurisprudencial, a reforma legislativa de 1984 consagrou o critério trifásico no artigo 68 do Código Penal, dirimindo tal controvérsia.

De qualquer modo, as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais agravantes e atenuantes apresentam um padrão de análise semelhante, já que a lei não fixa o quanto de aumento ou de diminuição de pena que a incidência de que cada um desses axiomas empíricos pode gerar, ficando à discricionariedade do juiz o estabelecimento dos patamares de alteração da sanção no caso concreto.

Em virtude dessa ausência de previsão normativa, a prática forense, muitas vezes apoiada pela doutrina, desenvolveu formas de padronizar a quantidade de variação de pena decorrente da verificação concreta dos axiomas empíricos relacionados às circunstâncias judiciais e legais. Assim, multiplicaram-se os precedentes judiciais que utilizam um valor prefixado de aumento ou de diminuição de pena para as circunstâncias da primeira e da segunda fase de quantificação de pena, normalmente consubstanciado em uma porcentagem fixa de 1/8 (um oitavo) ou 1/6 (um sexto) sobre o patamar anterior de pena³¹⁶.

O problema é que tais porcentagens são estabelecidas com base em referências puramente abstratas, sem qualquer relação com o grau de afetação do axioma empírico no caso concreto. Trata-se da predeterminação de quantidades de aumento e de diminuição baseada em estéreis proporções matemáticas, completamente dissociadas do critério de proporcionalidade com a gravidade concreta do delito³¹⁷.

Tais métodos mecanicistas de quantificação da sanção, que se propagaram na jurisprudência nacional, ceifam qualquer racionalidade do procedimento de individualização da pena, pois são estabelecidos por meio de justificações padronizadas que não guardam relação com nenhum objetivo positivado da pena. Não há qualquer correlação lógica ou empírica entre a aplicação de alguma dessas porcentagens fixas sugeridas pela doutrina ou pela jurisprudência e a consecução de algum efeito retributivo ou preventivo. Qual é a diferença concreta, em termos de retribuição da culpabilidade ou de prevenção de delitos, da aplicação de uma

³¹⁶ Neste sentido, dentre inúmeros julgados: STF, HC 154691 AgR/PB; STF, ARE 1184873/RJ; STF, RHC 127382/MG; STJ, AgRg no AREsp 1765314/DF; STJ, AgRg no REsp 1919781/DF; STJ, AgRg no HC 672.263/SC; STJ, AgRg no AREsp 1.376.588/RJ; STJ, HC 338.975/RJ; STJ, AgRg no AREsp 1871969/MG; STJ, AgRg no HC 604542/AC; STJ, AgRg no AREsp 1799289/DF.

³¹⁷ De acordo com os ensinamentos de Paulo Busato, “a fórmula de análise das circunstâncias judiciais não deve ser através da elaboração de duas colunas, de débito e de crédito, meramente quantitativo, nem tampouco meramente matemático, dividindo a diferença entre a pena máxima e a mínima pelo número de circunstâncias. Essas posturas não proporcionam a correta individualização da pena”. Em BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 886.

porcentagem fixa de um oitavo ao invés de qualquer outra porcentagem fixa imaginada (um sexto, um quarto, metade, etc.)?

Se não é possível refletir a gravidade concreta do delito – aferida a partir do grau de afetação do axioma empírico – na quantidade de aumento e de diminuição de pena, já que se pressupõe um invariável valor prefixado, então também não é possível se vislumbrar qualquer finalidade prática para a individualização da pena.

Um exemplo desses métodos mecanicistas disseminados na prática forense é o intitulado “critério de proporcionalidade matemática”, segundo o qual a consideração de cada circunstância judicial importa em um aumento ou diminuição na proporção de um oitavo da diferença entre o mínimo da pena em abstrato e o termo médio. Logo, conforme essa proposta, o valor de cada circunstância judicial “deve ser calculado a partir do termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada, do qual deve ser deduzido o mínimo cominado, dividindo-se esse resultado pelo número de circunstâncias”³¹⁸. Entretanto, apesar de toda complexidade aritmética para se chegar ao peso padrão de cada circunstância em determinada figura típica, a correlação entre esse valor calculado e as peculiaridades do caso concreto é inexistente.

Outro exemplo de critérios mecanicistas são as propostas de limitar a quantidade de aumento de pena na primeira e na segunda fase da mensuração da sanção, em patamares inferiores ao marco legal máximo de pena previsto para cada tipo em questão, consubstanciadas apenas em relações de proporções abstratas. Alguns setores da doutrina sugerem a limitação do aumento de cada circunstância judicial, adstrito à fração máxima de um oitavo da diferença entre o mínimo da pena-base em abstrato e o seu termo médio, de modo que “as guias de determinação judicial expostas (termo médio e fração máxima para cada circunstância) podem ser utilizadas como referenciais de proporcionalidade”³¹⁹. Ocorre que tal proporcionalidade vislumbrada é, na melhor das hipóteses, estritamente matemática, não guardando relação com a proporcionalidade concreta entre a gravidade do delito e a severidade da punição.

Os defensores de tais critérios sustentam que a adoção de padrões prefixados de aumento ou diminuição de pena para cada circunstância conferiria maior segurança jurídica ao sistema, pois limitaria a discricionariedade do juiz na individualização da pena, reduzindo o risco de

³¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1858.

³¹⁹ CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: “ponto de partida”, “termo médio” e regras de quantificação. In: *Revistas dos Tribunais*. Vol. 978, Abril 2017, pp. 4-18.

arbitrariedades³²⁰. Contudo, a pretensão de segurança jurídica tem um preço e não pode suplantar a pretensão de correção das decisões judiciais, a ponto de fulminar os objetivos da individualização da pena. A discricionariedade do juiz, fundamental para a individualização da pena de acordo com as demandas e peculiaridades do caso concreto, já é adstrita aos termos legais, não cabendo à parcela da doutrina impor novos limites que não são previstos pelo sistema penal. Ainda mais quando tais restrições se fundam em justificações aritméticas de essência abstrata e dissociadas das finalidades da pena e das particularidades factuais.

Eventuais distorções pontuais que impliquem em penas muito severas, advindas de um mal-uso da discricionariedade judicial, podem ser melhor corrigidas com o manejo dos princípios garantidores (proporcionalidade, culpabilidade e intervenção mínima) ao invés do recurso a limitações de natureza aritmética, uma vez que esses princípios carregam uma carga axiológica específica para a limitação do poder punitivo, ao contrário das vazias propostas essencialmente numéricas.

A despeito do discurso que sustenta a adoção desses critérios matemáticos, a bem da verdade, sua disseminação na jurisprudência pátria é melhor explicada pela praticidade que os métodos mecanicistas oferecem ao julgador. Diante da grande quantidade de casos que um magistrado brasileiro deve enfrentar em seu dia a dia³²¹, a adoção de um método que dispensa uma análise mais detalhada do impacto concreto de cada axioma empírico acaba por simplificar, em muito, o seu trabalho. Além disso, uma vez estabelecida tal prática na jurisprudência, contorna-se a obrigatoriedade de se fundamentar adequadamente a decisão judicial, já que a mera menção de uma porcentagem prefixada de aumento ou de diminuição, sem qualquer referência valorativa com o fato, passa a ser aceita como suficiente pelos tribunais diante da consagração de uma prática³²².

³²⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sentença penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 88; CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: “ponto de partida”, “termo médio” e regras de quantificação. In: *Revistas dos Tribunais*. Vol. 978, Abril 2017, p. 9; CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 278-279.

³²¹ DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. In: *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 196.

³²² A título de exemplo, os precedentes dos Tribunais Superiores: “Para elevação da pena-base, podem ser utilizadas as frações de 1/6 sobre a pena-mínima ou de 1/8 sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima, exigindo-se fundamentação concreta e objetiva para o uso de percentual de aumento diverso de um desses”. Em STJ, AgRg no AREsp 1799289/DF, julgado em 03/08/2021; “Por não haver o Código Penal estabelecido a quantidade de aumento das agravantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, com certa uniformidade, que a elevação deve ser equivalente em até um sexto da pena-base. Precedentes que chancelaram a aplicação de fração superior a um sexto, vale registrar, levaram em consideração a existência de específica fundamentação lastreada nas especiais circunstâncias da causa penal”. Em STF, RHC 127382/MG, julgado em 05/05/2015.

Apesar de as facilidades práticas que os métodos mecanicistas oferecem aos magistrados, tal técnica de julgamento deve ser abolida pela jurisprudência nacional em virtude da ausência de justificação racional. Aliás, tais práticas sequer podem ser consideradas um método de individualização propriamente dito, já que carecem de concatenação lógica voltada à consecução de um fim. Ao contrário disso, tal práxis entrega, no máximo, um estéril critério de quantificação da sanção, despido de fundamentos axiológicos e teleológicos, uma vez que seus fundamentos se encontram completamente desconexos da realidade fática. Não há pretensão de segurança jurídica que justifique a adoção de critérios que aniquilem a racionalidade da individualização da pena em busca de uma praticidade conveniente aos operadores jurídicos.

3.3 Possibilidades comunicativas na individualização da pena brasileira

O sistema de individualização da pena no Brasil, cujas principais normas estão positivadas no Código Penal e na Constituição da República, apresenta um elevado grau de compatibilidade com um modelo essencialmente comunicativo de determinação judicial da sanção penal. Os espaços de discricionariedade judicial conferidos pelo sistema, aliados a uma vinculação finalística unificadora, permitem que um modelo comunicativo seja implementado pelo julgador sem desvirtuar os propósitos penais preconizados pela ordem jurídica vigente.

A primeira etapa no procedimento de individualização da pena consiste em definir os fundamentos teleológicos que guiarão finalisticamente as deliberações judiciais. Como a norma prevista no artigo 59 do Código Penal estabelece que a pena deve ser individualizada buscando objetivos retributivos e preventivos, a finalidade geral de integração social e as finalidades específicas de prevenção especial podem ser naturalmente implementadas. À vista disso, de modo geral, o procedimento de individualização da pena deve ser regulado, precipuamente, pelo princípio distributivo do merecimento empírico, que confere o tom retributivo-consequencialista necessário para a integração social, e, assessoriamente, pelos princípios distributivos da neutralização, da dissuasão especial e da ressocialização, que satisfazem as pretensões preventivo-especiais do sistema.

Definidos os fundamentos teleológicos do sistema brasileiro de individualização da pena, é importante lembrar que a sua concretização depende da intermediação dos parâmetros valorativos, que representam os principais veículos do fundamento axiológico. Conforme já explanado, os parâmetros valorativos são classificados em três grandes grupos: parâmetros

orientados pela responsabilidade pessoal, parâmetros orientados pela lesão e parâmetros orientados pelo risco. Considerando que o sistema penal brasileiro requer a satisfação de objetivos de ordem retributiva e preventiva, todas essas três espécies de parâmetros valorativos podem ser, em algum momento, relevantes à individualização da pena.

Quanto aos parâmetros de valor orientados pela responsabilidade pessoal, a adoção da culpabilidade se mostra a melhor escolha para o sistema brasileiro, em virtude da familiaridade que o ordenamento jurídico local tem com esse instituto, explicada pela influência que a doutrina alemã exerce sobre o direito penal brasileiro. A retribuição da culpabilidade, entendida como o grau de reprovação que recai sobre a conduta do agente, apresenta-se como o parâmetro mais apto a satisfazer as pretensões integradoras do sistema penal no Brasil, já que há décadas vem sendo apontada pela doutrina e pela jurisprudência como o principal critério valorativo na determinação judicial da sanção³²³.

A necessidade de se analisar axiomas jurídicos sob uma perspectiva *ex post* requer que, em alguns momentos, utilize-se um parâmetro de valor orientado pela lesão. Embora haja valiosas construções dogmáticas de novos parâmetros orientados pela lesão – a exemplo das baseadas nas noções de bem-estar, de padrão de vida e de qualidade de vida³²⁴ –, da mesma forma como ocorre com os parâmetros orientados pela responsabilidade pessoal, não há necessidade de se importar conceitos pouco habituais à nossa prática jurídica quando existem opções mais reconhecidas no direito local. Apesar de as pertinentes críticas ao seu conceito³²⁵, a ideia de bem jurídico ainda exerce um papel fundamental no direito penal brasileiro, bem como em outros ordenamentos de tradição de *civil law*, motivo pelo qual a leitura desse parâmetro valorativo deve ser baseada na dimensão da lesão ou do risco de lesão ao bem

³²³ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 875; PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 709-710; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 28; TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 151-152;

³²⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 42-58; JAREBORG, Nils; VON HIRSCH, Andreas. Gauging crime seriousness: a 'living standard' conception of crime harm. In: ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 186-219; PERŠAK, Nina. Using "quality of life" to legitimate criminal law intervention: gauging gravity, defining disorder. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, pp. 225-245.

³²⁵ RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, pp. 29-30; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. The constitutional deficiencies of the German Rechtsgutslehre. In: *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 3, n. 1, 2013, pp. 31-41.

juridicamente protegido. A noção de bem jurídico, como direito essencial para o desenvolvimento humano assegurado pelo Estado³²⁶, é o parâmetro de valoração da lesão que melhor se acomoda à tradição penal brasileira.

Por último, a pretensão preventiva do sistema requer a disponibilidade de um parâmetro orientado pelo risco e a propensão preventivo-especial do Código Penal não deixa outra alternativa a não ser a adoção da malfadada periculosidade do agente como critério axiológico destinado a tais objetivos específicos. Assim, a periculosidade criminal, entendida como o risco pessoal de reincidência na prática de delitos³²⁷, deve ser o conceito orientador do juízo de valor que recai sobre os axiomas empíricos de essência preventiva no sistema brasileiro.

Independentemente de qual dos três parâmetros de valor – culpabilidade, lesão ao bem jurídico e periculosidade – seja utilizado pelo julgador para avaliação do axioma empírico, o referencial valorativo que lhes servirá de substrato axiológico deve ser sempre as percepções sociais de justiça compartilhadas na sociedade brasileira. Só assim a potencialidade comunicativa do sistema alcançará sua plenitude, reforçando a consensualidade da resposta punitiva por meio do reconhecimento geral da sua correção, na medida em que o referencial axiológico da pena se apresenta sintônico com os valores sociais de fundamental prevalência.

Portanto, a análise judicial da culpabilidade deve observar o grau de reprovabilidade da conduta em questão sob as perspectivas da sociedade brasileira, de modo a extrair das percepções gerais de justiça a dimensão da desaprovação comunitária sobre o delito perpetrado. De forma semelhante, a estimativa da lesão ao bem jurídico deve ser baseada nos juízos profanos de mensuração de prejuízos e na importância conferida a cada bem por esta sociedade. Por fim, o conceito de periculosidade deve levar em conta a demanda protetiva emergente da comunidade e as noções gerais sobre tolerância de riscos. Dessa maneira, permeando o juízo de individualização da pena com noções valorativas expressadas pela sociedade brasileira, é possível satisfazer as pretensões de validade e de eficácia do processo comunicativo penal por meio de um consenso ampliado.

Após a fixação dos princípios distributivos aptos a nortear a individualização da pena, a primeira etapa, propriamente dita, do procedimento é a seleção da natureza da pena, prevista no inciso I do artigo 59 do Código Penal. O referido dispositivo legal dispõe que o juiz,

³²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática*: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 75.

³²⁷ LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*: Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 218.

primeiramente, deve selecionar “as penas aplicáveis dentre as cominadas”, ou seja, a escolha da espécie de pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos, multa) está condicionada à autorização legal conferindo pontual discricionariedade ao julgador. Assim, tal procedimento depende que o tipo penal em análise permita, expressamente, a aplicação alternativa de mais de uma espécie de pena.

Como princípio distributivo dominante no sistema, o merecimento empírico, informado pela culpabilidade, deve orientar a escolha da espécie de pena, quando possível essa hipótese. Contudo, como se trata da seleção da natureza da pena, há um forte apelo aos objetivos preventivo-especiais, já que existe uma correlação direta com os impactos da pena na pessoa do condenado. Dentre os princípios distributivos de essência preventivo especial prevaleceriam, em tese, a neutralização para os casos de maior periculosidade e a ressocialização para as demais hipóteses. Ademais, a escolha da espécie de pena também sofre a intervenção do princípio garantidor da intervenção mínima, de modo que o juiz deve sempre optar pela pena menos gravosa quando todas forem igualmente suficientes para a consecução dos objetivos vislumbrados.

São exemplos de tipos penais que conferem discricionariedade ao juiz para a escolha da espécie de pena, previstos no Código Penal: artigo 130 “caput” – exposição a contágio venéreo (detenção, de três meses a um ano, ou multa); artigo 135 – omissão de socorro (detenção, de um a seis meses, ou multa); artigo 136 “caput” – maus tratos (detenção, de dois meses a um ano, ou multa); artigo 137 – rixa (detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa); artigo 140 – injúria (detenção, de um a seis meses, ou multa); artigo 146 “caput” – constrangimento ilegal (detenção, de três meses a um ano, ou multa); artigo 147 – ameaça (detenção, de um a seis meses, ou multa); artigo 150 – violação de domicílio (detenção, de um a três meses, ou multa); artigo 151 – violação de correspondência (detenção, de um a seis meses, ou multa); artigo 156 – furto de coisa comum (detenção, de seis meses a dois anos, ou multa); artigo 163 “caput” – dano (detenção, de um a seis meses, ou multa); artigo 175 – fraude no comércio (detenção, de seis meses a dois anos, ou multa); artigo 179 – fraude à execução (detenção, de seis meses a dois anos, ou multa); artigo 184 “caput” – violação de direito autoral (detenção, de três meses a um ano, ou multa); artigo 233 – ato obsceno (detenção, de três meses a um ano, ou multa); artigo 246 – abandono intelectual (detenção, de quinze dias a um mês, ou multa); artigo 287 – apologia criminosa (detenção, de três a seis meses, ou multa); artigo 331 – desacato (detenção, de seis meses a dois anos, ou multa); dentre outros.

Há hipóteses em que as penas restritivas de direito são autônomas, mas não substitutivas às penas privativas de liberdade, podendo ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente. Na legislação especial, o exemplo mais notório de escolha judicial da espécie de pena está no tipo penal do artigo 28 da Lei nº 11.343 – posse de drogas para uso pessoal, que prevê a aplicação isolada ou cumulativa das seguintes medidas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; comparecimento à programa ou curso educativo; admoestação verbal; e multa. Já no artigo 78 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), as seguintes penas restritivas de direitos podem ser aplicadas cumulativa ou alternadamente com as penas privativas de liberdade e de multa: interdição temporária de direitos; publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação; e prestação de serviços à comunidade.

Conforme se observa dos exemplos acima, geralmente, as possibilidades de aplicação de penas alternativas estão adstritas às infrações penais de menor potencial ofensivo, cujas penas máximas cominadas em lei não superam dois anos de privação de liberdade³²⁸. Em virtude disso, na prática, a ingerência do princípio neutralizador na seleção da espécie de pena acaba prejudicada, já que tal faculdade judicial é reservada aos delitos de menor gravidade. Logo, em regra, a seleção da natureza da pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa) no sistema brasileiro deve se pautar pelos princípios do merecimento empírico (orientado pela culpabilidade) e da ressocialização (orientado pela periculosidade), estando ambos igualmente limitados pelo princípio da intervenção mínima. Quanto à escolha da espécie de pena restritivas de direitos, dentre as opções previstas em lei, especificamente o juiz deve conferir prevalência ao princípio distributivo ressocializador, em virtude do forte caráter pedagógico que as penas dessa natureza ostentam.

Selecionada a qualidade da pena aplicada tendo em vista a sua natureza, a próxima etapa do procedimento de individualização da pena consiste na definição da quantidade de pena, ou seja, no montante do encargo a ser suportado pelo apenado.

Algumas espécies de penas restritivas de direitos não são quantificáveis, praticamente se exaurindo completamente com a mera imposição, como é o caso da admoestação verbal. Das espécies de restritivas de direitos que admitem quantificação, a medida daquelas que apresentam um caráter eminentemente pedagógico (como o comparecimento à programa ou

³²⁸ Como exceção a essa regra, os crimes contra as relações de consumo, tipificados no artigo 7º da Lei nº 8.137/90, estabelecem a pena de detenção de dois a cinco anos, ou multa.

curso educativo e a interdição temporária de direitos) deve ser regida pela periculosidade, a serviço do princípio ressocializador. Nas demais hipóteses, o princípio do merecimento empírico deve informar o montante da pena, orientando-se – em regra – no parâmetro da culpabilidade (como a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana), ou – excepcionalmente – no parâmetro da lesão ao bem jurídico, quando a pena restritiva de direito tiver caráter eminentemente reparador (como a prestação pecuniária e a perda de bens ou valores).

De maneira geral, a pena de multa é pautada por uma finalidade essencialmente retributiva³²⁹, materializada, no modelo comunicativo, pelo princípio do merecimento empírico. Dentre os parâmetros valorativos de viés retributivo, deve-se preferir a culpabilidade ao invés da lesão ao bem jurídico, já que no vigente Código Penal, a multa “deixou de corresponder ao valor do dano” e passou a “afeiçoar-se à situação do condenado”, conforme observa Lyra³³⁰. A determinação do montante da pena de multa, no sistema brasileiro, é submetida a dois critérios subsequentes: a quantidade de dias-multa e o valor de cada dia multa. Na primeira fase, o juiz fixa a quantidade de dias-multa, cuja regra geral, prevista no artigo 49 do Código Penal, estabelece o patamar mínimo de dez e máximo de trezentos e sessenta dias multas. A determinação da quantidade de dias multa deve se basear na culpabilidade do agente ou, quando for aplicada cumulativamente, pode equivaler à quantidade da pena privativa de liberdade, cuja mensuração é obtida por meio de cálculo aritmético em que os patamares mínimos e máximos das penas privativas de liberdade e de multa sirvam como grandezas proporcionais³³¹. Já o valor do dia-multa a ser pago, quantificado em moeda corrente no país, é determinando de acordo com a capacidade econômica do apenado, dentro dos limites gerais de um trigésimo até cinco vezes o valor do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, de acordo com as normas do § 1º do artigo 49 e do artigo 60, ambos do Código Penal. Essa é a regra geral de determinação da pena de multa, mas os limites mínimos e máximos tanto da quantidade de dias-multa quanto do valor proporcional ao salário mínimo podem ser alterados diante de previsões legais específicas.

³²⁹ De acordo com o item 43 da Exposição de Motivos do Código Penal, *in verbis*: “O Projeto revaloriza a pena de multa, cuja força retributiva se tornou ineficaz no Brasil, dada a desvalorização das quantias estabelecidas na legislação em vigor, adotando-se, por essa razão, o critério do dia-multa, nos parâmetros estabelecidos, sujeito a correção monetária no ato da execução”.

³³⁰ LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*: Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 163.

³³¹ Para os delitos em que a multa é aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, fixada na forma do artigo 49 do Código Penal, a fórmula é a seguinte: $(350x - 360y + 10z)/(z - y)$. Em que: x é a pena aplicada; y é a pena mínima cominada em abstrato pela legislação; z é a pena máxima cominada em abstrato pela legislação. Para o cálculo, todas as penas privativas de liberdade (x, y e z) são consideradas em dias.

A quantidade de pena privativa de liberdade, em um modelo comunicativo, é dirigida sobretudo pelo princípio do merecimento empírico, para satisfazer a pretensão social-integradora dominante. Porém, há circunstâncias previstas em lei que, por sua essência, reclamam um direcionamento preventivo-especial, sendo que, em termos de pena privativa de liberdade, dado ao seu caráter segregante, o princípio distributivo de ordem preventiva mais proeminente é a neutralização. De qualquer forma, a quantidade de pena privativa de liberdade sempre será limitada pelos princípios garantidores da culpabilidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima.

Conforme já assinalado, o sistema penal brasileiro consagrou o critério trifásico para determinação da quantidade de pena privativa de liberdade, de acordo com o artigo 68 do Código Penal. Assim, primeiro se determina a pena base por meio da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, depois a pena intermediária é definida pela análise das circunstâncias agravantes e atenuantes, e, por fim, obtém-se a pena definitiva após a apreciação de eventuais causas de aumento ou de diminuição de pena.

O juiz deve se atentar à essência do axioma empírico a ser avaliado, para que seja possível o desvelamento do objetivo penal perseguido com a sua previsão legal e a escolha do correspondente parâmetro valorativo destinado a esse fim.

Na primeira fase da quantificação da pena privativa de liberdade, dentre as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, as de natureza objetiva – quais sejam as circunstâncias, as consequências e o comportamento da vítima – devem ser guiadas pelo merecimento empírico. Porém, as circunstâncias e o comportamento da vítima exigem uma análise *ex ante* e, por isso, o parâmetro valorativo adequado é a culpabilidade, ao passo que as consequências do delito exigem uma análise *ex post*, com o emprego do parâmetro valorativo da lesão ao bem jurídico. Já a avaliação das circunstâncias de natureza subjetiva pode ser guiada tanto pelo merecimento empírico quanto pela neutralização. A culpabilidade e os motivos, como axiomas empíricos e circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, devem ser apreciados sob a direção do merecimento empírico – em razão do seu caráter dominante – e orientados pelo parâmetro valorativo da culpabilidade, entendida como o grau de reprovação da conduta. Os antecedentes, a conduta social e a personalidade, por terem um forte viés preventivo-especial, devem ser analisados com base na neutralização e orientados pela periculosidade criminal do agente.

A mesma lógica pode ser utilizada nas duas fases subsequentes, para a apreciação das agravantes e atenuantes, e das causas de aumento e de diminuição de pena. Portanto, como regra

geral, os axiomas empíricos devem ser avaliados com base no merecimento empírico, utilizando-se o parâmetro da culpabilidade para análises *ex ante* – tais como a agravante do motivo fútil ou torpe, a atenuante da coação resistível, a minorante genérica do erro evitável sobre a ilicitude do fato (artigo 21 do Código Penal), etc. – e o parâmetro da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico para análises *ex post* – tais como a atenuante da reparação espontânea do dano, a minorante genérica da tentativa (artigo 14, inciso II, do Código Penal), a majorante de emprego de arma de fogo no roubo (artigo 157, § 2º-A do Código Penal), etc. –. Contudo, axiomas empíricos de essência preventivo-especial, a exemplo da agravante da reincidência, demandam uma análise com fins neutralizadores/assecuratórios orientados pela periculosidade do agente.

A quantidade de aumento ou de diminuição de pena, decorrente da incidência da circunstância, pode ser fixa ou variável, a depender da previsão legal específica. Quando a quantidade de aumento ou diminuição da pena for fixa, não há espaço para deliberação judicial além da simples verificação da incidência ou não do axioma empírico no caso concreto, como ocorre em algumas majorantes ou minorantes em que a lei preestabelece uma única porcentagem de alteração de pena³³². Já quando a quantidade de aumento ou de diminuição de pena for variável, o juiz deve determinar o montante de alteração da sanção de forma proporcional ao grau de afetação do axioma empírico no caso concreto, obtido a partir do juízo de valor orientado pelo parâmetro adequado. Com isso, evita-se a adoção dos famigerados critérios mecanicistas que, ao utilizarem sempre valores de aumento ou de diminuição prefixados, inviabilizam o procedimento de individualização da pena de acordo com a gravidade do delito.

Na primeira fase da quantificação da pena privativa de liberdade, referente à análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a legislação não estabeleceu a quantidade de aumento e de diminuição de pena que cada circunstância pode observar. Há apenas um certo grau de consenso no sentido de que se deve respeitar os marcos legais máximo e mínimo cominados em cada tipo delitivo³³³.

³³² Como exemplos de majorantes específicas de valor fixo, as hipóteses do § 4º, do artigo 121, do Código Penal, que aumentam a pena do homicídio em 1/3 (um terço); do § 1º, do artigo 155, do Código Penal, que aumenta a pena do crime de furto em 1/3 (um terço); e do § 2º-A, do artigo 157, do Código Penal, que aumentam a pena do crime de roubo em 2/3 (dois terços).

³³³ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 887; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Vol. V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 467-470; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 145.

De acordo com a proposta original do sistema de quantificação da pena privativa de liberdade, na primeira fase do procedimento, o juiz deveria partir do termo médio entre as penas máxima e mínima abstratamente previstas pelo tipo penal³³⁴. Contudo, ao longo de décadas de exercício forense, sedimentou-se na jurisprudência brasileira a adoção da pena mínima como ponto de partida para o cálculo da pena na primeira etapa do critério trifásico. Supõe-se que esse atual entendimento se mostra, na prática, mais benéfico ao réu, uma vez que gera uma tendência à aplicação de penas mais brandas³³⁵. Embora a severidade relativa do sistema possa ser manejada por outros meios que independem do marco inicial para o cálculo da pena, a opção pela pena mínima do tipo legal como ponto de partida é compatível com a proposta do modelo comunicativo, ao mesmo tempo em que a jurisprudência nacional se mostra receptiva a tal critério.

Diante da escala de cinco níveis de intensidade da afetação concreta do axioma empírico – (i) baixíssima; (ii) baixa; (iii) moderada; (iv) alta; (v) altíssima –, dentro de uma proposta comunicativa, sugere-se que a quantidade de aumento ou de diminuição de pena na primeira fase também seja gradativa, refletindo a gravidade do delito em cinco graus proporcionais de severidade de pena, respectivamente consubstanciados nos percentuais variáveis de 1/12 (um doze avos); 1/10 (um décimo); 1/8 (um oitavo); 1/6 (um sexto); e 1/4 (um quarto).

Como os tipos penais previstos no sistema brasileiro não seguem um padrão quanto à dimensão do intervalo entre os marcos legais inferiores e superiores, a base de cálculo sobre a qual devem incidir os percentuais citados é o termo médio da pena em abstrato, obtido por meio da média aritmética entre o valor da pena mínima e da pena máxima previstas em lei. Desse modo, melhor se refletem os preceitos de proporcionalidade ordinal, já que a base de cálculo para os eventuais aumentos e diminuições de pena guarda relação com as previsões sancionatórias mais brandas e mais severas previstas para cada tipo penal. Caso contrário, a adoção da pena mínima em abstrato como base de cálculo, conforme propõe a maioria dos modelos difundidos na jurisprudência brasileira, acarretaria um elevado percentual de aumento/diminuição naqueles tipos penais cujos intervalos entre os limites mínimo e máximo de pena sejam pequenos, do mesmo modo que acarretaria um diminuto percentual de aumento/diminuição naqueles tipos penais cujos referidos intervalos sejam grandes.

³³⁴ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Vol. V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 488-489; LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*: Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 189.

³³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 568.

Adotando-se esse critério de duas escalas gradativas, correlacionadas por meio da proporcionalidade ordinal, tem-se que a afetação baixíssima do axioma empírico corresponde a uma variação de um doze avos de pena, a afetação baixa a uma variação de um décimo de pena, a afetação moderada a uma variação de um oitavo de pena, a afetação alta a uma variação de um sexto de pena e a afetação altíssima a uma variação de um quarto de pena. Com isso, é possível adequar, às particularidades do caso concreto, a quantidade de aumento ou de diminuição de pena decorrente da verificação de cada circunstância judicial.

Ou seja, de forma simplificada, a determinação da pena base deve partir da pena mínima prevista para cada tipo penal, sobre a qual incidirão os eventuais aumentos e diminuições de pena resultantes das afetações positivas e negativas das circunstâncias judiciais. Cada circunstância judicial deve ser avaliada individualmente e o nível de intensidade da afetação concreta deve espelhar o equivalente nível de aumento ou de diminuição de pena na escala de severidade. A porcentagem de variação deve ser calculada com base no termo médio entre os limites mínimo e máximo de pena em abstrato. Ao final, a pena base resultará do cálculo dos aumentos e diminuições verificados, acrescidos sobre a pena mínima em abstrato, respeitando-se os marcos legais máximo e mínimo para cada espécie delitiva.

Em relação à segunda fase, para determinação da pena intermediária, semelhante dinâmica pode ser utilizada, já que o Código Penal também não preestabelece o quanto de aumento ou de diminuição operado pela incidência de cada circunstância agravante e atenuante. Assim, os mesmos percentuais variáveis de $1/12$ (um doze avos), $1/10$ (um décimo), $1/8$ (um oitavo), $1/6$ (um sexto) e $1/4$ (um quarto) podem ser empregados para refletir os equivalentes níveis baixíssimo, baixo, moderado, alto e altíssimo de afetação concreta dos axiomas empíricos correspondentes às circunstâncias agravantes e atenuantes. De igual forma, a base de cálculo para tais porcentagens deve ser o termo médio da pena em abstrato, obtido pela média aritmética entre os limites legais mínimo e máximo de pena previstos para cada tipo penal. A diferença é que, ao invés de se tomar a pena mínima abstrata como ponto de partida, na segunda fase os eventuais aumentos e diminuições incidem sobre a pena base obtida na fase anterior. Havendo concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes, aplica-se a regra do artigo 67 do Código Penal, observando-se a preponderância das circunstâncias, de modo a se admitir a compensação entre agravantes e atenuantes com o mesmo grau de preponderância e de afetação

concreta. Do mesmo modo como ocorre na primeira fase, a quantidade da pena intermediária não pode ultrapassar os marcos legais máximo e mínimo estabelecidos para cada tipo penal³³⁶.

Finalmente, na terceira fase da quantificação da pena privativa de liberdade, relativa à apreciação de eventuais causas de aumento e de diminuição de pena, a legislação já estabelece os intervalos percentuais referentes às possíveis variações da sanção. Por exemplo, o § 2º do artigo 157 do Código Penal, que elenca as hipóteses de roubo majorado, prevê a possibilidade de aumento de pena de 1/3 (um terço) até metade. Nessas hipóteses, deve ser utilizada a mesma lógica de proporcionalidade ordinal entre a afetação concreta do axioma empírico e a variação de pena. A diferença é que, ao invés de se utilizar a sugerida escala de cinco níveis percentuais de variação da pena, utilizar-se-ão os parâmetros percentuais oferecidos pela lei. Tais percentuais devem ter como base de cálculo a pena intermediária calculada na fase anterior, admitindo-se nesta terceira fase que, após o cálculo de todas as circunstâncias majorantes e atenuantes incidentes, a quantidade de pena final fique aquém ou além dos limites legais abstratamente previstos para cada tipo penal.

A penúltima etapa do procedimento de individualização da pena corresponde à indicação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Conforme estabelece o artigo 33, § 1º, do Código Penal, os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil são: fechado, em estabelecimento de segurança máxima ou média; semiaberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e aberto, em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A deliberação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade tem conteúdo essencialmente preventivo-especial, já que a ideia de diferentes formas prisionais floresceu com o pensamento criminológico-positivista do século XIX, que distinguiu os apenados em diversas categorias, de acordo com a sua periculosidade. Aos delinquentes irrecuperáveis era indicada a neutralização pela reclusão em presídios, aos habituais a correção em estabelecimentos correcionais e aos ocasionais a intimidação pela advertência³³⁷.

Por óbvio que muitas das concepções positivistas não são mais aceitas pelos ordenamentos jurídicos atuais, porém, não há como se negar que o cerne da distinção das formas de execução da pena privativa de liberdade está vinculado à ideia de periculosidade do agente

³³⁶ Neste sentido, o enunciado da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. No mesmo sentido: HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao código penal*. Vol. V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 469.

³³⁷ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, pp. 121-126.

advinda do pensamento positivista. Assim sendo, a determinação do regime de cumprimento da pena deve ser regida, prioritariamente, por princípios distributivos de natureza preventivo-especial, inevitavelmente apoiados no parâmetro valorativo da periculosidade do agente, mas adequados aos padrões e exigências da dogmática penal contemporânea e limitados pela intervenção dos princípios garantidores da legalidade, da culpabilidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima.

A regra geral de definição do regime de inicial de cumprimento de pena, insculpida no § 2º do artigo 33 do Código Penal e orientada pela ideia de progressão de regime, tem como critério geral a quantidade temporal de pena estabelecida. Portanto, para condenados a penas superiores a oito anos é indicado o regime fechado, aos não reincidentes e condenados a penas superiores a quatro e até oito anos é indicado o regime semiaberto, e aos não reincidentes e condenados a penas iguais ou inferiores a quatro anos é indicado o regime aberto. Note-se que a verificação da reincidência do agente, axioma empírico essencialmente preventivo-especial, importa no recrudescimento de um patamar em relação ao regime de cumprimento previsto, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante³³⁸. Logo, por exemplo, ao reincidente condenado à pena igual ou inferior a quatro anos é preconizado, via de regra, o regime semiaberto.

Todavia, o § 3º do supracitado artigo dispõe que a determinação do regime inicial de cumprimento de pena também deve observar os critérios previstos no artigo 59 do Código Penal. À vista dessa norma, prevalece o entendimento no sentido de que as circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima) devem ser consideradas na determinação do regime de cumprimento de pena, podendo, de forma excepcional, alterar a regra de caráter temporal do § 2º, estabelecendo regimes mais brandos ou mais severos, a depender da inclinação favorável ou desfavorável das circunstâncias judiciais. Nessa hipótese, a leitura das circunstâncias judiciais deve ser feita, na medida do possível, sob uma perspectiva preventivo-especial, orientada pelo referencial valorativo da periculosidade do agente. Assim, nos delitos de

³³⁸ Embora uma interpretação literal do artigo 33, § 2º, do Código Penal leve à conclusão de que todo condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, a doutrina e a jurisprudência abrandaram essa regra, fixando o entendimento de que o reincidente condeando a pena igual ou inferior a quatro anos pode iniciar o cumprimento de pena em regime semiaberto. Nesse sentido, a Súmula nº 269 do Superior Tribunal de Justiça (*in verbis*): “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 1367-1368; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 280.

natureza mais grave, em que as circunstâncias judiciais evidenciem uma alta periculosidade do agente, aplicar-se-á o regime fechado pautado em objetivos neutralizadores/assecuratórios. Quando as circunstâncias judiciais não indicarem uma periculosidade elevada, aplicar-se-ão os regimes semiaberto ou aberto, voltados a objetivos dissuasivos especiais e ressocializadores.

Uma vez definida a quantidade de pena privativa de liberdade e o respectivo regime de cumprimento inicial, a última etapa do procedimento de individualização da pena no sistema brasileiro se refere à análise da possibilidade jurídica de substituição da pena privativa da liberdade aplicada por outra espécie de pena. Trata-se da eventual aplicação equivalentes funcionais da pena privativa de liberdade, voltados às políticas criminais de desencarceramento e orientados por princípios ressocializadores e de intervenção-mínima. Dentre os institutos desencarceradores, o Código Penal prevê a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a suspensão condicional da pena.

A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos é disciplinada pelos artigos 44 e seguintes do Código Penal, cujos requisitos legais para a sua concessão impõe, como regra geral, que (artigo 44 do Código Penal, *in verbis*): aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; o réu não for reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Já a suspensão condicional da pena (ou *sursis* penal) é regada pelo artigo 77 e seguintes do Código Penal, que escabece como requisitos gerais para o agraciamento da suspensão na execução: aplicação de pena privativa de liberdade não superior a dois anos; o condenado não seja reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; e não seja indicada ou cabível a substituição por pena restritiva de direitos.

Observa-se que os requisitos para a concessão desses institutos desencarceradores apresentam uma forte natureza preventivo-especial, uma vez que, além da quantidade de pena aplicada, baseiam-se em axiomas empíricos destinados a revelar a periculosidade do réu, tais como a prática do delito com violência ou grave ameaça, a reincidência do agente, e a prevalência de circunstâncias judiciais de ordem subjetiva. Em razão de tais características, a análise judicial de eventual cabimento desses institutos desencarceradores deve se fundar

precipuamente no princípio ressocializador e no princípio da intervenção mínima, cujo parâmetro valorativo adequado é a periculosidade criminal do agente.

Observadas tais etapas a partir de um viés comunicativo de individualização da pena, orientado por fundamentos teleológicos e axiológicos que têm como referência as percepções sociais de justiça, é possível se chegar a uma sanção adequada, em termos de qualidade e quantidade, aos objetos gerais e específicos propostos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento das teorias expressivas foi fundamental para a compreensão da natureza e das funções da pena, uma vez que a norma penal de sanção integra um sistema maior de regulação do comportamento humano incorporado no ordenamento jurídico e o fenômeno punitivo, mesmo juridicamente institucionalizado e racionalizado pelo Estado no exercício do *ius puniendi*, conserva sua essência de fato social. A revelação dessa dimensão social da pena, uma vez que seus objetivos mediatos e imediatos estão voltados à conformação da realidade individual e coletiva, implica na necessidade de cognição da função comunicativa da pena na inter-relação entre os atores envolvidos na resposta punitiva, incluindo o Estado, o apenado e toda a coletividade.

A administração tanto das demandas sociais de justiça e de segurança quanto da forma de apreensão da mensagem transmitida pela sanção penal, dentro de um processo essencialmente comunicativo, é fundamental para a satisfação das pretensões de validade e de eficácia perlocucionária da pena, já que a felicidade dessas dimensões está subordinada à capacidade operacional do complexo mecanismo da linguagem. A busca pelo reconhecimento intersubjetivo da resposta punitiva, voltado à obtenção de uma consensualidade alargada, mostra-se um propósito fulcral da individualização da pena, não apenas para contemplar o plano da legitimidade do sistema punitivo, mas também garantir sua finalidade prática.

Se a configuração dos contemporâneos Estados democráticos de direito exige que a pena esteja justificada em termos racionais e que a sua individualização seja pautada pelos valores fundamentais da sociedade, a resposta punitiva deve ser ao mesmo tempo justa e útil sob a perspectiva do jurisdicionado. Tal reinvidicação consequencialista da pena acarreta a necessidade de harmonização dos objetivos protetivos específicos do direito penal com o objetivo dominante de pacificação social do ordenamento jurídico.

Entretanto, a implementação e a operacionalização desse sistema comunicativo, que passa pelo procedimento de individualização da pena, demanda que os fenômenos empíricos observados em tal prática sejam traduzidos para a linguagem jurídica, para que possam ser instrumentalizados pelos juízes durante a elaboração das sentenças penais condenatórias. Dessa forma, a intelecção de um modelo comunicativo de individualização da pena depende da sistematização do procedimento de determinação judicial da sanção e da correta definição dos conceitos jurídicos que lhe são atinentes. Uma vez delimitados os fundamentos teleológicos, ontológicos e axiológicos que constituem a individualização da pena, é possível perceber a

indefectível influência que os valores sociais exercem sobre o juízo de determinação da sanção e direcionar os institutos jurídicos de modo a otimizar a função comunicativa da pena.

Realizada tal sistematização do procedimento de individualização da pena, é possível concluir que a adoção de um modelo essencialmente comunicativo é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que o espaço de discricionariedade do julgador esteja delimitado por regras que vinculam, em certa medida, os fundamentos teleológicos e ontológicos do sistema penal. Mesmo diante da verificação de uma forte orientação finalística preventivo-especial na normativa penal brasileira, a implementação de um modelo comunicativo de individualização da pena se mostra viável pela diretriz geral contida no artigo 59 do Código Penal, que orienta todo o procedimento de determinação judicial da sanção a partir da positivação dos objetivos retributivos e preventivos.

Em razão dessa previsão legal, que se mostra compatível com os ditames normativos impostos pela Constituição, é possível administrar um modelo comunicativo mediante a direção do princípio distributivo do merecimento empírico, voltado à satisfação da dominante finalidade integrativa de estabilização social, bem como dos princípios distributivos de caráter preventivo-especial, voltados à satisfação das finalidades penais específicas de natureza protetiva. À vista disso, mesmo diante da diversidade de essência dos fundamentos ontológicos – positivados no sistema na forma de circunstâncias judiciais, circunstâncias legais e majorantes e minorantes – é possível a satisfação da pretensão comunicativa da pena a partir do correto manejo dos fundamentos axiológicos correspondentes. E é justamente na integração dos fundamentos axiológicos da pena com os referenciais valorativos extraídos das percepções gerais de justiça da sociedade brasileira, que o sistema de individualização pode alcançar a sua potencialidade comunicativa para satisfazer as pretensões de validade e de eficácia da pena.

REFERÊNCIAS

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974.

ALBRECHT, Hans-Jörg. Direito penal e periculosidade: a política criminal entre prevenção, combate a perigos e retribuição de culpa. Trad. Yuri Corrêa da Luz. In: M. R. d. A. Machado, & F. P. Püschel (Eds.). *Responsabilidade e pena no estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: Acadêmica Livre, 2016.

_____. Sentencing in the Federal Republic of Germany. In: *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 7, n. 6, University of California Press, May/June 1995.

_____. Strafzumessung bei schwerer Kriminalität im Vergleich: Theoretische Konzeptionen und empirische Befunde. In: *ZStW*, Bd. 102 (1990), pp. 596-626.

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Trad. Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13-42.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

AMBOS, Kai. *Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2006.

ANCEL, Marc. *La Défense Sociale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ASAD, Talal. Free speech, blasphemy, and secular criticism. In: ASAD, Talal [et al.]. *Is critique secular? Blasphemy, injury, and free speech*. Berkeley: University of California, 2009, pp. 20-63.

ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el Estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sentença penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

BARTELS, Daniel M.; PIZARRO, David A. The mismeasure of morals: Antisocial personality traits predict utilitarian responses to moral dilemmas. In: *International Journal of Cognitive Science*, n. 121, 2011, pp. 154-161.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Tomo primo. Venezia: Rinaldo Benvenuti, 1781.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Ed.). *Essays in the economics of crime and punishment: human behavior and social institutions*. New York: Columbia University Press, 1974, pp. 1-54.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito - tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London-New York-Toronto: Oxford Press, 1907.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal: parte geral*. Trad. Edméia Gregório dos Santos. Campinas: Red Livros, 2000.

BIRNBAUN, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo: B de F, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BLOOM, Paul. *O que nos faz bons ou maus*. Trad. Eduardo Rieche. 2. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2014.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BRITO, Alexis Couto de; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de. *Direito penal brasileiro: parte geral – princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa: parte generale*. 3. ed. Lucca: Tipografia Giusti, 1867.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: “ponto de partida”, “termo médio” e regras de quantificação. In: *Revistas dos Tribunais*. Vol. 978, Abril 2017, p. 4-18.

_____. Reprovabilidade e segregação: as rupturas provocadas pela antipsiquiatria nas ciências criminais. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovacão: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 207-250.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal, parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritativo?* Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2011.

DARLEY, John M.; ROBINSON, Paul H. Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy. In: *81 Southern California Law Review* 1, 2007.

DAVIS, Michael. Criminal desert and unfair advantage: What's the connection? In: *Law and Philosophy*, Vol. 12, n. 2, May 1993, pp. 133-156.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na justiça penal internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In: CARVALHO, Salo de; GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. (Org.). *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

DOLCINI, Emilio. *La commisurazione dela pena*. Padova: Cedan, 1979.

DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 181-206.

DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____; MARSHALL, Sadie E. 'Remote harms' and the two harm principles. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfried (Ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, pp. 205-223.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2007.

FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 111-125.

_____. *Harmless wrongdoing: the moral limits of the Criminal Law*, Vol. 4. Oxford: Oxford University Press, 1990.

_____. *Harm to others*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847.

_____. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichese Rechts*. Vol. 2. Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1799.

FISCHER, Felix; FISCHER, Fernando Bardelli Silva. A alvorada da prevenção especial: do paradigma liberal ao paradigma social da pena. In: NETTO, José Laurindo de Souza; GIACOIA, Gilberto; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão (Coord). *Direito, educação & cidadania: estudos em homenagem ao Ministro Edson Fachin*. Curitiba: Clássica, 2021, pp. 501-518.

FISCHER, Fernando Bardelli Silva. A pena como manifestação das intuições sociais de justiça. In: NETTO, José Laurindo de Souza; GIACOIA, Gilberto; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão (Coord). *Direito, justiça & sociedade: estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná*. Curitiba: Clássica, 2021, pp. 585-603.

_____. Ausência de *bis in idem* na valoração dos elementos do delito para individualização da pena. In: *Revista Judiciária do Paraná*, n. 20, 2020, pp. 79-96.

FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law: American, comparative, and international*. Volume one: foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. *Rethinking criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

_____. *Basic concepts of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema del delito en transformación. Trad. Ivó Coca Vila. In: *InDret*, n. 3, Jul 2014.

_____. *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung: eine Untersuchung über die Struktur und Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung*. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymanns, 1971.

FULLER, Lon Luvois. *Anatomy of the law*. New York-Washington-London: Frederik Praeger, 1968.

GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2. ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: B de F, 2002.

GRAMATICA, Filippo. *Principios de defensa social*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019.

GREEN, Leslie. Should Law Improve Morality? In: *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 7, n. 3, October 2013, pp. 473-494.

GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßelehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

GRÜNEWALD, Anette. *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

GUARAGNI, Fábio André; GUARAGNI, Giovanni Vidal. O conceito de bem jurídico como relação de disponibilidade no direito penal: limites ao poder punitivo estatal a partir da autonomia da vítima. In: *Dom Helder Revista de Direito*, Vol. 3, n. 7, Set/Dez 2020, pp. 175-203.

GÜNTER, Klaus. Crítica da pena I. Trad. Flavia Portella Püschel. In: *Revista direito GV* n. 4, Vol. 2, n. 2, Jul/Des 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008.

_____. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

_____. *Law, liberty, and morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963.

HASSEMER, Winfried. The harm principle and the protection of 'legal goods' (*Rechtsgüterschutz*): a German perspective. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016.

_____. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles [et al.]. Porto Alegre: Fabris, 2008.

_____. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Previsión general y aplicación de la pena. In: HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2004, pp. 45-82.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEMPEL, Carl Gustav; OPPENHEIM, Paul. *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*. Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1936.

HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. *O direito democrático numa era pós-estatal: a questão de política das fontes do direito*. Amazon Publishing (Kindle Edition), 2018.

HOBBSAWM, Eric John Ernest. *A era dos impérios: 1875-1914*. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Bogotá: Universidad Extrenado de Colombia, 2015.

_____. Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*. Berlin: de Gruyter, 2010, pp. 105-137.

_____. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003.

HUNGRIA, Nélon. Novas teorias e diretrizes do direito penal. In: *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. Vol. 19, n. 79, Set 1961, pp. 1-10.

_____. Comentários ao código penal. Vol. V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Trad. Leonardo Rodríguez. Madrid: B. Rodríguez Serra, 1911.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pontes, 1997.

JANIK, Allan; RIEKE, Richard; TOULMIN, Stephen. *An introduction to reasoning*. 2. ed. New York: Macmillan Publishing, 1984.

JAREBORG, Nils; VON HIRSCH, Andreas. Gauging crime seriousness: a 'living standard' conception of crime harm. In: ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 186-219.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Oliver; SUNSTEIN, Cass R. *Noise: a flaw in human judgment*. New York: Little, Brown Spark, 2021.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins, et al. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

_____. *Crítica da razão prática*. Trad. Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad: en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: B de F, 2011.

LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984.

_____. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1917.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria: cause e rimedi*. Torino: Fratelli Bocca, 1897.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2006.

_____. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

- LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*: Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MACHADO, José de Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.
- MALINOWSKI, Bronisław Kasper. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Trad. Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora UNB, 2003.
- MAÑALICH, Juan Pablo. El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno. In: *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 15, 2011, pp. 139-169.
- _____. La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena. In: *Derecho penal y criminología*. Vol. 28, n. 83, 2007.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. Sistema progresivo y tratamiento. In: *Lecciones de derecho penitenciario*. 2. ed. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares, 1989, pp. 139-171.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Vol. 3. Campinas: Millenium, 1999.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MILL, John Stuart. *On liberty*. London: Yale University Press, 2003.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 10. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- MOORE, Michael S. The moral worth of retribution. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Ed.). *Responsibility, character, and the emotions: new essays in moral psychology*. Cambridge: Cambridge University, 1988, pp. 179-219.
- MORRIS, Herbert. A paternalistic theory of punishment. In: *American philosophical quarterly*, Vol. 18, n. 4, October 1981, pp. 263-271.
- _____. Persons and punishment. In: *The monist*, Vol. 52, n. 4, October 1968, pp. 475-501.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco de. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundacion Universitaria de Jerez, 1985.

NAPOLI, Paolo. Police et justice dans les débats révolutionnaires (1789-1791): les enjeux d'une question toujours actuelle. In: *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*. Vol. 30. Milano: Giuffrè Editore, 2001, pp. 159-197.

NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. In: HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. Principales problemas de la prevención general. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Buenos Aires: B de F, 2004, pp. 15-44.

NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, pp. 187-204.

_____. Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts: („Punktstrafe“, „Spielraumtheorie“, „Normalfall“). In: SEEBODE, Manfred (Ed.). *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Jul 1992*. Berlin: De Gruyter, 2015, pp. 435-450.

NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1980.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PAVARINI, Massimo. *Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014.

PAWLIK, Michael. Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposion der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*. Berlin: de Gruyter, 2010.

PERŠAK, Nina. Using "quality of life" to legitimate criminal law intervention: gauging gravity, defining disorder. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, pp. 225-245.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

POSNER, Richard A. An economic theory of the criminal law. In: *Columbia Law Review*, Vol. 85, n. 6, Oct 1985, pp. 1193-1231.

PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Trad. Rodrigo Condino. Buenos Aires: Ediar, 2010.

PUPPE, Ingeborg. *El derecho penal como ciencia: método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2018.

_____. Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica. Trad. Luis Emilio Rojas. In: *InDret* 3/2013, Jul 2013.

RADBRUCH, Gustav. Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico. Trad. Guzmán Dalbora. In: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 11-r3, 2009.

RAWLS, John. Two concepts of rules. In: *The philosophical review*, 64, 1955, pp. 3-32.

RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Org. e Trad. Alair Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. Why does the criminal law care what the layperson thinks is just? Coercive versus normative crime control. In: *Virginia Law Review*, Vol. 86, n. 8, Nov 2000, pp. 1838-1869.

ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ROXIN, Claus. Prevention, censure and responsibility. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Edit.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016.

_____. *Derecho penal, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coord. e trad. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, pp. 147-178.

_____. Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung. In: CORNILS, Karin; ESER, Albin (Coord.). *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium*. Freiburg: Max Planck Institut, 1987, pp. 209-238.

SEARLE, John. *Speech acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SEM, Amartya. Well-being, agency and freedom: the Dewey lectures. In: *The Journal of Philosophy*, Vol. 82, n. 4, Apr 1985, pp. 169-221.

SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al derecho penal contemporâneo. 2. ed. Buenos Aires: B d F, 2012.

_____. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: *InDret*, n.2, Abr 2007.

SMITH, Adam. *Lectures on jurisprudence*. Indianapolis: Liberty Fund, 1992.

SPENDEL, Günter. *Zur Lehre vom Strafmaß*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954.

STOCO, Tatiana de Oliveira. A pena na medida da culpabilidade. In: *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Volume 5, Maio 2020, pp. 115-138.

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

_____. *A personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. The constitutional deficiencies of the German Rechtsgutslehre. In: *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 3, n. 1, 2013, pp. 31-41.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. *Crimes de colarinho branco: versão sem cortes*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 121-152.

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

TONRY, Michael. Proportionality theory in punishment philosophy: fated for the dustbin of otiosity? In: TONRY, Michael (Ed.). *Of one-eyed and toothless miscreants: making the punishment fit the crime?* Oxford: Oxford University Press, 2019.

_____. Proportionality, parsimony, and interchangeability of punishments. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 217-237.

TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Editora USP, 1998.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Guidelines Manual*, §3E1.1, 2018.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017.

VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Trad. Margaret Hiley. Heidelberg: Springer, 2014.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. In: *Tratado lógico-filosófico / Investigações filosóficas*. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005.

_____. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998.