

# NOVAS TENDÊNCIAS NA TEORIA E APLICAÇÃO DAS PENAS CRIMINAIS

## NEW PERSPECTIVES IN THE THEORY AND APPLICATION OF CRIMINAL SANCTIONS

**Orlando Faccini Neto<sup>1</sup>**

Doutor em Ciências Jurídico Criminais (Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)

**ÁREA(S):** direito penal.

**RESUMO:** O presente texto, a partir da dialética, discute os mais recentes aportes à teoria da pena criminal, destacando a vertente que defende um fundamento expressivo para a punição, com foco em seu sentido comunicativo e, a partir disso, reflete sobre de que maneira a vítima há de ser considerada na aplicação da pena criminal, somando-se à análise do fato em si e às singularidades do autor do crime, tudo em ordem a potencializar a adoção de padrões ou guias (*Sentencing Guidelines*) mais robustos e, assim, compreensivos de toda a complexidade do fenômeno criminal.

**ABSTRACT:** *This text, based on dialectics, discusses the most recent contributions*

*to the theory of criminal punishment, highlighting the aspect that defends an expressive foundation for punishment, focusing on its communicative sense and, from that, reflects on how the victim must be considered in the application of the criminal penalty, adding to the analysis of the fact itself and the singularities of the offender, all in order to enhance the adoption of more robust standards or guidelines (Sentencing Guidelines) and, thus, comprehensive of all the complexity of the criminal phenomenon.*

**PALAVRAS-CHAVE:** punição criminal; vítima; modelos de aplicação da pena.

**KEYWORDS:** *criminal punishment; victim; penalty application models.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Fundamento expressivo da punição; 2 Aproximação

---

<sup>1</sup> Professor do Curso de Mestrado do IDP-Brasília. Professor de Direito Penal na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professor de Direito Penal da Escola Superior da Magistratura. Mestre em Direito pela UNISINOS-RS. Juiz de Direito. E-mail: ofneto@tjrs.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8154983539583427>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5934-7119>.

da pena criminal aos interesses da vítima; 3 A medida da pena; Conclusão; Referências.

*SUMMARY: Introduction; 1 Expressive basis for punishment; 2 Bringing the criminal penalty closer to the victim's interests; 3 The measure of the penalty; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

É praticamente impossível a revisão de toda a literatura produzida sobre o tema das penas criminais, e, não obstante o debate deite raízes nos primórdios das discussões fundamentais de direito penal, ainda não é possível assinalar um consenso acerca da questão fundamental, qual seja: “por que punir?”.

Como corolário de uma teoria inacabada, e de certo modo ensejadora de discussões fraturantes, a prática judicial, isto é, a concreta aplicação das penas, realiza-se muitas vezes calcada em doses excessivas de discricionariedade ou com apego demasiado em fórmulas matemáticas, potencializando o papel dos tribunais em detrimento do conhecimento dos fatos hauridos pelos Magistrados de primeiro grau, os quais, por sua vez, na ausência de uniformidade de critérios, muitas vezes fornecem respostas significativamente diferentes a casos similares, arriscando a produção de máculas expressivas ao princípio da igualdade.

Seria, entretanto, demasiada pretensão alvitrar a correção de tão persistentes problemas nos limites do presente artigo, que, então, almeja atualizar o debate sobre o vetusto tema das penas criminais, indicando os aportes mais recentes da doutrina, tudo a permitir que, no futuro, se possa dar à discussão tratamento mais bem acabado.

Aliás, cabe dizer que recentes obras publicadas em nosso país têm a virtude de fornecer novas perspectivas a respeito das penas criminais, inserindo-nos, com virtudes muito próprias, neste debate há muito realizado no estrangeiro.

Observar essas novas tendências, na teoria e na aplicação das penas criminais, é o objetivo deste texto, a partir da revisão bibliográfica e do cotejo dialético entre as variadas correntes de pensamento, ausente que seja a constatação de uma mais efetiva uniformidade.

## 1 FUNDAMENTO EXPRESSIVO DA PUNIÇÃO

Há duas vertentes principais no insuperável debate acerca dos fundamentos e dos fins das penas criminais. De um lado, as chamadas teorias absolutas, vinculadas à ideia de retribuição, ou seja, de compensação do mal do crime pelo mal da pena, restaurando-se, destarte, a ordem jurídica lesada pelo delito. De outro, as designadas teorias relativas, vinculadas a uma ideia de prevenção, ora direcionada à comunidade, por isso que alcunhada de prevenção geral, ora tendentes à neutralização do criminoso, nomeadamente a prevenção especial. Às teorias absolutas pode-se ligar uma dimensão essencialmente deontológica, ao passo que as teorias relativas são consequencialistas. No primeiro caso, das teorias absolutas, teríamos uma preocupação maior para com os *fundamentos* da pena, e, nas teorias relativas, com os seus *fins*<sup>2</sup>.

José de Faria Costa renova a posição retributiva, assentando que a teoria da pena criminal se constitui efetivamente no ponto de encontro entre o direito penal e a filosofia<sup>3</sup>. Segundo o autor, a retribuição é a lúdima expressão das ideias estruturantes de *responsabilidade* e *igualdade*, justamente porque só se pode falar que alguém é responsável se, no mesmo passo, considerar-se também essa precisa pessoa como ser livre e autônomo. A liberdade e a reconhecida manifestação da plena autonomia jogam como elementos essenciais para que, em verdade, se afirme a responsabilidade de quem quer que seja<sup>4</sup>.

O dogma da pena preventiva encontra, por sua vez, um problema radical, pois se afigura incompreensível que se puna alguém com o escopo de que outros não pratiquem crimes ou com o fito de repor a validade contra fática das normas. A virtual decorrência de esse argumento, no limite, admitir a punição de inocentes<sup>5</sup>, ou mesmo compactuar com uma pena em medida superior ao grau de culpabilidade, já revela, em si, fragilidades que não foram resolvidas.

Por essa razão, é surpreendente que, ainda nos dias que correm, concentre-se a crítica maior à retribuição no profligar as ideias desenvolvidas

<sup>2</sup> MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normatização*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 232.

<sup>3</sup> COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 208-209.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 227.

por Immanuel Kant há mais de duzentos anos<sup>6</sup>, mormente no que asseverava ser a lei penal um *imperativo categórico*, razão pela qual dizia que só a lei de retribuição, embora condicionada a efetuar-se perante um tribunal, e não em juízos privados, poderia indicar, de maneira precisa, a qualidade e a quantidade da pena<sup>7</sup>.

Immanuel Kant, como cediço, acabará por aludir à tão conhecida referência de que, mesmo dissolvida a sociedade civil, ou, se todo o povo que habita uma ilha decidisse se mudar, espalhando-se pelo mundo, ainda assim se deveria dar cabo da execução do último assassino que se encontrasse na prisão, a fim de que a cada um acontecesse aquilo que corresponde como corolário de seus atos<sup>8</sup>.

A intuição de Immanuel Kant, desde aquela época, sobre os riscos de se tomar o homem como instrumento à realização de fins, quando, da pena, procura-se fomentar um bem em favor da sociedade<sup>9</sup>, é correta, e ainda não se mostrou bem resolvida pelos defensores da pena criminal à guisa de prevenção.

Seja como for, a metáfora da ilha kantiana é irrealizável, e, na remota hipótese de alguma sociedade dissolver-se, nenhum sentido haveria na manutenção da pena imposta a quem quer que fosse, porquanto nem a bem da realização da justiça, nos moldes em que a ela alude Immanuel Kant, poder-se-ia dar ao homem a virtualidade de ser *meio*.

Num potente texto, Luís Greco examina a má reputação de que goza a perspectiva de Immanuel Kant, apesar de seu forte apelo intuitivo, na medida em que associa à pena considerações de justiça. Luís Greco salienta que, no “mundo anglo-saxônico, em que a discussão sobre os fundamentos do direito penal é travada mais entre filósofos do que entre juristas”, a retribuição nunca perdeu a sua majestade. Assim, Luís Greco, com muita correção, faz a “crítica da crítica” ao argumento kantiano, demonstrando a sua circularidade e a fragilidade da tese, muito em voga, aliás, de que a retribuição propenderia à aceitação de penas de caráter cruel. Ora, diz Luís Greco que o “retributivismo

---

<sup>6</sup> MURPHY, Jeffrie G. Does Kant have a theory of punishment? *Columbia Law Review*, v. 87, p. 509-532, 1987.

<sup>7</sup> KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. In: *Kants Werke - Akademie Textausgabe*. Band VI. Berlin-New York: Walter de Gruyter & Co., p. 332, 1968.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 333.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 331.

não defende penas cruéis, e sim justas, isto é, proporcionais ao delito”. Isto para não falar que “a tese retributivista não é defendida com apelo a sentimentos de vingança, e sim a razões morais e jurídicas [...] não podendo ser reduzidas, sem mais, a impulsos racionais”<sup>10</sup>.

Luís Greco, contudo, desenvolve novos argumentos, criticando a concepção retributiva em vista de uma possível assimetria, porque, em sua ótica, dar-se-ia o mesmo peso a duas injustiças diversas, como sejam a de não punir um culpado e a de punir um inocente<sup>11</sup>, o que, contudo, olvida a circunstância de que, se o objetivo é a prevenção de crimes, aí sim é que, se houver evidências de que a punição de um inocente mitigaria os índices de criminalidade em alguma região, acabaria, essa, por estar justificada, de maneira que é exatamente em favor da tese oposta que se confere capacidade de rendimento ao argumento.

A verdade é que “não concebemos nem olhamos o pensamento retributivo sem uma coordenada de futuro”; como escreve José Francisco de Faria Costa, pune-se, sem dúvida, porque

se praticou um acto ilícito e porque se é sujeito de culpa, mas pune-se, de igual modo, tendo em vista a prossecução de uma ordem de paz inatingível, mas sempre continuamente procurada, cuja base assenta necessariamente no conflito e no dissídio.<sup>12</sup>

Já não se compreende, assim, a retribuição em um sentido atávico, como o “esgotamento de uma aplicação de um segundo mal”.

Ao contrário, pois, segundo a engenhosa construção de Wagner Marteleto Filho, se a retribuição “é exigida pela maioria, ainda que irracionalmente, torna-se um efetivo critério da própria prevenção”<sup>13</sup>.

O que acaba por revelar que, mesmo no pensamento retributivo, a finalidade, enquanto *futuro*, está indiscutivelmente presente, não obstante seja

<sup>10</sup> GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo/Madri/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 263-274.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 276-279.

<sup>12</sup> COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 141, nota 9.

<sup>13</sup> MARTELETO FILHO, Wagner. *Op. cit.*, p. 248-252.

certo dizer que mais ostensivamente a aplicação de uma pena, no “âmbito de uma compreensão retribucionista, arranca necessariamente do passado”, já que “é no passado que está o facto, é no passado que está o mal praticado, é a partir do passado, para que a justiça se cumpra, que o delinquente é punido”; ocorre que é mister compreender que “os efeitos, as consequências da pena” obviamente se situam no futuro, razão pela qual exatamente a aplicação real e efetiva de qualquer pena “está inapelavelmente marcada pela historicidade”, de sorte que “o dever-ser que a pena realiza só tem sentido se compreendido através do *sendo* que uma determinada comunidade quer (ou aspira) que se cumpra”<sup>14</sup>.

O direito penal não pode, a não ser que assuma a responsabilidade de “amputar uma das suas mais relevantes dimensões axiológicas”, deixar de chamar “o futuro ao momento da sua aplicação, isto é, ao presente”<sup>15</sup>. Na pena retributiva, bem vistas as coisas, compor-se-ão a observação do passado e uma pretensão de futuro, conjugados no presente de sua aplicação. De modo que tem razão Tatjana Hörnle, ao asseverar que a eficácia preventiva, por si só, não é decisiva, uma vez que uma norma de proibição penal não se reduz a uma relevância funcional, senão que, também, ostenta relevância simbólica (*Symbolische Bedeutung*), a qual reside na manifestação de desaprovação das condutas descritas<sup>16</sup>.

Na prevenção só se mira o futuro; almejam-se fins, e por isso os olhos estão postos numa multidão, que talvez seja o grupo social ou a comunidade; ao olhar para tantos, a prevenção pouco enxerga ofensor e ofendido, de modo que, ao direcionar-se a muitos, acaba vendo quase nada.

A questão que finalmente nos interessa é a que decorre da relação que tem o sujeito que vai receber a pena com o seu exercício efetivo e real. É ele um mero objeto ou um apêndice funcional de seu exercício? Representa o sujeito o papel de escolhido para produzir efeitos de prevenção?

Como destacado por José Francisco de Faria Costa, ambas as respostas são negativas, pois é na compreensão do indivíduo como cidadão responsável

---

<sup>14</sup> COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 146, nota 23.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>16</sup> HÖRNLE, Tatjana. Subsidiarität als Begrenzungsprinzip - Selbstschutz. In: *Mediating principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006. p. 36.

que se aludirá a seu direito de sofrer uma pena justa<sup>17</sup> – pena, aliás, por aquilo que fez e não por aquilo que é, e, apenas assim, na compreensão de que o sujeito ostenta liberdade para seus atos, é que se o responsabiliza tratando-o como *pessoa*.

Que a prevenção geral ponha em causa “o fundamento constitucional do princípio da culpa na dignidade do homem” decorre do risco de uma “inconstitucional instrumentalização do indivíduo criminoso como meio de atemorizar os outros, em nome da utilidade geral”, mas também da falta de base empírica para afirmar que uma certa medida de pena, e não a simples descoberta e punição do crime, tem um “efeito intimidante geral diferenciado do que uma pena alternativa”. No limite, sendo as necessidades de prevenção geral determinantes da “própria medida legal da pena, enquanto a pena se mantiver dentro destes limites, está em princípio garantida a satisfação daquelas necessidades”<sup>18</sup>, que, portanto, para a sua obtenção, não hão de submeter o homem a um qualquer tipo de sacrifício. Tanto que, como refere Tatjana Hörnle, arriscaríamos ter, sob tal enfoque, um incremento das reprimendas e, conseqüentemente, uma condução a penas mais altas<sup>19</sup>.

Não sendo, assim, a pena um mero instrumento de controle, é na *comunicação* desse seu caráter de desaprovação e rechaço que estará o reconhecimento da pessoa a que se há de impor a sanção como pessoa moral – trata-se, deveras, do reconhecimento de um significado comunicativo da pena, eticamente fundado.

A pena, então, como diz Joel Feinberg, traz consigo este significado simbólico – “*expressive function of punishment*” –, no sentido de que ela expressa atitudes de ressentimento e indignação, e de julgamentos de desaprovação e

---

<sup>17</sup> COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 229.

<sup>18</sup> SOUSA E BRITO, José de. Os fins das penas no Código Penal. In: VALDÁGUA, Maria da Conceição (Coord.). *Problemas fundamentais de direito penal*. Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, por ocasião de seu Doutorado *honoris causa*, na Universidade Lusíada de Lisboa. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002. p. 174-5.

<sup>19</sup> HÖRNLE, Tatjana. Desarrollo y cambios en la teoría alemana de la determinación de la pena. Trad. María Belén Franchini. In: *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD, 2003. p. 32.

reprovação, por parte da própria autoridade punitiva ou daqueles em cujo nome é imposta<sup>20</sup>.

Na síntese de Daniel Henrique Saldanha Cavalcante, a punição transmite uma mensagem para criminosos e vítimas; para aqueles, comunica-se censura, condenação e reprovação do comportamento tomado, responsabilizando-os pela ofensa causada. Para as vítimas e para a comunidade como um todo, comunica-se que “os valores violados realmente importam, que o Estado ‘fala sério’ quando criminaliza e prevê punição para algumas condutas”<sup>21</sup>.

Do que é possível extrair a pretensão de se concluir este tópico em favor de uma retribuição revigorada a um certo nível simbólico, mormente porque como tal a pena é recebida pelo delinquente<sup>22</sup>, visto que supor que a encare como um *bem* em favor de sua socialização parece um desvario.

## 2 APROXIMAÇÃO DA PENA CRIMINAL AOS INTERESSES DA VÍTIMA

A concepção da pena calcada num ideal de prevenção conflita com a intuição comum e o mais elementar senso de justiça.

Sigamos o exemplo do “estuprador Chaney”, desenvolvido por Luís Greco<sup>23</sup>, que, no fim, defende a ideia de que não se poderia cogitar de punição: o caso alude ao estuprador que, após um acidente, simplesmente perde a libido, de maneira que não mais poderia vir a praticar o mesmo fato contra qualquer outra pessoa. Radicalmente, poderíamos também cuidar da situação do nazista empedernido, apanhado quando já findo o regime ignóbil que viabilizava suas ações, agora impossíveis<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: *Doing & Deserving*. Essays in the theory of responsibility. By Joel Feinberg. Princeton: Princeton University Press, 1970. p. 118.

<sup>21</sup> CAVALCANTE, Daniel Henrique Saldanha. *Punição, retribuição e comunicação*: contributo ao estudo da teoria da pena criminal. Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Porto Alegre: versão não publicada, 2011. p. 70.

<sup>22</sup> LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001. p. 99.

<sup>23</sup> GRECO, Luís. Op. cit., p. 278.

<sup>24</sup> Na abordagem de Mir Puig: “en relación a los delinquentes nazis – v.gr: vigilantes de campos de concentración – juzgados años después de concluída la guerra [...]. Pese a la gravedad de sus cargos, bajo la nueva situación política dejaron, en su mayor parte, de encerrar peligrosidad criminal [...]. No obstante – se dije – no deja de



Quem estiver disposto a deixar de punir em tais situações, conforme diz Michael Moore, não dá provas de ser uma pessoa livre de ressentimentos, mas, ao contrário, dá, isto sim, prova de sua *indiferença* perante o valor da vítima<sup>25</sup>.

Com efeito, como expõe Andrew Von Hirsch, se concebermos a sanção penal como neutra, ou meramente destinada à evitação de eventos futuros, isto é, enfatizando o escopo da prevenção, no fundo estaríamos a tratar os infratores do mesmo modo como se tratam os *tigres* em um circo; como seres que devem ser refreados, intimidados ou condicionados a cumprir algo<sup>26</sup>, de modo que, se, por razões externas, já tiver advindo o mecanismo de controle, como a perda da libido do estuprador ou a cessação do regime político que permitiu os crimes nazistas, tornar-se-ia despidianda a invocação do direito penal.

Ocorre que a pena convoca, para o ensejo da punição, um elemento de reproche, um juízo de censura, o qual, para Andrew Von Hirsch, ademais, não deixa de referir-se à condição da vítima, na medida em que faz expressar que ela, a vítima, foi injustamente violada, por conta de um comportamento alheio culpável – o que significa que aquilo que lhe foi ocasionado decorreu de um comportamento desaprovado. A reprovação, além disso, representa uma *comunicação moral* com o autor do fato, ensejando-lhe uma mensagem normativa crítica em relação a seu comportamento, daí que a neutralidade da reprimenda acabaria por não expressar desaprovação alguma. Apenas marginalmente, a pena confere, perante terceiros, razões normativas para que seja omitido o tipo de comportamento adotado por aquele que se pune, o que, somente assim, conceber-se-ia como um tipo de função agregada, de índole preventiva, consistente na comunicação de uma razão prudencial (*prudential reason*) para a não realização de fatos puníveis, função preventiva essa que, todavia, estaria justificada somente se, e quando, incorporada a noção de reprovação<sup>27</sup>.

---

*reper al sentido de justicia dejar impunes tales hechos"* (PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2002. p. 58).

<sup>25</sup> MOORE, Michael. The moral worth of retribution. In: *Placing blame*. A general theory of the criminal law. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 144.

<sup>26</sup> VON HIRSCH, Andrew. *Censure and sanctions*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 06-19.

<sup>27</sup> VON HIRSCH, Andrew. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 133-9.

Em suma: “*punishment connotes censure*”<sup>28</sup>, e, apenas assim, estar-se-á a tratar com respeito o delinquente, isto é, concebendo-o como pessoa capaz de realizar considerações morais, bem como, igualmente, somente assim se confere respeito à vítima, pois se reconhece que, no fim das contas, foi ela quem padeceu de um injusto<sup>29</sup>.

Encerra, pois, a culpabilidade penal, na lição de Augusto Silva Dias, a atribuição de um demérito cívico, ou a formulação de uma censura pessoal, pela atitude de negação dos fundamentos comunicativos da convivência revelada no fato<sup>30</sup>.

Tatjana Hörnle, neste mesmo sentido, aponta que a atribuição de culpabilidade enseja um juízo de desaprovação, o qual se apresenta como uma *mensagem* para a vítima; noutras palavras, segundo diz, a condenação contém um juízo sobre a extensão dos direitos da vítima e sobre a demarcação de sua esfera, frente à ação do delinquente, assinalando, então, que a vítima não necessita aceitar a conduta que violou o seu direito<sup>31</sup>. A autora, a partir disso, critica um modo de conceber a pena pautado exclusivamente num cálculo instrumental de eficiência, ao qual aludem as correntes ligadas à prevenção, na medida em que este olvida um cogitável direito da vítima em relação à punição do criminoso<sup>32</sup>.

Ou seja, importante é que, na aplicação da pena e na definição dos critérios de sua fixação, não se afastem os interesses do lesado, pois, diante da multiplicidade de condutas maldosas e violadoras das pessoas que somos capazes de realizar, em muitos casos está presente a *degradação* da vítima; degradação na medida em que tratada como *coisa*, porque certos tipos de crimes há que lesam os indivíduos bem no núcleo de sua humanidade. Como

---

<sup>28</sup> VON HIRSCH, Andrew. *Past or futures crimes*. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals. Manchester: Manchester University Press, 1985. p. 169.

<sup>29</sup> VON HIRSCH, Andrew. *Retribución...*, p. 140.

<sup>30</sup> DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 590, nota 1298.

<sup>31</sup> HÖRNLE, Tatjana. Determinación de la pena: el papel de una perspectiva de la víctima. Trad. Luis Miguel Reyna Alfaro. In: *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD, 2003. p. 88.

<sup>32</sup> HÖRNLE, Tatjana. Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz. In: *Mediating principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006. p. 36-37.

diz Richard Holloway, o objetivo do sistema criminal há de propender para o reconhecimento de que a pessoa prejudicada deve ter a sua humanidade restaurada por um ato que não olvide a sua degradação. Esse ato é a punição e isto haveria de ser o primeiro e mais fundamental elemento de um sistema jurídico sensato<sup>33</sup>.

Cumpre, porém, tornar menos abstratas essas considerações.

De certo modo, é possível dizer que “o esforço em racionalizar a atividade punitiva promoveu a neutralização da vítima”<sup>34</sup>, para a qual, se, de algum modo, sempre se conferiu um papel de subalternidade na dinâmica processual, no âmbito da delimitação da resposta estatal para com o crime, restava praticamente esquecida. No limite, o espaço reservado às vítimas mostrava-se reduzido às pretensões indenizatórias ou reparatórias<sup>35</sup>.

Silvio Leite Guimarães Neto, forte em variados autores com pendor retributivo ou expressivo, no concernente aos fundamentos da punição, assinala que a reação estatal ao delito deveria encerrar o conflito e fazer o sujeito passivo perceber eventuais ações vingativas como desnecessárias. Nessa linha, a teoria da pena “seria entendida como orientada à finalidade de conter as emoções e sentimentos vingativos da vítima”<sup>36</sup>.

Por isso que a pena que não inflige um mal ao autor de uma conduta grave mostra-se contraditória e compromete o significado expressivo da condenação, ou, dizendo o mesmo com outras palavras, a pena desprovida de um “ônus tangível conflitaria com os interesses dos indivíduos vitimados por crimes graves, pois comprometeria a credibilidade da condenação expressa pelo Estado”<sup>37</sup>.

É certo que como pressuposto de observação dos interesses da vítima estará a necessidade de ouvi-la acerca de seus anseios punitivos. Na tradição americana, por exemplo, há a possibilidade da assim chamada *victim allocution*,

<sup>33</sup> HOLLOWAY, Richard. *Entre o monstro e o santo: reflexões sobre a condição humana*. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2013. p. 51-53.

<sup>34</sup> GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. *Uma teoria da pena baseada na vítima: a busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 25.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 158.

por intermédio da qual podem ser apresentados os impactos do crime em relação ao ofendido, bem como narrados os seus sentimentos em relação ao fato ocorrido e ao infrator (*victim impact statement*), ou seja, oralmente ou por escrito, essa declaração consiste em uma descrição dos danos físicos, psicológicos, emocionais e financeiros da vítima, e que tenham ocorrido como resultado direto do crime<sup>38</sup>.

Não se pode excluir, evidentemente, que as exigências da vítima alcancem referencial descompassado com a ordem jurídica, como aqueles que afetem direitos indisponíveis do infrator ou mesmo se mostrem inteiramente desproporcionais com o fato praticado; a suplantação desses riscos, contudo, está na adoção, de resto usual em nosso país, de um critério que seja objetivo, capaz de complementar as singularidades do indivíduo violado, qual seja, a adoção de limites punitivos mínimo e máximo, como tal fixados pela lei<sup>39</sup>.

Dentro dessas balizas, entretanto, importa reconhecer os impactos do crime para a vítima, ou mesmo, em certas circunstâncias, para seus familiares, em ordem a que a censura expressa pela condenação não fique alheia a seus interesses.

Numa enumeração não exaustiva, seria possível aludir, neste ponto, ao grau de humilhação implicado em determinadas condutas, ao sentimento de vergonha causado em decorrência de certas infrações, à intensidade da dor física, aos traumas psicológicos e às dificuldades ulteriores de retomada da própria vida, por medo, temor, refração a relacionamentos interpessoais, limitação de frequência a certos lugares, bem como estados afetivos como os de angústia, insegurança, frustração, sem contar o surgimento de situações próximas à patologia, como ansiedade, depressão, crises de pânico, com eventual advento da necessidade de utilização até mesmo de medicamentos.

Nos casos de perda de entes, por homicídio ou fatos similares, do mesmo modo essas repercussões hão de ser observadas nos casos de parentes, cônjuges, filhos, por isso que a pena criminal, em boa verdade, comunica-lhes o grau de respeito que lhes devota o Estado, de maneira que, no contrário, isto é, no esquecimento destes dramas pessoais gerados pela prática de um crime,

---

<sup>38</sup> Disponível em: [https://www.justice.gov/usao-edca/victim-witness-assistance/rights#felony\\_sentencing](https://www.justice.gov/usao-edca/victim-witness-assistance/rights#felony_sentencing). Acesso em: 24 fev. 2021.

<sup>39</sup> GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. Op. cit., p. 202.

mostra-se o oposto, ou seja, que a ordem jurídica não está a compreender a vítima, o sujeito violado, com o devido respeito e consideração.

### 3 A MEDIDA DA PENA

Alcançado este momento, é possível estabelecer, a partir das reflexões anteriores, que a punição criminal há de conter uma mensagem calcada na ideia de retribuição, sendo este o seu sentido expressivo, mensagem que, a um só tempo, não descarta da condição de indivíduo livre e responsável do infrator, nem também da singularidade dos estados afetivos causados à vítima, em decorrência da prática do crime.

O modo, entretanto, como se haverá de encontrar a precisão numérica, a quantidade específica de pena, é tema ainda em aberto, sendo certo que, numa relação provavelmente simbiótica, à carência de referenciais doutrinários veio a corresponder a hipertrofia da jurisprudência.

Ultimamente, não obstante, aportes importantes surgiram, no campo teórico, e enunciá-los, para daí extrairmos as conclusões derradeiras, é o objetivo do presente tópico.

Sob o ponto de vista da doutrina europeia, tem ganhado atenção o alvitre de que a aplicação da pena há de guardar proporcionalidade com o fato. É preciso demarcar qual o sentido exato dessa proposição, para que não pareça frustrante a referência à proporcionalidade e à gravidade do fato, tidas como evidentes no que se refere aos parâmetros de fixação da sanção respectiva.

A questão está em que, tirante o que é evidente na asserção, a postulação de que a determinação judicial da pena deve ligar-se a uma ideia de proporcionalidade ao *fato* exclui, cabalmente, toda e qualquer consideração que se pretenda fazer, no nível da sanção, a respeito das condições peculiares do *autor* deste mesmo fato e, igualmente, daquilo que aluda às especificidades da *vítima*. A pena proporcional ao fato, destarte, no fundo alude a uma pena que se adstrinja apenas ao aspecto factual, com olvido às pessoas de carne e osso que o rodeiam.

Adriano Teixeira, por exemplo, ao propugnar que no modelo de determinação da pena proporcional ao fato deve-se considerar os pressupostos do delito como “substrato de aplicação da pena”, de modo que a “aplicação da

pena é a *continuação, a quantificação das categorias dogmáticas da teoria do delito*<sup>40</sup>, acabará por defender a mitigação de considerações acerca de aspectos tidos como externos ao delito, como os antecedentes do acusado, a reincidência e mesmo a sua confissão, delineando, ainda, um conceito de culpabilidade que se afaste da possibilidade de aquilatar o estado de ânimo ou os aspectos internos, que moveram o agente em direção à prática do crime.

Para além de estar em descompasso com a própria textualidade do art. 59 do Código Penal, que erige os motivos, a personalidade, os antecedentes, como diretrizes de avaliação do agente para a fixação judicial de sua pena, a tese, ainda, convola o conceito de culpabilidade, como tal elencado no mesmo dispositivo legal, em uma mera repetição dos pressupostos da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de outra conduta, tendentes ao aperfeiçoamento do crime, afastando a análise determinada pela lei para o momento ulterior da punição.

Noutros termos, nem precisaríamos chegar ao ponto de, com Ferrando Mantovani, asseverarmos que a *“vecchia tesi della non gradualità del dolo [...] è smentita dalla realtà, essendo il dolo ontologicamente graduabile”*<sup>41</sup>, ou seja, a intensidade de ânimo do agente ou a sua aderência para com a prática criminosa afigurar-se-iam, no nível da culpabilidade, graduáveis, sendo certo que despojar da culpabilidade qualquer vestígio deste elemento subjetivo esvazia de conteúdo um e outro conceito, dessubjetivando-os, pois, na expressão da pena vincada na mera proporcionalidade para com o *fato*, tudo aquilo que não se apresente como tal, na fenomenologia dos aspectos exteriores da conduta, haveria de ser simplesmente desconsiderado.

Em suma, acaba-se por olvidar o agente, olvidando-se os seus motivos, o que leva a uma contradição, justo porque é *“proprio attraverso la colpevolezza che la responsabilità penale imbecca la via della sua ‘soggettivizzazione’, spingendosi dentro il processo psichico di formazione della deliberazione criminosa”*<sup>42</sup>, ou seja, é justamente pela via da culpabilidade que a responsabilidade penal trilha o caminho de sua *“subjetivação”*, imiscuindo-se no processo psíquico de formação da decisão criminosa.

---

<sup>40</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 120.

<sup>41</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 2001. p. 339.

<sup>42</sup> PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*. Terza edizione. Torino: G. Giappichelli, 2008. p. 428.

Como diz Maria Fernanda Palma, no fim das contas, do que acaba se tratando, em tal postulação, é da extirpação do conceito de ação dos seus momentos subjetivos, depurando-a das complexidades individuais, e, assim, subtraindo-se da culpabilidade qualquer momento de atitude, de modo que assim a culpa torna-se um mero “juízo normativo e objectivado”<sup>43</sup>.

Com algumas distinções, também Tatiana Stoco, em recente obra, defende a tese de uma pena proporcional ao fato, a qual, em sua visão, se tomada a sério, implicará a culpabilidade como um juízo de atribuição de responsabilidade “em razão do fato delitivo e não das características pessoais do agente”, se lhe afigurando questionável, por consequência, um “juízo de culpabilidade fundado na esfera subjetiva do cidadão”<sup>44</sup>.

Assim, para a autora, com o “auxílio de critérios objetivos, o juiz, diante do caso concreto, não se ocupa com questões de natureza subjetiva e elementos inapreensíveis”, mas, apenas, com a valoração dos elementos “próprios da teoria do delito, que permitem a graduação da pena proporcionalmente à gravidade do injusto de ação e de resultado”<sup>45</sup>.

De notar-se, no entanto, que a consideração de a pena a ser aplicada depender exclusivamente de fatores concernentes à teoria do crime enseja, como consectário, a abdicação completa de uma específica e bem acabada teoria da pena. Se é verdade que a doutrina esteve sempre muito mais atenta à teoria do delito, relegando o estudo das penas a uma posição teórica de subalternidade, a adoção da tese proposta culmina por dar razão aos fatos, visto que a aplicação da pena será uma mera transposição dos critérios já aquilatados para o efeito de afirmar-se a própria existência do crime.

Mais do que isso, é preciso dizer que a graduação do injusto, da ação e do resultado, já se vê realizada na definição das balizas mínima e máxima de aplicação das penas, sendo evidente que o injusto de um homicídio se apresenta como mais gravoso do que o concernente a um furto. Sucede que são muitas as *razões*, os *motivos*, os *estados internos*, que levam ao cometimento

<sup>43</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal*. Parte geral. A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013. p. 54.

<sup>44</sup> STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 33.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 250.

de um homicídio, e a sua indistinção, neutralizando o fato, e cindindo-o de seu autor, implica considerar-se que a morte realizada por piedade pesa tanto quanto a produzida por desprezo, ou que o homicídio de um desafeto não é diferente daquele praticado por conta de uma concepção interna abominável de superioridade racial ou de gênero, que motive o agente a causar a morte de pessoas que ostentem determinadas condições ou características pessoais.

A dúvida que se coloca, portanto, é a de saber se é possível autonomizar, de modo absoluto, o valor de um ato, do valor de seu autor, ao realizá-lo.

Como afirma Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, os motivos conferem uma explicação para as ações, embora não as determine, no sentido de serem causas materiais. Assim, os motivos, as razões e os estados de ânimo do agente prestam-se para interpretar a ação<sup>46</sup>, de modo que apresentar um motivo equivale a dizer sob que luz deve a ação ser vista, colocando-a sob certa perspectiva<sup>47</sup>.

Por certo, tais considerações não devem adentrar na avaliação sobre a configuração do crime, no sentido de viabilizar a constatação acerca da presença de seus elementos. Não são idôneos, por evidente, tipos penais configurados a partir de concepções ou elementos internos ao agente. Após assentada a prática de um crime, porém, desconsiderá-las na aplicação da pena é, para mais de violar a própria literalidade de nosso Código Penal, tornar o direito penal asséptico, matemático e afastado de sua característica mais fundamental, qual seja, a de estar vocacionado à regulação e julgamento de comportamentos praticados por seres imperfeitos, por isso que humanos.

Num sentido diverso, e mais calcado na tradição americana, Diego Zysman Quirós apresenta importante análise acerca do modelo das *Sentencing Guidelines*, entendidas como referenciais “destinados a orientar os juízes na imposição de penas precisas para toda configuração que possa ter um fato delitivo”<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. *Intention*. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2000. p. 19.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>48</sup> QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo e determinação da pena nos EUA: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 17.



Para tal efeito, são estabelecidas tábuas, concernentes a escalas bastante variáveis, a partir de duas linhas principais, quais sejam, a gravidade do fato e as condições, ou histórico pessoal, do criminoso, de modo que a presença mais ou menos intensa de alguns dos diversos itens enumerados vai conduzindo o aplicador a um padrão punitivo. Inequivocamente, como salienta Diego Zysman Quirós, o propósito manifesto dessa legislação foi minimizar a discricionariedade judicial, impulsionando “a coerência, a uniformidade e a transparência na verdadeira duração das condenações impostas”<sup>49</sup>.

Tratar-se-ia, em termos práticos, de algo como criarem-se tabelas, alusivas aos mais incidentes tipos de crimes, com a descrição de suas mais peculiares características e possibilidades, as quais, se presentes, determinariam uma elevação ou redução no patamar da pena a ser concretamente arbitrada. Num roubo, por exemplo, para além da óbvia distinção entre a sua realização dar-se com violência ou grave ameaça, poder-se-ia, no catálogo, descrever os variados tipos de violência, as diversas consequências para a vítima, eventualmente temas como valor do bem subtraído, real e afetivo – uma corrente de material pouco significativo, que, no entanto, foi o último presente recebido do genitor falecido –, enfim, cuidar-se-ia de preencher a escala, diversa para cada tipo de crime, com elementos do fato e do acusado, em ordem a que, com valores definidos para cada qual dos elementos, fosse alvitada a sanção efetivamente aplicável.

Parece algo evidente que a crítica maior que se pode fazer ao modelo das *Guidelines* é a de alguma mecanização no âmbito da fixação da pena, que, bem vistas as coisas, nos limites da capacidade de tabelamento, encontrará na informática, e nos mecanismos de inteligência artificial, um possível exemplo de como obter-se a pena rigorosamente adequada. Sem prejuízo disso, e conferindo-se aos guias um sentido orientador, a ideia possui proveito, quando observada a definição de critérios que se mostrem importantes para a singularidade de cada um dos tipos de crimes, visto que, realmente, em qualquer sentido que se queira avaliar, é muito diversa a carga de injusto concernente a um homicídio, se comparado com um furto, conforme já assinalado.

Ou seja, a precisão daquilo que realmente importa aquilatar, tomada a variedade dos crimes cuja incidência se mostra mais enfática, há de ser um

---

<sup>49</sup> Ibidem, p. 18.

princípio, uma intuição, de que elementos do sistema das *Guidelines* podem adquirir, mesmo entre nós, alguma capacidade de rendimento.

Com efeito, no processo de atribuição judicial da pena, instituído pelas *Guidelines*, de início observa-se não ficar relegada ao olvido a singularidade do infrator, suas razões e motivos, bem como os estados de ânimo internos que o impulsionaram à prática do crime. O fato em si, ademais, é avaliado em suas peculiaridades, sendo estabelecidos critérios distintivos a partir dos quais, dentro de um mesmo tipo penal, pode-se asseverar a maior ou menor gravidade do ilícito. E nada impede, antes aconselha, que a tábua de valoração seja completada, nos casos pertinentes, com elementos alusivos à situação da vítima, à perda de sua qualidade de vida, aos efeitos e consequências da infração, em ordem a que, com isso, a aplicação da pena não se convolve em algo meramente mecanicista, tendente à neutralização de particularidades sem as quais, a rigor, todos os crimes pareceriam, entre si, equivalentes e iguais.

Complementarmente, devem ser referidas as constantes decisões do *Bundesgerichtshof* (BGH), que, desde o ano de 1954<sup>50</sup>, vem de adotar a assim chamada “teoria das margens de jogo” (*Spielraumtheorie*), a qual, em linhas gerais, assinala que o juiz, na fixação da pena, de início atentarà à finalidade de retribuição da culpabilidade<sup>51</sup>, resultando a sanção do sopesamento dessa diretriz a outros indicativos, somente aí calcados numa vertente de prevenção.

De notar-se que a *Spielraumtheorie* compreende que a fixação da pena é tarefa predominantemente cabível ao juiz do processo<sup>52</sup>, compreendendo aceitáveis sanções estabelecidas dentro de determinadas “margens de jogo”, o que, em nosso país, adquire enorme relevância, porque implica, no fim, uma limitação ao poder de reforma da decisão, neste ponto, pelos tribunais.

Parece evidente que uma insistente atividade de mudanças das decisões de primeiro grau, pelos tribunais, ainda que para o efeito de reduzir ou aumentar penas em patamares pouco significativos, cria uma expectativa de vantagem ao manejo de recursos, estimulando que, em suma, de toda e qualquer decisão judicial sejam interpostas variáveis e infundáveis irresignações. Quadro similar

---

<sup>50</sup> BGHSt. 7,28.

<sup>51</sup> STOCO, Tatiana. Loc. cit., p. 43.

<sup>52</sup> TEIXEIRA, Adriano. Loc. cit., p. 43.

não é experimentado noutras plagas, e, como corolário, os sistemas respectivos atuam no sentido de privilegiar, e não conspurcar, a decisão tomada pelas instâncias inferiores, máxime aquelas que mais de perto atuaram na colheita de provas para o processo.

Em última análise, assim, associando essas duas perspectivas, o que se tem é a necessidade de o ensejo de aplicação da pena observar uma escala valorativa que passe pela singularidade do fato, sem olvidar as dimensões envolvidas do infrator e da vítima, bem como que essa pena, se situada dentro de uma aceitável “margem de jogo”, ou seja, dentro de uma, entre várias, fração numérica congruente com os parâmetros do caso, seja acatada pelas instâncias recursais, as quais, evidentemente, manterão o seu poder de sindicar e alterar aquelas penas que, para mais ou para menos, estiverem fora da fração, fora da “margem de jogo”, alvitrada como concernente à situação concreta.

## CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto, é possível concluir que a teoria da pena criminal, atualmente, não deve olvidar sua dimensão comunicativa, para infrator e vítima, o que se afigura melhor atendido a partir da obediência ao designado fundamento expressivo da punição; com a valorização do ponto de vista da vítima, ademais, somada com a indispensável análise acerca das singularidades do autor do crime, e daquilo que em termos de estados afetivos internos moveram-no para a realização do crime, afasta-se a ideia de uma pena criminal meramente proporcional ao fato, porquanto os fatos criminais não aparecem por si sós: eles possuem autores, e violam, em graus variados, pessoas; o estabelecimento de tábuas de avaliação, de guias, para os variados tipos penais, com a inclusão da pluralidade de elementos que compõem a complexidade do fenômeno criminal, contribui para a racionalização da difícil tarefa de aplicação da pena e, minimizando a discricionariedade, há de contribuir para a redução da atividade recursal, máxime em alterações pontuais de penas que se situem dentro da “margem de jogo”, prestigiando a atividade dos juízes e juízas que conheceram da prova dos fatos, que ouviram as vítimas e seus familiares, que interrogaram os réus.

## REFERÊNCIAS

ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. *Intention*. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2000.

CAVALCANTE, Daniel Henrique Saldanha. *Punição, retribuição e comunicação*: contributo ao estudo da teoria da pena criminal. Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Porto Alegre: versão não publicada, 2011.

COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia*: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DIAS, Augusto Silva. *“Delicta in se” e “delicta mere prohibita”*: uma análise das desconfinidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: *Doing & Deserving*. Essays in the theory of responsibility. By Joel Feinberg. Princeton: Princeton University Press, 1970.

GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo/Madri/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. *Uma teoria da pena baseada na vítima*: a busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

HOLLOWAY, Richard. *Entre o monstro e o santo*: reflexões sobre a condição humana. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2013.

HÖRNLE, Tatjana. Desarrollo y cambios en la teoría alemana de la determinación de la pena. Trad. María Belén Franchini. In: *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD, 2003.

\_\_\_\_\_. Determinación de la pena: el papel de una perspectiva de la víctima. Trad. Luis Miguel Reyna Alfaro. In: *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD, 2003.

\_\_\_\_\_. Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz. In: *Mediating principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006.

KANT, Immanuel. Die Metaphysik der Sitten. In: *Kants Werke – Akademie Textausgabe*. Band VI. Berlin-New York: Walter de Gruyter & Co., 1968.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 2001.

MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*: fundamentos e limites para a normatização. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MOORE, Michael. The moral worth of retribution. In: *Placing blame. A general theory of the criminal law*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

MURPHY, Jeffrie G. Does Kant have a theory of punishment? *Columbia Law Review*, v. 87, 1987.

PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*. Terza edizione. Torino: G. Giappichelli, 2008.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal*. Parte geral. A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013.

PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2002.

QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo e determinação da pena nos EUA: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SOUSA E BRITO, José de. Os fins das penas no Código Penal. In: VALDÁGUA, Maria da Conceição (Coord.). *Problemas fundamentais de direito penal*. Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, por ocasião de seu Doutorado *honoris causa*, na Universidade Lusíada de Lisboa. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.

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

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

VON HIRSCH, Andrew. *Censure and sanctions*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

\_\_\_\_\_. *Past or futures crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*. Manchester: Manchester University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

Submissão em: 03.05.2021

Avaliado em: 03.06.2021 (Avaliador C)

Avaliado em: 10.10.2021 (Avaliador H)

Avaliado em: 04.11.2021 (Avaliador K)

Aceito em: 26.01.2022