

## RESENHA

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021 (prelo).

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.311-317>

Recebido em: 26/8/2020

Aceito em: 31/8/2020

## O CONTROLE DO SUBSTANCIALISMO E DO DECISIONISMO NA APLICAÇÃO DA PENA

### *Salo de Carvalho*

Professor-adjunto de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Unilasalle. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Pós-doutor em Criminologia pela Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, ES, 2008-2010). Pós-doutor em Direito Penal (bolsa CNPq) pela Università di Bologna (Bologna, ITA) (2013-2014). Pós-doutor em Filosofia Política pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2014-2016). Investiga os temas: Direito Penal, Criminologia, Sociologia do Desvio, Penologia, Política de Drogas, Fundamentos do Processo Penal, Direitos Humanos, Metodologia de Pesquisa, Teoria Crítica. <http://lattes.cnpq.br/4997752549394373>. <http://orcid.org/0000-0002-2006-9916>. [salo.carvalho@uol.com.br](mailto:salo.carvalho@uol.com.br)

1. Ao abordar as perversões autoritárias que se materializam na aplicação da pena, um dos principais recursos utilizados por penalistas e criminólogos é a categoria *decisionismo*, uma das marcas mais evidentes dos sistemas penais de corte inquisitorial. Se a ausência de critérios legais ou o seu desrespeito erodem qualquer possibilidade de uma decisão judicial democrática, a história da luta pelos direitos fundamentais é, sobretudo, a história da luta pela definição de regras do jogo, ou seja, de parâmetros identificados como garantias penais e processuais.

Ferrajoli, em “Diritto e Ragione” (1998), descreve dois aspectos daquilo que denomina “epistemologia antigarantista” (inquisitiva). O primeiro, na esfera do Direito Penal material, é uma concepção não formalista, mas *ontológica* ou *substancialista* do crime, na qual o objeto de conhecimento não é a conduta previamente descrita, mas uma qualidade imoral ou antissocial do autor (Direito Penal do autor). O segundo, no âmbito do Direito Processual Penal, é exatamente o *decisionismo processual*, ou seja, “o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da aplicação da pena” (FERRAJOLI, 1998, p. 15).

Na tradição jurídica brasileira, a prática da “aplicação da pena” (*law in action*) tem restado vulnerável às duas dimensões antigarantistas: substancialismo do crime e decisionismo processual. Assim, cabe ao pesquisador avaliar o nível do autoritarismo no exercício da atividade judicial (arbitrio), observado neste entrelaçamento entre a subjetivação dos critérios de valoração (da prova e da pena), que acaba dirigindo o juízo para o julgamento moral do acusado, e o enfraquecimento das diretrizes legais de controle da decisão.

Na dimensão penal material, embora o sistema de aplicação da pena no Brasil apresente uma metodologia (organização formal) com um grau relativamente adequado de determinação, pois composto por etapas definidas (artigo 59, incisos I, II, III e IV c/c artigo 68, do Código Penal), as categorias indicadas para valoração judicial são altamente indeterminadas. Assim, é significativo o número de cláusulas imprecisas nas circunstâncias judiciais (artigo 59, *caput*), nas circunstâncias legais agravantes (artigos 61 e 62), atenuantes (artigo 65)

e nas causas especiais de aumento e de redução da pena (distribuídas pela parte geral e especial do Código Penal). Pensemos, por exemplo, nas circunstâncias culpabilidade, personalidade do réu, conduta social e motivos, que devem orientar a pena-base. Além do alto grau de ambiguidade conceitual, o Código não indica quanto cada uma das circunstâncias deve impactar o cálculo da pena-base. Significa dizer que as circunstâncias judiciais carecem de especificação quantitativa (conceito) e qualitativa (unidade de valor).

Este problema que atinge a dimensão penal material, contudo, acaba sendo aprofundado na esfera processual penal. Isto porque apesar da alteração do Código de Processo Civil, em 2015, e dos seus reflexos diretos na reforma do Código de Processo Penal, em 2019, ainda prevalece, no senso comum teórico, que orienta a atividade cotidiana dos juristas (WARAT, 2004), a ideia de que a decisão judicial é regida pelo princípio do livre convencimento. Neste cenário, da mesma forma que o julgador, para proceder aos juízos condenatório ou absolutório, valoraria a prova de forma “livre”, na aplicação da pena teria um amplo poder discricionário para a interpretação das circunstâncias e fixação da espécie e do tempo de sanção.

Não fica difícil perceber, portanto, como o inquisitorialismo (substancialismo penal e decisionismo processual) concretiza-se em forma de punitivismo nesta dinâmica de *livre interpretação dos tipos penais abertos* na determinação da pena. Embora formalmente estruturada em etapas (metodologia), a fragilidade das estruturas normativas reduz sobremaneira a *coerência* e a *integridade* do ato judicial de fixação da pena. E um dos reflexos evidentes desta cultura normativa e judicial inquisitória é o constante e expressivo aumento da população carcerária nacional nas últimas décadas.

2. Na estática (estrutura normativa) e na dinâmica (aplicação do Direito) do Direito Penal, o controle dos excessos judiciais na valoração da prova e na aplicação da pena deveria ocorrer por meio da obrigatoriedade de o julgador motivar sua decisão. Conforme o dispositivo constitucional (artigo 93, IX) e as alterações nos Códigos de Processo Civil e Penal, o princípio da fundamentação operaria como um instrumento de fiscalização contra abusos. Assim, também nos momentos da definição e da quantificação da pena, o ato judicial depende de uma exposição clara e objetiva dos elementos concretos, referenciados na prova, que justificaram determinada conclusão. Significa que o julgador deve expor *como* a sua conclusão está juridicamente adequada, isto é, apresentar os fundamentos normativos (constitucionais e legais) e a base empírica (prova) que amparam o juízo punitivo (condenação) e penológico (aplicação da pena). A finalidade do princípio da fundamentação, portanto, é a criação de mecanismos de *controle* e de *fiscalização* do ato judicial, como forma de restringir o arbítrio. A coerência (princípio da não contradição) dos argumentos judiciais com as hipóteses normativas e com a prova processual representa, pois, a própria condição de validade da decisão.

Na busca da efetivação de um sistema de respeito às garantias, o esforço de uma dogmática crítica é o de sofisticar os mecanismos de *redução da discricionariedade e do subjetivismo judicial*, de forma que as decisões observem rigorosamente os limites normativos e probatórios. É notório que inexistem instrumentos absolutos de controle da atividade judicial, fundamentalmente porque o julgador opera a partir e dentro da linguagem. A teoria crítica do Direito há muito tempo revelou as inúmeras técnicas (conscientes ou não) utilizadas para dar aparência de legalidade à decisão, mesmo quando são ultrapassados ou simplesmente contrariados os limites legais (legalidade penal e processual penal).<sup>1</sup> A inexistência de ferramentas que garantam absoluta vinculação do juiz à Constituição, porém, não pode ser um impeditivo ao controle da discricionariedade.

A Reforma do Código Penal de 1984, ao adotar o modelo trifásico de determinação da pena-base (artigo 68, Código Penal), procurou diminuir as possibilidades de arbítrio judicial, fixando parâmetros formais que, se inobservados, conduziram à nulidade. A constrição dos espaços de arbitrariedade pelo método, porém, isto é, pela criação de um modelo ordenado em fases e pressupostos (pena-base, pena provisória e pena definitiva) não se mostrou suficiente para o controle do arbítrio, sobretudo porque o Código manteve, em excesso, termos de alta volatilidade (p. ex., culpabilidade, antecedentes, personalidade, conduta social, motivos, entre outras).

<sup>1</sup> Neste sentido, SOUZA, 1987; CUNHA, 1979; BRUM, 1980; atualmente STRECK, 2011; ROSA, 2006.

Ao enfrentar o debate sobre a discricionariedade na aplicação da pena, Figueiredo Dias é preciso ao afirmar que esta *atividade não é absolutamente arbitrária (livre)*, pois não se confunde com a discricionariedade jurídico-administrativa, na qual o magistrado poderia escolher entre várias soluções possíveis. Neste campo, “a actividade judicial de determinação da pena é, toda ela, juridicamente vinculada” (DIAS, 1993, p. 194). Significa dizer, nas lições de Figueiredo Dias, que o juiz não é reenviado a um campo de regras não escritas, de conceitos indeterminados, sujeitos a valorações de ordem personalista. Sobretudo porque é tarefa judicial “traduzir os critérios jurídicos de determinação numa quantidade de pena, em que ele não pode, por outras palavras, furtar-se a uma quantificação exacta (numérica!) das suas valorações” (DIAS, 1993, p. 195). Ainda que o sistema jurídico fosse totalmente irracional, caberia ao juiz racionalizá-lo, pois sua função é a de apresentar uma quantidade clara e precisa de pena, nos termos do artigo 59, II e do artigo 68, *caput*, do Código Penal brasileiro.

Neste cenário, se a forma da aplicação da pena é predeterminada pelo modelo trifásico, o conteúdo dos argumentos judiciais deve igualmente ser controlado, sobretudo para que os espaços abertos pelas circunstâncias judiciais não convertam a sentença em um juízo de reprovação moral, tendência sempre presente em culturas marcadamente inquisitórias e punitivistas. Assim, mesmo as *circunstâncias subjetivas* (referentes ao autor do fato), que apresentam maior dificuldade de demonstração, devem ser materializadas em dados processualmente válidos, ou seja, em elementos concretos e empiricamente refutáveis. Em outros termos, as circunstâncias subjetivas, para terem seu conteúdo validado na decisão, devem ser *objetivadas na prova*, devem estar aderidas a elementos comprováveis. Do contrário produz-se “*uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não mais à comprovação de fatos objetivos, mas para a análise da interioridade da pessoa julgada*”, cujo corolário é a degradação “*(...) da verdade processual (empírica, pública e intersubjetivamente controlável) em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador*” (FERRAJOLI, 1998, p. 15).

3. Inúmeros estudos, empíricos e dogmáticos, no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal indicam como, por meio de manipulações retóricas, decisões que atingem sobretudo a liberdade individual descumprem o comando constitucional da motivação na aplicação da pena.<sup>2</sup> A partir deste importante diagnóstico, Streck (2017), ao analisar as inovações trazidas pela Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil), concluiu ter ocorrido a superação do princípio do livre convencimento em nosso sistema processual. Segundo o autor, as novas diretrizes do Código de Processo Civil representaram um reforço de otimização do sentido constitucional do dever de fundamentação, materializado em mecanismos normativos de controle do conteúdo das decisões judiciais que criam blindagens contra decisionismos e subjetivismos.<sup>3</sup>

A primeira inovação do Código de Processo Civil é relativa à necessidade de que os Tribunais uniformizem sua jurisprudência, de forma a assegurar *estabilidade, integridade e coerência* nas (e das) decisões. Coerência e integridade representam os marcos mínimos, os fundamentos das regras do jogo processual: garantem isonomia em casos similares; possibilitam um maior controle do ato decisório. Assim, ensina Streck que haverá *coerência* quando os mesmos preceitos e princípios forem aplicados para casos idênticos: “a coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão igual consideração por parte do poder Judiciário (...)” (STRECK, 2017, p. 101). Se coerência amarra o juiz ao conjunto das demais decisões (unidade), a integridade o vincula à legalidade constitucionalmente conformada, estabelecendo uma garantia contra “arbitrariedades interpretativas”, pois “a integridade é antitética ao voluntarismo, ao ativismo e à discricionariedade” (2017, p. 101).

<sup>2</sup> Neste sentido, exemplificativamente, BUSATO, 2014, pp. 41-55; CAMPOS, 2017, pp. 197-250; CARVALHO, 2010, pp. 115-228; CHOUKR, 2002, pp. 159-161; QUEIROZ, 2011, pp. 450-453; ROIG, 2013, pp. 257-276; SEMER, 2019, pp. 373-401; SHECAIRA, 2002, pp. 261-306; STOCO, 2014, pp. 150-175; TEIXEIRA, 2015, pp. 23-41.

<sup>3</sup> “A partir do CPC 2015, portanto, não poderá o juiz ou tribunal referir que a ‘decisão foi exarada desse modo em face da livre apreciação da prova ou de seu livre convencimento’. Isso implica outra questão absolutamente relevante: por uma decorrência lógica, não poderá o juiz fundamentar a decisão alegando que ‘julgou segundo sua consciência’, uma vez que isso seria reprimatizar a expressão derogada, conspurcando, assim, a vontade legislativa.” (STRECK, 2017, p. 33).

De forma a concretizar os postulados de coerência e integridade, o artigo 489 do Código de Processo Civil reestruturou a disciplina da sentença, apresentando importantes diretrizes negativas (artigo 489, §1º). Assim, o Código de Processo Civil não apenas densifica a “cultura da motivação” (ROSA, 2016, p. 479), nos termos propostos por Alexandre Morais da Rosa, como também aprofunda a ideia de decisão judicial como “atividade juridicamente vinculada”, em oposição aos modelos de íntima convicção, de prova tarifada e da livre apreciação. Na dosimetria da pena, a vedação (a) da mera reprodução do ato normativo, (b) do emprego de conceitos jurídicos indeterminados e (c) da utilização de argumentos que justificariam qualquer ato judicial, são decisivos para o efetivo controle da análise das circunstâncias, da quantificação da pena, da definição do regime e da aplicação de penas substitutivas à prisão.

Na linha das mudanças promovidas pelo novo Código de Processo Civil, a reforma do Código de Processo Penal, em 2019, igualmente deve ser tomada como um avanço no controle do decisionismo. Apesar de no campo penal material a Lei Anticrime ser catastrófica, notadamente em razão de ter absorvido e reproduzido elementos de uma cultura inquisitória que aposta na punição como método preventivo, no campo processual penal há uma inegável vocação garantista. Especificamente em relação aos fundamentos da prisão preventiva, além de exigir dados sobre a existência do crime e indícios de autoria, demanda a *demonstração* de que o estado de liberdade do acusado produza perigo. O *caput* do artigo 315 regula o dever de motivação nos decretos de prisão preventiva e o §2º elenca as hipóteses de nulidade quando a decisão incorrer em (a) reprodução autômata de dispositivo legal ou súmula (artigo 315, §2º, I e V); (b) emprego de elementos jurídicos indeterminados (artigo 315, §2º, II); (c) utilização de argumentos que justificariam qualquer outra decisão (artigo 315, §2º, III); (d) omissão em relação às teses apresentadas pelas partes (artigo 315, §2º, IV); (e) inobservância de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstração de distinção ou superação (artigo 315, §2º, VI). Embora fosse desnecessária nova disciplina sobre a matéria em decorrência das regras do Código de Processo Civil, é importante perceber que o artigo 315 do Código de Processo Penal, na cláusula geral do §2º, amplia as diretrizes negativas que invalidam o ato judicial para todas as decisões, não restringindo apenas aos casos de prisão preventiva – “não se considera fundamentada *qualquer* decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão (...)” (artigo 315, §2º, Código de Processo Penal, grifei).

A exposição redundante dos dispositivos que ordenam a atividade jurisdicional parece indicar uma necessidade real no atual cenário jurídico-penal brasileiro: afirmar a força normativa dos direitos e garantias constitucionais e evidenciar formalmente a banalização e a espetacularização das prisões, provisórias ou definitivas. Exatamente por esta razão, os limites da motivação (diretrizes negativas) devem ser respeitados também na fase de determinação judicial da pena.

Significa dizer, traduzindo a reflexão ao campo da aplicação da pena, que não é pela simples existência de tipos penais abertos (no caso, as circunstâncias judiciais, especialmente as de natureza subjetiva) que o julgador está isento de qualquer limite interpretativo, livre para atribuir às circunstâncias o sentido que entender mais adequado. Mesmo havendo “margens de interpretação”, a decisão deve estar em harmonia com os parâmetros e as diretrizes legais em razão de ser uma atividade judicial constitucionalmente vinculada.

4. Neste contexto insere-se “Aplicação da Pena e o Problema da Discricionariedade Judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de *sentencing guidelines* norte-americano e inglês”, versão adaptada da dissertação de Mestrado apresentada por Gabriel Silveira de Queirós Campos ao Departamento de Criminologia da Universidade de Oxford.

O trabalho, neste momento socializado aos acadêmicos e operadores do Direito, é uma importante e inovadora contribuição à penologia brasileira. Importante porque a teoria do Direito Penal de modo amplo (e no Brasil em especial) dedica-se muito pouco à discussão sobre aplicação e execução da pena, sendo os debates “mais sofisticados” concentrados na esfera da teoria do delito. Neste sentido, o livro de Gabriel Campos integra o conjunto de estudos que, especialmente na última década, vêm fortalecendo a dogmática penalógica no país, com especial destaque aos estudos críticos de Adriano Teixeira, Amilton Bueno de Carvalho, André Giamberardino, Daniel Achutti, José Antonio Paganella Boschi, Marcelo Semer, Mariana Weigert, Paulo

Queiroz, Rafaella Pallamolla, Rodrigo Oliveira, Rodrigo Roig, Sergio Shecaira, Tatiana Stocco e, entre outros, destaco trabalhos anteriores do próprio Gabriel Campos, permitindo-me incluir algumas pesquisas que tenho desenvolvido.<sup>4</sup>

Além da sua inegável importância, no entanto, o texto de Gabriel Campos tem uma especial virtude que é a de dialogar com os modelos relativamente recentes das *guidelines sentencing* do Reino Unido e dos Estados Unidos e, a partir deles, propor algumas alterações e inovações na nossa longa tradição. Se, no Brasil, o sistema de determinação da pena foi pensado no momento da redação do Código de 1940 e, posteriormente, foi consolidado na Reforma da Parte Geral de 1984; nos países da *common law* o sistema de aplicação judicial da pena baseado em parâmetros predefinidos (*guidelines*), com algumas importantes semelhanças ao modelo dos países de tradição jurídica romano-germânica, só foi instituído na década de 80. A dissertação de Gabriel Campos não se restringe, porém, a apresentar o sistema de guias, pois, ao analisá-lo, aponta algumas possibilidades para refinar o modelo brasileiro.

As perguntas que movem o autor são fundamentais: Qual a medida de liberdade que devem ter os juízes para definir a pena? Como garantir individualização e, ao mesmo tempo, previsibilidade na aplicação da pena? Como assegurar que sejam aplicadas penas similares em casos similares? Ao fim, a preocupação central é com a falta de consistência no ato judicial de determinação que, não invariavelmente, se converte em uma decisão arbitrária. O desafio, portanto, é relativo a como desenvolver um sistema equilibrado entre individualização e consistência: “minha posição neste tema é a de que o método de aplicação de pena deve preocupar-se em reduzir a discricionariedade judicial, sem retirar totalmente dos julgadores a capacidade de estabelecer uma sentença individualizada, adequada ao caso concreto”, sublinha o pesquisador.

Dois casos exemplares, presentes na memória nacional recente, nos indicam o quanto adequada e atual é a preocupação que devemos ter com o tema: (*primeiro*) o julgamento dos Embargos de Declaração do caso Mensalão (Ação Penal 470, Supremo Tribunal Federal), ocasião na qual os ministros Zavascki e Barroso chamaram a atenção para uma variação de mais de 250% entre as penas aplicadas ao mesmo réu em crimes distintos;<sup>5</sup> (*segundo*) os julgamentos das ações penais da Operação Lava Jato no Rio de Janeiro, nos quais aponta-se uma variação de 273% nas penas aplicadas pelo mesmo juiz para réus distintos acusados dos mesmos crimes (CHAER, 2018).

5. Gabriel Campos inicia sua análise a partir de duas diretrizes que permitiriam uma adequada “calibragem da individualização”: (*primeira*) consistência de abordagem ou de tratamento (*consistency of approach* ou *consistency of treatment*), que obriga o julgador a respeitar o método de determinação da pena; e (*segunda*) consistência de resultados (*consistency of outcomes*), que vincula a decisão à uniformidade de quantidade de pena.

De forma bastante precisa, demonstra que “ao contrário do que pode parecer, a existência de uma metodologia própria à aplicação de pena, por si só, não garante previsibilidade.” Neste ponto, entendo importante reafirmar, conforme destaquei anteriormente, que dispomos de uma metodologia razoavelmente adequada, no entanto a fórmula (consistência de abordagem) não garante a integridade da pena (consistência de resultados), notadamente pelo fato de assistirmos a uma constante perversão dogmática (doutrina e, sobretudo, jurisprudência) das circunstâncias da aplicação da pena, vício facilitado sobretudo pelo uso abusivo de elementos normativos na definição legal das categorias analíticas a serem enfrentadas pelos julgadores.

<sup>4</sup> Neste sentido, conferir: SHECAIRA; CORRÊA 2002; CARVALHO; CARVALHO, 2008; PALLAMOLLA, 2009; CARVALHO, 2010; BOSCHI, 2011; QUEIROZ, 2011; ROIG, 2013; ACHUTTI, 2014; STOCCO, 2014; CAMPOS, 2017; WEIGERT, 2017; TEIXEIRA, 2017; PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018; SEMER, 2019; QUEIROZ, 2020; CARVALHO, 2020; ACHUTTI et al., 2020.

<sup>5</sup> “Durante o seu voto, Barroso argumentou que as penas foram fixadas de maneira elevada e que, se as penas fossem no patamar correto, haveria prescrição do crime. ‘As penas de quadrilha foram quase uma correção monetária dos outros crimes, cujas penas não seriam da intensidade desejada pelo aplicador’, disse. O ministro disse que nas outras condenações, o STF, em geral, aumentou entre 15% e 20% as penas e que, no caso da formação de quadrilha, este aumento foi bem superior. Barroso usou como exemplo o caso de José Dirceu, que, segundo ele, teve a pena-base para o crime de corrupção ativa aumentada em 21% e, para o crime de quadrilha, em 75%. Barroso seguiu o argumento levantado por outro ministro, Teori Zavascki, durante a fase dos embargos de declaração. ‘Trata-se de uma variação superior a 250% entre uma coisa e outra. Como apontado pelo ministro Teori Zavascki, tal situação se reproduz nas demais condenações por quadrilha, e apenas nestas’, disse Barroso” (NASCIMENTO, 2014). Sobre a desproporcionalidade na aplicação das penas e o julgamento dos Embargos de Declaração na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal, conferir CARVALHO, 2014.

A pesquisa de Gabriel Campos apresenta um diagnóstico bastante preciso, cuja integralidade compartilho, de que “o grande problema da dosimetria penal brasileira é a indeterminação da pena-base”. Indeterminação derivada (a) do significado impreciso das circunstâncias judiciais; (b) da ausência de indicação da (des) favorabilidade destes elementos de análise; e (c) de não haver um valor específico para cada vetorial. Isso posto, apesar de termos a mesma preocupação (redução do arbítrio) e compartilharmos do mesmo diagnóstico (indeterminação das circunstâncias e dos seus valores), ainda não estou totalmente convencido de que a previsão de “faixas de apenamento”, nos moldes do sistema de guias, seria a melhor opção. Isso porque, de alguma forma, encontramos na jurisprudência diretrizes (guias) que, se fossem efetivamente universalizadas pela dogmática nacional, poderiam contribuir para o controle da discricionariedade – por exemplo, termo médio como limite máximo para a pena-base; peso de *até* 1/8 do intervalo entre o mínimo e o termo médio para cada circunstância judicial; peso de *até* 1/6 para cada atenuante e agravante, na pena provisória dentre outros (CARVALHO, 2017).

A questão que me parece ainda extremamente problemática é a da carência de mecanismos de constrição dos amplos horizontes de interpretação, decorrentes da tipicidade aberta das circunstâncias judiciais, de forma a alcançarmos um sistema de individualização normativamente regulado e constitucionalmente conformado. Para além de defender, há bastante tempo que circunstâncias judiciais subjetivas como “personalidade do réu” e “conduta social” reeditam modelos de autor (substancialismo penal), situação que, por si só, indicaria sua desconformidade com a Constituição, entendo que manter, além destas categorias, circunstâncias como “culpabilidade” e “motivos”, sem uma predefinição de conteúdo, acaba por dinamizar o decisionismo processual (CARVALHO, 2020, p. 388-409).

A jurisprudência já ofereceu respostas razoavelmente satisfatórias em relação aos antecedentes, por exemplo. Lógico que, na mesma linha do que foi exposto sobre “personalidade do réu”, apesar de a valoração dos antecedentes criminais reforçar uma perspectiva substancialista e, ao mesmo tempo, provocar *bis in idem*, a solução da Súmula 444 do STJ foi parcialmente adequada ao impedir a valoração de inquéritos policiais e ações penais em andamento para a dosimetria da pena-base. A propósito, é de se destacar a precisa análise que Gabriel Campos realiza sobre o tema quando aponta a excessiva importância que o sistema pátrio confere à valoração dos antecedentes criminais.

Se a tendência é manter os elementos subjetivos – os quais, sublinho novamente, não parecem guardar conformidade constitucional – que ao menos sejam reduzidos os horizontes de interpretação e delimitados os campos de prova. Assim, para que se possa valorar “personalidade do réu”, por exemplo, que se exija parecer ou laudo técnico de profissional das áreas *psi*; para que se emita um “juízo de culpabilidade”, que sejam definidos os conteúdos válidos para qualificação e quantificação do “potencial consciência da ilicitude” e da “exigibilidade de conduta”; para que se analise os “motivos”, que se estabeleçam parâmetros de prova para além do interrogatório do réu. Neste sentido é que sustento a necessidade de uma “objetivação” material e probatória das circunstâncias subjetivas relacionadas ao *conteúdo valorado* e aos *elementos empíricos* que materializam o objeto da valoração (circunstância judicial). Neste ponto, talvez mereça alguma problematização a proposta de vincular a culpabilidade à ideia de reprovabilidade, sobretudo pela perversão histórica que se operou na ideia original de Frank Reinhardt (BATISTA; NASCIMENTO, 2008).

Por fim, uma questão empírica (criminológica) de fundo merece ser explorada, para sabermos efetivamente a extensão das virtudes do sistema de guias. Refiro-me ao impacto da mudança da perspectiva correcionalista (penas indeterminadas) para o neoretributivismo do justo merecimento (penas determinadas) no fenômeno mundial do grande encarceramento, especialmente nos Estados Unidos. Isto porque um sistema que, em teoria, pode ser virtuoso, na prática pode apresentar falhas e efeitos perversos, ainda mais em um país de baixa intensidade institucional democrática como o Brasil.

Como o leitor pôde perceber, o trabalho de Gabriel Campos é instigante e merece ser debatido com profundidade por pesquisadores e profissionais da área. Trata-se de um estudo de qualidade, com uma significativa contribuição à penologia nacional, motivo pelo qual deve ser efusivamente saudado.

## REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ACHUTTI, Daniel; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil; PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula; CARVALHO, Salo. Por uma criminologia da liberdade e da não-violência. *Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 2, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.18316/redes.v8i2.6830>.
- BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovacão: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- BUSATO, Paulo César; MAYER, Silvia Neves. Pena-Base (conceito, fundamentos e limites). In: BUSATO, Paulo César; CARUNCHO, Alexei Choi. *Teoria da pena*. Curitiba: Juruá, 2014.
- CAMPOS, Gabriel Silveira Queirós. Discricionariedade judicial e sistema de aplicação das penas. In: BEDÊ JR., Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira Queirós. *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodium, 2017.
- CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo. Critérios para cálculo da pena-base: “ponto de partida”, “termo médio” e regras de quantificação. *Revista do Tribunais*, v. 978, 2017.
- CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Salo. Os critérios de aplicação da pena no direito penal brasileiro: considerações a partir do julgamento dos Embargos Infringentes na APn 470 (Caso “Mensalão”). *Revista Brasileira de Estudos Criminais*, v. 110, 2014.
- CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CHAER, Marcio. Para o mesmo crime, o juiz federal Marcelo Bretas aplica penas que variam 273%. *Consultor jurídico*, 10/8/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/mesmo-crime-marcelo-bretas-aplica-penas-variavam-273>.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Notícias Editorial, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998.
- NASCIMENTO, Adriano. Barroso absolve oito réus do crime de formação de quadrilha. *Agência Brasil*, 26/2/2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-02/barroso-vota-pela-aceitacao-dos-embargos-infringentes>.
- PALLAMOLLA, Rafaella da Porciúncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009.
- PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Curso de penologia e execução penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito processual penal: introdução*. 2. ed. Salvador: JusPodivum, 2020.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROSA, Alexandre Morais. *Decisão penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROSA, Alexandre Morais. *Guia Compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juizes no grande encarceramento*. 2019. Tese (Doutorado) – USP, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2019.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA Junior Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOUZA, Ney Fayet. *A sentença criminal e suas nulidades*. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- STOCCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- STRECK, Lenio L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: *judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. V. 2.
- WEIGERT, Mariana Assis Brasil. *Medidas de segurança e reforma psiquiátrica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.