



O PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA: O SILÊNCIO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Carolina de Carvalho Byrro

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

Resumo – no processo de dosimetria da pena, os magistrados buscam legitimar sua atuação a partir da obediência, especialmente, à jurisprudência majoritária e ao método trifásico. Contudo, também devem observar os princípios preconizados pela Constituição da República, dentre os quais desponta o princípio da secularização, corolário do princípio da humanidade. Este trabalho possui a pretensão de analisar seu desenvolvimento e aplicação no Direito Penal Brasileiro, de modo a verificar se, de fato, esse dever é cumprido. Conclui-se, a partir da análise da doutrina penal brasileira e da jurisprudência dos Tribunais de Superposição, que a aplicação deste princípio na dosimetria da pena é ainda incipiente, pendendo de maior desenvolvimento pela dogmática.

Palavras-chave – Direito Penal. Dosimetria da Pena. Princípio da Secularização.

Sumário – Introdução. 1. O que é o princípio da secularização e sua influência na dosimetria da pena. 2. Análise do princípio da secularização na doutrina penal brasileira e constatação de seu silêncio. 3. O trabalho dos Tribunais Superiores sobre o princípio da secularização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Na análise das sentenças e acórdãos dos magistrados com competência criminal, percebe-se que tais atos são divididos, quando condenatórios, em dois momentos: a análise da materialidade e autoria delitivas, e a dosimetria da pena. A este segundo momento, apesar da suma importância para o condenado, tendo em vista que decidirá seu destino por considerável tempo de sua vida, lhe tem sido atribuída importância secundária em relação à análise do próprio fato delitivo.

Os magistrados procuram legitimar seu processo de dosimetria da pena a partir da obediência aos modelos já usados por outros magistrados, bem como à jurisprudência majoritária e ao roteiro previsto no artigo 68 do Código Penal, baseado no método trifásico de Nelson Hungria. No entanto, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a dosimetria da pena deve coadunar-se, igualmente, aos princípios constitucionais. O Código Penal, vigente desde o ano de 1940 e cuja parte geral sofreu significativa reforma apenas em 1984, deve ser aplicado considerando-se o filtro da recepção pela Constituição de 1988, bem como a partir da eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Assim, notáveis obras, como as de Rodrigo Roig e de Salo de Carvalho, extraem do



texto constitucional o princípio da secularização, corolário do princípio da humanidade, com fundamento nos artigos 1º, incisos III e V, 3º, IV, e 5º, IV, VI e XLI da Constituição da República. Em síntese, tal princípio preconizaria a necessidade de a criminalização de condutas, bem como os magistrados, em sua atividade judicante, não imporem determinada moral ao acusado. Desse modo, inclusive as etapas da dosimetria da pena devem ser lidas sob seu filtro.

Este trabalho possui a pretensão de analisar o desenvolvimento do princípio da secularização na Dogmática Penal Brasileira, evidenciando a dificuldade que se apresenta para a aplicação deste princípio, tendo em vista a falta de produção doutrinária a seu respeito no Direito Penal Brasileiro, bem como sua parca difusão na jurisprudência.

Assim, apresentam-se três capítulos. No primeiro, trabalha-se o princípio da secularização, trazendo uma definição básica e sua relevância. No segundo capítulo, é trabalhado o estado da arte do princípio da secularização na dogmática penal brasileira. Por fim, no terceiro capítulo, analisa-se a incidência de tal princípio na jurisprudência, a partir da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Destaque-se que o trabalho não esgota a presente temática, apresentando caráter introdutório do tema, a ser aprofundado em outros níveis de pesquisa.

Revela-se o método essencialmente qualitativo de abordagem da pesquisa, tendo em vista o objetivo de introduzir e interpretar o princípio da secularização e sua aplicação, além da adoção dos instrumentos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1. O QUE É O PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NA DOSIMETRIA DA PENA

Em razão de fatores como o excesso de trabalho, o Poder Judiciário vem realizando o processo de aplicação da pena como algo de importância secundária na atuação do juízo de primeira instância, apenas como uma fase para se consumir a pretensão punitiva. Assim, a fundamentação da aplicação da pena tem sido legitimada, tão somente, pela obediência aos modelos já usados por outros magistrados, bem como à jurisprudência majoritária e ao roteiro previsto no artigo 68 do Código Penal¹, que adotou o método trifásico de Nelson Hungria².

Ocorre que o atual modelo de dosimetria da pena privativa de liberdade foi construído

¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021.

² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 28-29.

pelo Código Penal de 1940, cuja parte geral foi reformada em 1984. Desde então, não houve significativa mudança neste procedimento, o que é objeto de diversas críticas. Como se sabe, no ano de 1940, era vigente no país a Ditadura do Estado Novo, enquanto que no ano de 1984, ainda vigorava a Ditadura Militar.

Pode um direito penal elaborado em períodos de exceção atuar em conformidade com os princípios da Constituição de 1988, democrática, e de acordo com o sistema acusatório? O método trifásico, por si só, se coaduna aos parâmetros da Constituição de 1988, tais como os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais, promoção do bem de todos e o fundamento da dignidade da pessoa humana? A resposta, segundo Rodrigo Roig³, é negativa.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, a dosimetria da pena, para se legitimar, deve coadunar-se, igualmente, aos princípios constitucionais. O Código Penal deve ser aplicado considerando-se o filtro da recepção pela Constituição de 1988, bem como a partir da eficácia irradiante dos direitos fundamentais⁴. A Lei Fundamental pugna pela aplicação de uma política redutora de danos tanto na persecução penal quanto na aplicação da pena, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, deve-se construir um modelo de aplicação da pena constitucionalmente conformado.

Como ferramenta para tal modelo, a doutrina penal apresenta diversos princípios a serem seguidos pelos operadores do direito, tais como a legalidade, a intervenção mínima, a irretroatividade da lei penal, a adequação social, a insignificância, a ofensividade, a culpabilidade, a proporcionalidade e a humanidade. Interessante destacar que Cézar Roberto Bitencourt traz tais princípios, de forma expressa, como limitadores do poder punitivo estatal⁵.

Contudo, desponta também como um princípio decorrente da ordem constitucional o princípio da secularização. Este, normalmente, é relegado a segundo plano, de modo que diversos manuais e doutrinas de Direito Penal rotineiramente utilizados pelos acadêmicos do Direito e seus operadores não o citam expressamente, como se observa em Cézar Roberto Bitencourt⁶, Rogério Greco⁷, e até mesmo Juarez Cirino dos Santos⁸.

Em síntese, o princípio da secularização é definido como aquele que impõe a separação entre Direito e moral. Na dosimetria da pena, ele determina que o Magistrado, em seu dever de

³ Ibidem, p. 13-15.

⁴ Ibidem, p. 27-48.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49-71.

⁶ Ibidem.

⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 97-185.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.43-55.



respeitar o pluralismo, consagrado pela Constituição da República em seu artigo 1º, V⁹, não poderá impor uma moral determinada ao Réu.

Por que é necessário recordar esse compromisso em um princípio específico? Com a licença poética a Lenio Streck, quando explica “porque precisamos falar sobre Direito e moral”¹⁰, é preciso tratar da secularização na aplicação da lei penal. Como afirma o autor na obra referenciada, o Direito não tem relação com dilemas morais¹¹, ao jurista não cabe fazer as escolhas fundamentais presentes nestes, pois há um sistema que lhe precede, o qual já determina a solução a ser adotada, sem que seja possível a dependência da corrente filosófica adotada pelo magistrado¹².

Dentre os poucos autores do Direito Penal que se debruçam sobre o princípio da secularização de forma expressa, há Rodrigo Roig – cujo manual, na realidade, trata de Execução Penal¹³, porém possui obra específica quanto a dosimetria da pena¹⁴, tratando em ambos do princípio da secularização – e Salo de Carvalho¹⁵.

Salo de Carvalho trabalha com o princípio da secularização de modo a relacioná-lo com a separação entre Direito e moral, especialmente a partir do século XV, com a transição entre o jusnaturalismo teleológico e o antropológico, representado pela cisão entre a moral eclesiástica e as doutrinas filosóficas. Nesse sentido, o princípio da secularização representa um passo essencial na transição do sistema inquisitorial para o sistema acusatório, tendo em vista que aquele representava, essencialmente, uma forma de conformação moral do indivíduo. Segundo o autor¹⁶:

A justificação e a configuração do direito a partir da moral (sistema inquisitorial) não apenas possibilitaram a ingerência do sistema punitivo na vida íntima e privada das pessoas, mas ampliaram as teias da persecução criminal à esfera do pensamento, das convicções, das crenças e das opções individuais.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 fev. 2022.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 9-12.

¹¹ Interessante frisar que Lenio Streck percebe a relevância do tema no campo do Direito Penal especificamente, conforme se observa do seguinte trecho: “[...] O Direito Penal é do fato. A escola de Kiel é que pregava o Direito Penal do autor que, aliás, é o que se faz hoje no Brasil. Julgamos moralmente, quando os julgamentos deveriam ser pelo Direito. Fazer a coisa certa é dizer: *It is the law*. Fazer a coisa errada é dizer: *It is the morality*.” Ibidem, p. 11.

¹² Ibidem.

¹³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 24-32.

¹⁴ Idem. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60-70.

¹⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241-250.

¹⁶ Ibidem, p. 242.

Desse modo, Salo de Carvalho relaciona o princípio da secularização à laicização do Direito Penal, de modo que este “[...] obstaculiza que o direito penal nutra como finalidade a imposição ou o reforço de determinada concepção moral, limitando-se exclusivamente à punição de condutas danosas para terceiros”.¹⁷

A partir de tal definição, é essencial observar que, facilmente, se cai na armadilha de considerar a secularização como um princípio utilizado apenas para impedir fenômenos como a criminalização de posições políticas, opiniões, religiosidades, dentre outros. A secularização destina-se também a essa finalidade, mas não apenas a ela.

Rodrigo Roig, por sua vez, discorre sobre o princípio da secularização como um consectário do princípio da humanidade, adotando uma interpretação de tal princípio que se pode dizer ampliativa. Assim se afirma pois, enquanto classicamente se invoca como exemplos do princípio da humanidade a vedação a penas e tratamentos cruéis ou degradantes do art. 5º, XLVII, da Constituição da República¹⁸, além da proteção à integridade física e moral dos presos, conforme inciso XLIX¹⁹, do mesmo dispositivo, o referido autor traz a humanidade também como a compreensão e o reconhecimento do réu ou apenado enquanto ser humano, que deve ser respeitado em sua individualidade²⁰.

Desse modo, a humanidade é traduzida a partir da dignidade da pessoa humana, que também se entrelaça com o pluralismo, conforme art. 1º, III e V, da Lei Fundamental²¹, “assegurando o reconhecimento jurídico, social e humano do indivíduo como sujeito imune a juízos de natureza discriminatória, moral, preventiva ou retributiva”²². O respeito a pessoa humana não estaria, apenas, na tutela de sua integridade, mas de sua própria personalidade, vedando-se intromissões morais e éticas no momento da dosimetria da pena. Ademais, Rodrigo Roig destaca, de forma expressa, a relação com o princípio da lesividade, na forma do art. 5º, XXXV, da CRFB, de modo a afastar, da dosimetria da pena, considerações sobre a personalidade do autor, restringindo-se à avaliação do dano provocado a outrem a partir da conduta delituosa²³.

Merece ser trazido à baila, ainda, o desenvolvimento sobre a secularização que Rodrigo Roig realiza em sua obra “Execução Penal: Teoria Crítica”. Nesta, novamente a

¹⁷ Ibidem, p. 244.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ ROIG, op. cit., 2015, p. 60-70.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 9.

²² ROIG, op. cit., 2015, p. 62.

²³ Ibidem, p. 67.

secularização é tratada como um consectário do princípio da humanidade, reafirmando seu fundamento na separação entre direito e moral²⁴.

Interessante observar, ainda, a relação que o autor traz com o imperativo da alteridade, que exige do magistrado o reconhecimento do apenado – bem como do acusado, portanto – como sujeito de direitos, afastando-se a apreciação jurídica sujeita a juízos eminentemente "morais, retributivos, exemplificantes ou correccionais"²⁵.

No que tange aos objetivos da execução penal, a secularização deslegitimaria "o manejo da execução como instrumento de recuperação, reeducação, reintegração, ressocialização ou reforma dos indivíduos, típicos da ideologia tratamental positivista"²⁶, segundo a doutrina trabalhada.

2. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO NA DOUTRINA PENAL BRASILEIRA E CONSTATAÇÃO DE SEU SILÊNCIO

Apesar de todo o trabalho apresentado por Rodrigo Roig e Salo de Carvalho, descritos no capítulo anterior, é necessário destacar que este não é o cenário da doutrina penal brasileira. Esta, majoritariamente, se mantém silente sobre o princípio da secularização, conforme é demonstrado a seguir.

Foram analisadas doutrinas amplamente divulgadas entre os operadores do direito, ressaltando-se a impossibilidade de esgotamento da produção doutrinária sobre princípios do Direito Penal e da Execução Penal. Buscou-se verificar a referência, ainda que indireta, ao princípio da secularização, a partir da leitura oferecida pelos autores aos princípios da humanidade, da dignidade da pessoa humana ou da lesividade.

Como já afirmado anteriormente, na doutrina de Juarez Cirino dos Santos referente à Parte Geral do Código Penal, não há um trabalho, de forma direta, do princípio da secularização dentre os princípios do Direito Penal. Ao analisar o princípio da humanidade, limita-se o autor à proibição da execução das penas cruéis e degradantes, bem como da execução cruel das penas permitidas²⁷. Merece destaque que, ao realizar sua análise sobre as finalidades declaradas da pena, a secularização é tangenciada²⁸.

²⁴ Idem. *Execução Penal: teoria crítica*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 24-32.

²⁵ Ibidem, p 26.

²⁶ Ibidem.

²⁷ SANTOS, op. cit., p. 53-54.

²⁸ Ibidem, p. 431-465.

Damásio de Jesus, por sua vez, dedica apenas quatro páginas de sua obra aos princípios do Direito Penal²⁹, tratando-os de forma bastante resumida. Sobre o princípio da humanidade, fala brevemente "O réu deve ser tratado como pessoa humana"³⁰, relacionando-o, especialmente, à proteção da integridade física e moral.

Adotam o mesmo entendimento Cleber Masson³¹, Guilherme Nucci³² e Luiz Regis Prado. Este, porém, desenvolve com maior profundidade o princípio da humanidade, correlacionando-o à dignidade da pessoa humana, bem como relacionando-o aos princípios da culpabilidade e da igualdade³³.

Cezar Roberto Bitencourt, apesar de focar o princípio da humanidade em seu clássico aspecto da vedação a penas cruéis e degradantes e o respeito à integridade física e moral do apenado, tangencia o princípio da secularização ao frisar, em sua conclusão, a "incolumidade da pessoa como ser social"³⁴, fazendo referência a trecho anterior de sua explicação sobre o princípio da humanidade, no qual lembra o pensamento de Bustos Ramirez, no sentido de que o que se pretende com a "reeducação e reinserção social" deve ser reinterpretado, pois sua determinação coativa poderá implicar em "atentado contra a pessoa como ser social"³⁵.

No que tange à obra de Rogério Greco, o doutrinador opta por, ao invés de trabalhar com o princípio da humanidade, denominá-lo de princípio da limitação das penas, o qual derivaria da dignidade da pessoa humana³⁶. O doutrinador faz referência ao art. 5º, XLVII, da CRFB³⁷, em seu capítulo que versa sobre os limites das penas³⁸, bem como ao trabalhar o princípio da limitação das penas³⁹.

Contudo, não apenas não é trabalhado o princípio da secularização, como também é feita uma oposição frontal a tal princípio, conforme o seguinte excerto, retirado de trecho em que o autor defende a vedação à pena de prisão perpétua:

Fato é que todos nós cometemos desvios constantemente, e da mesma forma que precisamos do perdão de nosso irmão, também devemos perdoar, pois, conforme

²⁹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 36 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51-54.

³⁰ *Ibidem*, p. 53.

³¹ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 14 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 50-51.

³² NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, [e-book].

³³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

³⁴ *Ibidem*, p. 71.

³⁵ RAMIREZ apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70.

³⁶ GRECO, op. cit., p. 133-137.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 9.

³⁸ GRECO, op. cit., p. 749-754.

³⁹ *Ibidem*, p. 133-137.



afirma o apóstolo Paulo em sua carta dirigida aos romanos, “todos pecaram e carecem da glória de Deus”.⁴⁰

A frase citada por Rogério Greco foi retirada da Bíblia Sagrada, em Romanos 3:23. Com a devida vênia à liberdade do autor em sua obra, discorda-se da posição adotada. Não bastasse não trabalhar a secularização, o autor realiza verdadeira pregação católica em sua obra doutrinária de Direito Penal, espaço que não se apresenta adequado para tanto.

Por fim, quando trabalha o princípio da lesividade, é feita remissão ao conflito entre Direito Penal e moral, especialmente quando é explicada a origem de tal princípio a partir do período iluminista, “que por intermédio do movimento de secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o Direito e a moral”⁴¹. À mesma conclusão, chega Fernando Capez, ao trabalhar o princípio da lesividade⁴².

Fabbrini e Mirabete, por sua vez, trabalham o princípio da humanidade como decorrência do princípio da legalidade, trazendo enfoque na responsabilidade social em relação ao sentenciado, que deverá ser destinatário de ajuda e assistência que objetivam sua recuperação⁴³. Não foram observadas menções às confluências entre Direito Penal e moral.

No manual de Execução Penal de autoria de Renato Marcão, não há enumeração dos princípios da execução penal⁴⁴. Não foi observada menção à relação entre Direito Penal e moral.

Apesar de não trabalhar, em tópico específico, o princípio da humanidade ou da secularização⁴⁵, Paulo César Busato desenvolve o tópico das relações entre Direito Penal e moral ao trabalhar os objetivos ou missões do Direito Penal. Ao tratar da doutrina de Hans Welzel sobre os objetivos do Direito Penal, a crítica de forma contundente. Segundo o autor, o penalista alemão atribuiu ao Direito Penal dupla missão, a proteção de bens jurídicos e a proteção dos “valores elementares da consciência, de caráter ético-social”. Ao Direito Penal caberia, assim, influenciar na formação da consciência cidadã “para orientá-la, pedagogicamente, à proteção dos bens jurídicos essenciais”⁴⁶. A seu ver⁴⁷:

O direito não deve ocupar-se de exercer um controle moral. Em primeiro lugar, porque ele é incerto e não alcançável, em segundo lugar, porque ele se converteria em dogma e, em terceiro lugar, porque o interesse coletivo é de que não se produzam aflições aos direitos de todos e não de que todos tenham idênticas e controladas preferências.

⁴⁰ Ibidem, p. 749.

⁴¹ Ibidem, p. 101.

⁴² CAPEZ, Fernando. *Coleção curso de direito penal*. 24 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2020, [e-book].

⁴³ FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. 26 ed. rev e atual. V. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 41.

⁴⁴ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 13 ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34.

⁴⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22-99.

⁴⁶ Ibidem, p. 10-11.

⁴⁷ Ibidem, p. 11.



Acrescenta-se, ainda, que, segundo Busato, a ameaça da pena para a formação de consciências e direcionamento dos pensamentos constitui cerceamento à liberdade de expressão. Tal tarefa pedagógica pertenceria às instâncias informais de controle social⁴⁸.

Especial atenção merece a doutrina de Zaffaroni, Nilo Batista, Alagia e Slokar⁴⁹. Em sua obra, não está elencado o princípio da secularização. No entanto, a análise das confluências entre Direito Penal e moral permeia o estudo sobre os princípios realizado na obra.

Em relação ao princípio da lesividade, são destacadas como suas consequências: "a) o estado não pode estabelecer uma moral; b) em lugar disso, deve garantir um âmbito de liberdade moral; c) as penas não podem recair sobre ações que expressem o exercício dessa liberdade"⁵⁰.

No entender dos autores, um estado que procura impor uma moral determinada é, em si, imoral, pois a moral surge a partir do momento em que é dada liberdade de escolha ao cidadão, que se permite a ele escolher entre a alternativa considerada moral e a considerada imoral. Não há moralidade numa ação já condicionada e pré-determinada. "O estado ético deve reconhecer o âmbito de liberdade moral", bem como "o direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade"⁵¹.

Por tais motivos, a lesividade é desenvolvida a partir da perspectiva de que a criminalização de condutas com o objetivo de impor normas morais, sem que se exponha a perigo ou haja lesão a direito alheio, é ilícita, bem como qualquer objetivo de "expição da culpa" a partir da pena deve ser afastado, pois é um ato íntimo da pessoa, que não cabe ao Estado impor⁵².

Conclui-se, a partir da presente análise dos autores citados, que a dogmática penal brasileira se mostra incipiente em relação ao princípio da secularização. Das quatorze obras analisadas – considerados os dois livros de Rodrigo Roig como uma única obra –, apenas duas tratam diretamente do princípio da secularização e o explicam: Rodrigo Roig⁵³ e Salo de Carvalho⁵⁴. As demais dividem-se entre aquelas que se limitaram a, no máximo, fazer uma afirmação breve do fato de que a lesividade determina que condutas não podem ser criminalizadas apenas pelo fato de serem imorais, e aquelas que desenvolveram o debate sobre Direito Penal e moral, porém não trabalharam, estritamente, o princípio da secularização.

⁴⁸ Ibidem, p. 12.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁵⁰ Ibidem, p. 225.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem, p. 226.

⁵³ ROIG, op. cit., 2015, p. 60-70 e ROIG, op. cit., 2021, p. 56-60.

⁵⁴ CARVALHO, op. cit., p. 241-250.

Diante desse quadro, ainda não se observa, na dogmática penal brasileira, uma análise aprofundada do princípio da secularização.

3. O TRABALHO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO

Dentre as fontes do Direito, além da doutrina e da lei, também se encontra a jurisprudência, a qual assume papel de destaque na interpretação do Direito, em especial na conciliação entre a lei em sentido estrito e os princípios gerais do Direito. Assim sendo, se impõe o questionamento sobre como se posicionam os Tribunais no que concerne ao princípio da secularização. Acompanham o silêncio da doutrina?

Para responder a essa pergunta, foi objeto de pesquisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, foram utilizadas nas ferramentas de pesquisa de jurisprudência dos respectivos tribunais os seguintes comandos: “princípio da secularização”, “secularização”, e “direito penal e moral”, com pequenas variações a depender das ferramentas disponibilizadas pelos sites. Ademais, a pesquisa limitou-se aos julgados proferidos no período dos anos de 2000 a 2022.

Junto ao Supremo Tribunal Federal, ao aplicar os dois primeiros comandos acima referidos, foi fornecido um único julgado, que trata sobre a constitucionalidade do ensino religioso confessional em escolas públicas, de matrícula facultativa⁵⁵. Evidentemente, não é julgado que se refere a Direito Penal, de modo que não se apresenta como um objeto adequado de análise neste momento.

No que tange ao terceiro comando, foi utilizado o filtro “‘direito penal’ e moral”. Foram fornecidos, desse modo, oitenta resultados, dos quais apenas três apresentaram, de fato, discussão sobre a relação entre Direito Penal e Moral.

Merece destaque, na presente temática, o HC nº 82959/SP⁵⁶, o qual tratou da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime em caso de crimes hediondos, que era estabelecido pelo art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90. Na ementa, não há registro sobre a discussão entre Direito e Moral. Porém, é possível observar que o Min. Cezar Peluso, em seu voto-vista, ao tratar dos crimes contra a dignidade sexual, traz expressamente este debate, em razão da sua

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4439*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387047/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

especial influência sofrida por parte da moral, que se revelava, por exemplo, em uma suposta reparação do crime a partir do casamento do agente com a vítima, bem como pela previsão de causa de aumento quando o agente fosse casado e a vítima de estupro fosse uma terceira pessoa⁵⁷.

Assim, afirma o Ministro que o Direito não pode predefinir o que seriam os “bons costumes”, bem como, citando Claus Roxin, afirma que o Estado Democrático de Direito não pode perseguir o aperfeiçoamento moral dos cidadãos adultos, mas somente assegurar as condições para a convivência pacífica. Ao final, afasta a causa de aumento da pena que era prevista, à época, no art. 226, III, do Código Penal⁵⁸, referente ao fato do agente ser casado – esta foi abolida pela Lei nº 11.106/05⁵⁹.

Desse modo, é interessante a observação de que, aqui, apesar de não ter sido citado expressamente o princípio da secularização, o Ministro buscou aplicá-lo na dosimetria da pena, afastando uma causa de aumento. No entanto, foi vencedor o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, de modo que não fez parte do acórdão o ponto analisado.

Também houve discussão sobre a influência da moral no Direito e, em especial, o princípio do Estado Laico, na ADPF 54/DF⁶⁰, a qual determinou a inconstitucionalidade da interpretação que afirme que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo constitui a conduta dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Suas conclusões podem ser resumidas na seguinte frase, extraída do voto do Relator: “O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal”.

Ressalte-se que este é um julgado bastante profícuo para a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange à relação entre Direito e Moral. No entanto, em razão da complexidade do julgado, que trabalhou esse tema muito além de sua incidência no Direito Penal, e em respeito à finalidade meramente enumerativa deste capítulo, não serão tecidas maiores considerações.

Ademais, foi colacionada a medida cautelar na ADPF nº 779⁶¹, que tratou da inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra. A contribuição deste julgado para a discussão no tema tratado está resumida no seguinte ponto de sua ementa:

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁹ BRASIL, Lei nº 11.106/05, de 28 de março de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 779 MC-Ref/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446516/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.



1. “Legítima defesa da honra” não é, tecnicamente, legítima defesa. A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor reside no âmbito ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência. Quem pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa. O adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal.

O interessante a ser observado, no presente caso, é que a partir dele se denota a aplicabilidade da secularização não apenas numa perspectiva em favor do réu, mas também numa perspectiva de limitação da atividade defensiva em conformidade com os ditames constitucionais, na forma manifestada pelo Supremo Tribunal Federal – apesar de toda a polêmica envolta neste julgado⁶².

Dessa breve análise, retira-se a conclusão de que, apesar de não ser tão recorrente o tema analisado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os casos em que é tratado são de grande relevância. Contudo, falta sua aplicação de forma específica na dosimetria da pena, tendo em vista que esta foi constatada apenas uma única vez em voto-vista que não formou coisa julgada.

Já no que tange à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, foi possível verificar, na pesquisa do termo “secularização”, um único acórdão, no HC nº 211888/TO⁶³, em que a conduta de profissional do sexo consistente em retirar um colar de ouro a força do pescoço de seu cliente devedor foi desclassificada do crime de roubo impróprio para o de exercício arbitrário das próprias razões, reconhecendo-se a existência de um acordo verbal entre as partes que merece ser considerado pelo Direito.

Em relação ao terceiro comando de pesquisa, foram inseridos os termos “direito adj penal prox10 moral”, para garantir maior acurácia na pesquisa. A partir desse filtro, foram encontrados seis acórdãos. Destes, três tinham alguma relação com o tema, e nestes foi repetida a frase “A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral [...]”⁶⁴. Observa-se que, na realidade, essa afirmação serviu para aplicação do princípio da subsidiariedade, sem trabalhar com a secularização em si.

⁶² Para maiores informações: AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de et al. *Limitação argumentativa que obsta a tese da legítima defesa da honra*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-23/limite-penal-limitacao-argumentativa-obsta-tese-legitima-defesa-honra>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 211888/TO*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22211888%22%29+ou+%28HC+adj+%22211888%22%29.suce.>>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 1206469/RS*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703041482&dt_publicacao=04/10/2018>. Acesso em: 10 mar. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 85272/RS*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em:

Conclui-se, assim, que a jurisprudência está em compasso com a doutrina, tendo em vista que ambas se mantêm majoritariamente silentes sobre a aplicação do princípio da secularização na dosimetria da pena. Quando é tratado o debate Direito Penal e Moral, na absoluta maioria das vezes, deseja-se analisar a criminalização de determinadas condutas, mas não o tratamento conferido pelo Estado àquele que será, efetivamente, apenado.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, este trabalho buscou analisar o desenvolvimento do princípio da secularização na Dogmática Penal Brasileira, evidenciando a dificuldade que se apresenta para a aplicação deste, tendo em vista a falta de produção doutrinária a seu respeito no Direito Penal Brasileiro, bem como sua parca difusão na jurisprudência.

Inicialmente, foi estabelecido o significado do princípio da secularização, sendo este compreendido a partir de duas perspectivas, em resumo: como consectário do princípio da humanidade, relacionando-o à consideração do acusado ou apenado como pessoa em toda sua extensão, inclusive em suas idiossincrasias e código moral, ou amarrando-o ao princípio da lesividade, demonstrando que a origem deste adveio do movimento de secularização do Direito Penal, a partir do iluminismo, vedando-se a repressão estatal de condutas simplesmente imorais.

Tal conclusão foi atingida a partir, especialmente, da leitura das doutrinas de Rodrigo Roig e Salo de Carvalho. Porém, não bastam apenas dois autores para ser possível definir a forma que a doutrina trata determinado instituto ou princípio. Assim, passou-se à análise ampliada da dogmática penal brasileira, buscando verificar se, em outros trabalhos, havia ao menos menção indireta ao princípio em debate.

Dentre as obras analisadas, em oito não foram observadas explicações sobre o conflito/diálogo entre Direito Penal e moral, se limitando a, no máximo, fazer uma afirmação breve do fato de que a lesividade determina que condutas não podem ser criminalizadas apenas pelo fato de serem imorais. Dentre tais autores, tem-se Damásio de Jesus, Cleber Masson, Guilherme Nucci, Luiz Regis Prado, Rogério Greco, Fernando Capez, Fabbrini e Mirabete, e Renato Marcão.

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701316304&dt_publicacao=23/08/2018>. Acesso em: 10 mar. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1581525/SP*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600353978&dt_publicacao=26/06/2017>. Acesso em: 10 mar. 2022.



Em quatro obras, observou-se um desenvolvimento do debate sobre Direito Penal e moral, ainda que não tenha sido trabalhado, estritamente, o princípio da secularização, quais sejam: as obras de Juarez Cirino, Cezar Bitencourt, Paulo César Busato e Zaffaroni, Nilo Batista, Alagia e Slokar.

Diante do exposto, verificou-se a inércia da Dogmática Penal Brasileira no que tange ao referido princípio, o que afeta sua aplicação de forma mais ampla pela jurisprudência, em especial dos Tribunais Superiores, conforme se pôde perceber a partir do terceiro capítulo.

Neste, foi constatado que, em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de não ser recorrente a análise da relação entre Direito Penal e moral, os casos em que é tratada são de grande relevância, tais como a ADPF nº 54, ADPF nº 779 e o HC nº 82959/SP. Contudo, falta sua aplicação de forma específica na dosimetria da pena, tendo em vista que esta foi constatada apenas uma única vez em voto-vista que não formou coisa julgada.

Já em relação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observou-se a invocação do princípio da secularização em apenas um único julgado, HC nº 211888/TO. Já nos outros três casos que apresentaram alguma relação com a temática, foi apenas repetida a frase “A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral [...]”, a qual serviu apenas para aplicação do princípio da subsidiariedade, sem trabalhar com a secularização em si.

Desse modo, concluiu-se que jurisprudência está em compasso com a doutrina, ambas majoritariamente silentes sobre a aplicação do princípio da secularização na dosimetria da pena. Quando é tratado o debate Direito Penal e moral, normalmente, deseja-se analisar a criminalização de determinadas condutas, não o tratamento conferido pelo Estado àquele que será, efetivamente, apenado.

A partir das conclusões demonstradas, outros questionamentos são impostos. Por exemplo, seria mais adequado afirmar que as duas perspectivas constatadas sobre o princípio da secularização, quais sejam, como consectário do princípio da humanidade ou relacionado ao princípio da lesividade, são conciliáveis? Ademais, em aprofundamento, estaria correta a afirmação de que o Direito Penal se divorciou da moral com a secularização? O Direito Penal não reproduziria uma moral, incidente ao menos no momento da criminalização primária? Caso positivo, que moral seria essa?

Esta pesquisa inicial não teve a pretensão de colmatar essas lacunas, mas evidenciá-las para que, constatadas as problemáticas, seja possível respondê-las, de modo que é feito um convite ao debate acadêmico sobre a questão.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 fev. 2022.

_____. *Lei nº 11.106/05*, de 28 de março de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 1206469/RS*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703041482&dt_publicacao=04/10/2018>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 21188/TO*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22211888%22%29+ou+%28HC+adj+%22211888%22%29.suce.>>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1581525/SP*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600353978&dt_publicacao=26/06/2017>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 85272/RS*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701316304&dt_publicacao=23/08/2018>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4439*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387047/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 779 MC-Ref/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446516/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. *Coleção curso de direito penal*. 24 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2020, [e-book].

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. 26 ed. rev e atual. V. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 36 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 13 ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 14 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, [e-book].

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Execução penal: teoria crítica*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2011.