



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rodrigo Duque Estrada Roig Soares

**Aplicação da pena privativa de liberdade e o dever jurídico-  
constitucional de minimização da afetação individual: uma nova proposta  
discursiva**

Rio de Janeiro

2011

Rodrigo Duque Estrada Roig Soares

**Aplicação da pena privativa de liberdade e o dever jurídico-constitucional de  
minimização da afetação individual: uma nova proposta discursiva**

Tese apresentada, como requisito para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S676a Soares, Rodrigo Duque Estrada Roig.

Aplicação da pena privativa de liberdade e o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual: uma proposta discursiva / Rodrigo Duque Estrada Roig Soares. - 2011.  
313 f.

Orientador: Nilo Batista.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Pena (Direito) - Teses. 2. Justiça - Teses. 3. Dignidade. I. Batista, Nilo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.241

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Rodrigo Duque Estrada Roig Soares

**Aplicação da pena privativa de liberdade e o dever jurídico-constitucional de  
minimização da afetação individual: uma nova proposta discursiva**

Tese apresentada como requisito para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Direito Penal.

**Aprovado em 02 de setembro de 2011.**

**Banca Examinadora:**

---

**Prof. Dr. Nilo Batista (Orientador)**

**Faculdade de Direito da UERJ**

---

**Prof. Dr. Juarez Tavares**

**Faculdade de Direito da UERJ**

---

**Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú**

**Faculdade de Direito da UERJ**

---

**Prof. Dr. Salo de Carvalho**

**Faculdade de Direito da PUC/RS**

---

**Prof. Dr. Sérgio Salomão Shecaira**

**Faculdade de Direito da USP**

Rio de Janeiro

2011

## **DEDICATÓRIA**

**A Deus, Jesus Cristo, Nossa Senhora das Graças e a todos aqueles que, neste ou em outro plano, torcem e me dão força e luz.**

## AGRADECIMENTOS

Ao amigo e mestre Nilo Batista, principal mentor de mais esta edição. Enfrento hoje mais um desafio em meu caminho, sem nunca deixar de levar seu exemplo em meu coração.

Ao amigo e mestre Juarez Tavares, por seu companheirismo, extrema generosidade, paciência e altivez, em todos os momentos.

Ao amigo e mestre Carlos Eduardo Japiassú, sempre presente e atencioso e que, fazendo jus à qualidade de grande conselheiro, teceu brilhantes e fundamentais observações para a correção de premissas e rumos deste trabalho.

Ao amigo e “eterno presidente” Sergio Salomão Shecaira, modelo de liderança, coragem e serenidade, inspiradoras para todos aqueles que tiveram o privilégio de conhecê-lo.

Ao professor Salo de Carvalho, um dos grandes inspiradores deste trabalho, ícone de ousadia, brilhantismo e humanidade.

Aos meus amados pais e a Altair, Fernando, Guilherme, Vinicius, Henrique e Juliana, cujas existências sustentam minhas esperanças e crenças no bem e na felicidade.

A Andréa Assis, por seu apoio incondicional, sua inquebrantável luz e contagiante alegria. Me identifico com você de um jeito tão profundo que se tivesse mais alma...

Por fim, a todos os meus amigos verdadeiros, sem os quais não teria forças para enfrentar todos os obstáculos e surpresas que a vida proporciona.

A pena (e todo o poder punitivo) é um fato de poder que o poder dos juristas  
pode limitar e conter.

*Nilo Batista e Eugenio Raul Zaffaroni*

## RESUMO

ROIG SOARES, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena privativa de liberdade e o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual*: uma nova proposta discursiva, Brasil. 2011, 313 fl. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

Investiga se o atual modelo de aplicação da pena privativa de liberdade se mostra adequado aos parâmetros traçados pela constituição de 1988, atendendo ao fundamento da dignidade da pessoa humana e aos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de promoção do bem de todos. Analisa a dinâmica histórica da aplicação e das teorias das penas privativas de liberdade no Brasil, abordando os principais critérios e atuais orientações da aplicação penal. Sustenta que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento do Estado Republicano e Democrático de Direito brasileiro e que, ao lado do princípio da humanidade das penas, seu correspondente penal, fundamenta a necessidade de se evitar ao máximo que os indivíduos sejam afetados pela intervenção do poder punitivo. Conclui, então, pela existência de um autêntico dever jurídico-constitucional da agência judicial no sentido de minimizar a intensidade de afetação do indivíduo sentenciado. Procura erigir novos princípios quanto à aplicação da pena, dotados de força normativa e que atuem de maneira integrada para a tutela dos direitos fundamentais. Defende que a Constituição de 1988 não incorporou o discurso legitimador da pena, limitando-se à tarefa de contenção de danos e de fixação de limites punitivos. Preconiza novos parâmetros para a fixação da pena-base, sustentando a incompatibilidade constitucional das finalidades de “*reprovação e prevenção do crime*”. Debate qual deve ser o adequado sentido constitucional das circunstâncias judiciais da pena. Discute as bases da tendência exasperadora da pena, caracterizada pelas agravantes, qualificadoras e causas de aumento, assim como da tendência mitigadora da pena, representada pelas atenuantes, causas de diminuição, participação de agentes, tentativa, concurso de crimes, crime continuado, unificação e limite de penas. Identifica a existência de crise no dogma da pena mínima, propondo, afinal, a construção de um novo modelo interpretativo de aplicação da pena privativa de liberdade.

Palavras-chave: Aplicação de pena. Pena privativa de liberdade. Dever jurídico-constitucional. Minimização da afetação individual.



## ABSTRACT

Investigates if the current criminal sentencing model is appropriate to the parameters set by the 1988 Constitution, in order to respect the human dignity fundament and the essential goals of building a free, fair and solidary society and promoting common welfare. Examines the historical dynamic of criminal sentencing and sanction theories in Brazil, including their main criteria and current guidelines. Points that human dignity is the basis of the Republican and Democratic Brazilian State of Law and, together with the Humanity Principle, represent the need to avoid, as far as possible, the individual's affectation by the punitive power's intervention. Concludes that there is a legal and constitutional duty of judges in order to minimize the severity of penalties and the affectation of sentenced people. Tries to construct new, normatively strong and integrated sentencing principles, aiming the fundamental rights protection. Argues that the 1988 Constitution did not incorporate the legitimizing discourse of punishment, but limited itself to the tasks of damaging contention and sanctioning limitation. Aims to establish new parameters for the "base-sanction" and alleges the unconstitutionality of the purposes "disapproval and crime prevention". Debates what should be the proper constitutional sense of "judicial's circumstances". Discusses the exasperating tendency, characterized by aggravating and qualifying circumstances and increasing causes. Discusses the mitigating tendency as well, represented by attenuating circumstances, decreasing causes, coalition of agents, attempt, accumulation of crimes, "continued crime", unification and limits of sanctions. Identifies a crisis in the dogma of the "minimum sanction" and proposes, after all, the construction of a new interpretive model for prison's application.

Keywords: Criminal sentencing. Prison's sanction. Legal and constitutional duty. Minimization of sentenced people's affectation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>14</b>
1.1. <b>Bases para um discurso redutor.....</b>	<b>14</b>
1.2. <b>As teorias legitimantes (absolutas, relativas e mistas) da pena privativa de liberdade.....</b>	<b>22</b>
<b>2. DINÂMICA HISTÓRICA DA APLICAÇÃO E DAS TEORIAS DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL.....</b>	<b>27</b>
2.1. <b>A pena privativa de liberdade na dogmática e prática penais brasileiras.....</b>	<b>27</b>
2.1.1. <u>Teorias da pena e prática da privação da liberdade na vigência do Código Penal de 1830.....</u>	<b>28</b>
2.1.2. <u>Teorias da pena e prática da aplicação da pena privativa de liberdade na vigência do Código Penal de 1890.....</u>	<b>33</b>
2.1.3. <u>Teorias da pena e prática da aplicação da pena privativa de liberdade na vigência da Parte Geral do Código Penal de 1940.....</u>	<b>36</b>
<b>3. CRITÉRIOS E ATUAIS ORIENTAÇÕES DA APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL.....</b>	<b>45</b>
3.1. <b>Teorias e delineamentos da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil.....</b>	<b>45</b>
3.1.1. <u>O discurso crítico da teoria da pena no Brasil.....</u>	<b>60</b>
<b>4. LIMITES À APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE. UMA NOVA PROPOSTA DISCURSIVA.....</b>	<b>68</b>
4.1. <b>Uma nova proposta discursiva. Força normativa dos princípios e o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo.....</b>	<b>68</b>
4.2. <b>Princípios limitadores da interpretação da lei penal quanto à aplicação da pena.....</b>	<b>75</b>
4.2.1. <u>Humanidade Redutora.....</u>	<b>78</b>
4.2.2. <u>Legalidade Redutora.....</u>	<b>86</b>

4.2.3.	<u>Fundamentação da Pena</u> .....	93
4.2.4.	<u>Lesividade Redutora</u> .....	101
4.2.5.	<u>Intervenção Mínima Redutora</u> .....	104
4.2.6.	<u>Culpabilidade Redutora</u> .....	107
4.2.7.	<u>Transcendência Mínima Redutora</u> .....	111
4.2.8.	<u>Proporcionalidade Redutora</u> .....	113
4.2.9.	<u>Individualização da Pena</u> .....	121
4.2.10.	<u>Presunção de Inocência Redutora</u> .....	125
4.3.	<b>Novos parâmetros para a fixação da pena-base</b> .....	128
4.3.1.	<u>Incompatibilidade constitucional das finalidades de “reprovação e prevenção do crime”, traçadas pelo artigo 59 do Código Penal</u> .....	130
4.3.2.	<u>Sentido e conformação constitucional das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal</u> .....	148
4.3.2.1.	Culpabilidade do agente .....	151
4.3.2.2.	Antecedentes do agente .....	160
4.3.2.3.	Conduta social do agente .....	169
4.3.2.4.	Personalidade do agente .....	175
4.3.2.5.	Motivos do crime.....	185
4.3.2.6.	Circunstâncias do crime.....	192
4.3.2.7.	Consequências do crime.....	195
4.3.2.8.	Comportamento da vítima.....	200
4.4.	<b>Tendência Exasperadora da Pena (agravantes, qualificadoras e causas de aumento)</b> .....	206
4.5.	<b>Tendência Mitigadora da pena (atenuantes, causas de diminuição, participação de agentes, tentativa, concurso de crimes, crime continuado, unificação e limite de penas)</b> .....	220
4.5.1.	<u>Circunstâncias atenuantes</u> .....	220
4.5.2.	<u>Causas de diminuição da pena</u> .....	254
4.5.2.1.	Aplicação redutora da pena na tentativa.....	256
4.5.2.2.	Participação de agentes e aplicação redutora da pena.....	258
4.5.3.	<u>Aplicação redutora da pena no concurso material de crimes</u> .....	261
4.5.4.	<u>Aplicação redutora da pena no concurso formal de crimes</u> .....	263
4.5.5.	<u>Aplicação redutora da pena no crime continuado</u> .....	267

4.5.6.	<u>Unificação e limite das penas</u> .....	273
4.5.7.	<u>Regime de cumprimento de pena</u> .....	276
4.6.	<b>A crise do dogma da pena mínima e a necessidade de construção de um novo modelo interpretativo de aplicação da pena privativa de liberdade</b> .....	278
5.	<b>CONCLUSÃO</b> .....	292
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	298

## INTRODUÇÃO

A aplicação da pena privativa de liberdade traduz a injunção de uma das mais graves intervenções individuais previstas em nosso ordenamento. Sua densidade sobre o projeto existencial do sentenciado, o amplo espectro de outras penas e a necessidade de maior aprofundamento teórico faz da determinação da pena privativa de liberdade o cerne do presente trabalho.

Antes mesmo de se discorrer acerca do tema proposto, faz-se necessário pontuar que este ensaio somente se mantém válido enquanto não prescindirmos da pena privativa de liberdade e somente para os casos em que não for realmente cabível a adoção de instrumentos alternativos ao encarceramento. De posse dessa premissa e partindo de cortes históricos, teóricos e práticos da aplicação da pena privativa de liberdade, busca-se doravante apontar possíveis soluções para torná-la menos ruinosa.

Não caberá aqui debater a problemática dos critérios diretivos da cominação da pena privativa de liberdade, tema este extremamente inquietante e complexo, que por si só merece o adequado aprofundamento teórico em uma investigação especificamente destinada ao tema. Operado o devido corte epistemológico, elege-se por objeto o estudo da aplicação da pena privativa de liberdade.

Algumas indagações necessitam ser respondidas quando se pretende analisar a fundo a tarefa de aplicação da pena privativa de liberdade. Como se sabe, as bases do atual critério de injunção penal foram fundamentalmente trazidas a partir do Código Penal de 1940, que rompera com a tradição aritmética da mensuração penal, em prol de parâmetros subjetivos a serem adotados pelo magistrado aplicador.

Este modelo incutiu no pensar e proceder jurídicos a idéia de que a determinação da pena aplicável dentre as cominadas, bem como a fixação, pelo juiz, da quantidade de pena aplicável deveriam atender aos antecedentes e à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, entre outros fatores ao longo do tempo acrescidos. Mais tarde, a este construto aderiu-se um arcabouço procedimental próprio, consistente na divisão trifásica da aplicação da pena privativa de liberdade.

Surge então o primeiro questionamento (hipótese), que consiste em investigar se um modelo construído há décadas - mesmo com suas modificações posteriores - ainda se mostra adequado aos novos paradigmas traçados pela Constituição de 1988, em especial no que tange aos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CRFB) e de promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CRFB), bem como ao fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB).

Da resposta negativa à primeira indagação emergiria outra, intimamente associada. Consiste na perquirição acerca da possibilidade de se construir um modelo de aplicação da pena privativa de liberdade adequado à Carta de 1988 e apontado no sentido da liberdade, justiça e solidariedade sociais, na promoção do bem comum e no respeito à dignidade humana.

Sendo viável o desenho deste modelo, surge a última questão: sob que bases deve ser edificado. As respostas a estas três interrogações representam o eixo central desta investigação.

Cumprindo enfim destacar que o presente trabalho colhe originalidade ao aportar uma nova visão interpretativa dos princípios penais aplicáveis à injunção da pena privativa de liberdade, ao revisitar as circunstâncias judiciais e as anunciadas finalidades da pena a partir de seus cotejos com a Constituição de 1988 e ao reavaliar os critérios de aplicação da pena privativa de liberdade, revolvendo o tema sob uma ótica eminentemente crítica, com o propósito de contribuir para o avanço de sua discussão.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

### 1.1. Bases para um discurso redutor.

*La principal función que cumplimos es la de ponerle límites al ejercicio del poder punitivo. Más aún: o servimos para eso o no servimos para nada*

Eugenio Raul Zaffaroni

Na jurisprudência e em parte da doutrina brasileira ainda se encontra enraizada a concepção de que o processo de aplicação da pena privativa de liberdade consiste em uma tarefa procedimental-subjetiva do juiz, sem que haja a necessidade de reflexão quanto à própria legitimidade do sistema penal. Ignorando a deslegitimação do sistema penal, em regra os intérpretes e aplicadores do Direito procuram atribuir algum sentido a esta tarefa, comumente fazendo uso de discursos positivistas, retribucionistas ou periculosistas, muitos deles se apegando – outros simplesmente desistindo de conferir algum significado – às aclamadas “funções da pena”.

Convencionou-se, portanto, não demandar a realização de aportes teóricos mais profundos para a atividade sancionatória, bastando, para que o proceder do magistrado seja considerado apropriado, que este na prática se valha de modelos<sup>1</sup> de sentença compartilhados por outros magistrados, siga o plano traçado pelo artigo 68 do Código Penal e não se afaste da jurisprudência dominante. Enfim, a supervalorização de um proceder automatizado escondeu

---

<sup>1</sup> Verifica-se, na prática, a comum repetição acrítica de expressões e fundamentos positivistas ou discriminatórios consagrados na aplicação da pena (ex. personalidade voltada para o crime, dolo intenso, crime que causa grave comoção social), sem que sobre eles se debruce mais detalhadamente o magistrado aplicador. De fato, muitos dos fundamentos e expressões são empregados sem que o aplicador sequer saiba como e por quem foram cunhados e difundidos. O excesso de trabalho, o exíguo tempo para a elaboração de sentenças e a necessidade de produtividade tendem a eliminar juízos críticos sobre o modelo adotado. Em profunda crítica à burocratização das agências judiciais, Zaffaroni assevera: “*Em determinado momento, o operador da agência judicial percebe a si mesmo em função de seu cargo e hierarquia e constrói uma identidade assentada sobre essas bases. Recusa os lampejos de consciência sobre as limitações do seu poder, em razão do sofrimento que lhe provocam (afetam seu narcisismo, sua onipotência e sua auto-estima; observe-se que se trata de características regressivas iguais às que condicionam os processos de criminalização e de policização); não lhe resta outro recurso senão evitar conflitos com outras agências para preservar sua identidade falsa ou artificial, produto do treinamento regressivo próprio da agência e, também, para conservar sua função: o único caminho é a burocratização, ou seja, as respostas estereotipadas, a conformidade com os modelos ‘de sempre’ [...]*”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*. 5ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.142.

por muito tempo a falta de uma teorização mais séria e sistemática da medição da pena, encobrendo ainda a necessidade de uma fundamentação mais densa quanto às premissas utilizadas pelo julgador na sua opção por uma pena mais ou menos extensa.

A realidade acima traçada demonstra que o momento da aplicação da pena continua a ser considerado um *minus* frente ao caminho conducente à condenação. Releva, na prática, saber se o acusado será ou não condenado, passando a medição da pena a simples ato exauriente e, não raro, meramente formal de se dar cabo à atuação do juízo *a quo*.

Justificável, assim, o questionamento doutrinário quanto à exacerbada preocupação com a construção de um preciso sistema dogmático quando se trata de se determinar o sim ou não da aplicação de uma sanção penal a fim de proteger o réu do arbítrio judicial, para logo em seguida, precisamente no momento da fixação da pena, considerar o mesmo arbítrio inatacável, por inerente à própria natureza da mensuração da pena<sup>2</sup>.

Por essa razão, a doutrina rejeita denominar o estudo analítico da atribuição penal como “Direito da Aplicação da Pena”, relegando-o a um papel evidentemente marginal frente à teoria do delito<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Nesse sentido, ZIFFER, Patricia. Consideraciones acerca de la individualización de la pena. In: VVAA. *Determinación judicial de la pena*. Julio Bernardo Maier (Comp.). Buenos Aires: Editores del Puerto: 1993, p. 90.

<sup>3</sup> Este é o entendimento de Winfried Hassemer, quando afirma que a determinação da pena é o muro de lamentações dos penalistas, tanto do campo científico como prático, ressentindo-se ainda que a dogmática da determinação da pena não tenha alcançado um grau de precisão e transparência como o da dogmática da teoria do delito. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 270. Em outra passagem, Hassemer também questiona a falta de valorização conferida à fixação da pena: “*El actual sistema de juicio oral es una prueba de la falta de importancia que se da a la cuestión de la punibilidad [...] a diferencia de lo que ocurre con los elementos fundamentales de la punibilidad (v.gr. las huellas del delito), los elementos relevantes para la determinación de la pena (v. gr. las relaciones personales del delincuente), se establecen de pasada y sin la meticulosidad que en general caracteriza la práctica de la prueba en el juicio oral*”. Idem, p. 133. Aponta no mesmo sentido a constatação de Zaffaroni e Pierangeli: “*Um importantíssimo capítulo do direito penal é o da quantificação ou individualização da pena, que se encontra bastante descuidado pela doutrina, pelo menos nestes últimos anos, resultado que é do exagerado desenvolvimento que envolveu a teoria do delito, em detrimento deste capítulo e que, lamentavelmente, compromete tanto as garantias individuais como a segurança jurídica. Um deficiente desenvolvimento da teoria do delito, sem ‘margens penais’ apresentam exagerada amplitude e convertem o arbítrio judicial em verdadeira arbitrariedade*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.706. De modo semelhante, afirma Eduardo Andrés Bertoni: “[...] *la práctica de más de un siglo de sistemas que así lo hacen, demuestra que existe una exagerada desproporción entre todo el razonamiento que justifica el juicio de culpabilidad (además de las garantías que posee el individuo penalmente perseguido) comparado con la superficialidad con que se aborda la cuestión de la determinación de la pena*”. BERTONI, Eduardo Andrés. *La Cesura del Juicio Penal*. In: VVAA. *Determinación judicial de la pena*. Julio Bernardo Maier (Comp.). Buenos Aires: Editores del Puerto: 1993, p.116. Jesús-María Silva Sánchez, nesse sentido, salienta que a teoria convencional do delito “*ha tendido a encerrarse en la fortaleza del injusto culpable, lo que, como antes se indicaba, determina que no esté en condiciones de ofrecer al juez un instrumento sistemático que le guíe hasta la propia imposición de la pena*”. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito*. In: *El Sistema Integral del Derecho Penal*. WOLTER, Jürgen; FREUND Georg (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004, p.21.



Tal constatação evidencia a necessidade de aporte de regras dogmáticas<sup>4</sup> e princípios da teoria do delito – aí amiúde acionados – para a medição da pena privativa de liberdade, conferindo-lhe relativa autonomia e relevância<sup>5</sup> e preservando os esforços dogmáticos de limitação até então despendidos<sup>6</sup>. Eis uma das grandes tarefas da ciência penal moderna.

Em matéria de aplicação da pena privativa de liberdade, a construção de bases para um discurso redutor depende essencialmente da superação, por parte da doutrina crítica e de contenção do poder punitivo, do desafio de apontar seletivamente quais regras dogmáticas passam pelo crivo da própria constitucionalidade (podendo assim ser aportadas para a mensuração da pena), e, ao mesmo tempo, romper com o discurso jurídico tradicional, que busca sua legitimação através da dotação de funções à pena e da aceitação dos limites impostos pelas agências não-judiciais<sup>7</sup> do sistema penal. A grosso modo, trata-se de, dogmaticamente, construir desconstruindo.

Parte do desafio crítico inicia-se com a compreensão de que a pena privativa de liberdade é monopólio estatal e se apresenta como reflexo da opção política adotada pelo Estado<sup>8</sup>. Consequentemente, os fins pretendidos por determinado Estado de Direito se atrelam à própria forma pela qual este encara a pena.

---

<sup>4</sup> Anabela de Miranda Rodrigues salienta nesse sentido que a racionalização da determinação da medida da pena deve provir do interior do próprio sistema jurídico, cabendo à dogmática o papel de garantir a redução dos espaços de irracionalidade aí existentes. Cf. RODRIGUES, Anabela de Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 32. A autora também atenta para a necessidade de indicação sistemática de critérios para a determinação da pena, indicação esta que é “*não só idônea a permitir o aprofundado tratamento dogmático dos problemas que a determinação da pena suscita segundo um esquema ordenado, como a promover a depuração da praxis de muitos elementos irracionais de que ainda hoje está inquinada*”, op. cit., p. 47.

<sup>5</sup> Juan Bustos Ramirez adverte, a propósito, que não se deve esquecer que aquilo “*que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece*”. BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Medición de la pena y proceso penal. Hacia una nueva justicia penal*. Buenos Aires: Presidencia de La Nación, 1989, tomo I, p. 329.

<sup>6</sup> Nesse contexto, argumenta Patrícia Ziffer: “[...] *si todos aquellos principios (legalidad, hecho, culpabilidad) tan celosamente conservados al elaborar el esquema de la teoría del delito pueden ser dejados de lado sin más ni más al graduar la sanción, quedan cuando menos parcialmente descalificados todos los esfuerzos teóricos realizados hasta allí, dado que todo aquello que fue rechazado incondicionalmente antes podrá ahora ingresar al análisis sin mayores cuestionamientos (p. ej., la peligrosidad del autor, su conducta durante el proceso, etc.)*”. ZIFFER, op. cit., p. 90.

<sup>7</sup> Nesse sentido, ZAFFARONI, op. cit., p. 186.

<sup>8</sup> No sentido do texto, MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*. In: MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 34.

Nesse contexto, mostra-se estreita a vinculação entre pena, forma de governo e regime de governo, sendo correto afirmar que a conexão entre Estado e direito penal somente pode ser feita através da Constituição vigente em cada momento<sup>9</sup>.

Nossa Constituição inicia seu texto (art.1º) proclamando ser o Brasil uma República que se constitui em Estado Democrático de Direito, adotando assim a forma de governo republicana e o regime democrático de governo. Democracia e Republicanismo são, portanto, juntos e de uma só vez, os elementos basilares do Estado de Direito Brasileiro e os parâmetros a serem seguidos na aplicação da pena privativa de liberdade.

Oportuna, nesse sentido, a relação estabelecida por Canotilho e Vital Moreira entre Democracia e Estado de Direito, dirigida à Constituição Portuguesa, mas de aplicação também ao nosso ordenamento constitucional:

O Estado de Direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de Direito; O Estado Democrático é Estado de Direito e só sendo-o é que é democrático. Há uma democracia de Estado de Direito; há um Estado de Direito de democracia. Esta ligação material das duas componentes não impede a consideração específica de cada uma delas, mas o sentido de uma não pode deixar de ficar condicionado e de ser qualificado em função do sentido da outra. Aliás, ao fundir num único conceito essas duas componentes, a Constituição da República portuguesa arredou, ao mesmo tempo, toda e qualquer concepção que permitisse um entendimento de Estado de Direito como obstáculo ao desenvolvimento democrático, ou uma consideração do Estado democrático que fosse alheio a um corpo de regras sobre a formação e exercício do poder e sobre a posição subjetiva dos cidadãos perante os poderes públicos<sup>10</sup>

Sabe-se que nosso Estado Republicano e Democrático de Direito possui como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CRFB) e a promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CRFB) e como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), a qual, ao mesmo tempo, possui como correspondente penal o princípio da humanidade das penas e se apresenta como “*valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem*”<sup>11</sup>.

De fato, a dignidade humana atua como postulado inspirador de todos os direitos fundamentais, permeando a interpretação das normas e princípios em matéria penal<sup>12</sup>. Em

<sup>9</sup> GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. Derecho penal y teoria de la democracia. In: *Cuadernos Jurídicos, Revista Mensual de Derecho*, n. 30, p. 12, mai.1995.

<sup>10</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª ed.. Coimbra: Ed. Coimbra, 1984, vol. 1, p. 73.

<sup>11</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ªed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 106.

<sup>12</sup> Nesse mesmo sentido, afirma Ana Cláudia Bastos de Pinho: “*Não fosse pela característica fundamental dos Estados Democráticos de Direito (limitação e equilíbrio no exercício do poder), que, por si só, aponta para a necessidade de restringir a incidência do sistema punitivo de repressão, a Constituição brasileira eleva, à categoria de fundamento da*

última análise, toda ordem jurídica a ela se reporta<sup>13</sup>. Este o sentido que se deve atribuir ao postulado<sup>14</sup>.

Tendo em vista que a dimensão do significado de dignidade da pessoa humana e humanidade das penas abrange a necessidade de se evitar ao máximo que os sujeitos de direito sejam afetados pela intervenção do poder punitivo, e que a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e que promova o bem de todos mostra-se incompatível com a habilitação desmesurada e irracional daquele poder, é possível concluir pela existência de um autêntico dever jurídico-constitucional das agências jurídicas, em especial a judicial, no sentido de minimizar a intensidade de afetação do poder punitivo sobre o indivíduo sentenciado<sup>15</sup>.

Trata-se, afinal, de um compromisso constitucional das tais agências, firmado em defesa da substancialidade dos direitos fundamentais do acusado. A redução da magnitude aflitiva do indivíduo condenado foi, em suma, o sentido político-criminal traçado pelo constituinte originário.

A atuação do juiz somente possui legitimidade substitutiva da investidura popular e democrática se seguir rigidamente a Constituição. Considerando que o escopo constitucional

*República, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e enumera, no extenso rol do artigo 5º, inúmeras garantias penais e processuais penais de índole liberal que deixam absolutamente clara a tendência humanista do constituinte originário. Dessarte, para ser fiel ao modelo de Estado constitucionalmente concebido, todo o arcabouço de Direito Penal deve ser construído com base nessa concepção humanitária e garantista. A dignidade humana, assim, funciona como o principal vetor na formulação, interpretação e aplicação das normas penais, constitucionais e infraconstitucionais”* PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 50-51.

<sup>13</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 147.

<sup>14</sup> A construção do sentido de dignidade aqui realizada teve a preocupação de não recair em mais um discurso retórico de evocação da dignidade humana, retórica esta que por muitas vezes esvazia a relevância e aplicabilidade do postulado. O sentido de dignidade humana aqui esposado funda-se de maneira concreta na humanidade das penas, cuja extensão não se limita à vedação das penas de morte, caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento ou cruéis, mas de qualquer privação da liberdade cuja aplicação enseje a afetação individual do acusado para além do constitucionalmente autorizado. Sobre as distintas dimensões do princípio e sua relevância, cf. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>15</sup> Jürgen Wolter e Heike Jung, nesse sentido, asseveram que os parâmetros aportados pelos direitos fundamentais e os direitos humanos desempenham um papel fundamental no âmbito da fixação da pena, uma vez que é nesse momento que se concretiza a afetação do indivíduo. Desse modo, pontos de vista como o princípio da humanidade ou o dever de redução da intensidade da afetação ofereceriam um campo próprio, orientado à eficácia da determinação da pena. Cf. WOLTER, Jürgen; JUNG, Heike. 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 143, n. 5, 1996, p. 245. Por sua vez, afirmando a natureza política da atuação do Poder Judiciário, salienta Maria Lucia Karam: “*Reconhecido este conteúdo político, podem-se definir objetivos, delineando-se o sentido do exercício do poder contido na função judiciária, de forma a direcioná-lo para um outro caminho, que o coloque a serviço da dignidade da pessoa humana, que o comprometa com as lutas pela transformação social, pela superação da desigualdade e da exclusão, conseqüentemente tornando-o um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva formal ou informal. A atuação da Justiça Criminal, no decisivo e ainda inevitável momento da aplicação da pena, deve ser pautada por um exercício de poder que limite ao máximo os efeitos perversos, a intensidade e a extensão daquele irracional (e, já por isso, violento) instrumento de realização do poder punitivo do Estado*”. KARAM, Maria Lúcia. *Aplicação da Pena: Por uma Nova Atuação da Justiça Criminal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 06, p. 122-123, 1994.

de 1988 é o de minimizar os danos sociais, morais e existenciais da experiência penal sobre o sentenciado, é exatamente este o norte a ser adotado pelo magistrado aplicador. Em outras palavras, na ainda considerada necessária tarefa de aplicação da pena privativa de liberdade, a perseguição do desígnio constitucional redutor passou então a ser seu único fundamento de legitimidade.

Encerrando este ciclo de concatenação lógica, é possível concluir que o dever jurídico-constitucional de redução da intensidade de afetação do indivíduo representa o cerne de uma concepção republicana e democrática da aplicação da pena, tendo em vista que a essência da democracia radica na liberdade, correspondendo ao Direito Penal assegurá-la<sup>16</sup> e que “*é preciso elevar até aos princípios constitucionais do sistema republicano de governo, para dali derivar a decisão para o conflito em exame, buscando soluções reais, ou pelo menos neutralizando o máximo possível a perturbação que a intervenção punitiva possa causar*”<sup>17</sup>.

O próprio modelamento do Estado brasileiro como de cunho social também explica a opção político-criminal do constituinte de minimizar a afetação do indivíduo vítima da seletividade punitiva. Nesse aspecto, compete à agência judicial cumprir a sua função social de não apenas compensar os efeitos da seletividade, mas de restringir ao máximo a dessocialização causada pela imposição de extensos ou desnecessários períodos de encarceramento.

A par de considerações quanto ao caráter social do Estado brasileiro, é possível constatar que o sistema penal é um fato de poder e, “*se o sistema penal é um fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação do poder*”<sup>18</sup>. A constatação quanto à natureza do sistema penal, aliada à percepção da pena como fenômeno político<sup>19</sup>, demanda da agência judicial a assunção de um papel protetor do pólo desprovido, cabendo a ela reduzir ao mínimo a ação do poder punitivo politicamente exercido.

---

<sup>16</sup> GONZÁLES CUSSAC, op. cit., p. 13.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 218. Nesse contexto, observa Andrei Zenkner Schmidt: “[...] a reta de chegada de um sistema jurídico de direitos fundamentais é a contemplação constitucional de um sistema político baseado no Estado Democrático de Direito: a partir do instante em que a nossa Constituição Federal de 1988 assegurou, expressamente, os direitos individuais, sociais e políticos, bem como reconheceu a natureza de cláusulas pétreas aos primeiros (art. 60, §4º, IV), a teoria de direitos fundamentais, no Brasil, deixou de ser um sistema de legitimação externa do ordenamento jurídico para atuar, agora, como um sistema de legitimação interna do Direito e, como tal, do próprio Estado”. ZENKNER SCHMIDT, Andrei. O direito de punir: revisão crítica. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 9, p. 93, 2003.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 202.

<sup>19</sup> Nesse sentido, cf. BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. In: *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 173-179.

Em atendimento ao escopo de fortalecimento do poder da agência judicial, deve esta seguir a programação exposta por Zaffaroni a partir das seguintes diretrizes:

a) impor a pena ao decidir o conflito, quando houver conflito e se reúnam todos os requisitos que requeira a intangibilidade dos limites máximos de irracionalidade tolerável ou admitida (garantias ou princípios penais); b) não impor a pena quando não houver conflito ou faltem os ditos requisitos; c) não impor a pena e declarar a inconstitucionalidade da lei que a preveja ou autorize quando: a) autorize sua aplicação quando não haja conflito ou quando se excedam os limites máximos de irracionalidade admitida; ou b) atribua a imposição ao exercício de poder de uma agência não-judicial<sup>20</sup>.

Especificamente no tocante à aplicação da pena privativa de liberdade, o exercício redutor pela agência judicial consiste no reconhecimento de que a habilitação do poder punitivo se encerra no momento em que se reconhece que determinada pessoa é criminalmente responsável por um fato delitivo (o que se faz figurativamente pelo uso da expressão “*Isto posto, condeno...*”).

Uma vez sendo atribuída a responsabilidade criminal por um fato delitivo, deve imediatamente cessar o influxo condenatório, iniciando a atividade judicial redutora de danos - encarnada na corriqueira expressão “*Passo a dosar-lhe a pena...*” -, tarefa esta completamente imune a considerações discriminatórias, moralizantes, preventivas ou repressivas, de modo que o processo de injunção da pena privativa de liberdade represente de fato o último momento de contenção racional do poder punitivo, antes que este promova a afetação do projeto existencial do indivíduo condenado.

A presente proposta discursiva de cunho redutor insere-se no processo de “*construção de um novo discurso jurídico-penal, que aceite a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal e que se limite a pautar as decisões das agências judiciais com o mesmo objetivo político de reduzir a violência (...)*”<sup>21</sup>, violência aqui entendida também como aquela produzida em face do sentenciado, de sua família e da própria coletividade, pelo acionamento da privação da liberdade. O novo discurso jurídico-penal deve ater-se, portanto, à duração, gravidade e implicações da pena privativa de liberdade, levando em consideração que esta é

---

<sup>20</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 205.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 172.

um fato de poder e que “*a condição de prisioneiro político deve ser limitada no tempo e em seus efeitos, em obediência a critérios de máxima irracionalidade tolerável*”<sup>22</sup>.

A nova proposta discursiva, partindo de uma concepção negativa da pena, encontra seu conteúdo político na opção republicana e democrática da aplicação da pena como contra-poder punitivo, seu conteúdo jurídico nos princípios de índole constitucional (sobretudo o da humanidade) e seu conteúdo ético no próprio escopo de redução da violência provocada pela ação do sistema penal. A sua consolidação demanda, assim, a postura de se atribuir profundo vigor material e normativo aos princípios e fundamentos constitucionais, de modo que os mesmos possam ser empregados de forma concreta e eficaz para a tutela dos direitos fundamentais, traçando limites racionais à ação do poder punitivo<sup>23</sup>.

Como conclusão e tendo-se em mente que o campo da medida da pena “*é um âmbito particularmente sensitivo à tensão entre necessidade de defesa social, por um lado, e proteção dos direitos fundamentais do cidadão, por outro, e onde, então, em mais do que qualquer outro, sem tergiversar, se tem de optar por garantias concretas*”<sup>24</sup>, é possível asseverar que a flexibilização da barreira protetiva da agência judicial, através da utilização da sentença como instrumento politicamente repressivo e defensivista, conduz a um processo de potencialização da violência estatal, despida de qualquer conteúdo político, jurídico e ético e praticada justamente pela agência capaz de contê-la<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Idem, p. 233.

<sup>23</sup> Como lembra PAGANELLA BOSCHI, “*os princípios, em uma nova concepção hermenêutica, estão sendo na atualidade considerados como espécies de normas, que veiculam valores, impregnados de força normativa, cuja eficácia se volta, à feição das regras, à solução de questões concretas*”. PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4<sup>ª</sup> ed. rev. e atualiz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35. A defesa da constitucionalização da dogmática penal no tocante à aplicação da pena privativa de liberdade, aqui esposada, segue em parte os exemplos das posturas do juiz Magnaud – que fundamentava juridicamente suas decisões na Constituição Republicana Francesa, em contraposição às leis napoleônicas – e do movimento dogmático e jurisprudencial italiano de confrontação do Código Rocco com a Constituição de 1947. Em suma, reivindica-se o mesmo que Zaffaroni: “*um planejamento decisório para a agência judicial, a fim de que instaure a contradição entre os princípios constitucionais, os organismos internacionais de Direitos Humanos, os tratados a respeito e a realidade operativa dos sistemas penais, por outro lado, e que, da mesma forma que Magnaud, decida-se abertamente pelos primeiros*”. ZAFFARONI, op. cit., p. 219.

<sup>24</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 312.

<sup>25</sup> Acertada, portanto, a formulação no sentido de que “*o sistema penal necessita da agência judicial, pois sem ela se deslegitima totalmente. Esta necessidade confere certa margem de poder à agência judicial que, em conformidade com o modelo racional imposto por um discurso jurídico-penal re-etizado no sentido proposto, exerceria de forma intrinsecamente contraditória a mesma prática de poder do sistema penal. a função de redutora e limitadora da violência (e, utopicamente, de aniquiladora) só pode ser cumprida como função contraditória*”. ZAFFARONI, op. cit., p. 214-215.

## 1.2. Teorias legitimantes (absolutas, relativas e mistas) da pena privativa de liberdade.

Conforme já salientado, a pena privativa de liberdade representa a mais grave das intervenções jurídicas sobre o indivíduo. Por sua dimensão e implicações, tal forma de sanção penal foi e é objeto de inúmeros estudos e discussões, sobretudo quanto aos seus fins.

Nessa perspectiva, inúmeras teorias legitimantes da pena se desenvolveram, refletindo não apenas divergências filosóficas e jurídicas, mas principalmente políticas e ideológicas. No entanto, três grandes grupos de teorias podem ser identificados: as teorias absolutas, que concebem a pena como um fim em si mesmo (justa retribuição) - desprovido de qualquer escopo transcendente - e que levam em conta o fato criminoso em uma perspectiva pretérita (*quia peccatum est*), as teorias relativas (ou preventivas), que fundamentam a pena a partir dos fins que a aplicação desta pode alcançar (utilidade para a evitação de novos delitos), adotando, desse modo, uma perspectiva futura (*ne peccetur*) e as teorias mistas (ou ecléticas), que aportam elementos das teorias absolutas e relativas, mediando-as (*punitur, quia peccatum est, ne peccetur*).

Elementos das teorias absolutas ou retributivas podem ser encontrados nas obras de Carrara<sup>26</sup> e outros, e no Brasil, em diversos comentários doutrinários<sup>27</sup>. Em linhas gerais, os que advogam estas teorias estipulam como fundamento do castigo a correlativa retribuição da transgressão ao Direito empreendida pelo autor do crime. Repulsam considerações utilitárias à pena, que se justifica por si mesma e busca reforçar a ordem jurídica. A pena, dessa forma, se legitimaria por uma função transcendental de satisfazer as reivindicações de valores incondicionais, tais como o próprio Direito ou a Justiça.

Como é sabido, um dos maiores partidários da doutrina absoluta foi Emmanuel Kant, cujos principais aportes teóricos, inovadoramente sintetizados por Miguel Abel Souto, merecem alusão:

*La pena para KANT no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (Sachenrecht). Sería ilegítimo perseguir finalidades con la pena, pues equivaldría a utilizar el hombre 'como un*

<sup>26</sup> Cf. CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Parte Geral. V. II. Trad. José Luiz V. A. Franceschini. E.J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 74 et seq..

<sup>27</sup> A título exemplificativo, cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. I, Tomo I. 3ª Ed. São Paulo: forense, 1955, p. 96. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 126. DOTTE, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 212-214.

*medio y no como un fin en si mismo'. Al repudiar KANT cualquier consideración utilitaria a la pena ha de ejecutarse aunque no proporcione ningún beneficio, su necesidad resulta absoluta ya que la ley penal es un imperativo categórico cuyas exigencias no pueden desconocerse. La pena integra un instrumento al servicio de la justicia que tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia<sup>28</sup>.*

A concepção de Hegel também é conhecida por sua filiação à vertente absoluta da pena:

*Respecto a HEGEL, fundamenta la pena en un proceso dialéctico. Así, afirma que el delito es la vulneración o negación del Derecho; la pena al ser impuesta niega el delito y como la doble negación constituye una afirmación, lógicamente, la pena afirma el Derecho (...) A diferencia de KANT, HEGEL rechaza la igualdad sensible entre mal del delito y de la pena, pues ese entendimiento de la ley del talión conduce al absurdo si se representa al delincuente 'como tuerto o desdentado'. HEGEL parte de un principio valorativo flexible, le importa el valor como igualdad interna de las cosas: la pena debe ser idéntica al delito, pero atendiendo al desvalor de la vulneración y no a la naturaleza externa de dicha infracción. Sin embargo, la venganza o retribución sigue constituyendo en HEGEL el fundamento justificativo único, tanto del castigo en general, cuanto de la pena particular impuesta al delincuente<sup>29</sup>.*

Os defensores das teorias relativas (ou preventivas), capitaneados inicialmente por Von Liszt<sup>30</sup>, por sua vez justificam a pena a partir de sua utilidade para o desencorajamento à futura prática delitiva, seja pelos membros da coletividade (prevenção geral) ou pelo condenado (prevenção especial).

A prevenção geral atua junto aos que ainda não delinquiram, desempenhando um efeito contramotivador à prática delituosa, consistente na dissuasão da coletividade tanto através da cominação, quanto da aplicação e execução de reprimendas. Em sua vertente negativa, tem a prevenção geral o condão de intimidar a coletividade através da representação do mal da pena. Explicando a contribuição de Feuerbach, um dos precursores desta concepção, Roxin afirma que este, desenvolvendo a teoria psicológica da coação, imaginava a alma do autor do fato como um campo de batalha entre os motivos que o incitavam e os que o refreavam da comissão do delito, e pensava que as ameaças penais, produzindo sentimentos de desagrado na *psique* do indeciso, pudessem gerar a prevalência dos esforços contrários à comissão e, deste modo, exercer uma coação psicológica para a omissão do fato<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> SOUTO, Miguel Abel. *Teorías de la Pena y Límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*. Madrid: Editorial Dilex, S.L., 2006, p. 25.

<sup>29</sup> Idem, p. 27.

<sup>30</sup> Cf. VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I, Rio de Janeiro: F.BRIGUIET & C – Editores 16 e 18, 1899, p. 97-100.

<sup>31</sup> ROXIN, Claus. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. Trad. Patricia Ziffer y Daniel Pastor. In: VVAA. *Determinacion judicial de la pena*. Julio Bernardo Maier (Comp.). Buenos Aires: Editores del Puerto: 1993, p. 25-26.



Por seu turno, o viés positivo da prevenção geral justifica a pena a partir de sua eficácia como elemento de sensibilização e fidelização do cidadão ao ordenamento jurídico, tendo a pena, enfim, a missão de reforçar a inquebrantabilidade do ordenamento jurídico frente à comunidade jurídica e, desse modo, robustecer a confiança da população no Direito<sup>32</sup>.

Roxin elenca ainda três outros objetivos e efeitos diferentes da prevenção geral positiva, mas diretamente relacionados entre si: o exercício na confiança no Direito que se produz na população por meio da atividade da justiça penal, a confiança resultante quando o cidadão vê que o direito se impõe e, por fim, a satisfação (prevenção de integração) que se instala não apenas a partir da tranquilização da consciência jurídica pela incidência da reprimenda frente a uma violação ao direito, mas também a partir da crença de que o conflito com o autor do delito encontra-se resolvido<sup>33</sup>.

De outra parte, a prevenção especial visa à contenção da reiteração delitiva mediante a atuação direta na figura do condenado, seja por intermédio de sua “correção” ou “ressocialização” (aspecto positivo), seja por sua inocuidade (viés negativo).

De qualquer modo, o caractere marcante das teorias preventivistas da pena, em suas matrizes clássicas e positivistas, é o vislumbre da pena privativa de liberdade como veículo redutor de crimes. Este é o elemento distintivo frente a uma nova concepção redutora, cujo fim imediato é a contenção qualitativa e quantitativa da privação da liberdade, como meio para a minimização não apenas dos danos (dor) provocados por aquela, mas também de seu refluxo criminógeno.

Por fim, surgiram as teorias mistas (eccléticas ou de união), como tentativa de conciliação entre as teorias absolutas e relativas e pretensão de sanar as imperfeições e contradições apresentadas por cada uma delas<sup>34</sup>. Isso porque, enquanto as teorias absolutas trariam em si o risco de transformar a pena em uma ferramenta de mera expiação ou vingança contra o autor do delito, concretizando um ato de fé antidemocrático - porque não imanente ao povo, mas exercido em nome de Deus - e não científico - porque fundado na empiricamente

---

<sup>32</sup> Idem, p. 28.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Discorrendo acerca das teorias mistas, asseverou Aníbal Bruno: “as teorias mistas procuram conjugar as duas posições antagônicas, vendo na pena retribuição, expiação do crime, a que conduz a preocupação da justiça – *malum propter malum*, - mas fazendo concorrer com essa exigência, na sua fundamentação, a do interesse da segurança social. A pena como retribuição e como prevenção. A idéia do justo e a idéia do útil vêm juntar-se no mesmo plano para a justificação da medida punitiva”. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*. Tomo 3º. 3ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967, p. 35.

indemonstrável livre vontade do ser humano, pressuposta na culpabilidade<sup>35</sup>-, as relativas demonstraram ser legitimadoras da imposição de penas desproporcionais por motivos estritamente utilitários.

A doutrina penal moderna, em geral, tem procurado enfrentar o problema da fixação de funções e limites à pena privativa de liberdade a partir de três critérios fundamentais - compensação da culpabilidade, prevenção geral e prevenção especial – buscando sempre que possível conjugá-los. Tendo em vista que “*todo proceso de medición de la pena se halla en el ‘triángulo mágico’ de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial*”<sup>36</sup>, é exatamente no equilíbrio entre estes princípios antinômicos que consistiria “*la función de la determinación de las consecuencias jurídicas del delito, respecto a lo cual se trata, en último término, de la justa medida entre igualdad e individualización en el hecho de medición de la pena*”<sup>37</sup>.

Percebe-se que as teorias mistas são hoje majoritárias, destacando-se a concepção de Jescheck/Weigend, cuja ênfase se dá sobre a retribuição fundada na aplicação de uma “pena justa”<sup>38</sup>, e a teoria dialética da união de Roxin, que estabelece finalidades distintas para cada uma das fases da pena: no momento da cominação abstrata da sanção penal, esta se justificaria por sua utilidade na tutela de bens jurídicos (fim preventivo geral). Em sua aplicação, igualmente teria a pena eficácia preventivo-geral, por materializar uma ameaça que, caso contrário, restaria esvaziada. Por fim, no momento executivo da pena, esta atuaria por um viés preventivo especial de reintegração social (ressocialização) do condenado<sup>39</sup>.

Assim como as anteriores, as teorias mistas não escapam de críticas, sobretudo no tocante à tentativa de conciliação entre concepções absolutamente opostas e incompatíveis<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Nesse sentido, cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC- Lumen Juris, 2008, p.463.

<sup>36</sup> ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macias-Picavea. Madrid: Ed. Edersa, 1979, p. 141. Bibiana Marys Birriel Moreira, por sua vez, sustenta a existência de um “*pentágono integrador da pena*”, que conjugaria o triângulo mágico da pena, idealizado por Heinz Zipf, com a teoria vitimojustificante de Mariano Silvestroni e a teoria agnóstica da pena de Eugenio Raul Zaffaroni. Afirma a autora: “[...] *los tres factores (culpabilidad, prevención general y prevención especial), propuestos por ZIPF, deben completarse con una mirada de la justificación de la pena desde la víctima, en un marco donde el sistema penal solo tendrá por fin contener las pulsiones punitivas*”. BIRRIEL MOREIRA, Bibiana Marys. *Una aplicación dialéctica de las finalidades sin fin y las determinaciones indeterminadas de la pena*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2008, p. 99-100.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> JESCHECK, Hans- Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. Santiago Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 1.194-1.195.

<sup>39</sup> ROXIN, Claus. Sentido y Límites de la pena estatal. In: ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena. Madrid: Réus, 1976, p. 24-32.

<sup>40</sup> Nesse sentido, STRATENWERTH, Gunther. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. Madrid: Edersa, 1982, p. 18.

Conectar a concepção retributiva às preventivas significa, em última análise, agregar suas respectivas incongruências, sem que desta soma seja possível extrair uma resposta satisfatória à pretendida perquirição dos fins da pena privativa de liberdade.

Enfim, da análise das teorias legitimantes da pena é possível extrair uma importante premissa a ser adotada por uma nova concepção redutora, qual seja, a de que justiça e utilidade da pena não são critérios válidos para justificar a intervenção penal sobre o indivíduo, seja por sua inconsistência empírica, seja por sua ilegitimidade democrática.

## 2. DINÂMICA HISTÓRICA DA APLICAÇÃO E DAS TEORIAS DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL.

### 2.1. A pena privativa de liberdade na dogmática e prática penais brasileiras.

Ultrapassada a breve explanação sobre o conteúdo das teorias absolutas, relativas e mistas, importa-nos verdadeiramente perquirir como dogmática e prática penais brasileiras historicamente enfrentaram a problemática da pena.

As teorias tradicionais na dogmática brasileira condicionaram as ciências criminais a um debate alicerçado na premissa da justificação das punições, refletindo o contexto político-criminal de suas épocas. Desde o século XIX, a política criminal brasileira se notabiliza por uma errática<sup>41</sup> e pendular prevalência dos ideários de reprovação e prevenção, fazendo com que a tarefa de aplicação da pena tenha sido historicamente impregnada seja através de juízos meramente retributivos, seja por considerações preventivo-gerais, ou ainda, por pretensões neutralizantes<sup>42</sup> e prognoses quanto à personalidade e tendência do indivíduo à prática criminosa. Com efeito, mesmo hoje se verifica a tentativa de harmonização de diferentes escopos atribuídos à pena, característica das teorias mistas. Prova disso reside na própria redação do artigo 59 do Código Penal, ao dispor que a pena-base deverá ser fixada “*conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*”.

Não apenas na prática da aplicação da pena, mas também na correspondente dogmática penal sobre o tema é possível verificar uma histórica diversidade de concepções acerca dos fundamentos, funções e limites à intervenção do poder punitivo estatal sobre os indivíduos. Para se compreender o caminho prático e dogmático até hoje trilhado, faz-se necessário analisar alguns métodos judiciais de injunção penal e a compreensão dogmática sobre o tema.

---

<sup>41</sup> Já asseverava Nietzsche que o castigo “[...] *cristaliza-se em uma espécie de unidade que dificilmente se pode dissociar, que é dificilmente analisável e, deve ser enfatizado, inteiramente indefinível sendo hoje impossível dizer ao certo por que se castiga*”. NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: Uma Polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 68.

<sup>42</sup> A relação entre a aplicação da pena e os escopos políticos perseguidos no século XIX pode ser explicada a partir da observação de Foucault quanto à própria origem do aparelho judiciário: “*quando no século XIV o feudalismo teve que enfrentar as grandes revoltas camponesas e urbanas, ele procurou apoio em um poder, em um exército, em um sistema fiscal centralizados; e ao mesmo tempo, apareceram, com o Parlamento, os procuradores do rei, as diligências judiciárias, a legislação contra os mendigos, vagabundos ociosos e, dentro em pouco, os primeiros rudimentos de polícia, uma justiça centralizada: o embrião de um aparelho de Estado judiciário que cobria, reduplicava e controlava as justiças feudais com o seu sistema fiscal, mas que lhes permitia funcionar. Assim apareceu uma ordem ‘judiciária’ que se apresentou como a expressão do poder público: árbitro ao mesmo tempo neutro e autoritário, encarregado de resolver ‘justamente’ os litígios e de assegurar ‘autoritariamente’ a ordem pública. Foi sobre este pano de fundo de guerra social [...] que se estabeleceu o aparelho judiciário*”. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 19. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004, p. 43.

### 2.1.1. Concepções penais e prática da privação da liberdade na vigência do Código Penal de 1830.

Vislumbrando a conjuntura histórica precedente ao Código Criminal de 1830, verifica-se que, durante os séculos XVI, XVII, XVIII e parte do XIX, a privação de liberdade no Brasil não constituía uma modalidade de pena, sendo comumente utilizada como instrumento de segregação cautelar do acusado, ou ainda, como forma de assegurar o adimplemento de penas pecuniárias. Assim se verificava nas Ordenações Afonsinas<sup>43</sup> (1500), Manuelinas (1514) e Filipinas (1603).

Vigia no Brasil, até aquele momento, um sistema penal de cunho privado e corporal, com a predominância das penas de morte na forca, galés, desterro, degredo e imposição de trabalhos públicos forçados, assim como das punições públicas de senhores sobre escravos (açóites). No regime das capitanias, cabia aos capitães a jurisdição e a gradação da resposta penal a ser atribuída, segundo seu próprio juízo e sem qualquer possibilidade de recurso. Explica Aníbal Bruno, nesse sentido, que “*sobretudo no regime das capitanias, o que de fato regia era o arbítrio do donatário, fonte viva de um Direito informal e personalista, com o qual se pretendia manter a ordem social e jurídica [...]*”<sup>44</sup>.

Muito embora mais tarde, especificamente nos governos gerais, tenha-se criado um corpo de funcionários encarregados de promover a administração da justiça e com competência para a aplicação e execução das sanções penais, não foi substancialmente alterado o quadro de intensa discricionariedade na mensuração da pena e, conseqüentemente, de abuso por parte dos governantes<sup>45</sup>.

A conjuntura de insegurança e arbítrio na medida das penas manteve-se presente no início do século XVII, já na vigência das Ordenações Filipinas, erigidas como mecanismos de imposição de pavor para a perpetuação das estruturas sociais dominantes.

O absolutismo dos reis, a pressão da ordem religiosa, a mescla íntima entre essas duas forças sociais, confundindo o príncipe os seus próprios interesses com os da Divindade, porque

<sup>43</sup> Sobre o Livro V das Ordenações Afonsinas, que trata dos crimes e das penas, escreveu Coelho da Rocha: “*O legislador não teve em vista tanto os fins das penas, e a sua proporção com o delito, como conter os homens por meio do terror e do sangue [...] Na imposição da pena reconhece-se a desigualdade do sistema feudal: aos nobres impõe-se sempre penas menores do que aos plebeus*”. ROCHA, Manuel António Coelho da. *Ensaio sobre a História do governo e da Legislação de Portugal*, 7. ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 1896, p. 124.

<sup>44</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*. Tomo 1º. 3ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967, p. 158 e 159.

<sup>45</sup> Idem, p. 159.

divina era também a origem dos seus privilégios; a necessidade de manter submissos e dentro da ordem os homens, não por convicção ou claro entendimento das coisas, mas pela força do temor dos castigos; as ambições e egoísmo de uns e o sentimento de insegurança e insatisfação de quase todos, tudo isso se refletia naqueles tempos sombrios, nas leis penais, confusas, despóticas e cruéis [sic]<sup>46</sup>.

A mais célebre e contundente passagem acerca da gradação das penas nas Ordenações Filipinas é, porém, atribuída a Batista Pereira, que define o Livro V das Ordenações como um

[...] espelho, onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era um misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas idéias religiosas e políticas, que invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade. Assim, a pena capital era aplicada com mão larga; abundavam as penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo, as galés [sic]<sup>47</sup>.

A privação de liberdade como ferramenta de segregação cautelar do acusado não se ultimou no período colonial, mantendo seus propósitos até o início do Império, sobretudo em estruturas adaptadas, como fortalezas, ilhas, quartéis e navios, a par das ainda subsistentes prisões eclesiásticas, em conventos.

Vencido esta breve digressão histórica acerca dos antecedentes do Código Criminal de 1830, passa-se à sua análise pormenorizada. A devida compreensão da privação da liberdade e das teorias legitimantes durante a vigência do Código Criminal de 1830 somente pode se dar a partir de seu cotejo com a política criminal da sociedade escravista brasileira do século XIX, marcada pelo confronto entre interesses defensores (grandes produtores rurais) e opositores (ingleses avessos à manutenção do tráfico negreiro, produtores escravistas de outras regiões e atividades etc.) do modelo político-econômico vigente, pela efervescência social nos centros urbanos, encarnada na luta contra a capoeiragem, a vadiagem, a mendicância e possíveis focos de insurreição escrava<sup>48</sup>.

Por sua vez, a segregação de escravos, notadamente aquela vivenciada na prisão do Calabouço, dava-se fundamentalmente àqueles recapturados ou enviados por seus senhores

---

<sup>46</sup> Idem, p. 161.

<sup>47</sup> Apud. PIRAGIBE, Vicente. *Legislação Penal*, 1932, vol. II, p. 14 e 15.

<sup>48</sup> Nesse sentido, cf. MATTOS, Ilmar Rohloff de. *O Tempo Saquarema*. Brasília: INL, 1987, p.57; BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

para o sofrimento da pena de açoites ou para a permanência correcional durante certo período, sendo certo que o tempo de privação de liberdade era graduado a critério dos próprios senhores<sup>49</sup>. Verificava-se, à época, uma profunda interseção entre as instâncias penais pública e privada, revestindo de cunho oficial a privatística supressão da liberdade.

Além da confusão entre as esferas pública e privada, a sistemática da privação de liberdade do império também se notabilizou pela conjugação entre regimes preventivo-especiais positivos – cujos alvos principais eram indivíduos livres – e regimes de fortes tintas preventivo-especiais negativas, preventivo-gerais e retributivas, apontadas à admoestação de escravos -, evidenciando as crescentes tensões entre os modelos liberal e escravocrata e a necessidade de defesa dos interesses sociais, econômicos e políticos hegemônicos.

Reflexo desta dicotomia pode ser vislumbrado na própria doutrina, que se por um lado ainda propugnava uma visão retributiva da pena, erigida à condição de um mal a ser oposto ao mal praticado pelo autor do delito<sup>50</sup>, por outro já sustentava o entendimento, atualmente revitalizado, de que a pena possui como finalidade a restauração da ordem jurídica violada e a reeducação do apenado<sup>51</sup>.

Ilustrando a miscigenação de paradigmas político-criminais díspares, René Ariel Dotti assevera que, nos costumes de nosso país, a prisão como pena foi incorporada não como uma mera ferramenta assecuratória das pretensões da classe dominante, passando também a ser vislumbrada como instrumento corretivo e reformador moral<sup>52</sup>. Ao mesmo tempo, Andrei Koerner recorda que as prisões da sociedade escravista não visavam regenerar os escravos

<sup>49</sup> Cf. PORTO, Luiz Guilherme Moreira. Legislação Penal da Escravidão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 777, p. 490-491, jul. 2000.

<sup>50</sup> “A pena exprime no seu sentido mais geral um mal, uma dor; considerada especialmente no domínio do direito exprime um sofrimento infligido pela sociedade áquelle que é convencido de haver praticado uma acção declarada criminosa pela lei. a pena é uma consequência necessaria do delicto [...] A sociedade applicando a pena oppõe uma fôrça social á fôrça individual, reprime a actividade individual de que o delinquente tem abusado. O individuo que foi agente, sujeito do crime, torna-se sujeito passivo da pena e como o crime consiste em um abuso da liberdade humana, tem sua causa nesta, a pena deve consistir também em uma restricção da liberdade do delinquente que tem de sujeitar-se á mesma restricção imposta pela lei. e ou seja a pena a retribuição do mal em que consiste pelo mal occasionado pelo crime, ou seja um motivo que a lei oppõe a um motivo contrario que pôde ter o delinquente para praticar o crime, Ella justifica-se em um e outro caso [sic]” VIEIRA DE ARAUJO, João. *Ensaio de Direito Penal*. Pernambuco: Typographia do Jornal do Recife, 1884, p. 217-218.

<sup>51</sup> “Um effeito notado da pena é que tendo ella por fim a restauração do direito, de modo concomitante a este se pôde conseguir a emenda e correção do culpado, desde que a prisão com trabalho e a reeducação delle mediante um systema penitenciario regular pôde regenerar-o. Dadas taes condições, sob as quaes a pena deve ser applicada, a efficacia da pena é restaurar a ordem jurídica e social, affirmando o direito e negando o delicto. Como negação do delicto, pôde-se dizer que a pena é expiação. Como restauração da ordem social, é justa retribuição que provem mesmo do direito aquelle que conculcou os seus dictados. Em taes condições a pena em vez de ser um mal é um bem para a sociedade e mesmo para o individuo, porque realmente corrigindo-o serve de garantia tutellar aos direitos dos outros (sic)”.

<sup>52</sup> DOTTI, René Ariel. Notas para a história das penas no sistema criminal brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol.81, nº 292, p.01, dez 1985.

criminosos, sendo certo que “os excessos na punição, sua publicidade e o seu caráter ritual davam à punição dos escravos um caráter de vingança exemplar e de intimidação”<sup>53</sup>.

Enfim, todas as agitações sociais verificadas ao longo do século XIX contribuíram para a edificação de uma política criminal disciplinatória, repressora da população escrava e de profunda vigilância a segmentos sociais seletivamente alcançados<sup>54</sup>, política esta tendente a assegurar o regresso conservador.

O Código Penal de 1830, muito embora não considerasse pena a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fuga (art. 37), passou a estabelecer como penas a prisão com trabalho (art. 46) e a prisão simples (art. 47), a serem cumpridas em regra em prisões públicas (art. 48).

O diploma passou a graduar as penas de prisão, esboçando um rudimentar tratamento individualizador<sup>55</sup>. Muito embora alguns crimes ainda permanecessem sancionados com penas únicas, a maioria subordinava-se a escalas mínimas e máximas de pena, conforme o grau do crime cometido. Levando-se em conta as circunstâncias agravantes<sup>56</sup> e atenuantes<sup>57</sup>, três eram

<sup>53</sup> KOERNER, Andrei. O Impossível ‘Panóptico Tropical Escravista’: práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 35, ano 9, p.214.

<sup>54</sup> Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Teatro de Sombras: a política imperial*. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1996, p.229-240.

<sup>55</sup> José Antônio Paganella Boschi sustenta que o código de 1830 “impunha ao juiz o dever de individualizar a pena indicada conforme os graus preestabelecidos (mínimo, médio e máximo), sem qualquer margem de opção. Quer dizer, ele se limitava a constatar o fato, a identificar o grau de reprovação e a declarar a pena correspondente. Seu poder de escolha reduzia-se a zero, já que a proporcionalidade era predeterminada na lei”. PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p. 172.

<sup>56</sup> O art. 16 do Código Criminal de 1830 elencava como circunstâncias agravantes: “1º Ter o delinquente cometido o crime de noite, ou em lugar ermo. 2º Ter o delinquente cometido o crime com veneno, incêndio, ou inundação. 3º Ter o delinquente reincidido em delito da mesma natureza. 4º Ter sido o delinquente impellido por um motivo reprovado, ou frívolo. 5º Ter o delinquente faltado ao respeito devido á idade do offendido, quando este fôr mais velho, tanto que possa ser seu pai. 6º Haver no delinquente superioridade em sexo, forças, ou armas, de maneira que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellar a offensa. 7º Haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre, ou superior do delinquente, ou qualquer outra, que o constitua á respeito deste em razão de pai. 8º Dar-se no delinquente a premeditação, isto é, designio formado antes da acção de offender individuo certo, ou incerto. Haverá premeditação quando entre o designio e a acção decorrerem mais de vinte e quatro horas. 9º Ter o delinquente procedido com fraude. 10. Ter o delinquente cometido o crime com abuso da confiança nelle posta. 11. Ter o delinquente cometido o crime por paga, ou esperança de alguma recompensa. 12. Ter precedido ao crime a emboscada, por ter o delinquente esperado o offendido em um, ou diversos lugares. 13. Ter havido arrombamento para a perpetração do crime. 14. Ter havido entrada, ou tentativa para entrar em casa do offendido com intento de commetter o crime. 15. Ter sido o crime commettido com surpresa. 16. Ter o delinquente, quando commetteu o crime, usado de disfarce para não ser conhecido. 17. Ter precedido ajuste entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime”. Nos termos do art. 17 do Código, também se julgavam agravados os crimes: “1º Quando, além do mal do crime, resultar outro mal ao offendido, ou á pessoa de sua familia. 2º Quando a dôr physica fôr augmentada mais que o ordinario por alguma circumstancia extraordinaria. 3º Quando o mal do crime fôr augmentado por alguma circumstancia extraordinaria de ignominia. 4º Quando o mal do crime fôr augmentado pela natureza irreparavel do damno. 5º Quando pelo crime se augmentar a afflicção do afflicto”.

<sup>57</sup> Estabelecia o art. 18 do Código Criminal de 1830: “São circumstancias attenuantes dos crimes: 1º Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal, e directa intenção de o praticar. 2º Ter o delinquente commettido o crime para evitar maior mal. 3º Ter o delinquente commettido o crime em defeza da propria pessoa, ou de seus direitos; em defeza de sua familia, ou de um terceiro. 4º Ter o delinquente commettido o crime em desaffronta de alguma injuria, ou deshonra, que lhe fosse feita, ou á seus ascendentes, descendentes, conjuge, ou irmãos. 5º Ter o delinquente commettido o crime, oppondo-se á execução de ordens illegaes. 6º Ter precedido aggressão da parte do offendido. 7º Ter o delinquente commettido o crime, atterrado de ameaças. 8º Ter sido provocado o delinquente. A provocação será mais ou menos attendivel, segundo fôr mais ou menos grave, mais ou menos recente. 9º Ter o delinquente commettido o crime no estado de embriaguez. Para que a



os graus dos delitos: máximo, médio e mínimo. Aos crimes de maior gravidade destinavam-se as penas máximas previstas no tipo. Aos de menor gravidade as penas mínimas cominadas. Por fim, aos crimes considerados de média gravidade impor-se-ia a pena no termo médio entre os dois extremos (art. 63). Levava-se ainda em conta, na mensuração penal, a sensibilidade do ofendido (art. 19).

De fato, a cominação de graus penais preestabelecidos (mínimo, médio e máximo) deixava o juiz com escasso espaço individualizador, resumido à subsunção do fato a um dos graus legais de reprovação, advindo a pena desta automática operação. Zaffaroni e Pierangeli explicam esta opção político-criminal, asseverando que o Código Penal de 1830 apresenta um texto eminentemente retributivo e que “*seu sistema de ‘penas fixas’, tabuladas quase que matematicamente, constitui herança do pensamento francês da Revolução*”<sup>58</sup>. Explicada, pois, na necessidade de contenção do arbítrio judicial, a razão da predeterminação legal da proporcionalidade.

Somente duas eram as exceções à rígida predeterminação legal das penas. A primeira delas consistia na possibilidade de o juiz, a seu arbítrio (“*parecendo-lhe justo*”, nos dizeres da lei) fixar ao menor de dezessete anos e maior de quatorze anos a pena da cumplicidade, mais branda (art. 18, §10). A segunda exceção destinava-se à imposição de açoites ao escravo não condenado à morte ou a galés. Neste caso, o número de açoites a serem infligidos ao escravo deveria ser fixado na própria sentença (art. 60), não havendo restrições legais expressas ao arbítrio judicial<sup>59</sup>.

As sanções infamantes e corporais, incolumemente previstas no Código Criminal de 1830, passaram a ser profundamente contestadas no final do século XIX, tornando-se necessária a adequação do sistema penal brasileiro às exigências ideológicas e sociopolíticas republicanas.

---

*embriaguez se considere circunstancia atenuante, deverão intervir conjuntamente os seguintes requisitos; 1º que o delincente não tivesse antes della formado o projecto do crime; 2º que a embriaguez não fosse procurada pelo delincente como meio de o animar á perpetração do crime; 3º que o delincente não seja costumado em tal estado a commetter crimes.10. Ser o delincente menor de vinte e um annos”.*

<sup>58</sup> ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p.191. De fato, a edificação do sistema de penas fixas foi a resposta liberal à arbitrariedade judicial característica do regime absolutista, substituindo-se a desmesurada discricionariedade de outrora pelas estreitas amarras legais ao juiz, que passaria a ser, nos dizeres da Escola da Exegese, a simples “boca da lei”.

<sup>59</sup> Advertia Thomaz Alves Junior: “*Se, porém, a lei quer tirar todo o arbitrio ao juiz na applicação da pena, salva todavia algumas excepções onde esse arbitrio se dá [...] percorrendo as disposições do Código encontramos que só em dous casos esse arbitrio é permittido, e vem a ser 1º na 2ª parte do art. 18, §10 [...] 2º no art. 60 [...] (sic)*” ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações Theoricas e Praticas ao Código Criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. Editores, 1864, p. 469.

### 2.1.2. Concepções penais e prática da aplicação da pena privativa de liberdade na vigência do Código Penal de 1890.

A partir da segunda metade do século XIX, passou o Brasil a se confrontar com a necessidade de proscrição das técnicas punitivas coloniais e de primórdios do Império, calcadas na aflição corporal, em favor de modalidades penais tidas como civilizadas pelas nações européias, notadamente a pena de prisão. A prisão desenvolve-se como mecanismo disciplinar destinado ao proletariado, e sua gradação em medidas de tempo acompanha em certa medida a própria lógica capitalista da mensuração do trabalho e da remuneração por este.

Diante dessa nova ordem sócio-econômica, com o Código Penal de 1890, a pena privativa de liberdade passa a ser vista como a punição por excelência, generalizada.<sup>60</sup> O código abole definitivamente as penas corporais e infamantes (penas de morte, de galés, de açoite e perpétua), limitando temporalmente a trinta anos as penas restritivas da liberdade individual (art. 44). Passa então a estabelecer como penas privativas de liberdade a prisão celular<sup>61</sup>, o banimento<sup>62</sup>, a reclusão<sup>63</sup>, a prisão com trabalho obrigatório - cumprida em penitenciárias agrícolas ou presídios militares - e a prisão disciplinar, cumprida em estabelecimentos industriais especiais, sendo recolhidos os menores de 21 anos.

Assim como o Código Penal de 1830, seu sucessor de 1890 também reflete a herança francesa da rígida determinação das penas, com vistas à limitação da livre atuação judicial<sup>64</sup>. Seguiu-se com isso a mesma tendência anteriormente verificada, no sentido do estabelecimento de rígidos limites mínimos e máximos à pena de prisão. Prova deste fato reside na preocupação externada no art. 61 do Código, segundo o qual nenhum crime deveria

<sup>60</sup> Descrição histórica da pena privativa de liberdade pode ser verificada em PEDROSO, Regina Célia. *Os signos da opressão - Condições Carcerárias e Reformas Prisionais no Brasil 1890 - 1940*. Dissertação de Mestrado em História Social apresentada ao Departamento de História da Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1995.

<sup>61</sup> Nos termos do art. 45 do código, a pena de prisão celular deveria ser cumprida em estabelecimento especial, com isolamento celular e trabalho obrigatório, limitando-se o isolamento absoluto ao período máximo de dois anos e com o enfoque no trabalho em comum, com segregação noturna e silêncio durante o dia.

<sup>62</sup> A pena de banimento privava o condenado dos direitos de cidadão brasileiro, impedindo-o de habitar o território nacional, enquanto durassem os efeitos da sentença (art. 46 do Código Penal de 1890).

<sup>63</sup> A pena de reclusão deveria ser cumprida em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares (art. 47 do Código Penal de 1890), sendo cabível sobretudo nos crimes contra a Constituição da República e forma de seu governo, nos crimes contra o livre exercício dos poderes políticos e nos crimes contra a segurança interna da República.

<sup>64</sup> Nesse sentido, afirmava Bento de Faria: “[...] é claro que o disposto na lei é o que ella impõe que se faça: quando fixou a forma de um castigo foi para que se o execute daquella maneira e não de outra. Infringir o preceito legal, importaria o executor se substituir á mesma lei, o que é absurdo. Se não puder ser executada pelo modo estabelecido, a consequência é que não o poderá ser por outro qualquer, embora d’ahi resulte a impunidade do delinquente. O preceito é terminante (sic)” BENTO DE FARIA, Antonio. *Anotações Theorico-praticas ao Código Penal do Brasil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929, p. 152.

ser punido com penas superiores ou inferiores às que a lei impõe, nem por modo diverso do estabelecido nela, salvo o caso em que ao juiz se deixasse arbítrio (art. 61). A regra era a pena legal. Apenas excepcionalmente a judicial<sup>65</sup>.

Nas hipóteses em que o código não impusesse uma pena determinada, somente fixando o máximo e o mínimo, as penas seriam estabelecidas conforme a incidência de circunstâncias atenuantes e agravantes. Muito embora o código considerasse três graus de pena (máximo, médio e mínimo), passou a predominar o entendimento de que cinco eram as possíveis graduações da pena, de acordo com a prevalência de circunstâncias atenuantes ou agravantes (art. 38).

Nesse sentido, Oscar de Macedo Soares, salientando que as regras para a mensuração e aplicação das penas eram estabelecidas pela combinação dos artigos 38 e 62, expôs a discussão doutrinária relativa ao art. 62:

Entende João Vieira que esse art. estabelece cinco grãos; assim também pensam Dias Duarte e Hypolito de Camargo. Outros, como Magalhães Gomes (no Direito, v. de 15 do Agosto de 1891, p. 567) entendem que só estabelece os tres grãos: maximo, médio e minimo. Não sorprehe a controversia, porque, como diz João Vieira, se ha materia, em que os codigos variam é exactamente a da graduação das penas, porque esta depende do systema adoptado. 'Estes systemas tem sido reduzidos a dois, isto é, aquelle em que a lei estabelece os differentes grãos da pena para serem applicados, conforme as circumstancias subjectivas e objectivas que ocorrerem; e aquelle em que a lei, determinando o maximo e o minimo, deixa maior somma de arbitrio ao juiz[...]'[sic]<sup>66</sup>

Convencionou-se, assim, que se o crime fosse acompanhado somente de circunstâncias atenuantes, sem qualquer agravante, a pena deveria ser estabelecida no grau mínimo (art. 62, §3º). Havendo atenuantes e agravantes, mas predominando as primeiras, a pena deveria ser aplicada entre os graus mínimo e médio (art. 62, §2º). Era o chamado “*grau sub-médio*”. No concurso equitativo de circunstâncias agravantes e atenuantes, ou na ausência delas, deveria

<sup>65</sup> “Em resumo, do art. 61 e dos citados que com elle se relacionam se deduz que a pena sendo em regra legal, póde ser por excepção, arbitraria, podendo nós chamal-a judiciária, quando não estando ella precisamente determinada pela lei, nem dependendo rigorosamente do arbítrio do juiz, a este incumbe o respectivo calculo para sua applicação, conforme faculta o art. 62 (sic)”. VIEIRA DE ARAÚJO, João. *Codigo Penal Commentado Theorica e Praticamente*. Tomo II. Rio, São Paulo e Recife: Laemmert & C. Editores, 1897, p. 302.

<sup>66</sup> MACEDO SOARES, Oscar de. *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2004, p. 162. Bento de Faria também sustentava a existência de cinco graus penais: “Na ausência de regras que sirvam de criterio para o modo de applicação entre os grãos medio e maximo, e médio e mpinimo parece-nos que deve ser sempre tomado o meio termo entre os referidos grãos: - entre o médio e o Maximo, quando prevalecerem as aggravantes; entre o médio e o mínimo, quando prevalecerem as attenuantes. Assim, conhecido o médio, que se obtem sommando os grãos Maximo e mínimo e dividindo por 2, somma-se-o com o Maximo e o producto, divide-se por dois, e ter-se-há o sub-maximo. Da mesma forma sommando o médio com o mínimo e dividindo o resultado também por 2, teremos o sub-medio”. BENTO DE FARIA, op. cit., p. 153.

ser aplicada a pena no grau médio (art. 62, §1º). Havendo atenuantes e agravantes, mas predominando as segundas, a pena deveria ser aplicada entre os graus médio e máximo (art. 62, §2º), configurando o denominado “*grau sub-máximo*”. Por fim, se o crime fosse acompanhado somente de circunstâncias agravantes, sem qualquer atenuante, a pena deveria ser estabelecida no grau máximo (art. 62, §3º).

Em razão da precisa fixação de graus para a pena, por vezes podia-se constatar que “*a pena chegava a ser, não só de alguns anos, mas também de meses, dias e horas de prisão. E era o caso de perguntar qual seria a vantagem de reter o sentenciado por mais duas, três ou quatro horas no cárcere*”<sup>67</sup>.

Crítica a este modelo aponta a desvalorização da individualização judicial da pena, frente à predominância de uma aplicação meramente aritmética da pena:

Não era o juiz que graduava a pena; também não era o criminoso que servia de objeto a essa graduação; a bem dizer nem era o crime, in concreto, que oferecia as condições dessas dosagens; a soberania do direito penal, na sua adequação prática, que é a arte da aplicação da pena, era exercida, firme e hieraticamente, por esta deusa da medida: a aritmética<sup>68</sup>.

A legislação penal ao longo do século XIX marca, enfim, a transição entre concepções político-criminais distintas, cada uma delas com seus reflexos na determinação da medida da pena privativa de liberdade. De uma concepção liberal ainda alicerçada no livre arbítrio judicial e passando por uma visão estritamente contentora da discricionariedade pela força da lei, testemunhou-se nova e gradativa valorização do poder discricionário do magistrado, desta vez catalisada pelo positivista enfoque sobre a pessoa do acusado<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Vol. I, Tomo II, 3ª ed., rev. e atualiz. São Paulo: Max Limonad, s.d., p. 464.

<sup>68</sup> VERGARA, Pedro. *Das penas principais e sua aplicação*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni Editora, 1948, p.249.

<sup>69</sup> “O panorama geral da legislação penal do século XIX reflete momentos políticos sumamente diferenciados, e inaugura o claro paralelismo que se estabelece entre a política criminal e a política em geral, que caracteriza a história legislativa penal do Brasil até o presente momento. O século inicia-se com uma legislação de cunho liberal pragmático que corresponde a um despotismo ilustrado, e culmina com uma orientação liberal clássica, que foi atacada pelo positivismo”. ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 192.

### 2.1.3. Concepções penais e prática da aplicação da pena privativa de liberdade na vigência da Parte Geral do Código Penal de 1940.

A Consolidação das Leis Penais, promovida pelo Desembargador Vicente Piragibe e editada em 1932, não realizou qualquer modificação nos critérios de mensuração da pena, mantendo em seu artigo 62 rigorosamente a mesma redação do também artigo 62 do Código Penal de 1890. Somente a partir do Código Penal de 1940 é que se verificou a eliminação das escalas prefixadas de penas, conforme o número de atenuantes ou agravantes presentes (penas tarifadas).

Rompendo com este predicado aritmético da quantificação da pena privativa de liberdade, o Código passou a abarcar critérios a serem subjetivamente apreciados pelo juízo sentenciante, estabelecendo, em seu art. 42, que a determinação da pena aplicável dentre as cominadas, bem como a fixação, pelo juiz, da quantidade de pena aplicável deveria atender aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime.

Nesse sentido, estabelecia a exposição de motivos do Código Penal de 1940:

Para a individualização da pena, não se faz mister uma prévia catalogação, mais ou menos teórica, de espécies de criminosos, desde que ao juiz se confira um amplo arbítrio na aplicação concreta das sanções legais. Neste particular, o projeto assume um sentido marcadamente individualizador. O juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e consequências, mas também o delinqüente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau da culpa e os motivos determinantes (art. 42). O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua mens rea ou da sua maior ou menor desatenção à disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter ou índole do réu – o que importa dizer que serão pesquisados o seu curriculum vitae, as suas condições de vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar fato previsto como crime). Esta, em certos casos, é presumida pela lei, para o efeito da aplicação obrigatória de medida de segurança; mas, fora desses casos, fica ao prudente arbítrio do juiz o seu reconhecimento. Com a adoção de tão extenso arbitrium judicis, na identificação ético-social visando o ajustamento das medidas de reação e defesa social ao indivíduo, para que ao rotular aprioristicamente subespécies de criminosos?<sup>70</sup>.

A “*virada subjetivista*” na aplicação da pena privativa de liberdade, promovida pelo Código de 1940, pode ser evidenciada a partir de duas constatações. Importante observar, em

<sup>70</sup> BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 – Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, item 24. Sobre o tema, cf. PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 417-418.

primeiro lugar, que das seis circunstâncias judiciais elencadas, quatro (antecedentes, personalidade, intensidade do dolo ou grau da culpa e motivos), recaíam especificamente sobre a pessoa do réu, e somente duas (circunstâncias e consequências do crime) possuíam natureza objetiva. Não bastasse, em caso de concurso de agravantes e atenuantes, as circunstâncias preponderantes deveriam ser aquelas resultantes dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art.49), todas, portanto, focadas na pessoa do acusado<sup>71</sup>.

A partir da edição do Código Penal de 1940, eclodiu na doutrina intensa discussão acerca do melhor método de aplicação de pena a ser adotado. Dois entendimentos capitaneavam essa discussão.

De um lado, Roberto Lyra defendia que o magistrado deveria fixar a pena-base partindo-se do termo médio<sup>72</sup> e considerando de modo geral as circunstâncias do art. 42 e, de uma forma especial, as agravantes (arts. 44 e 45) e atenuantes (art. 48). Uma vez fixada a pena-base, sobre ela incidiriam as causas de aumento ou diminuição da pena previstas tanto na parte geral, quanto na parte especial. Tal método, por estabelecer duas fases bem definidas para a determinação da pena, foi comumente denominado de “*método bifásico*”.

Afirmava Lyra:

Em regra, o juiz, operando entre o mínimo e o máximo da cominação [...], faz a opção em caso de penas alternativas (p.ex.: art. 130 – detenção ou multa), e fixa a quantidade da pena por que optou ou da que foi estabelecida, isolada [...] ou cumulativamente [...]. Para este fim, atenderá, de modo geral, aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime (art. 42) e, de modo especial, às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 44 a 48. Formada a sua convicção pela livre apreciação da prova [...] o juiz, dominando o conjunto da realidade, sem cisões nem etapas, fixará a pena [...]. Feita, assim, a fixação, verificará o juiz, tanto na Parte Geral, como na Especial, se ocorrem causas de aumento ou diminuição da pena, as quais não se confundem com as circunstâncias agravantes ou atenuantes. Se não ocorrem tais

<sup>71</sup> Diversamente se verificava no Código Penal de 1890 (art. 38) e na Consolidação das Leis Penais de 1932 (também art. 38), em que deveriam prevalecer as agravantes quando preponderassem “*a perversidade do criminoso, a extensão do dano e a intensidade do alarme causado pelo crime*”, ou ainda, quando o criminoso fosse “*avesado a praticar más ações, ou desregrado de costumes*”, prevalecendo por outro lado as atenuantes quando o crime não fosse revestido de circunstância indicativa de “*maior perversidade*” ou quando o criminoso não estivesse em condições de compreender toda a gravidade e perigo da situação a que se expunha, nem a extensão e consequências de sua responsabilidade. Nesses dois diplomas, é possível notar em certa medida a presença de elementos objetivos que poderiam ser considerados prevalentes (ex.: extensão do dano).

<sup>72</sup> Sérgio de Andréa Ferreira também sustentava a adoção do critério do termo médio na aferição da pena-base, afirmando: “*Para que possa o juiz dosar a pena, individualizando-a, dentro dos limites legais, deverá partir do meio-termo entre o máximo e o mínimo cominados. A partir deste ponto de referência inicial, operam as circunstâncias judiciais e legais, fazendo com que, de acordo com as características do concurso ou cumulação de circunstâncias, a sanção se aproxime de um ou outro dos referidos limites, ou com um deles se identifique, ou ainda, permaneça no termo médio*” ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. *A técnica da Aplicação da Pena como Instrumento de sua Individualização nos códigos de 1940 e 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

causas, está concluída a sentença. Se ocorrem, o aumento ou a diminuição se faz sobre a pena já fixada [sic]<sup>73</sup>.

Tal corrente angariou apoio de parte do Tribunal de Apelação do então Distrito Federal<sup>74</sup>, de São Paulo<sup>75</sup> e do Rio Grande do Sul<sup>76</sup>, sendo doutrinariamente seguida por nomes como Bento de Faria<sup>77</sup>, Galdino Siqueira<sup>78</sup>, José Frederico Marques.<sup>79</sup> e Basileu Garcia<sup>80</sup>.

Ao método bifásico de Roberto Lyra se contrapôs Nelson Hungria, que sustentava que o magistrado deveria levar em conta primeiramente as circunstâncias judiciais previstas no art. 42 do Código Penal de 1940, alcançando assim a pena-base. Em seguida, deveria analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes, para, ao final, já na terceira fase de determinação, apreciar as causas legais de aumento ou diminuição da pena<sup>81</sup>.

<sup>73</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Vol. II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958, p. 188 e 189.

<sup>74</sup> Apelações crime n. 3.200/42, n. 3.206/42 e 3.344/42.

<sup>75</sup> Revista dos Tribunais, vol. 171, p. 60.

<sup>76</sup> RJTJRS, 77/87; RJTJRS, 76/146.

<sup>77</sup> FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacintho, 1942, pp. 19 e 31.

<sup>78</sup> “[...] seguindo a ordem que deflui dos textos legais, na medida da pena, o juiz a deve fixar, tendo em vista exclusivamente os fatores indicados no art. 42; essa pena será definitiva se não houver circunstâncias modificativas, agravantes ou atenuantes, ou, ainda, causas especiais de aumento ou diminuição; no caso contrário, tornar-se-á uma pena-base para receber as modificações trazidas pelas circunstâncias agravantes ou atenuantes e, em seguida, se houver, o influxo de causas especiais de aumento ou diminuição”. SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: José Konfino, 1947, p. 767.

<sup>79</sup> “Não nos parece que haja necessidade de separar as circunstâncias judiciais das circunstâncias legais, no juízo que o magistrado formula ao apreciar os elementos apontados no artigo 42. Em primeiro lugar, o exame em bloco das circunstâncias todas do crime é muito mais racional, e também, mais indicado para a individualização judiciária da pena. Em segundo lugar, como bem argumenta Basileu Garcia, as circunstâncias legais não estabelecem cálculo a efetuar, como sucede com as causas de aumento e diminuição de pena [...] Superfluo seria, assim, separá-las das circunstâncias judiciais, para efeito do cálculo da pena entre o máximo e o mínimo cominados. Nota-se, ao demais, que o artigo 42 manda que o juiz tenha em consideração circunstâncias objetivas, e subjetivas, a gravidade do crime e a personalidade do delinqüente, para escolher e fixar a pena-base. Não é muito mais aconselhável que ele tenha uma visão completa e panorâmica desses elementos, do que se basear em aspectos fragmentários que só se completarão depois num segundo exame? (sic)”. FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*, vol. III, 2ª ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1966, p. 248.

<sup>80</sup> “Para alguns penalistas, a tarefa de fixação judicial da pena se desdobra em três fases; para outros, em duas. Entre os primeiros está NELSON HUNGRIA. Entre os segundos, ROBERTO LYRA, com o qual concordamos [...] Parece-nos haver inaceitável artificialismo na separação do trabalho do julgador em três fases. Duas, sem dúvida, serão imprescindíveis, sempre que existir causa de aumento ou diminuição a atender. Só então surgirá a contingência de fixar-se uma pena-base. Essa designação, corrente em nosso meio, como entre os comentadores italianos, pode ser mantida sem desvantagem. Exprimirá a quantidade fundamental da pena, sobre a qual se computarão os aumentos e diminuições. Não queremos dizer que a verificação não possa tripartir-se, mas, tão-só, que não há necessidade (sic)”. GARCIA, op. cit., p. 491.

<sup>81</sup> A posição de Nelson Hungria foi por ele mesmo enunciada na carta dirigida ao magistrado Arnaldo Alencar Araripe e publicada nos anais do 1º Congresso Nacional do Ministério Público: “Meu ponto de vista na questão da medida da pena, V. já o conhece: quando haja agravantes ou atenuantes (arts. 44,45 e 48 do Código Penal) ou causas especiais de aumento ou diminuição de pena, deve ser fixada uma pena-base, segundo os critérios diretivos do art. 42, e sobre ela versarão as majorações ou reduções, primeiramente as resultantes das agravantes ou atenuantes, e, em seguida, as decorrentes das causas especiais de aumento ou diminuição [...] O critério pelo qual propugno não apresenta complexidade alguma. Além disso, é o mais racional e o que melhor controla o arbítrio judicial, que não pode ser exercido sem rei nem roque”. Apud. ANDRÉA FERREIRA, op. cit., p. 61-63.

Este método tornou-se conhecido como *método trifásico* de aplicação de pena, contando também com célebres seguidores<sup>82</sup>. A predominância do método trifásico de Nelson Hungria se deu, sobretudo, em função do resultado da 1ª Conferência de Desembargadores, realizada em julho de 1943, com a presença de representantes dos Tribunais de Justiça do então Distrito Federal e dos Estados<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> “Tomando os elementos indicados no art. 42, o juiz fixará a pena – a pena imediatamente aplicada ou que servirá de pena-base, como ponto de partida para os cálculos posteriores, quando existam circunstâncias agravantes ou atenuantes, ou condições particulares de aumento ou diminuição; a pena que se agravará ou se atenuará em face dessas circunstâncias ou condições. Se ocorrerem razões de agravamento ou atenuação, o cálculo da pena se fará em três momentos sucessivos [...] Esta marcha do processo de determinação da pena é a que mais se conforma com a construção que o Código deu à matéria [...] além de mais concorde com o espírito do código, assegura às agravantes e atenuantes o relêvo que este lhes quis dar. Elas não se apagarão, confundidas com as outras, chamadas judiciais, do artigo 42, que são meros elementos sugeridos em um critério orientador, mas virão exercer, de maneira destacada, depois de estabelecida a pena simples, a sua função de exasperação ou abrandamento sobre ela, como nos parece que é o pretendido pela lei (sic)” BRUNO. Aníbal. Direito Penal, Parte Geral. Tomo 3º. 3ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967, p. 159. José Duarte, por sua vez, compartilhava do critério trifásico, mas invertia a ordem de consideração das causas de aumento e de diminuição de pena. Para o autor, havendo causa especial de aumento ou de diminuição da pena, estas deveriam ser computadas desde logo, para somente após serem consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes. DUARTE. José. Aplicação da Pena – Pena-Base – inteligência do art. 50. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 4, p. 216, 1942.

<sup>83</sup> Na discussão travada por ocasião da 1ª Conferência de Desembargadores e presidida pelo Desembargador Edgard Costa, o Desembargador José Duarte, do então Distrito Federal, iniciando os debates, reiterou sua adesão ao critério trifásico, porém com a peculiaridade de que invertia a ordem de consideração das causas de aumento e de diminuição de pena, computando-as antes das circunstâncias agravantes e atenuantes (CONFERÊNCIA DE DESEMBARGADORES. 1ª. Anais. Rio de Janeiro, 1944, p. 122-123). Em seguida, o Desembargador Augusto Oliveira Galvão, de Alagoas, opinou pela consideração conjunta das circunstâncias judiciais e legais, no molde bifásico. Não havendo causa especial de aumento ou diminuição de pena, não haveria que se cogitar de pena-base. Somente existindo tais causas especiais é que faria sentido a pena-base, para se aumentar ou diminuir a pena (idem, p. 125). Prosseguindo nos debates, o Desembargador Ivair Nogueira Itagiba, do Rio de Janeiro, votou no sentido da prevalência do critério trifásico, salientando tratar-se do critério “*mais simples, mais razoável, mais consentâneo com a verdade legal*” (p. 126). Por sua vez, o Desembargador Julio Oliveira Sobrinho, do Distrito Federal, salientou que a ele parecia mais simples que o juiz considerasse “*de uma só vez, as circunstâncias e os elementos individualizadores do art. 42 e as circunstâncias que sempre agravam e sempre atenuam a pena*”, adotando, assim, o modelo bifásico (p. 128). O Desembargador Celso Afonso Soares Pereira, do Rio Grande do Sul, inclinou-se pelo critério trifásico, mas questionou Nelson Hungria sobre a aplicação da reincidência neste processo, que seria um óbice ao critério (p. 129). Este respondeu que mesmo na reincidência deveria ser feita a operação da soma do mínimo com o máximo cominados, e em seguida a divisão pela metade, atingindo a pena-base, para em seguida computar-se a reincidência (p. 130-131). Esclarecidos certos pontos do debate, o Desembargador Orlando Anselmo de Aguiar, de Pernambuco, aparentou inicialmente aderir ao critério trifásico, afirmando: “Entendo que o juiz, primeiramente, como processo inicial, deve pesar essas circunstâncias judiciais, para o fim de, preliminarmente, aplicar a pena inicial, a pena que irá servir de base às operações posteriores, nas quais se deverá ter em vista as circunstâncias legais e, por fim, as causas de aumento ou diminuição de pena” (p. 132). No entanto, diante da dificuldade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por aplicação de uma circunstância atenuante, acaba o Desembargador inclinando-se pelo critério bifásico de aplicação (p. 134). O também pernambucano Desembargador Nestor Diógenes da Silva, em sua manifestação, opinou pela aplicação do critério bifásico de Roberto Lyra (p.135), cuja palavra foi em seguida dada ao Desembargador Vicente Piragibe, do Distrito Federal, ocasião em que externou sua incompreensão com o instituto da pena-base, não vendo razão para sua consideração (p. 137), opinião esta compartilhada pelo Desembargador Alexandre Delfino Amorim Lima, de São Paulo (p. 138). O Desembargador goiano Dário Délio Cardoso, com a palavra, apesar de exaltar o critério trifásico, acaba por adotar o bifásico, por reputá-lo mais simples e lógico (p. 139). Em seguida, o Desembargador Urbano Müller Sales, de Santa Catarina, por seu turno entendeu mais pertinente o critério de Nelson Hungria (p. 140), opinião esta contrariada pelo Desembargador Manuel Lacerda Pinto, do Paraná, o qual, apesar de reconhecer que o trifásico é o critério mais científico, adere ao mais simples – bifásico (p. 141). Os Desembargadores Rômulo Finamore, do Espírito Santo, e Olívio Câmara, do Ceará, em seguida votaram pela adoção do critério trifásico (p. 143-144), sendo acompanhados pelo Desembargador Mário Matos, de Minas Gerais (p. 144) e José Campos, de Goiás (p. 147). O Desembargador gaúcho João Pereira Sampaio, dando razão aos argumentos de Vicente Piragibe, divergiu dos anteriores, sustentando as duas operações (p. 149), entendimento também esposado pelo Desembargador João Bosco de Andrade Lima (p. 149), do Sergipe. Em prosseguimento, o Desembargador Teixeira Junior, do Maranhão, posicionou-se favorável ao critério de Nelson Hungria (p. 150), seguido por Manuel Andrade Teixeira, da Bahia, sem antes ressaltar a grande divergência do tema em seu Estado (p. 151). O Desembargador sergipano José Joaquim da Fonseca também concordou com as três operações (p. 152), contando, todavia, com a divergência dos Desembargadores Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz, de São Paulo, e Oscar Pinto de Sousa Dantas, da Bahia, que, tal qual Manuel Lacerda Pinto, aderiram ao bifásico, reputando-o mais



Ao contrário de Roberto Lyra, Nelson Hungria esteve presente nos debates e defendeu sua tese, conforme se extrai dos Anais da Conferência:

Devo, antes de tudo, acentuar que o meu ponto de vista não encontra apoio entre os meus companheiros de comissão de Revisão do Projeto do Código Penal. Esta questão foi por mim, exclusivamente, suscitada. Aconteceu com o Código Penal, neste ponto, o que teria talvez acontecido com o Código eleitoral: os seus autores não tiveram a previsão da complexidade prática dos seus dispositivos sobre a apuração. Mas, no caso do Código Penal, o *modus faciendi* é infinitamente mais simples. Cuidamos, acima de tudo, de salvaguardar, dentro do possível, o arbítrio judicial, de modo que não adotamos o critério, acolhido no Código italiano, no sentido de que, toda vez que houvesse uma agravante ou uma atenuante legal, a pena seria aumentada de um terço. Achamos que isto era uma injustificada limitação da liberdade do juiz. E porque não havíamos determinado o quantum do aumento decorrente das agravantes ou da diminuição decorrente das atenuantes, meus companheiros de Comissão se negaram, como ainda se negam, a reconhecer a necessidade de apuração de uma pena-base antes da apreciação das circunstâncias legais. Mas tal necessidade, também perante o nosso Código, se impõe. Depois que o Código já estava publicado, fui o primeiro, em entrevista ao 'Correio da Noite', e depois numa conferência em Recife, a focalizar o tema. Não falo, portanto, em nome da Comissão; venho defender meu ponto de vista na aplicação do Código Penal<sup>84</sup>.

A tese de Hungria saiu-se vitoriosa por vinte e três votos contra dezessete, sendo exarada a seguinte conclusão (n. 10) na Conferência: *“Para fixação da pena o Juiz deve considerar inicialmente as circunstâncias do art. 42 do Código Penal, para depois levar em consideração as circunstâncias que sempre atenuam e agravam a pena (arts. 44, 45 e 48 do Código Penal) e, finalmente, em terceira etapa, aplicar as causas especiais de aumento ou diminuição (Cód. Penal, arts. 42, 44 a 48 e 50)”*<sup>85</sup>.

Em tentativa de substituição do Código Penal de 1940, o Código Penal de 1969 - oriundo do anteprojeto Hungria<sup>86</sup> e outorgado durante o período ditatorial militar -, muito embora jamais tenha entrado em vigor, buscou alterar alguns dos critérios de mensuração

---

simples (p.153-154). O Desembargador pernambucano Orlando Anselmo de Aguiar, inicialmente pretendendo uma solução conciliatória, acaba por sustentar a adoção de duas fases, ante a impossibilidade absoluta de conciliação entre os dois entendimentos em contradição (p. 157). Por sua vez, Eládio da Cruz Lima, do Pará, não compreendendo como seria possível considerar englobadamente as circunstâncias judiciais e legais, inclinou-se para as três operações distintas (p. 158), seguido pelo desembargador Raimundo Vidal Pessoa, do Amazonas. Ato contínuo, formulou o Desembargador alagoano Herman Byron de Araújo Soares sua declaração de voto, apoiando o critério bifásico, argumentando ao final que *“a linha reta, porém, conduz mais rapidamente a dito objetivo, e, sobretudo, foi a que a própria lei traçou”*. Encerrando os debates, o Desembargador Ferreira Pinto, do Rio de Janeiro mostrou-se igualmente partidário do critério de duas operações, esclarecendo que este processo *“é o mais simples e permite que se atenda, com maior facilidade, ao sentido marcantemente individualizador do Código atual”*.

<sup>84</sup> CONFERÊNCIA DE DESEMBARGADORES, 1ª, Anais, p. 129.

<sup>85</sup> Idem, p. 121.

<sup>86</sup> Em crítica direta ao anteprojeto, asseveraram Heleno Fragoso e Lúcia Sequeira: *“O anteprojeto Hungria, elaborado em fase já ultrapassada, aumenta inutilmente os mínimos e os máximos de numerosas penas. O efeito intimidativo da pena é mais que duvidoso e a agravação das penas está longe de ser remédio adequado para combate à criminalidade, que não pode ser enfrentada sem medidas adequadas de política social. O Direito Penal desempenha papel secundário na prevenção do crime”*. FRAGOSO, Heleno Cláudio; SEQUEIRA, Lúcia. A cominação das penas no novo Código Penal. *Revista de Direito Penal*, São Paulo, RT, p. 17-18, jan.-jun. 1975.

penal, inicialmente estabelecendo que para a fixação da pena privativa de liberdade, o juiz deveria apreciar a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime (art. 52).

O diploma trazia ainda a necessidade de fundamentação da medida da pena (art. 55), bem como a conceituação da pena-base, ao dispor que a pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria, se não existisse a circunstância ou causa que importe o aumento ou a diminuição (art.63).

Ressalte-se que, em lugar de estabelecer marcos penais mínimos para cada espécie delitiva, em diversos dispositivos<sup>87</sup> o código simplesmente abdicava de apontá-los, substituindo-os pelos chamados “mínimos genéricos” (mínimo de um ano para a pena de reclusão e mínimo de quinze dias para a pena de detenção, nos termos do art. 37, § 1º), fato este que demonstrava a absoluta falta de sistematicidade do diploma.

O sistema de discricionária quantificação judicial das agravantes e atenuantes, desenhado no Código Penal de 1940, seria substituído no Código Penal de 1969 pelo sistema de frações tarifadas, buscando-se estabelecer um quantum específico para a agravação e a atenuação da pena. Fixava o artigo 59 do código vindouro: *“Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena, sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo, entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime”*.

Caso houvesse entrado em vigor, o Código Penal de 1969 tornaria inaplicável a regra da preponderância de circunstâncias, na medida em que haveria a anulação recíproca entre

---

<sup>87</sup> A falta de um mínimo específico verificava-se, entre outros, nos delitos de lesão corporal grave (art. 132, §1º, reclusão até cinco anos), lesão corporal seguida de morte (art. 132, §3º, reclusão até oito anos), omissão de socorro (art. 138, detenção até seis meses), injúria (art. 144, detenção até seis meses), ameaça (art. 154, detenção até seis meses), seqüestro ou cárcere privado (art. 155, reclusão até três anos), violação de domicílio (art. 158, detenção até três meses), furto simples (art. 165, reclusão até seis anos), dano simples (art. 175, detenção, até seis meses), apropriação indébita (art. 180), abandono material (art. 270, detenção, até quatro anos) e comércio posse ou facilitação do uso de entorpecente ou substância de efeito similar (art. 314, reclusão até cinco anos).

circunstâncias atenuantes e agravantes, não se podendo falar em predomínio de umas sobre as outras<sup>88</sup>.

Impregnado por forte influência positivista e reflexo de um Direito Penal que se apresentava como “*instrumento meramente pragmático de interesses do poder que recorria à pena de prisão como uma ameaça de rotina*”<sup>89</sup>, o Código de 1969 estabelecia como finalidade maior da pena a prevenção especial, evidenciada na redação do artigo 37: “*A pena de reclusão e a de detenção devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social*”.

Exatamente em função desta finalidade preventivo-especial, deveria o magistrado declarar na sentença o grau de periculosidade do condenado, classificando-a em acentuada (quando se tratasse de criminoso habitual ou por tendência, ou ainda, quando o exame dos elementos e circunstâncias do art. 52 indicasse que o agente tinha “*inclinação para o crime*”), escassa periculosidade (quando o exame dos elementos e circunstâncias do art. 52 evidenciasse a “*probabilidade de rápida regeneração do agente*”, desde que submetido a medida reeducativa) ou nenhuma periculosidade (quando o exame dos mesmos elementos e circunstâncias do art. 52 evidenciasse a desnecessidade do emprego de medidas reeducativas)<sup>90</sup>.

Marcante a possibilidade de fixação de pena indeterminada para o criminoso considerado habitual<sup>91</sup> ou por tendência<sup>92</sup>. Nesse sentido, dispunha o art. 64 que em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta deveria ser por tempo

<sup>88</sup> Esta a constatação de Sergio de Andrea Ferreira: “*é claro que, se, no novo Código, as circunstâncias legais são traduzidas em quanta, se houver concurso daquelas e elas forem quantitativamente iguais, deverão anular-se. Para que a norma funcione, portanto, será necessário que a qualidade traduza-se em quantidade*”. ANDRÉA FERREIRA, op. cit., p. 98.

<sup>89</sup> DOTTL, op. cit., p.85.

<sup>90</sup> A periculosidade, declarada na sentença, poderia ser revista no curso da execução da pena, por iniciativa do condenado, do diretor do estabelecimento, do Conselho Penitenciário ou do juiz (art. 52, § 2º, do Código Penal de 1969). Sobre esse tema, enfatizou Everardo da Cunha Luna: “*Deve desaparecer, do nosso Código Penal, a ilógica divisão da periculosidade em acentuada, escassa ou nenhuma. Que significa escassa periculosidade? E como pode ser espécie de um gênero, algo que, do gênero, nada tem em comum, como é o caso da chamada periculosidade nenhuma? Além do mais, a periculosidade nem deve ser considerada fundamento da pena, nem da medida de segurança. Pelo critério adotado no novo Código Penal, mais tortuoso se torna esse conceito, por natureza tortuoso, o da periculosidade*”. LUNA, Everardo da Cunha. Das penas e sua aplicação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 64, n. 473, p.267, mar.1975.

<sup>91</sup> O art. 64, § 2º, com as alterações dadas pela lei n. 6.016/73, considerava criminoso habitual aquele que reincidisse pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena (habitualidade presumida), assim como aquele que, embora sem condenação anterior, cometesse sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza e demonstrasse, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, “*acentuada inclinação para o crime*” (habitualidade reconhecível pelo juiz);

<sup>92</sup> Nos termos do art. 64, §3º do Código Penal de 1969, após as alterações da lei n. 6.016/73, considerava-se criminoso por tendência quem, pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, revelasse “*extraordinárias torpeza, perversão ou malvadez*”.

indeterminado, sendo que o juiz deveria fixar a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima da pena privativa de liberdade, não podendo ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados. A duração da pena indeterminada não poderia exceder a dez anos, após o cumprimento da pena imposta (art. 64, § 1º)<sup>93</sup>.

Elucidando a política de aplicação de penas acima descrita, dispunha a exposição de motivos do Código de 1969:

O dispositivo geral sobre a aplicação de pena corresponde basicamente ao do Código vigente. À semelhança do que ocorre em diversas legislações estrangeiras, o projeto deixa expressa a obrigação de motivar a pena imposta, em sua medida. O condenado tem direito a saber porque recebe esta pena. Não basta a referência aos critérios genéricos (estabelecidos no art. 52 do projeto), como tem proclamado reiteradamente o Supremo Tribunal Federal. Não só a pena aplicada acima do mínimo deve ser fundamentada. Se a lei amplia o poder discricionário do juiz na aplicação da pena, exige-lhe, em contrapartida, a fundamentação do exercício desse poder, como elemento essencial de garantia para o réu (item 22)<sup>94</sup>.

Para dirimir a controvérsia jurisprudencial e a incerteza doutrinária que reina nesta matéria, o projeto deixa claro que a pena-base é aquela que o juiz aplicaria se não houvesse qualquer circunstância ou causa de aumento ou diminuição. Trata-se de elemento adicional de garantia para o réu na aplicação da pena. Se houver circunstância agravante ou atenuante, também é indispensável fixar a pena-base (item 25)<sup>95</sup>.

Os criminosos habituais ou por tendência constituem o grande problema da repressão penal. É necessário reagir contra esse tipo de criminalidade com instrumentos verdadeiramente eficientes [...] O projeto incorpora-se à legislação moderna, estabelecendo previsão especial quanto aos criminosos habituais ou por tendência, e um sistema repressivo eficaz, com a pena relativamente indeterminada (item 26)<sup>96</sup>.

Os critérios de aplicação da pena privativa de liberdade preconizados pelo Código de 1969, conforme já mencionado, não chegaram a se materializar. Em meio ao período de exceção, decidiu-se pela conveniência de entrarem simultaneamente em vigor o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, sendo assim editadas leis que postergavam a vigência do Código Penal de 1969. Enquanto adiada a entrada em vigor do Código, foi sancionada a Lei nº 6.416/77 que, diante das inúmeras alterações promovidas em dispositivos do Código Penal de 1940, fez com que o próprio Governo Federal editasse

<sup>93</sup> Discorrendo sobre a aplicação da pena aos chamados criminosos habituais ou por tendência, MORAES, Benjamin. A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 64, n.471, p. 279-284, jan. 1975. MELLO, Dirceu de. Das penas no Direito Penal e sua aplicação: pena indeterminada, uma infeliz criação do novo Estatuto Penal Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 64, n.475, p. 229-234, maio 1975. ORTIZ, Alceu Loureiro. Aplicação e execução da pena nos casos de criminoso habitual ou por tendência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 64, n.478, p. 261-263, ago. 1975. OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Aplicação da pena a criminosos habituais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 64, n.479, p. 265-271, set. 1975.

<sup>94</sup> PIERANGELLI, op. cit., p. 518.

<sup>95</sup> Idem, p. 519.

<sup>96</sup> Ibidem.

Mensagem ao Congresso Nacional, encaminhando projeto de lei que revogava o Código Penal de 1969, tendo como um de seus principais fundamentos o fato de que o Código Penal de 1940, com a reforma sofrida em 1977, se tornara mais atual do que o vacante Código de 1969. Foram então iniciados os trabalhos para a elaboração da reforma penal de 1984.

Enfim, após o estabelecimento de diversos critérios de aplicação de pena em nossa doutrina e história legislativa, chega-se à Reforma Penal de 1984, cujas características são a seguir analisadas.

### 3. CRITÉRIOS E ATUAIS ORIENTAÇÕES DA APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL.

#### 3.1. Teorias e delineamentos da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil.

Os atuais critérios da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil são delineados pela Reforma Penal de 1984, promovida em meio a uma série de mudanças sócio-políticas sofridas ao longo do período de exceção democrática, iniciado a partir do golpe de 1964, circunstância esta que ensejou profundas críticas à Reforma:

[...] no aspecto político, a maior restrição que é feita quanto à inoportunidade de sua entrada em vigor reside na circunstância de que as regras legais elaboradas numa época de transição não podem servir de reguladoras de uma sociedade plenamente democrática, o que, aliás, foi alvo de intensos debates por ocasião da X Conferência Nacional da OAB, realizada em Recife em 1984<sup>97</sup>.

Diversamente do Código de 1940, que em seu art. 42 limitava a individualização penal à fixação das penas aplicáveis dentre as cominadas e da quantidade da pena nos limites legalmente estabelecidos, a nova parte geral amplia a discricionariedade judicial também para a apreciação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e da eventual substituição desta por outra espécie de pena, se cabível.

O ponto nodal da nova sistemática da medição da pena trazida pela reforma encontra-se no artigo 59, que vincula a quantidade, o regime de cumprimento e a qualidade da pena à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, atrelando tais circunstâncias aos escopos político-criminais de reprovação e prevenção do crime.

Nesse sentido, é possível verificar, *prima facie*, que a Reforma Penal de 1984 aderiu à tendência subjetivista na aplicação da pena privativa de liberdade, promovida pelo Código de 1940. Em corroborar a esta constatação está o fato de que, das oito circunstâncias judiciais atualmente elencadas, cinco delas (motivos do crime e culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente) conduzem a uma anamnese judicial sobre a pessoa do

---

<sup>97</sup> FERRAZ, Nelson. Aplicação da pena no Código Penal de 1984. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n.605, p. 428, mar. 1986.

acusado, uma sobre o comportamento da vítima (também apresentando matizes de subjetividade) e somente duas de caráter eminentemente objetivo (circunstâncias e consequências do crime).

Não deve ser olvidado ainda que, em caso de concurso de agravantes e atenuantes, as circunstâncias preponderantes continuam a ser aquelas resultantes dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art.67), todas apontadas, de algum modo, para a pessoa do acusado<sup>98</sup>. Surgem daí as primeiras indagações quanto à legitimidade do emprego de dados pertencentes à esfera íntima do sentenciado, frente a um direito penal que se apresenta como regulador de fatos delitivos, não de pessoas.

No tocante ao procedimento de aplicação de pena, a reforma expressamente elegeu o método trifásico preconizado por Nelson Hungria, assim dispendo:

Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três faces, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o quantum da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa<sup>99</sup>.

A aplicação do critério trifásico, muito embora permita o conhecimento da operação realizada pelo juiz, admitindo a correção específica de equívocos, não se mostra imune a críticas, sobretudo por conduzir à desconsideração das circunstâncias atenuantes quando a pena-base já se encontra em seu mínimo legal. De fato, o critério não consegue superar tal iniquidade, alimentada pela majoritária orientação jurisprudencial no sentido de que “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> Em relação ao art. 67 do CP, que elenca as circunstâncias preponderantes, salientam Zaffaroni e Pierangeli: “*Cremos que este artigo é produto da tradição, mas não a clara nada ou quase nada, porque os motivos determinantes praticamente abrangem quase toda a culpabilidade e reprovação do delito, a personalidade do agente, que, como vimos, cumpre uma dupla função: contribui para estabelecer o limite de reprovação e culpabilidade e para assinalar, desde logo, a possibilidade de correção a menor, pelo efeito de menor necessidade de pena para a prevenção, enquanto a reincidência é uma agravante cuja natureza estabeleceremos imediatamente, mas que, em definitivo, é sumamente discutível*”, op. cit., p. 711.

<sup>99</sup> Item 51 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 231. Brasília: 22 de setembro de 1999. DJ 15.10.1999.

Outra crítica dirige-se à complicação trazida pela necessidade de construção de uma escala abstrata, para então determinar-se a concreta reprimenda. Segundo parte da doutrina, tal fato pode trazer um inconveniente lógico, que consiste na possibilidade de total revisão ou reavaliação da primeira etapa pela terceira, especialmente “*quando se trata de determinar a categoria da pena aplicável, uma vez que a escala normal pode estabelecer uma pena cuja quantidade não permita sua substituição, e, logo em seguida, como decorrência de uma escala alterada, isso se torna possível*”<sup>101</sup>.

A esta orientação da aplicação da pena se agrega outra igualmente criticável, no sentido de que a pena-base deverá ser fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código, método este que exige do magistrado a persecução acrítica dos fins de reprovação e prevenção do delito. Em outras palavras, o legislador demanda ao Poder Judiciário que cumpra a literalidade de um dispositivo e, assim, abrace uma orientação político-criminal ditada exclusivamente por aquele. Surge neste instante um questionamento de grande relevância, que consiste na indagação tanto sobre o papel de cada um dos Poderes na construção de uma política criminal democrática, quanto sobre os limites franqueados a cada um pelo princípio constitucional da separação dos poderes.

Prosseguindo na análise dos critérios e atuais orientações da aplicação da pena privativa de liberdade, é possível verificar que, doutrinariamente, parte do atual debate brasileiro acompanha alguns delineamentos e discussões travadas na dogmática penal estrangeira, sobretudo aqueles conduzidos pelas dogmáticas penais alemã e espanhola<sup>102</sup>. Faz-se necessário uma breve digressão do referido debate, sempre porém tendo-se em vista a necessidade de se estabelecer de antemão um olhar crítico sobre os aportes fornecidos pela doutrina estrangeira, uma vez que as realidades sociais e jurídicas são evidentemente díspares das brasileiras.

Conforme estipulação legal, a fixação da pena no direito penal alemão deve considerar em particular os motivos e objetivos do autor, o ânimo que fala do fato e a vontade empregada no fato, a medida da violação ao dever, o tipo de execução e os efeitos culpáveis do fato, os antecedentes do autor, suas condições pessoais e econômicas, assim como sua conduta

---

<sup>101</sup> ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 708.

<sup>102</sup> Sem prejuízo da relevância da discussão das teorias de aplicação da pena em outros países, as doutrinas alemã e espanhola, por serem as mais debatidas em nosso país, precisam ser esmiuçadas e criticamente cotejadas com o direito penal brasileiro, facilitando a compreensão do debate aqui estabelecido.



depois do fato, especialmente seu esforço para reparar o dano, assim como o esforço do autor de lograr uma compensação com a vítima<sup>103</sup>.

Devem ser ainda consideradas, na aplicação da pena, as consequências que são de esperar da pena para a vida futura do autor em sociedade<sup>104</sup>, sendo, ao contrário, expressamente vedado levar-se em conta circunstâncias que já são características do tipo legal<sup>105</sup>.

Porém, o dispositivo que causa maiores discussões consiste naquele que aponta a culpabilidade do autor como fundamento para a fixação da pena<sup>106</sup>. Na tentativa de interpretação de tal comando legal, surgiram distintas concepções acerca da culpabilidade e sua implicação penal.

Doutrinariamente, merecem destaque algumas teorias. A primeira delas, encampada por Claus Roxin, afirma a culpabilidade como vinculação concreta entre agente e norma jurídica. A culpabilidade, balizada pela teoria dos fins da pena, encontra-se atrelada à “*questão normativa de como e até que ponto é preciso aplicar a pena a um comportamento em princípio punível, se for ele praticado em circunstâncias excepcionais*”<sup>107</sup>.

Logo, considerações de ordem preventiva geral e especial, assim como a função limitadora desempenhada pelo princípio da culpabilidade, deveriam orientar o juízo sancionatório<sup>108</sup>. Culpáveis seriam, grosso modo, aqueles que possuem a capacidade de se motivar segundo a norma jurídica, mas não o fazem. Em suma, é possível asseverar que em lugar de um juízo único de culpabilidade, Roxin evoca basicamente dois elementos: responsabilidade e vinculação concreta entre agente e norma.

O conceito de responsabilidade se constrói a partir da adição de necessidades preventivas da pena à culpabilidade, tornando o exame do último elemento analítico do crime

---

<sup>103</sup> Parágrafo n. 46, item 2., do Código Penal Alemão.

<sup>104</sup> Idem.

<sup>105</sup> Parágrafo n. 46, item 3, do Código Penal Alemão.

<sup>106</sup> Parágrafo n. 46, item 1, do Código Penal Alemão.

<sup>107</sup> ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.31. Juarez Tavares concorda com Roxin no sentido de que a culpabilidade vincula-se ao estabelecimento de uma responsabilidade, sempre fundada na necessidade da pena: “*Se esta é desnecessária para fins preventivos, não deverá ser imposta; se o fato é de pequena gravidade, embora não insignificante, a pena pode até ser extinta, ainda que tenha sido imposta; se as condições fáticas do artigo 59 são favoráveis ao réu, a medida da pena deve ser reduzida para alguém dos limites fixados pela culpabilidade*” TAVARES, op. cit. p. 129.

<sup>108</sup> No sentido do texto, ROXIN, Claus. A Culpabilidade Como Critério Limitativo da Pena. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, nº 11-12, p. 10, jul.-dez. 1973.

uma investigação de cunho eminentemente político-criminal. Em última análise, esse conceito permite o estabelecimento de uma conexão entre as teorias do delito e da pena, atrelando esta última a orientações da própria política criminal<sup>109</sup>.

Daí elevam-se os alicerces para a “teoría da culpabilidade como límite superior” ou “teoría da proibición de desbordamento da culpabilidade” (*Schuldüberschreitungsverbot*). Segundo tal teoría, a função da pena situa-se na necessidade de proteção de bens jurídicos, apoiada conseqüentemente em considerações de ordem preventiva geral e especial. A medida da pena, desse modo, seria orientada unicamente por critérios preventivos, servindo o princípio da culpabilidade como límite superior da intervenção punitiva estatal<sup>110</sup>.

Uma importante vertente dessa teoría, denominada teoría da proporcionalidade pelo fato, descarta, no entanto, a idéia de uma relação direta entre medida da culpabilidade e medida da pena.

Nesse sentido, Bernd Schünemann sustenta que somente poderia haver uma pena adequada à culpabilidade do agente, se aquela fosse uma resposta lógica e racional a esta, perspectiva esta somente defendida pela teoría da retribuição<sup>111</sup>. O autor, com isso, expressamente diferencia necessidades preventivas da pena e culpabilidade, sustentando que enquanto a necessidade da pena se fundamenta em considerações de ordem preventiva, o princípio da culpabilidade deve ser encarado de modo exclusivamente limitador<sup>112</sup> da admissibilidade da reprimenda. Com isso, o princípio da culpabilidade seria não apenas insuficiente para fundamentar a razão da pena, como também logicamente insuficiente para fundamentar o próprio quantum desta<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Nesse sentido, cf. PIACESI, Débora da Cunha. *Funcionalismo Roxiniano e Fins da Pena*. In: Temas de Direito Penal. Parte Geral. GRECO Luís; LOBATO, Danilo (Coords.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 41.

<sup>110</sup> ROXIN, Claus. A Culpabilidade Como Critério Limitativo da Pena. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, nº 11-12, p. 10. jul.– dez.1973.

<sup>111</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 174.

<sup>112</sup> “[...] en la teoría de la determinación de la pena reiteradas veces se hace notar que las condiciones personales del autor tendrán un gran significado; que, como afirmación general sólo es comprensible, si se parte de la condición de vida o de carácter como fundamentos importantes para la mensuración de la sanción. Si, por lo contrario, se parte de una concepción moderna de la culpabilidad, lo primordial para la medición de la pena será lo injusto del hecho que determina la culpabilidad. La culpabilidad del autor como factor independiente solo será relevante, por el contrario, cuando se presenten causas que la disminuyan”<sup>112</sup>. SCHÜNEMANN, Bernd. Prólogo ao livro de HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*. Fabián J. Di Plácido Editor: Buenos Aires: 2003, p.19-20.

<sup>113</sup> SCHÜNEMANN, op. cit., p. 172.

A teoria da proporcionalidade pelo fato (ou da pena proporcional ao fato), também apelidada de “neoproporcionalismo”, baseia-se fundamentalmente na idéia de prevenção geral, restringida pela proporcionalidade do fato e pelo juízo de culpabilidade. É o que sustenta Schünemann:

*[...] la medida de la pena depende, desde perspectivas preventivas, en primer lugar, de la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos y, en segundo lugar, de la intensidad de la energía criminal. Al principio de la culpabilidad le corresponde aquí, como en la fundamentación de la pena, una mera función de limitación, impidiendo que se tomen en consideración todas aquellas circunstancias que el autor no pudo conocer y que, por tanto, no se le pueden reprochar.<sup>114</sup>*

Com a teoria da proporcionalidade pelo fato, busca-se encontrar a medida da pena considerada justa em função do fato delitivo (visão retrospectiva), em lugar de se tentar, com a reprimenda, influenciar o autor ou terceiros alheios ao evento criminal (visão prospectiva).

A medida da pena dependeria, assim, exclusivamente da magnitude (gravidade) do fato (desvalor do resultado), razão pela qual devem ser buscados fatores que apontem para um maior ou menor desvalor do fato<sup>115</sup>. Trata-se de uma aproximação à própria teoria do delito que busca a normatização dos elementos que influenciam a fixação da pena privativa de liberdade, afastando, desta, considerações subjetivistas quanto à personalidade do agente.

Nesse sentido, conclui Schünemann:

*[...] deben eliminarse del programa de la medición de la pena aquellas ‘sutilezas de la personalidad del autor’ cuya consideración se exige según la concepción tradicional del principio de culpabilidad y lleva a la realización más sutil y sublime de tal idea. En realidad, esta pretendida consideración de los matices de la personalidad no conduce a otra cosa que a una total dispersión por regiones, a una desigualdad y, con ello, en fin, a una irracionalidad de la medición de la pena, puesto que no hay ni un canon vinculante, ni un criterio vinculante de ponderación para estos matices, que, según la doctrina dominante, escapan incluso a una comunicación lingüística, puesto que se trata frecuentemente de impresiones individuales importantes<sup>116</sup>.*

<sup>114</sup> Idem, p. 173.

<sup>115</sup> Tatjana Hörnle, salientando a importância da pena como instrumento comunicador, também defende a mudança de foco de atenção da noção de culpabilidade para a noção de gravidade do delito, sendo esta composta pela conjunção entre a responsabilidade objetiva (dano) e a subjetiva (intenções e graus de negligência), assim como pela culpabilidade individual. A autora salienta: “Con la puntualización de que el injusto es el factor determinante de la medida de la pena por regla general se simplifica la relación entre la culpabilidad en la fundamentación y en la medida de la pena: por regla general, la primera no influye en la segunda, porque concurriendo la plena culpabilidad que fundamenta la pena, carece de importancia para su medición. En el fondo, el concepto de culpabilidad en la medición de la pena es superfluo [...]”. HÖRNLE, op. cit., p. 36 e 70.

<sup>116</sup> Idem, p. 175-176.

De fato, a ausência de contornos do conceito de culpabilidade na quantificação da pena sofre críticas por parte de amplos setores da doutrina alemã<sup>117</sup>, fundadas na afirmação de que a referência a uma ininteligível culpabilidade apenas esconde valorações de índole subjetiva<sup>118</sup>, parciais e por muitas vezes impregnadas por emoções do juiz criminal<sup>119</sup>. Resulta assim reforçada a tese de que os juízos acerca da culpabilidade, uma vez que compostos por considerações subjetivas, não devem constituir fundamentos para o incremento da sanção penal em prejuízo do autor, mas apenas a seu favor<sup>120</sup>.

Compreensível, do mesmo modo, a crítica à suprema importância dada à culpabilidade “pessoal” do autor do fato, que desprezaria eventuais elementos acerca da gravidade do próprio injusto. Nesse prisma, a culpabilidade relativa à aplicação da pena - referência e limite para sua medição - não seria confundida com a culpabilidade elementar do delito, fundamentadora da intervenção penal estatal<sup>121</sup>. Enquanto esta se perfaz ontologicamente com o cometimento do fato antijurídico por aquele que podia na verdade atuar de outro modo, em relação à primeira simplesmente não haveria como se medir “quanto o agente pôde agir de outra forma”.

Dentre as teorias sobre aplicação da pena, a que mais se destaca por sua predominância na doutrina<sup>122</sup> e jurisprudência alemãs é a “Teoria do espaço de jogo” (*Spielraumtheorie*), também denominada “Teoria do âmbito de jogo” ou “Teoria da margem de liberdade”. Trata-se de uma teoria elaborada pela jurisprudência alemã que sustenta, em linhas gerais, que a pena deve corresponder à medida (marco) da culpabilidade, medida esta encontrada dentro de um intervalo mínimo e máximo no qual todas as penas seriam consideradas adequadas.

<sup>117</sup> Por todos, STRENG, Franz. *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*. Heidelberg: v. Decker, 1984, p.22 et seq.

<sup>118</sup> Tatjana Hörnle, nesse sentido, ressalta que a tradicional doutrina alemã de “*Schuld*”, que dominou a teoria de determinação judicial da pena por um longo tempo, “*ha confiado en el concepto de ‘culpa personal’, motivos censurables y actitudes suficientes para incrementar la pena. Pero esta posición es insostenible porque descansa sobre dudosas presunciones acerca del papel normativo del ‘Gesinnung’ (uma antigua noción acerca de tener la mentalidad apropiada). La determinación de culpabilidad simplemente supone decidir si la responsabilidad puede ser totalmente atribuida al delincuente*”. HÖRNLE, op. cit., p.94.

<sup>119</sup> Idem, p. 44.

<sup>120</sup> Mais uma vez Tatjana Hörnle esclarece que as graduações da medida da culpabilidade somente são possíveis em sentido redutor, ou seja, em caso de concorrência de causas de diminuição da culpabilidade. Nunca como forma de se incrementar a medida da culpabilidade. Idem, p.54.

<sup>121</sup> Nesse sentido, sustenta Jescheck que a culpabilidade constitui um postulado supremo da política criminal, que possui natureza constitucional em sua função limitadora da pena, mas também em sua fundamentação. Cf. JESCHECK, op. cit., p. 561 et seq..

<sup>122</sup> Em defesa da teoria, cf. ZIPF, Heinz. Principios fundamentales de la determinación de la pena. In: *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Edersa, n. 17, p. 353 et seq.,1982; ROXIN, Claus. La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. In: *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. trad. e notas de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 100; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*. Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982, p. 202.

A pena ajustada à culpabilidade não seria aquela exprimida por uma grandeza exata, mas sim a escolhida pela margem de liberdade conferida ao juízo, dentro de uma escala penal (espaço de jogo) tida como adequada. No limite inferior deste espaço de jogo residiria a “pena já adequada” à culpabilidade. Já no limite superior, estaria a “pena ainda adequada” à culpabilidade. A escolha do juiz aplicador, dentro do espectro de penas adequadas oferecidas, seria orientada por critérios eminentemente preventivos (especiais e gerais)<sup>123</sup>.

Enfim, segundo esta teoria, a determinação da pena deve ter objetivamente como base um senso de justiça - em que a pena seguiria a gravidade do delito - atrelado à necessidade de prevenção geral e especial. O critério de prevenção, na hipótese, poderia conduzir a pena a um patamar abaixo de um eventual mínimo legal, ou ainda, justificar até mesmo a não aplicação daquela.

Esta teoria ainda é dominante, mas não escapa de inúmeras críticas. As principais giram em torno de dois eixos: o combate à culpabilidade de autor e a refutação de fundamentos preventivos para a aplicação da pena. O primeiro dos eixos reside no argumento de que a teoria do espaço de jogo orienta a pena a conceitos indeterminados de culpabilidade, quando não à culpabilidade do autor, com as tradicionais categorias da culpabilidade pelo caráter e pelo modo de condução de vida. Deixa, assim, uma considerável discricionariedade (*via livre*) para que o juiz estabeleça a pena que considera justa (com fundamentos preventivos gerais e especiais) dentro de uma margem de condenações absolutamente díspares, mas ainda assim consideradas juridicamente corretas<sup>124</sup>.

A segunda ordem de críticas rejeita a vinculação da aplicação da pena a fins preventivos, sejam especiais ou gerais. Nesse sentido, aponta Tatjana Hörnle:

*Ningún involucrado en las prácticas de la justicia penal asume que los jueces verdaderamente escogen entre la prevención general y la prevención especial de forma rutinaria. Los criminólogos están de acuerdo en que es prácticamente imposible decir exactamente que tales penas poseen tales efectos preventivos. Y sería completamente*

<sup>123</sup> Hörnle ensina que a teoria do espaço de jogo apresenta duas versões. A primeira delas destina grande ênfase à prevenção, exigindo que o juiz teça considerações preventivo-gerais e preventivo-especiais especificamente para cada caso analisado. Esta versão não vem apresentando eco na jurisprudência alemã. A outra versão, usualmente adotada, é denominada versão realista da teoria de espaço de jogo, e parte do pressuposto de que é inviável lograr a prevenção de crimes através das penas, defendendo assim que o castigo deve ser o segmento mais estreito do âmbito da sentença, sem nenhuma razão adicional de que a prevenção seja uma ordem judicial. Lembra a autora ainda que alguns autores, como Roxin, por razões preventivo-especiais, defendem em certos casos a possibilidade de imposição da pena abaixo do âmbito de jogo, como por exemplo se o encarceramento ameaça destruir o futuro do apenado. Cf. HÖRNLE, op. cit., p.25-26.

<sup>124</sup> Nesse sentido, SCHÜNEMANN, op. cit., p. 18.

*imposible para los jueces realizar dichos juicios de manera científicamente seria. Deberían confiar en intuiciones personales.*<sup>125</sup>

Ressalta ainda a autora que enquanto a probabilidade do castigo penal soa ter determinados efeitos dissuasivos, o mesmo não se dá com incrementos moderados da quantidade da pena, razão pela qual se um juiz resolve escolher penas substanciais por razões preventivas, na verdade este segue crenças subjetivas e intuições pessoais, padrões estes problemáticos para as decisões legais.<sup>126</sup>

Anabela de Miranda Rodrigues também critica a teoria do espaço de jogo, aderindo ao posicionamento de Kaufmann no sentido de que a culpa seria um fenômeno eminentemente metafísico e, por isso, nenhuma teoria da culpa seria capaz de prover um critério preciso para o cálculo de uma pena absolutamente correta, ou em outras palavras, não seria possível determinar de modo racional qual pena seria a correta para corresponder à culpa do agente<sup>127</sup>. Enfim, converge a doutrina crítica no sentido de que não há parâmetros concretos que permitam afiançar qual é a pena “já” ou “ainda” adequada à culpabilidade, o mesmo ocorrendo em relação a qual medida da pena seria a necessária para alcançar escopos preventivos gerais ou especiais<sup>128</sup>.

A “Teoria da pena pontual” (*Punktstraftheorie*), por sua vez, parte do pressuposto de que a culpabilidade é um juízo individualizado de censura ao autor do fato baseado na gravidade do delito, e, por tal razão lógica, somente poderia haver uma única pena correta e adequada à culpabilidade do agente<sup>129</sup>. Sendo uma e pontual a culpabilidade, uma e pontual deveria ser a pena.

O mote central desta teoria é a noção de imparcialidade frente ao acusado, no sentido de que este não deve ser apenado mais do que o exigido pela gravidade do delito<sup>130</sup>. Deve o juiz, desse modo, fixar a pena que seja exatamente ajustada à culpabilidade do agente, sem atender

<sup>125</sup> HÖRNLE, op. cit., p. 25.

<sup>126</sup> Idem, p. 28.

<sup>127</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 92.

<sup>128</sup> Cf. ZIFFER, op. cit., p. 92.

<sup>129</sup> Sobre a teoria da pena pontual na medição da pena, cf. BRUNS, Hans Jürgen. *Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil*. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1967, p. 280.

<sup>130</sup> Tatjana HÖRNLE lembra que uma teoria de determinação da pena proporcional baseada na teoria da pena pontual se desenvolveu nos Estados Unidos e na Inglaterra principalmente através do trabalho de Andrew Von Hirsch (*Doing Justice*, 1976; *Censure and Sanctions*, 1993) e que alguns autores alemães vêem a teoria da pena pontual como mais convincente do que a teoria do âmbito de jogo, dentre eles SCHÜNEMANN (*In: ESER/CORNILS [Comp.], Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, p.209 et seq.), ALBRECHT (*Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, 1994, p. 329 et seq.) e REICHERT (*Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien*, 1999, p. 98 et seq.). Cf. HÖRNLE, op. cit., p. 29.

a finalidades ulteriores da pena, notadamente as preventivas. Trata-se, enfim, de uma concepção eminentemente retribucionista da pena.

A teoria da pena pontual sofre críticas de parte da doutrina alemã adepta da prevenção especial. Para este segmento doutrinário<sup>131</sup>, deve ser possível levar em consideração a personalidade do imputado, reduzindo penas quando este não necessite de reabilitação. Nesse aspecto, o juízo de proporcionalidade trazido pela teoria da pena pontual tenderia a elevar os patamares das penas, uma vez que se limitaria a analisar tão-somente a gravidade do delito, de forma objetiva.

Outra teoria que tradicionalmente enfrenta o tema da medição da pena é a “*Teoria do valor posicional*” (*Stellenwerttheorie* ou *Stufentheorie*), também denominada teoria do valor de emprego ou de posição, teoria do valor concreto, ou corrente, ou ainda, teoria do valor relativo, do valor funcional ou de função ou modelo gradual. Esta teoria concebe o processo de determinação da pena em dois segmentos. Em um primeiro momento, efetiva-se o juízo acerca da culpabilidade do réu, sendo a retribuição o critério orientador da duração (quantidade) da reprimenda. Cabe a um juízo de prevenção geral ou especial, por fim, decidir sobre a qualidade e modo de execução da sanção penal, apontando, se for o caso, para uma eventual suspensão da pena, ou sua substituição por uma medida de prevenção especial<sup>132</sup>.

Essa teoria não encontrou eco na doutrina, pois padece de inafastável contradição ao abolir considerações de ordem preventiva na determinação da medida da pena, ao mesmo tempo em que as considera como critério exclusivo da espécie de pena a ser infligida. Ademais, reflete uma visão eminentemente retributiva da pena, ao considerar unicamente a culpa como elemento determinante da medida da pena<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> HÖRNLE aponta, como partidários desta concepção, DÖLLING (GS für Zipf, 1999, p. 194 et seq.), ELLSCHEID (*Festschrift für Müller-Dietz*, 2001, p. 201) e STRENG (*Festschrift für Müller-Dietz*, 2001, p. 885 et seq.). Cf. HÖRNLE, op. cit., p. 30.

<sup>132</sup> Sobre a discussão envolvendo a teoria do valor posicional, cf. HENKEL, Heinrich. *Die “richtige” Strafe*. Tübingen: Mohr, 1969, p. 23. Anabela de Miranda afirma que há nesta teoria “ [...] uma estrita separação entre os pontos de vista da culpa e da prevenção, que valora independente e separadamente nas duas diferentes fases de determinação da pena que são a determinação da medida em sentido estrito e a escolha da pena. A culpa deve, assim, ser valorada unicamente naquela primeira fase, enquanto os fins preventivos – e, por isso, apelidamos esta teoria de teoria do ‘valor de posição ou de emprego’ – têm o seu âmbito de actuação apenas na determinação da medida da pena em sentido amplo. Ou seja: na decisão sobre se, conquanto a medida concreta da pena o permita, pode a pena privativa de liberdade ser substituída por uma pena não detentiva”. RODRIGUES, op. cit., p. 489 e 490.

<sup>133</sup> Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS. Jorge de. *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Coimbra Editora, 1993, p. 222.

Na jurisprudência alemã, esclarece Tatjana Hörnle que o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) e o Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) estabeleceram uma fórmula padrão no tocante à aplicação da pena. Segundo tal fórmula, a pena deve se orientar pela gravidade do fato e pelo grau de culpabilidade pessoal do autor<sup>134</sup>. Reconhece-se, enfim, que a medida da pena deve ser influenciada pela menor ou maior lesão ou colocação do bem jurídico em perigo, haja vista a possibilidade de mensuração do caráter injusto de um fato<sup>135</sup>. Do mesmo modo, a apreciação das circunstâncias pessoais do autor mostra-se indispensável não apenas para fundamentar uma opção preventivo-especial, mas para se aferir uma suposta culpabilidade pessoal do agente<sup>136</sup>.

Para a autora, na prática alemã são os danos derivados do fato e os antecedentes penais que determinam decisivamente a medida da pena, sendo o comportamento pós-delitivo do acusado também considerado para a aferição da gravidade do injusto do fato, bem como para se desvendar a atitude interna do réu<sup>137</sup>.

Já no que tange à dogmática espanhola acerca da pena e sua aplicação, especial destaque possui o debate travado entre Jesus Maria Silva Sanchez e Bernardo Feijoo Sánchez.

Em artigo publicado em janeiro de 2007, Feijoo Sánchez teceu críticas à teoria da pena proporcional (“neoproporcionalismo”), asseverando que esta apresenta excessivo individualismo ao vincular a mensuração da pena somente a partir da perspectiva da vítima,

<sup>134</sup> HÖRNLE, op. cit., p. 49.

<sup>135</sup> Sobre a graduação do caráter injusto de um fato, HÖRNLE afirma que o primeiro passo para se estabelecer critérios para a valoração do injusto consiste em diferenciar injusto do resultado e injusto da ação. Para ela, devem ser desenvolvidos critérios para averiguar a medida do injusto de resultado e devem ser desvendados quais aspectos da conduta do autor influem ou não no injusto de ação. Adverte a autora ainda que até o momento no direito de medição da pena não se discutiu com precisão sobre os fatores que conformam a extensão do injusto de ação, existindo assim o perigo de que valorações do injusto sejam confundidas com considerações de ordem preventiva. HÖRNLE, op. cit., p. 49. Elucidando melhor a teoria da proporcionalidade do fato, afirma Juarez Tavares: “A teoria penal mais recente procura relacionar a individualização da pena à gravidade objetiva do fato, e não a juízos subjetivos de conveniência, de clamor público ou de realização da moralidade. Em consonância com essa exigência e atendendo, especificamente, ao sentido empreendido pelo injusto penal, pretende essa teoria fundar a avaliação da culpabilidade exclusivamente sobre fatores relacionados ao desvalor do fato e ao desvalor do resultado, o que implicaria obedecer fielmente ao princípio da proporcionalidade entre fato e pena. Com isso, a culpabilidade, em lugar de constituir um elemento diverso na aplicação da pena, seria tratada como um injusto culpável individualizador (*verschuldetes Strafzumessungs-Unrecht*), ou seja, a culpabilidade não seria medida conforme um juízo autônomo de reprovação sobre o agente, e, sim, em face dos elementos do próprio injusto em função do agente. Como o injusto seria o exclusivo fundamento para a culpabilidade, esta só poderia ter uma função delimitadora, e não fundamentadora da pena”. TAVARES, op. cit. p.134-135.

<sup>136</sup> Idem, p. 59.

<sup>137</sup> Ibidem.



deixando de atentar para a dimensão do fato delitivo para a ordem social, ou seja, olvidando a dimensão intersubjetiva ou social do fato<sup>138</sup>. Segundo o autor,

*La teoría de la proporcionalidad por el hecho, al concederle un peso excesivo a la afectación de intereses individuales, no puede explicar muchos factores de determinación de la pena existentes en nuestro ordenamiento ni factores que resultan decisivos en la praxis judicial y a los que parece que no se debe renunciar. Por otro lado, a la teoría de la proporcionalidad por el hecho le falta el sustento de una teoría sobre la función social de la pena. No es posible determinar la medida de la pena si ésta no se encuentra referida a un fin. La determinación o la individualización judicial de la pena no deja de ser una concreción de la teoría de los fines o de los criterios generales de legitimación de la pena<sup>139</sup>*

O autor prossegue em suas críticas, dirigindo-as especialmente à teoria de Hörnle:

*La teoría de la determinación de la pena de HÖRNLE es una teoría excesivamente dependiente del desvalor del resultado. Teniendo esto en cuenta no es extraño, por ejemplo, que a HÖRNLE le resulte extraña la praxis judicial alemana que suele castigar los homicidios imprudentes con una pena de multa ya que considera que ello no se concilia con el gravísimo desvalor del resultado<sup>29</sup>. Como se puede apreciar en este ejemplo, aunque se comparte la idea de HÖRNLE de que la medida de la pena depende directamente de la gravedad del hecho, el problema de su teoría de la pena es que prácticamente identifica gravedad o desvalor del hecho con gravedad o desvalor del resultado (con pequeñas matizaciones relacionadas con la responsabilidad subjetiva por dolo e imprudencia o con el comportamiento defectuoso de la víctima), es decir, tal y como entiende ella el injusto de resultado, por la entidad de la lesión o el peligro concreto que sufre el titular del bien jurídico (cómo ve éste afectada su calidad de vida). De esta manera su teoría de la determinación de la pena no es una teoría expresiva y comunicativa como anuncia esta autora en un principio vinculándose a las teorías expresivas angloamericanas de FEINBERG y v. HIRSCH, sino una teoría en la que priman los aspectos fácticos debido a su concepción fáctico-naturalista del delito<sup>140</sup>.*

Em artigo datado de abril de 2007, Jesús María Silva-Sánchez rebate, porém, algumas das colocações de Feijoo Sánchez, asseverando:

*Este autor, en efecto, reprocha a v. Hirsch, Hörnle o Schünemann que en sus planteamientos se procede a la determinación de la pena según la perspectiva de la víctima, descuidando la dimensión del hecho para el orden social. Ahora bien, esta crítica, si bien se advierte, no afecta a la teoría en sí, en tanto que proporcionalista, sino a la teoría del delito desde la que aquéllos proponen la sistematización de los presupuestos de la cuantificación de la pena. Por lo demás, es curioso que FEIJOO SÁNCHEZ afirme que la individualización de la pena no deja de ser una concreción de la teoría de los fines de la pena, sosteniendo al tiempo que aquella no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho. Lo uno y lo otro no significan lo mismo. Lo primero parece apelar a una teoría de la individualización de la pena a partir de los principios de legitimación del Derecho penal; lo segundo, en cambio, apunta a una determinación de la pena basada en reglas dogmáticas. Claro que una teoría*

<sup>138</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. *In Dret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 08, jan-2007. Disponível em: <<http://www.indret.com>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2011.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 10.

*dogmática, si es teleológica, dará cuenta de aquellos principios, pero los concretará, los desnormativizará y posibilitará su aplicación más segura y fiable. De ahí que el propio FEIJÓO SÁNCHEZ hable luego de una orientación al “sistema del delito”. FEIJÓO SÁNCHEZ establece, pues, tres referencias de la determinación de la pena que tienen un alcance muy distinto y que en absoluto pueden darse por equivalentes: a) la teoría de los fines o de la legitimación de la pena; b) el concepto material de delito; y c) el sistema del delito<sup>141</sup>.*

A par do embate com Feijoo Sánchez, levando em conta que na fixação da pena, além de elementos relativos ao fato, também seriam levados em conta princípios político-criminais, Silva Sánchez sustenta que a individualização da pena se comportaria como uma “matéria ponte”, em que *“se combinaría la concreción del contenido delictivo del hecho (que no se sabe a ciencia cierta cómo abordar) con la entrada en juego de consideraciones político-criminales generales sobre el hecho realizado o la persona del autor”*<sup>142</sup>.

Segundo o autor, para evitar o intuicionismo, o puro decisionismo ou a arbitrariedade, deveria o juiz, ao fazer política criminal, canalizá-la por vias estritamente dogmáticas, traduzindo-a em regras alheias ao simples plano principiológico<sup>143</sup>. Em sua teoria, adota as seguintes premissas:

*En primer lugar, que el marco penal abstractamente previsto se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en constituir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad de aquella pena-marco. En segundo lugar, que injusto y culpabilidad (así como punibilidad) constituyen magnitudes materiales graduables. Por ello, el marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de conminaciones penales más detalladas (submarcos) que asignarían medidas diversas de pena a las distintas subclases de realizaciones (subtipos), más o menos graves, del injusto culpable y punible expresado en el tipo. Y, en tercer lugar, que, desde esta perspectiva, el acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquél en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena<sup>144</sup>.*

Silva Sánchez<sup>145</sup> chama atenção para a distinção existente entre o ponto de vista clássico, e o ponto de vista segundo o qual a essência do injusto radicaria no não reconhecimento ou a desatenção ao Direito (conceito ideal-comunicativo de injusto). Enquanto o ponto de vista clássico estaria vinculado à lesão ou perigo de lesão a um bem

<sup>141</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. Barcelona: *In Dret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 2, Abr-2007, p. 07. Disponível em: <<http://www.indret.com>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2011.

<sup>142</sup> Idem, p. 03.

<sup>143</sup> Idem, p. 04-05.

<sup>144</sup> Idem, p. 05.

<sup>145</sup> Idem, p.11.

jurídico (conceito empírico de injusto), o conceito ideal-comunicativo teria a atitude interna contrária ao direito, por parte do agente, como eixo central do injusto. Diante da incapacidade de ambos os conceitos no sentido de abarcar e explicar todos os casos de injusto (como, por exemplo, os motivos do agente), surgiu na doutrina o recurso a um conceito real ou material de injusto<sup>146</sup>, que teria o condão de incorporar tanto sua dimensão empírica, quanto comunicativa.

Para Silva Sánchez, uma aproximação sistemática à individualização judicial da pena partiria das seguintes considerações:

*a) El fin perseguido es la elaboración (dogmática) de una escala cuantitativa de subtipos (clases de realizaciones típicas), en la que se contengan ordenadas en función de su gravedad las diversas formas de realización de un mismo tipo.*

*b) La elaboración de subtipos no puede abordarse directamente. Para ello es necesario establecer primero un conjunto de criterios de valoración-ordenación. Por ejemplo, el criterio de valoración de los casos en función de su injusto objetivo ex ante; en función de su injusto objetivo ex post; en función de su injusto subjetivo, etc.*

*c) Cada criterio de valoración-ordenación se construye sobre dos premisas. Considerado en términos estructurales, cada criterio examina los casos a partir de la adopción de una determinada perspectiva o nivel de análisis (por ejemplo, el injusto subjetivo o incluso algún aspecto parcial de éste). En cuanto al contenido, cada criterio examina los casos a partir de las concepciones básicas sobre la teoría del delito de la que parta, aplicadas en concreto a la categoría sistemática en la que se enmarque (por ejemplo, una visión más naturalista o más normativista).*

*d) La aplicación sistemática de los criterios de valoración permitiría la obtención de un esquema de análisis de los casos. Éste, a su vez, haría posible la ordenación de dichos casos según valores (idealmente) numéricos, por ejemplo en base 10. Así, por ejemplo, de un caso A cabría afirmar que su injusto objetivo es de 5, frente a otro caso B cuyo injusto sería de 7; en cambio, el mismo caso A tendría un injusto subjetivo de 8, mientras que al caso B se le asignaría un injusto subjetivo 5. Naturalmente, no hay que contar aquí con valores exactos, sino sencillamente aproximados.*

*e) Un problema que queda abierto es el de si las valoraciones derivadas del análisis de los casos conforme a los criterios de un determinado nivel pueden compensarse con las resultantes del examen del caso a otro nivel. Esto es, si cabe la compensación, de modo que un caso A con un injusto objetivo 5 y un injusto subjetivo 7 “pese” lo mismo que un caso B con un injusto objetivo 7 y un injusto subjetivo 5.*

*f) En todo caso, la traducción cuantitativa de las valoraciones-ordenaciones anteriores en medidas concretas de pena sólo podrá llevarse a cabo en términos aproximados<sup>147</sup>.*

Enfim, para Silva Sánchez<sup>148</sup>, um possível modelo de quantificação do injusto penal deveria levar em conta, no tocante ao injusto objetivo, tanto o injusto *ex ante*, quanto o injusto

<sup>146</sup> Em defesa de um conceito material de delito, FRISCH, Wolfgang. *Delito y sistema del delito*. Trad. Ricardo Robles Planas. In: *El Sistema Integral del Derecho Penal*. WOLTER, Jürgen; FREUND Georg (Eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 193 et seq.

<sup>147</sup> SILVA SÁNCHEZ, op. cit. p. 11.

*ex post*. Já no aspecto subjetivo, seriam apurados a intenção e os graus de conhecimento por parte do agente.

Em relação ao injusto *ex ante*, seria considerado em primeiro lugar o risco para o bem jurídico concretamente tutelado, representado tanto pela dimensão quantitativa do injusto (grau de probabilidade *ex ante* da lesão - certeza, probabilidade máxima, probabilidade média, probabilidade mínima e improbabilidade – e magnitude esperada da lesão – máxima, média, mínima e inexistente), quanto pela dimensão qualitativa do injusto (infração de deveres especiais – dever de garante de intensidade máxima, média, mínima ou ausência de dever – e elementos de conteúdo simbólico contemplados *ex ante*, tais como os motivos). Em segundo lugar, seriam sopesados os riscos para outros bens jurídicos, ou seja, as consequências extratípicas previsíveis.

Já no que tange ao injusto *ex post*, deveria ser levada em consideração a medida efetiva da lesão (ou efetiva colocação em perigo) e a medida efetiva da negação da norma.

Por fim, no tocante à imputação subjetiva, apreciando-se a intenção e os graus de conhecimento, o autor indica os seguintes patamares: intenção mais conhecimento seguro, intenção mais conhecimento provável, intenção, conhecimento seguro, conhecimento do provável, conhecimento do possível, desconhecimento vencível e desconhecimento invencível.

Conclui asseverando que o esquema de ordenação dos casos intermediários deve se mover entre o caso mais grave (*máxima probabilidade + máximo dano + máxima infração de deveres + máxima negação do direito + intenção e conhecimento seguro*) e o caso menos grave (*mínima probabilidade + mínimo dano + mínima infração de deveres + mínima negação do direito + conhecimento apenas provável*).

Pode-se afirmar, a partir das considerações de Silva Sanchez, que as teorias tradicionais de aplicação de pena mesclam características pretéritas e outras prospectivas, gerando sentenças carentes de sentido ou sem critérios lógicos.

Na dogmática penal brasileira, verifica-se igualmente a mesclagem de características pretéritas e prospectivas, notadamente em virtude da redação do art. 59 do CP, no sentido de

---

<sup>148</sup> Idem, p. 11-13.

que a fixação da pena se dê conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. É possível constatar a prevalência da concepção de natureza mista, adjetivada por René Ariel Dotti como “*necessária e importante conciliação*” entre as teorias absolutas e as teorias relativas<sup>149</sup>.

Gilberto Ferreira também se inclina pela teoria mista, lembrando, no entanto, que o ordenamento penal brasileiro se mostrou mais retribucionista do que prevencionista, opção esta extraída das normas contidas nos artigos 121, §5º e 129, §8º, do CP, que estipulam hipóteses de perdão judicial quando as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. Para o autor, nessas normas “*o legislador foi única e exclusivamente retribucionista: se a retribuição foi alcançada pelas consequências do próprio fato, não há nenhuma razão para se falar em aplicação de pena*”<sup>150</sup>.

Seja na doutrina estrangeira ou pátria, o apelo à concepção mista da pena historicamente somente teve, e ainda possui, o condão de reforçá-la, apelando-se ora a um, ora a outro escopo, quando não somando-os. O que não pode faltar, em um olhar punitivo, é a construção de uma justificação (pseudo) racional para a supressão da liberdade.

### **3.1.1. O discurso crítico da pena privativa de liberdade no Brasil.**

Muito embora se afirme unanimemente que o assentamento da pena<sup>151</sup> constitui uma das mais relevantes fases do processo criminal, porquanto representa o exato momento em que as ameaças da norma adquirem concreção, retirando ou restringindo direitos basilares do acusado, a predominante visão acerca da pena e sua fixação, desenvolvida após a Reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro e a edição da Lei de Execução Penal, sofreu clara influência do programa político-criminal do movimento da Nova Defesa Social, delineando o projeto punitivo brasileiro a partir do dogma da ressocialização e deixando de promover um paradigmático rompimento em relação à discricionariedade para a mensuração da pena e ao positivismo etiológico para sua justificação.

<sup>149</sup> DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 168.

<sup>150</sup> FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995, p. 31.

<sup>151</sup> Sobre os modernos enfoques acerca da pena e suas consequências, BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio R.; GARCÍA-PABLOS, Antonio; PIERANGELI, José H. (Coords.) *De Las Penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

Esta ausência de ruptura paradigmática<sup>152</sup> contribuiu sobremaneira para a perpetuação de interpretações maniqueístas, para a superestimação das impressões pessoais do juiz e para os constantes manejos utilitaristas de importantes institutos e conceitos normativos e dogmáticos a respeito da sanção afliitiva e de sua determinação.

Diante desta constatação, tornou-se evidente a necessidade de se aplicar a dogmática penal na tarefa de racionalizar a compreensão da sanção penal e de seus critérios de aplicação da pena, fornecendo a estes subsídios teóricos para uma mais efetiva limitação do poder punitivo estatal. Surgem desta necessidade as concepções críticas da pena, notabilizadas fundamentalmente pela teoria materialista/dialética, capitaneada no Brasil por Juarez Cirino dos Santos<sup>153</sup>, e pela teoria negativa/agnóstica, conduzida em por Nilo Batista e Eugenio Raul Zaffaroni<sup>154</sup>.

A teoria materialista/dialética da pena se caracteriza por estabelecer, a partir de uma perspectiva fundada na tradição marxista em criminologia, uma clara diferença entre funções reais e ilusórias da ideologia penal nas sociedades capitalistas. Tal teoria dá azo à construção da chamada *criminologia radical*, assim definida por Juarez Cirino dos Santos:

A Criminologia Radical distingue objetivos ideológicos aparentes do sistema punitivo (repressão da criminalidade, controle e redução do crime e ressocialização do criminoso) e objetivos reais ocultos do sistema punitivo (reprodução das relações de produção e da massa criminalizada), demonstrando que o fracasso histórico do sistema penal limita-se aos objetivos ideológicos aparentes, porque os objetivos reais ocultos do sistema punitivo representam êxito histórico absoluto desse aparelho de reprodução do poder econômico e político da sociedade capitalista<sup>155</sup>.

Segundo a teoria materialista/dialética da pena, o Direito Penal constitui um sistema dinâmico desigual tanto na definição dos delitos, ao realizar a proteção seletiva de bens jurídicos conforme os interesses econômicos e políticos das classes hegemônicas, quanto na

<sup>152</sup> Sobre a crítica ao modelo positivista, Santiago Mir Puig ressalta que “[...] *la moderna Hermenéutica ha puesto de manifiesto que la aplicación de la ley desborda con mucho el puro análisis del tenor literal del texto legal. La letra de la ley no ofrece más que el punto de partida y el límite máximo de la interpretación de la norma*”, acrescentando que “[...] *para poder concebir la Dogmática como algo más que pura ‘reproducción’ aclaratoria del Derecho vigente, es preciso abandonar un planteamiento estrictamente positivista que ‘aísle’ la misión del jurista y prohíba su contacto con los imperativos, inevitablemente creadores, de la Política Criminal*” MIR PUIG, op. cit., p. 24. .

<sup>153</sup> Na doutrina estrangeira notabilizam-se: PASUKANIS, Evgeny. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989; RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica. As origens do sistema penitenciário - séculos XVI-XIX*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 26ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

<sup>154</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<sup>155</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, p. 128.

aplicação das penas, ao produzir a estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social, e ainda, ao nível da execução penal, por empreender a seletiva repressão de marginalizados sociais, que se por um lado não possuem serventia real nas relações de produção e distribuição material, por outro são simbolicamente úteis no processo de reprodução da desigualdade e opressão capitalistas<sup>156</sup>.

Nessa perspectiva, as sanções estigmatizantes do Direito Penal realizariam ao mesmo tempo “*a função política de garantir e reproduzir a escala social vertical, como função real da ideologia penal*”<sup>157</sup> e “*a função ideológica de encobrir/imunizar comportamentos danosos das elites de poder econômico e político da sociedade, como função ilusória da ideologia penal*”<sup>158</sup>.

Em um Direito Penal construído sobre as bases de um sistema econômico capitalista, ao nível da criminalização primária a ideologia da proteção de bens jurídicos ocultaria a real tutela dos interesses das classes sociais hegemônicas, de um lado criminalizando comportamentos típicos das classes sociais subalternas e, de outro, assegurando a não intervenção penal sobre comportamentos socialmente danosos das classes hegemônicas. Já no momento da criminalização secundária seria decisiva a posição social do acusado, restando penalmente imunes as elites de poder econômico e político, enquanto que, sobre os marginalizados sociais e o subproletariado, recairiam as maiores chances de criminalização<sup>159</sup>.

Em crítica quanto às funções atribuídas à pena, a teoria materialista/dialética sustenta que “*a pena criminal realiza a função fundamental de retribuição equivalente da sociedade burguesa, executada mediante a função de neutralização de condenados reais – eventualmente, com a função complementar de intimidação de autores potenciais*”<sup>160</sup>. Nessa perspectiva, a pena como retribuição equivalente seria expressão de um Direito Penal discriminatório, promovendo a seletiva criminalização dos alijados sociais do mercado de trabalho e reforçando os instrumentos formais e ideológicos de controle social.

Por outro lado, as funções de prevenção especial positiva de correção individual e de prevenção geral positiva de afirmação da validade da norma constituiriam “*discurso oficial*

<sup>156</sup> CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 494.

<sup>157</sup> Idem.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 494-495.

<sup>159</sup> Idem, p. 495.

<sup>160</sup> Idem, p. 496.

*legitimador das funções reais ou latentes da pena criminal, que garantem a desigualdade e a opressão social da relação capital/trabalho assalariado das sociedades contemporâneas*<sup>161</sup>. Aquela restaria desautorizada não apenas por seu fracasso histórico e continuado, mas também diante da real construção social do crime e da dessocialização e rotulação do indivíduo, promovidas pela experiência privativa de liberdade desencadeada por ação do próprio Estado. Esta pela constatação de que garantir a fidelidade jurídica do cidadão significa assegurar sua fidelidade à vontade do poder e pela demonstração materialista/dialética da correlação sistema penal/mercado de trabalho.

Juarez Cirino conclui a explanação sobre as bases da teoria materialista/dialética sustentando a necessidade de construção de uma dogmática penal não como critério de racionalidade do sistema punitivo - prisma este legitimante -, mas como um sistema de garantias do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, caracterizado pela criação de conceitos aptos a afastar ou restringir o poder de ingerência estatal na esfera da liberdade individual, de modo a obstar ou abrandar o sofrimento humano produzido pela desigualdade e seletividade do sistema penal<sup>162</sup>.

Igualmente em um sentido redutor, porém partindo de premissas distintas, figura a teoria negativa/agnóstica, preconizada por Nilo Batista e Eugenio Raul Zaffaroni. Essa teoria parte da confrontação entre os modelos ideais de estado de polícia e de direito para melhor compreender a função política do direito penal e precisar o conceito e as implicações da pena.

O modelo de estado de polícia caracterizar-se-ia não somente pela substancialista assunção e decisão, por um grupo, classe social ou segmento dirigente, das diretrizes acerca do que é apropriado ou aceitável realizar-se, fazendo emergir um direito transpersonalista, a serviço de entes meta-humanos (tais como divindade, casta, classe, estado, mercado etc.), mas também pelo exercício vertical, arbitrário e paternalista de poder, pautando-se pela postura de castigo e ensinamento aos cidadãos<sup>163</sup>.

Já no modelo de estado de direito, as diretrizes acerca do que é apropriado ou aceitável realizar-se seriam fixadas pela maioria, com o respeito às minorias e com a compreensão de que as regras devem ser permanentes (não transitórias) e vincular a todos, indistintamente.

---

<sup>161</sup> Ibidem.

<sup>162</sup> Idem, p. 497.

<sup>163</sup> BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p.94.



Esse modelo caracterizar-se-ia pelo exercício horizontal e democrático do poder, tendendo a uma justiça procedimental e voltada a serviço dos próprios humanos, de modo que, fraternalmente, afete o menos possível a existência de cada um<sup>164</sup>.

A teoria negativa/agnóstica da pena refuta as funções positivas declaradas ou manifestas da pena (retribuição e prevenção geral e especial), asseverando que as teorias positivas da pena são legitimantes do estado de polícia, sociologicamente falsas por serem baseadas em generalizações arbitrárias e carentes de comprovação empírica e acobertadoras do real exercício do poder punitivo<sup>165</sup>.

Revisitando a concepção de Tobias Barreto, a teoria encara a pena como fato de poder político correlativo ao fundamento jurídico da própria guerra, assim construindo seu conceito:

[...] a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Trata-se, sim, de uma coerção que impõe privação de direitos ou dor, mas que não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos (não faz parte da coerção estatal reparadora ou restitutiva nem da coerção estatal direta ou policial). Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la. Essa teoria negativa e agnóstica da pena permite incorporar as leis penais latentes e eventuais ao horizonte do direito penal e, por conseguinte, fazer deles sua matéria, assim como desautoriza os elementos discursivos negativos do direito penal dominante<sup>166</sup>.

Em outras palavras, a pena constituiria um fato de poder passível de limitação pelo poder dos juristas, poder este a ser legitimado e ampliado até o limite da capacidade das agências jurídicas, dotando-as de meios para a contenção do poder punitivo exercido pelas agências não jurídicas<sup>167</sup>.

Assim, para a teoria negativa, o direito penal teria como tarefa a legitimação das decisões das agências jurídicas, tomadas no intuito de conter a ação do poder punitivo do estado de polícia em prol do fortalecimento das bases de um estado de direito. Nessa perspectiva, a meta do direito penal seria a proteção de bens jurídicos (segurança jurídica) - não a ilusória tutela de bens das vítimas (atuais ou futuras), mas a proteção dos que são *efetivamente ameaçados pelo crescimento incontrolado do poder punitivo*<sup>168</sup>. A proteção

<sup>164</sup> Idem.

<sup>165</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>166</sup> Idem p. 99-100.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 111.

destes pelas agências jurídicas não teria o condão de neutralizar as demais agências do sistema penal ou de subjugar o estado de polícia, mas tão-somente de refrear seu alargamento, através de um dever decisório racional, posto que exercido dentro de seus limites e tendente à limitação e contenção do poder punitivo.<sup>169</sup>

Elucidam os autores tal opção:

Sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias do estado de polícia, e para isto fizerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para sua afirmação refradora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra<sup>170</sup>.

Em comentários sobre a teoria negativa/agnóstica, Juarez Cirino dos Santos afirma que esta rejeita o modo de produção da vida social, definidora da articulação de homens e tecnologia na relação de produção *capital/trabalho assalariado*, dentro da qual se manifesta a luta de classes<sup>171</sup>. Com isso, o conceito de Estado restaria descolado da estrutura de classes da sociedade civil, o poder político isolado da luta de classes e a pena criminal “*diluída na coerção oficial mediante privação de direitos ou dor, sem identificar a prisão como modalidade específica de punição das sociedades capitalistas*”<sup>172</sup>.

Salienta ainda o autor que, muito embora a refutação das funções declaradas ou manifestas da pena por parte da teoria negativa/agnóstica possua convergência com o discurso da teoria material/dialética da pena, o elemento agnóstico do conceito empregado por aquela, ao abdicar da percepção das funções reais ou latentes do sistema penal e das realidades ocultas por detrás da aparência de instituições sociais, a princípio destoaria da tradição histórica da Criminologia Crítica<sup>173</sup>, uma vez que abandonaria a crítica baseada na dialética entre as funções declaradas ou manifestas da ideologia penal, legitimantes do controle social, e as funções reais ou latentes do sistema penal, assecuratórias das relações sociais calcadas na separação entre força de trabalho e meios de produção<sup>174</sup>.

---

<sup>169</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>170</sup> Idem, p.108.

<sup>171</sup> CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 475.

<sup>172</sup> Idem.

<sup>173</sup> Idem.

<sup>174</sup> Idem.

No entanto, a par das pequenas ressalvas apresentadas, predomina no autor a crença de que o escopo de refrear a ação do poder punitivo "*justifica a teoria negativa/agnóstica como teoria crítica, humanista e democrática do Direito Penal*"<sup>175</sup>, uma vez que "*definir pena como ato de poder político, atribuir à pena o mesmo fundamento jurídico da guerra e rejeitar como falsas as funções manifestas ou declaradas da pena criminal significa ruptura radical e definitiva com o discurso de lei e ordem do poder punitivo*"<sup>176</sup>.

Enfim, as estreitas distinções paradigmáticas entre as teorias materialista/dialética e negativa/agnóstica não afastam sua natureza - crítica do sistema penal e preocupada com os valores democráticos humanistas - nem desvirtuam o fato de que ambas, cada qual com percepção e munção argumentativa próprias, integram as mesmas trincheiras de contenção racional do poder punitivo.

Na busca de um maior equacionamento entre as teorias materialista/dialética e negativa/agnóstica, soa consistente a adoção de uma perspectiva que, mantendo a rejeição a qualquer função positiva à pena (perspectiva negativa), abandona, contudo, seu componente puramente agnóstico em prol de uma visão realista quanto às funções reais ou latentes do sistema penal, ao mesmo tempo em que abdica do viés eminentemente econômico (fundado na marcante correlação capitalista entre sistema penal e mercado de trabalho) em favor de uma compreensão capaz de agregar, fortemente, a percepção da pena como ato de poder político<sup>177</sup> do estado de polícia.

A perspectiva harmonizadora, aqui esposada, não descarta do fato de que os desígnios ideológicos aparentes do sistema punitivo mascaram o sustento das relações de produção e de criminalização de massas, nem do fato de que, a partir da aplicação da pena privativa de liberdade, é estabelecida a retribuição equivalente da sociedade capitalista e acionado o processo de seletiva estigmatização e repressão dos marginalizados das relações de produção e distribuição material, medidas estas funcionais à verticalização social ansiada pelas classes hegemônicas. Da mesma forma, não desconhece a arbitrariedade, hierarquização e paternalismo típicos do modelo de estado de polícia que desafiam o exercício horizontal e democrático do poder no modelo de estado de direito, nem olvida que a pena privativa de

---

<sup>175</sup> Ibidem, p. 474.

<sup>176</sup> Idem.

<sup>177</sup> Nesse sentido, BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p.108.

liberdade representa instrumento de injunção de dor, sem reparar, restituir, deter lesões em curso ou neutralizar perigos iminentes.

No entanto, sustenta a edificação de uma teoria crítica que efetivamente perceba as funções reais ou latentes por detrás das funções declaradas do sistema penal – não agnóstica, portanto – e que, ao mesmo tempo, vislumbre a prisão não como modalidade exclusiva de punição das sociedades capitalistas (e necessariamente inserida na luta de classes decorrente da dialética capital/trabalho assalariado), mas como fato de poder político punitivo do estado de polícia, a ser contido pelo manuseio racional do poder e do discurso das agências jurídicas.

A teoria conciliatória ora propugnada busca nos próprios alicerces do Estado Republicano e Democrático de Direito os fundamentos para legitimar o poder redutor das agências jurídicas, notadamente quanto à aplicação da pena.

Tendo em vista ser a Constituição o instrumento jurídico que afirma as bases republicanas e democráticas do Estado, é dela que se extraem os fundamentos de legitimidade e validade do poder redutor das agências jurídicas. E considerando que o Estado Republicano e Democrático de Direito brasileiro possui como fundamento a dignidade da pessoa humana (e sua correspondente humanidade das penas), compete às agências jurídicas - a ele alinhadas - impedir que a habilitação desmesurada e irracional do poder punitivo típico do estado de polícia estorve os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CRFB) e de promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CRFB). Surge daí a tese central da teoria: a existência de um autêntico dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade de afetação do indivíduo sentenciado.

#### 4. LIMITES À APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE. UMA NOVA PROPOSTA DISCURSIVA.

##### 4.1. Uma nova proposta discursiva. Força normativa dos princípios e o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo.

Com a nova ordem constitucional, já não há mais espaço para a permanência dos mesmos parâmetros interpretativos antes vigorantes em matéria de aplicação da pena privativa de liberdade. Com efeito, “*as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando automática e acriticamente a jurisprudência forjada no regime anterior*”<sup>178</sup>, razão pela qual não se mostra constitucionalmente sustentável “*uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo*”.

Com base nesta premissa, é possível asseverar que a Carta de 1988 passou a tecer preceitos relativos à sanção penal absolutamente dissonantes do ideário penal e da conformação político-criminal inspiradores da Reforma Penal de 1984<sup>179</sup>. Certo assim que “*um Direito Penal em contradição com a Carta Magna ou não atualizado após a superveniência desta, seja no processo legislativo, seja na interpretação e aplicação da lei, representa exercício de poder punitivo sem qualquer legitimação democrática*”<sup>180</sup>.

<sup>178</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 70-71.

<sup>179</sup> Ilustrando bem esse momento, afirma Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior: “*Na época da elaboração do texto do atual art. 59 do CP vivíamos uma ditadura militar, ainda em seus estertores (o Projeto de Lei data de 30 de junho de 1983). Já se passaram vinte anos sobre o advento da Constituição Federal. Contudo, a mesma geração de juristas que hoje a (des) aplica, em sua boa parcela, nem cresceu nem foi educada sob o manto de um Estado Democrático de Direito. Ademais, a sua formação acadêmica também foi conduzida, na sua ampla maioria, por docentes que não tiveram a oportunidade de dialogar e debater criticamente durante, pelo menos, vinte anos [...] Assim, não estavam acostumados, ou liberados, nos bancos de faculdade, a fazer juízos de constitucionalidade sobre os temas que eram explanados aos graduandos de então. E esse desapego à filtragem hermenêutico-constitucional gerou (e gera) graves problemas quando da aplicação do Direito pelos operadores do direito de hoje e, em especial, aos magistrados*”. SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. *Aplicação Constitucional das Circunstâncias Judiciais*. *Revista Direito e Liberdade*, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - Região Oeste, Mossoró, ano 5, v. 10, p. 04, jan.-jun. 2009. Sustentando a mesma tese do texto, CARVALHO, Salo, op. cit. p. 334.

<sup>180</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

A superação do regime pré-Constituição parte todavia da percepção de que a consagração da “fé punitiva” e o apego à projeção de finalidades para a sanção penal ofuscam a observação da realidade punitiva brasileira, ocultando suas mazelas<sup>181</sup>.

De fato, a prática da aplicação de pena ainda não logrou desapegar-se de sua pretensa função paladina e da aspiração de prover justiça por uma via instantânea e quantitativa. Tal “justiça instantânea e quantitativa” busca cindir o tempo existencial da pena do tempo físico, reitor do espaço livre, olvidando que tempos abstratamente idênticos refletem vivências inteiramente díspares<sup>182</sup>. Explicável, nesse sentido, a constatação de que “*o ordenamento jurídico, mediante a prisão, procura dominar o tempo*”<sup>183</sup>.

A pena privativa de liberdade, uma vez convencionado tratar-se de ferramenta sancionatória de natureza violenta, não pode ser entorpecida por suas funções punitivas declaradas, em especial a que exalta sua imprescindibilidade para a defesa social. Por cumprir reais finalidades sociais, políticas e econômicas excludentes e humanamente desagregadoras, carece de legitimidade democrática.

Em outras palavras, deve o magistrado escapar da alienação causada pelo debate dogmático sobre os fins das penas, não cabendo a ele fazer da sentença instrumento de política criminal. Nesse sentido, elucida García Arán:

*Me parece evidente una confusión entre el cometido del legislador y el del juez: la ley penal debe prever los potenciales hechos delictivos y fijar el mínimo de pena que considera suficiente para evitarlos, atendiendo a criterios de proporcionalidad, pero al juez no debe preocuparle la actuación posterior de ciudadanos que no están – por el momento – sometidos a juicio y mucho menos ‘preocuparse’ incrementando la sanción del que en ese momento se juzga. Ello, creo, sería instrumentalizar al reo con fines de prevención general; supone instrumentalización el utilizar la fase judicial de determinación de la pena para perseguir fines a los que se consagra la conminación penal y que incluso deben formar parte de otros sectores distintos de la política estatal ajenos al Derecho Penal*<sup>184</sup>.

<sup>181</sup> Nesse sentido, Salo de Carvalho recorda que na história dos sistemas punitivos as justificativas legitimadoras da pena, por mais “nobres” e “humanas” que possam parecer, sempre potencializaram a violência das agências de punitividade, ou seja, ao fim nobre sempre houve correspondente meio espúrio. CARVALHO, Salo. Supérfluos fins (da pena): constituição agnóstica e redução de danos. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.156, p. 14, nov. 2005.

<sup>182</sup> Nesse sentido, Nilo Batista e Eugenio Raul Zaffaroni concluem que “*a condenação é sempre um momento restritivo ou condicionante do projeto existencial do apenado, que se desenvolve no tempo de cada um. Em consequência, ocorre que o tempo físico pode dimensionar-se por um único ato, porém o tempo existencial não pode expropriar-se a não ser mediante uma longa sucessão de atos, na qual cada um deles deveria ter limites, sendo contudo impossível impô-los previamente e, menos ainda, levá-los a cabo com igual intensidade de sofrimento no tempo essencial de cada pessoa que é, por essência, um dado individual e dinâmico*” BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p.296.

<sup>183</sup> MESSUTI DE ZABALA, Ana Maria. *O tempo como pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.33.

<sup>184</sup> GARCÍA ARAN, Mercedes. *La prevención general en la determinación de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, tomo XXV, fasc. I, jan-abr 1981, p. 520.

Em lugar de transformar a sentença em utensílio político-criminal, deve o magistrado ater-se aos meios discursivos eficazes para o adimplemento da obrigação constitucional de minimização dos efeitos da pena privativa de liberdade sobre o indivíduo. Ao se sobrepor à contenda dogmática, o juiz afirmará o poder efetivo da agência judicial perante as agências do sistema penal que catalisam o poder punitivo<sup>185</sup>.

Além de afirmar o poder da agência judicial frente a agências do sistema penal, o emprego redutor do discurso também possui o condão de reforçar a convicção crítica de que quanto mais efetiva for a contenção do poder punitivo típico do estado de polícia, maior será o respeito aos direitos fundamentais do acusado e mais subsídios serão fornecidos à prevalência do Estado Democrático, Social e Republicano de Direito.

Em uma nova perspectiva constitucional democrática, a atribuição de funções à pena daria enfim lugar à função das agências jurídicas e assistenciais diante do evento delitivo e frente à ação do poder punitivo. Com isso, até que o Estado Brasileiro prescindia da privação da liberdade como instrumento penal, os papéis das agências jurídicas e assistenciais seriam desempenhados em três instâncias e momentos distintos.

Em um primeiro instante, não obstante a gama de consequências deletérias do evento delitivo, a ocorrência deste teria ainda por função tornar evidente, para tais agências, quais indivíduos foram expostos a tal grau de vulnerabilidade que merecem pronta atenção estatal, no sentido de fomentar a contenção do estado de vulnerabilidade à ação do poder punitivo. Trata-se da função identificadora, desempenhada pelas agências.

Em um segundo estágio, notadamente no momento da aplicação da pena, a função da agência jurídica passaria a ser a restrição, de forma racional e ao máximo, dos danos da

---

<sup>185</sup> Nesse contexto, valendo-se do arrimo constitucional, poderia a agência judicial inclusive se sobrepor à agência legislativa ordinária que catalisasse o poder punitivo ou de maneira arbitrária, ou de forma a engessar o poder decisório judicial. Pertinente, a propósito, a observação de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “[...] o juiz como mero cumpridor de uma vontade que não é dele, não pode ser outro que um repetidor daquilo que está estabelecido na lei. no fundo, nem um mínimo juízo de discricção se dá, porque o juízo de discricção é nada (oportunidade-conveniência), porque o juízo de discricção é falacioso. O que se faz, em verdade, é manter um sistema que, antes de valorizar a atuação do juiz, valoriza o sistema normativo – em si mesmo – e dá tão-só ao mesmo a possibilidade de ser um mero intérprete. O que está nos falando, por certo, em termos de discricionariade é, antes de pensar nela, pensar em quem faz atuar as normas, porque centro do poder; e tudo passa pelo poder. É ele, enfim, o juiz, que tem a possibilidade, inclusive, de decidir contra legem [...] O que é preciso fazer, então, é parar de se iludir com o dogma de que o juiz é um servo da lei, porque essa é que é a grande questão. Essa é que é a chave de volta de todo o problema. O juiz é, deve ser, respeitado como órgão criador do direito [...] precisamos enxergar essa realidade e fazer as pessoas verem (os alunos, todos!), que os magistrados também são humanos e a vontade a prevalecer é, de fato, a vontade deles. Não adianta, portanto, farisaicamente bitolar o juiz pela lei, porque não há um só texto que não mereça ser interpretado”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Discricção judicial na dosimetria da pena: fundamentação suficiente. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n.21, p. 150-153, jan.-jun. 1993.

incidência do poder punitivo sobre o apenado. É o que se denomina função negativa ou contentora. Por fim, já durante o cumprimento da pena por parte do sentenciado, em nome da afirmação do Estado Social, teriam as agências assistenciais por função oferecer (jamais obrigar) meios pelos quais o apenado possa reduzir seu grau de vulnerabilidade, se assim o desejar. Trata-se da função positiva, ou oportunizante.

A perspectiva ora defendida se justifica uma vez que o autor de fatos puníveis, na qualidade de titular de direitos fundamentais que surgem da dignidade humana e que garantem sua proteção, deve conservar a oportunidade de reduzir seu grau de vulnerabilidade à ação do poder punitivo, bem como de ter na agência judicial não uma instância inquisidora, mas essencialmente protetora do indivíduo face à habilitação ilegal ou irracional daquele poder.

A aplicação redutora da pena representa efetivamente a última barreira no processo de concreção da intervenção punitiva estatal. O arrefecimento dessa barreira, pelo uso da sentença como instrumento político-criminal defensivista, é invariavelmente proporcional à amplitude do dano causado ao indivíduo e à coletividade.

Tal concepção punitiva defensivista deve, destarte, sofrer uma necessária revisão, que se inicia com uma nova proposta discursiva acerca da aplicação da pena, alicerçada em três assertivas, distintas porém complementares. A primeira das constatações aponta no sentido de que a Constituição Federal, o Código de Processo Penal, o Código Penal, a Lei de Execução Penal e os Tratados e Convenções internacionais em matéria penal não mais podem sofrer uma interpretação inerte e assistemática, fundada em métodos estritamente dogmáticos e formais. Devem, sim, receber o influxo da efetividade, de modo que todos os princípios neles contidos abandonem seus vieses meramente informadores e passem a atuar com força<sup>186</sup> de normas jurídicas<sup>187</sup> e de maneira integrada<sup>188</sup> para a tutela dos direitos fundamentais inspiradores de nosso Estado Democrático e Social de Direito.

---

<sup>186</sup> Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

<sup>187</sup> Nesse sentido, cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Com semelhante entendimento, afirma Maria Lucia Karam: “A autonomia relativa do Estado capitalista permite a incorporação de normas que positivam conquistas das classes subalternizadas, como ocorre com as normas consagradoras de direitos fundamentais, traduzidas em alguns princípios e regras constitucionais. Tais normas devem ter sua prevalência afirmada, superando-se o tradicional isolamento entre o enunciado geral dos princípios e regras constitucionais e sua aplicação aos casos concretos, superando-se as interpretações pouco desenvolvidas, presas a um acentuado positivismo jurídico, que acabam por atrelar o juiz ao direito infraconstitucional”. KARAM, op. cit., p. 123.



A superação do positivista apego aos dispositivos infraconstitucionais punitivos em prol do resgate da força normativa dos princípios e, sobretudo, da orientação redutora da Constituição, é de fato um elemento distintivo do início de um novo paradigma da aplicação da pena<sup>189</sup>.

A segunda conclusão é a de que a Constituição de 1988 não incorporou teleologicamente o discurso legitimador da pena<sup>190</sup>. Pelo contrário: do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e do correspondente princípio da humanidade das penas deflui o dever jurídico-constitucional de redução da intensidade de afetação individual. É possível concluir, assim, que os princípios constitucionais têm fundamentalmente por escopo traçar limites punitivos e conter danos<sup>191</sup>, restando democraticamente incongruente e substancialmente desarmônica a utilização de princípios constitucionais penais em prejuízo do próprio indivíduo. Conforme preceituado na doutrina, “a Constituição existe para definir e limitar a autoridade governamental, não para definir e limitar direitos individuais”<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> Anabela de Miranda Rodrigues salienta, nesse sentido, que “[...] *nem só da norma que se refere à determinação da medida da pena, mas de outras disposições do Código Penal, deste mesmo no seu conjunto, e até de certas disposições constitucionais [...] pode resultar uma operação de determinação da medida da pena*”. RODRIGUES, op. cit., p. 80.

<sup>189</sup> Nesse sentido, Salo de Carvalho salienta que “a consolidação do modelo iuspositivista dogmático no direito (penal) estimula o esquecimento da força normativa da Constituição e a resignação com a aplicação mecânica das leis inferiores. Como consequência, obtém-se a manutenção de racionalidade legalista que provoca a dessubstancialização do direito, isto é, ao centrar sua análise na lei ordinária (fetichismo legalista), os aplicadores do direito mantêm eficazes normas isentas de conteúdo constitucional (inválidas materialmente). Desta forma, é comum perceber a ‘penalização’ da Constituição pela incessante recusa do jurista ao processo de constitucionalização do Código Penal e Processual Penal e das leis penais especiais e complementares”. CARVALHO, Salo. *A sentença criminal como instrumento de descriminalização (o comprometimento ético do operador do direito na efetivação da Constituição)*. AJURIS, Porto Alegre, v. 33, n. 102, p. 332, jun.2006.

<sup>190</sup> Cf. CARVALHO, op. cit. p. 334. Poderiam ser apontadas como exceções ao sentido redutor as disposições constitucionais no sentido de que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLII), “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (art. 5º, XLIII) e, ainda, que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (art. 5º, XLIV). Trata-se, na verdade, de medidas que se porventura possam mitigar o sentido predominantemente mitigador da Constituição, por outro lado não o descaracterizam. A existência de limitações à empreitada redutora não faz com que a Constituição de 1988 deixe de ser essencialmente um instrumento minimizador de danos.

<sup>191</sup> Nesse sentido, sustenta Salo de Carvalho que “o delineamento constitucional em momento algum flerta com fins, funções ou justificativas punitivas, indicando apenas meios para minimizar o sofrimento imposto pelo estado ao condenado”, concluindo que “a consequência do entrelaçamento entre ausência do discurso legitimador e a determinação de critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução configura a projeção da política punitiva de redução de danos”, op. cit. p. 334-335.

<sup>192</sup> No original: “the Constitution exists to define and limit government authority, not to define and limit individual rights”. LEVY, Leonard Willians. *Seasoned Judgements – The American Constitution, Rights and History*. New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers, 1994, p. 36.

Incongruentes e desarmônicas também são as normas ou medidas tendentes a se fundamentar a punição estatal a partir de finalidades a ela atribuídas<sup>193</sup> ou, ainda, de se empreender retrocessos discursivos em matéria de fixação da pena<sup>194</sup>.

Tendo em vista que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas” (art. 7º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos) e considerando que a Constituição de 1988 estabeleceu como norte a contenção de danos e a fixação de limites punitivos, é nesse sentido que a tarefa de injunção da pena privativa de liberdade deve ser manejada e interpretada<sup>195</sup>.

Tem-se, por fim, como terceira conclusão, a tese de que a aplicação redutora da pena é uma autêntica garantia constitucional do indivíduo frente ao Estado, contraposta ao próprio dever jurídico-constitucional estatal de minoração da afetação do indivíduo.

Na qualidade de garantia, a medida racional-redutora da pena estabelece uma barreira intransponível aos escopos de retribuição, prevenção especial e prevenção geral, impedindo que considerações alheias ao fato delitivo possam alicerçar ou compor a resposta penal estatal. Por outro lado, franqueia ao Estado a potestade de diminuir ou mesmo dispensar a sanção penal, uma vez que nenhuma garantia constitucional o impede de restringir ao mínimo a intervenção penal sobre o indivíduo.

Enquanto garantia, a aplicação redutora da pena obviamente se nutre de todos os princípios constitucionais tendentes à mitigação de danos. Assim posto, busca fundamento ético no axioma da Humanidade. Baliza-se por ação do axioma limitador da legalidade. Materializa-se por força da individualização da pena. Cobra do juízo exaustiva fundamentação de uma decisão contrária ao dever de minimização da afetação individual. Garante, como favoráveis, todos os dados do fato que, de algum modo, não funcionem em detrimento do acusado. Exige da pena lesividade e intervenção mínimas. Ordena que toda e qualquer análise sobre a culpabilidade seja promovida em um sentido unicamente redutor. Demanda que

---

<sup>193</sup> No sentido do texto, cf. CARVALHO, op. cit., p. 14.

<sup>194</sup> Nesse contexto, afirma Leonardo Massud: “Para efeito da projeção do conceito de dignidade humana no direito penal brasileiro, devem ser considerados como aplicáveis e irrenunciáveis todos os avanços já conquistados pelo País no que concerne à difícil conciliação entre o direito de punir e o dever de respeitar o ser humano, nas mais variadas dimensões de sua personalidade. Em outras palavras, a humanidade das penas será observada sempre que se pretender cumprir suas finalidades, imprimindo o menor sofrimento moral possível ao condenado”. MASSUD, Leonardo. *Da Pena e sua Fixação. Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p.86.

<sup>195</sup> No âmbito da fixação da pena-base, o efeito principal do novo paradigma político-criminal humanizador, edificado pela Constituição de 1988, consiste na rejeição da possibilidade de uso das circunstâncias judiciais em prejuízo do acusado.

fatores alheios ao evento delitivo transcendam o mínimo possível à pessoa do condenado. Por fim, tem por proporcional a pena que se mostra necessária, adequada e estritamente proporcional ao escopo redutor.

A medida racional-redutora da pena, afinal, traz para si o influxo dos direitos fundamentais, representando a materialização da Justiça Constitucional<sup>196</sup> na aplicação da pena, mediante a contenção racional do poder punitivo.

As referidas constatações abrem espaço para o florescimento de novos paradigmas e critérios, que, de forma pragmática, passam a informar as atividades de interpretação, aplicação e execução das penas, de modo a conferir proeminência a uma política criminal redutora de danos<sup>197</sup>.

Estabelecer a tarefa de determinação da pena a partir de um critério limitador pautado pelas conclusões supramencionadas parece ser um caminho mais seguro para alcançar o máximo de garantias e o mínimo de intervenção penal, minorando-se consequentemente os danos oriundos da repressão e seletividade estrutural do sistema penal<sup>198</sup>.

Em suma, no âmbito da fixação da pena exercem um papel decisivo os parâmetros aportados pelos direitos fundamentais e os direitos humanos, porque aqui se produz a concreta afetação ao indivíduo. Paradigmas como o princípio da humanidade e o dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade da afetação indicam um novo caminho à determinação da pena privativa de liberdade.

---

<sup>196</sup> O significado de Justiça Constitucional, no sentido aqui empregado, consiste na intervenção do Poder Judiciário em defesa da efetivação dos direitos fundamentais e, especialmente, na atuação em cumprimento do seu dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual.

<sup>197</sup> Nesse sentido, observa Salo de Carvalho que o delineamento das penas na Constituição em momento algum flerta com “fins, funções ou justificativas”, indicando apenas “meios” para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado. Nos incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX do art. 5º está traçada a forma constitucionalizada de imposição de penas, balizada pelas idéias de pessoalidade, individualização, humanidade e respeito à integridade física e moral. Mas o dispositivo mais exemplar da configuração constitucional da política penalógica de redução dos danos é encontrado na alínea ‘e’ do inciso XLVII. Ao determinar vedações a algumas espécies de pena (morte, prisão perpétua, trabalhos forçados e banimento — alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, respectivamente), a Constituição estabelece, na referida alínea (‘e’), o princípio da proibição do excesso punitivo, ao negar, em qualquer hipótese, a aplicação e execução de penas cruéis (CARVALHO, Salo de., op. cit., p. 14-15).

<sup>198</sup> Igualmente em defesa de um sistema de determinação da pena pautado pelo máximo de garantias e o mínimo de intervenção penal do Estado, cf. BUSTOS RAMIREZ, op. cit., p. 324.

#### 4.2. Princípios limitadores da interpretação da lei penal quanto à aplicação da pena.

No âmbito de uma nova proposta discursiva quanto à aplicação da pena, o estabelecimento de princípios limitadores da interpretação da lei penal passa a demandar também novas premissas teóricas e práticas. A primeira delas surge com a constatação de que a interpretação dos direitos humanos deve ser "*pro homine*", ou seja, sempre deve ser aplicável, no caso concreto, a solução que mais amplia o gozo e o exercício de um direito, liberdade ou garantia. É o que preceitua o artigo 29, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ao estabelecer, como norma de interpretação, que nenhuma disposição da convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis locais ou outras convenções aderidas.

Aportando esta regra hermenêutica para o âmbito da aplicação da pena privativa de liberdade, matéria indissociavelmente atrelada à própria humanidade penal, há que se concluir que todas as normas relativas à injunção penal devem também receber interpretação "*pro homine*", aplicando-se a alternativa que mais estenda a fruição e o exercício de um direito, liberdade ou garantia. Essa a orientação há muito consolidada em matéria de direitos humanos e seguida pela Constituição de 1988, ao consagrar o dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade de afetação individual.

Feitas estas considerações, chega-se à segunda premissa fundamental: a necessidade de se interpretar o ordenamento jurídico penal a partir do que se passa a denominar "*máxima efetividade redutora*", visão hermenêutica defensora de que todos os axiomas contidos no ordenamento jurídico – em especial em sede constitucional –, substituam sua essência informadora por um conteúdo material e de eficaz atuação normativa em amparo aos direitos fundamentais e à empreitada redutora de danos<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> Essa concepção coincide em certa medida com a defendida por Amilton Bueno de Carvalho, ao propor uma *dúplice* direção à interpretação da lei penal, sendo que na direção punitiva/perseguidora a interpretação deveria ter força centrípeta, apontando restritivamente para o núcleo do texto, de modo a provocar o menor sofrimento possível ao acusado, enquanto que na direção libertária teria a interpretação força centrífuga, de forma a proporcionar a extensão dos direitos e garantias individuais. CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. *Reformas Penais em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 20-24.

Essa nova visão hermenêutica<sup>200</sup> se vale de uma percepção realista e estrutural do sistema penal, como autêntico fato de poder, para superar a contemplativa visão no sentido de que a própria existência formal dos princípios relativos à pena privativa de liberdade conduz à reverência e acatamento destes. De fato, “*é absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio de legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando sabemos que, estruturalmente, estão preparados para os violar a todos*”<sup>201</sup>.

Os princípios constitucionais, uma vez verdadeiramente apropriados pela argumentativa judicial, passam a desempenhar papel condicionante da aplicação penal, estreitando a margem de arbítrio subjetivista. A partir desta ótica realista, torna-se possível a planificação de um discurso axiológico objetivo e funcional à tarefa redutora do poder repressivo, seletivo e estigmatizante do sistema penal.

Semelhante reclame já fora suscitado por Zaffaroni:

O discurso jurídico-penal deve planejar as decisões judiciais, de forma a que estas possam estender tais princípios até as máximas possibilidades de realização permitidas pelo poder decisório dessas agências, e que os ‘standards’ de realização assim obtidos e em permanente ampliação possam ser convertidos em limites máximos de irracionalidade tolerada (por falta de poder que a reduza ainda mais) no exercício do poder seletivo (incriminador) e reativo (que deteriora e condiciona) dos sistemas penais<sup>202</sup>.

Nessa perspectiva, a máxima efetividade, alcançada pela força cogente de normas constitucionais, seria capaz de contribuir tanto para o distanciamento entre direito penal e moral - retirando do primeiro a tradicional função de justificar as relações de poder dominantes, por influência da segunda -, quanto para uma correlativa política criminal de mínima afetação.

<sup>200</sup> Acerca da hermenêutica, salienta Ferraris que Hermes, na qualidade de mensageiro dos Deuses, exercitava uma atividade de tipo prático, levando anúncios, advertências e profecias, acrescentando o autor, em seguida, que em suas origens míticas e ao longo de toda a sua história, a hermenêutica, na qualidade de exercício de transformação, sempre se contrapôs à teoria, como contemplação de essências eternas e inalteráveis por parte do observador. FERRARIS, Maurizio. *Storia dell'ermeneutica*. Milano: Bompiani, 1988, p. 37. Aportando para o âmbito da aplicação da pena a concepção de que a hermenêutica é exercício de transformação, é possível asseverar, grosso modo, que o juiz encarna metafórica e miticamente, a figura de Hermes do sentido redutor preconizado pela Constituição de 1988. Todavia, para levar este sentido ao caso concreto, é imprescindível, antes de tudo, que o magistrado acredite no caráter humanizador da mensagem constitucional.

<sup>201</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 235.

<sup>202</sup> Idem.

Enfim, a “*máxima efetividade redutora*”, assim colocada, traria imperatividade aos princípios legais e constitucionais e significaria, grosso modo, a edificação de uma política criminal, epicentrada no juiz, de despenalização parcial por meios interpretativos.

Nessa ótica, o desrespeito aos princípios legais e constitucionais passa a demandar a nulidade absoluta e integral da sentença, sendo manifesto o prejuízo do condenado que não encontrou na agência judicial uma cumpridora do dever constitucional de arrefecimento dos danos penais. Compete, portanto, ao aplicador da pena, valendo-se do norteamento constitucional, atentar para a necessidade de manejar racionalmente os instrumentos e métodos que, quando não afastam a inevitabilidade da pena privativa de liberdade, ao menos a tornam menos danosa<sup>203</sup>.

Por seu turno, cabe ao intérprete da lei penal valer-se da basilar premissa de que a função precípua do hermeneuta em matéria penal é a de orientar sua tarefa à tutela da liberdade individual frente à ação irracional do poder punitivo estatal, valendo-se argumentativamente dos axiomas legais, constitucionais e previstos em declarações internacionais para concretizar esta empreitada discursivo-redutora.

Ciente de que nenhum princípio constitucional obsta o Estado de autolimitar ao mínimo sua intervenção penal frente ao cidadão<sup>204</sup>, caberia então à agência judicial empregar o referido escudo discursivo em resistência à habilitação desmesurada do poder punitivo e à violação sistemática dos axiomas pelo sistema penal. Afinal,

O que se pode pretender – e fazer – é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade dessas violações, operando internamente a nível de contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios<sup>205</sup>.

<sup>203</sup> No mesmo sentido do texto, sustenta Maria Lúcia Karam: “*Enquanto ainda convivemos com o violento, danoso e doloroso poder punitivo, enquanto milhões de indivíduos em todo o mundo ainda são submetidos às infinitas dores do encarceramento, temos, ao menos, de buscar a contenção desse poder e a amenização dessas dores através da mais estrita observância dos princípios garantidores positivados nas normas fundamentais inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas*” KARAM, Maria Lúcia. *A Privação da Liberdade: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Série escritos sobre a liberdade*, vol. 7. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 27.

<sup>204</sup> MAGARIÑOS, Mario. *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*. In: VVAA. *Determinación judicial de la pena*. Julio Bernardo Maier (Comp.). Buenos Aires: Editores del Puerto: 1993, p. 80.

<sup>205</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 235.

#### 4.2.1. Princípio da Humanidade.

Correspondente e alicerce da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) em matéria penal, o princípio da humanidade atua como fundamento penal maior do Estado Republicano e Democrático de Direito, na busca da contenção da ingerência desmesurada e irracional do poder punitivo sobre os indivíduos, contenção esta realizada em defesa da edificação de uma sociedade livre, justa, solidária (art. 3º, I, da CRFB) e que promova o bem de todos (art. 3º, IV, da CRFB).

Na essência, o princípio demanda que “toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (art. 5º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos), sendo, enfim, “*o epicentro da ordem jurídica, conferindo unidade teleológica e axiológica a todas as demais normas constitucionais, repudiando a aritmética penal talonária e rechaçando penas e consequências jurídicas inumanas*”<sup>206</sup>.

Com base nessas premissas, chega-se à basilar conclusão de que o princípio da humanidade constitui o fundamento penal maior do dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade da afetação do indivíduo, possuindo grande relevo na tarefa de determinação da pena, já que capitaneia a condução de uma política criminal redutora de danos.

A moderna doutrina penal e de direitos fundamentais se depara cada vez mais intensamente com a necessidade de elucidar o real significado e alcance do que vem a ser humanidade, enquanto princípio político-criminal de respeito à pessoa humana e de compreensão e reconhecimento do outro (alteridade) e, afinal, de si mesmo, a partir da dialética estabelecida com o outro.

Enquanto princípio político-criminal de respeito à pessoa humana, o axioma da humanidade pode ser bem ilustrado nas palavras de Ernesto Garzón Valdes, quando assevera que os direitos fundamentais formam parte essencial de um projeto constitucional adequado a lograr a concreção das exigências do respeito à dignidade humana, sendo certo que a consciência da própria dignidade é a base do auto-respeito e da conservação, na vida em

---

<sup>206</sup> TJ/DF, Habeas Corpus n. 20070020056203HBC, 1ª Turma Criminal, Relator Desembargador GEORGE LOPES LEITE. No tocante à ampla dimensão do princípio da humanidade, reconheceu Sebastian Soler que no Estado liberal o primeiro e mais firme limite é o que provém da consideração da pessoa humana. Cf. SOLER, Sebastian. *Bases ideológicas de la reforma penal*. Buenos Aires: Eudeba, 1966, p. 32.

sociedade, da condição de agente moral. Logo, quando esses direitos possuem vigência, restaria bloqueada a possibilidade de se tratar uma pessoa como meio, disso defluindo que a outorga e o respeito a esses direitos não são atos de benevolência por parte de quem detém o poder, mas exigências básicas<sup>207</sup>.

Em outras palavras, afirma o autor que quando se lesiona a dignidade das pessoas ao negar-lhes os direitos que todo ser humano pode e deve moralmente reclamar para evitar ser convertido em objeto ou restar animalizado, a mera súplica de respeito a esses direitos não é suficiente. A concessão desses não se suplica, mas se exige<sup>208</sup>.

Já enquanto compreensão e reconhecimento do outro e, conseqüentemente, de si mesmo, a humanidade (sob o viés redutor) identifica-se com o imperativo da tolerância, notabilizado pelo traslado à posição jurídica, social e humana do indiciado, acusado ou apenado, a fim de reconhecê-lo como sujeito de direitos e, conseqüentemente, eliminar juízos eminentemente morais, retributivos, exemplificantes ou correccionais. Com efeito, “*a racionalidade da pena implica tenha ela um sentido compatível com o humano e suas cambiantes aspirações. A pena não pode, pois, exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente negativa*”<sup>209</sup>.

A correspondência entre humanidade e tolerância pode ser estabelecida dentro do núcleo de fundamentos do Estado Democrático de Direito, emanados do art. 1º da Constituição de 1988 e que permeiam todo o ordenamento jurídico. Dignidade humana e pluralismo (aí entendido além da perspectiva política) se entrelaçam para alicerçar o Estado Democrático, assegurando o reconhecimento jurídico, social e humano do indivíduo como sujeito imune a juízos de natureza discriminatória, moral, preventiva ou retributiva.

O postulado da humanidade penal, ora defendido, deve estar intimamente atrelado aos também postulados materiais do *favor rei* e da secularização, operando como elemento norteador de juízos de equidade quanto ao fato delitivo e suas circunstâncias, especialmente aquelas de difícil verificação ou refutação empíricas. Em outras palavras, para adquirir algum sentido de humanidade, a interpretação quanto às circunstâncias da culpabilidade,

---

<sup>207</sup> VALDÉS, Ernesto Garzón. Cual es la relevancia moral del principio de la dignidad humana? In: VVAA, *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*. Patricia Cópola (Comp.). Córdoba: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), 2006, p. 34.

<sup>208</sup> Idem.

<sup>209</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 100.



antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima (art. 59 do CP) deve necessariamente passar pelo crivo material do *favor rei* e da secularização.

Não obstante, verifica-se na doutrina penal moderna, na análise dos direitos humanos e na prática da aplicação da pena a tendência a se mascarar o caráter seletivo e discriminatório do sistema penal por intermédio de um discurso jurídico pseudo-humanista<sup>210</sup>, assim como a de tornar fluidos e flexibilizados determinados princípios até então considerados inarredáveis. A legalidade e a culpabilidade já não são vistas como intangíveis, e a alteridade parece estar obscurecida por uma fissão sócio-antropológica entre acusado e acusador, réu e julgador, entre apenado e júzo executor. Estes não mais guardam relação de identificação com os primeiros, deixando de compreender o mundo a partir da visão do outro.

Reversamente, perpetuam uma verticalização inquisitorial que, passando pelo interrogar<sup>211</sup> e culminando no ato de expropriar parte do tempo existencial do outro, fortalece a confiança na existência de uma posição dominante e superior do julgador sobre o réu. Tal cisão sócio-antropológica dá azo a concepções de cunho intransigente e moralizante, refletindo na própria intensidade da resposta penal a um fato delitivo.

Da mesma forma, um dos grandes perigos representados pela fluidez do princípio da humanidade e pela difusão acrítica das orientações funcionalistas da culpabilidade, em especial as carregadas por júzos psico-sociais, reside na aceitação, como critérios para a medição da própria pena, da intensidade da frustração das expectativas sociais, bem como da menor tolerância da coletividade frente a determinados autores de crimes, sobretudo aqueles aos quais se imputa a assunção de uma subcultura.

Nesse sentido, elucida Bobbio:

---

<sup>210</sup> Nesse contexto, afirma Roberto de Aguiar: “*Hoje, a crueldade não é mais pública, ela se esconde, confina-se entre as paredes, atinge os que não tem voz. A aplicação da pena, deliberadamente se coloca como não-cruel, como recuperadora, isto é, como medida humana ou humanizadora. Mas, a mesma crueldade continua a existir, tanto no procedimento investigatório, como na própria aplicação da sanção penal*”. AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *Direito, poder e opressão*. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1984, p. 89.

<sup>211</sup> Aplicáveis, aqui, as considerações de Zaffaroni no sentido de que “*el interrogador, el inquisidor, necesariamente se pone en una posición de superioridad respecto del ente al que está interrogando. Si te estoy interrogando para dominarte es porque yo soy el señor que seleccionó las preguntas, yo estoy en el plano superior al ente interrogado. Y nada cambia cuando el ente interrogado es otro ser humano. No cambia la forma de interrogar y la forma de hacer las preguntas, con lo cual está implícito un contenido discriminatorio, jerarquizante de seres humanos, va implícito que si yo me atribuyo la función de preguntar a un ente, que es otro ser humano, con esta metodología de preguntar como señor, de interrogación señorial, va implícito en la pregunta que yo estoy en posición dominante y que soy superior y que esa superioridad me confiere el derecho a seleccionar las preguntas y a dominarlo, porque el interrogado es inferior*”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 40-41.

A tolerância não implica a renúncia à própria convicção firme, mas implica pura e simplesmente a opinião (a ser eventualmente revista em cada oportunidade concreta, de acordo com as circunstâncias e as situações) de que a verdade tem tudo a ganhar quando suporta o erro alheio, já que a perseguição, como a experiência histórica o demonstrou com frequência, em vez de esmagá-lo, reforça-o.<sup>212</sup>

Por fim, afirma:

Para além das razões de método, pode-se aduzir em favor da tolerância uma razão moral: o respeito à pessoa alheia. Também nesse caso, a tolerância não se baseia na renúncia à própria verdade, ou na indiferença frente a qualquer forma de verdade. Creio firmemente em minha verdade, mas penso que devo obedecer a um princípio moral absoluto: o respeito à pessoa alheia. Aparentemente, trata-se de um conflito entre razão teórica e razão prática, entre aquilo em que devo crer e aquilo que devo fazer. Na realidade, trata-se de um conflito entre dois princípios morais: a moral da coerência, que me induz a pôr minha verdade acima de tudo, e a moral do respeito ou da benevolência em face do outro<sup>213</sup>.

Juridicamente, o princípio da humanidade apresenta-se como um princípio vetor de diversos outros axiomas constitucionais. Valorar as diferenças significa racionalizar a pena. Trata-se, em última análise, do primordial reconhecimento do outro como semelhante e da consciência de que a decisão a ser tomada condicionará o destino daquele.

A aplicação racional da pena exige do magistrado, antes de qualquer fundamentação jurídica, a adoção de um senso de responsabilidade no reconhecimento do outro. Fundamentalmente, para adquirir um mínimo de coerência, o ato de impor uma pena a outrem exige o conhecimento do outro. E conhecer o outro é reconhecê-lo. Quaisquer prognósticos ou suposições dissociados do reconhecimento do outro recairão, necessariamente, em autoritarismo e na refutação da própria utilidade científica do direito penal, como instrumento de promoção do ideário de justiça. A humanização está, enfim, na própria alteridade.

No arcabouço jurídico brasileiro, o princípio da humanidade não advém apenas do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), da não submissão à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CRFB), da vedação a penas excessivas, capitais ou cruéis (art. 5º, XLVII) e do direito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX). Subentende-se em diversos outros dispositivos. O objetivo fundamental de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CRFB), a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CRFB), a inviolabilidade da liberdade de

<sup>212</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed., 6ª reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 189.

<sup>213</sup> Idem, p. 191.

consciência e de crença (art. 5º, VI, da CRFB), a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CRFB), todos eles são permeados pela perspectiva da humanidade.

Dentre as normas que demonstram a latência do princípio da humanidade, aquelas que guardam maior relação com os juízos de natureza penal dizem respeito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CRFB), à lesividade (art. 5º, XXXV, da CRFB), à individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CRFB) e ao reconhecimento de que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade (arts. 38 do CP e 3º da LEP).

Numa perspectiva de alteridade e tolerância, a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CRFB) ganha novos contornos. Em primeiro lugar, funciona como vetor de afirmação do Estado Social e Democrático de Direito, mediante a minimização do exercício arbitrário do poder penal. A garantia passa também a traduzir o reconhecimento, por parte do constituinte originário, de que o desapego a ingerências de ordem moral ou reprovações éticas conduz à admissão da própria humanização do outro (*alter*).

A criminalização de projetos de vida em função de intromissões morais ou éticas, por outro lado, acarreta a fragmentação do sentido de humanidade, transformando a apreciação judicial não em uma lente sobre o acusado, mas em uma incisão (metaforicamente e a grosso modo associada a uma “*ultrassonografia espiritual e moral*”) sobre este.

Nesse contexto, lembra Ferrajoli que se por um lado a apreciação da autonomia da consciência e da moral interior distingue a ética laica moderna, a exigência de que os atos internos sejam juridicamente lícitos e, mais ainda, de que seja efetivamente reconhecido o direito natural à imoralidade constitui o mais revolucionário princípio do liberalismo moderno<sup>214</sup>. Prossegue o autor:

Observado em sentido negativo, como limite à intervenção penal do Estado, este princípio marca o nascimento da moderna figura do cidadão, como sujeito suscetível de vínculos em seu atuar visível, mas imune, em seu ser, a limites e controles; e equivale, em razão disso, à tutela de sua liberdade interior como pressuposto não somente da sua vida moral, mas também, da sua liberdade exterior para realizar tudo o que não esteja proibido. Observado em sentido positivo, traduz-se no respeito à pessoa humana enquanto tal e na tutela da sua identidade, inclusive desviada, ao abrigo de práticas constritivas, inquisitoriais ou corretivas dirigidas a violentá-la ou, o que é pior, a transformá-la; e equivale, por isso, à legitimidade da dissidência e, inclusive, da hostilidade diante do Estado; à tolerância para com o diferente, ao

---

<sup>214</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 385.

qual se reconhece sua dignidade pessoal; à igualdade dos cidadãos, diferenciáveis apenas por seus atos, não por suas idéias, por suas opiniões ou por sua específica diversidade pessoal<sup>215</sup>.

O postulado material da humanidade também guarda estreita relação com a própria lesividade (art. 5º, XXXV, da CRFB), afastando da intervenção penal vontades não exteriorizadas e características inerentes ao ser humano por detrás da figura “réu”. Com isso, a alteridade contribui para tornar constitucionalmente incongruentes os tipos criminológicos de autor e aqueles que se sustentam apenas em um conjeturado risco social, e que assim habilitam a profusa intervenção do poder punitivo sobre os sujeitos considerados perigosos ou subversivos.

O reconhecimento de que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade (arts. 38 do CP e 3º da LEP) igualmente traduz um imperativo de humanidade. A própria Organização das Nações Unidas preocupou-se com tal premissa, asseverando de maneira categórica no item 57 das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros que a prisão e outras medidas cujo efeito é separar um delinquente do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem do indivíduo o direito à autodeterminação, privando-o da sua liberdade.

No momento da injunção da pena, deve o magistrado ter em conta tais consequências para o indivíduo, na busca de se evitar, em nome da própria condição humana, que o período de cárcere acarrete um processo de dessocialização ainda maior.

Sob o crivo da humanidade (reduzora), o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CRFB) também sofre uma correção interpretativa. Nesse sentido, a aplicação da pena passa a refletir o exercício máximo de interação e contato entre juiz e réu, momento em que a compreensão do outro adquire relevância primordial, mostrando ao magistrado aplicador que a diferença é elemento fundante e integrante da própria dinâmica social, não uma pecha do acusado.

Cumpra nesse sentido ao magistrado compreender as circunstâncias que fizeram do acusado alvo da seletividade do poder punitivo. Precisamente nesse contexto, Salo de Carvalho afirma que a mais relevante implicação advinda da incorporação do modelo de

---

<sup>215</sup> Idem.

vulnerabilidade “*é a inserção do valor constitucional da tolerância na teoria do direito penal, em decorrência da negativa na qual o juízo de reprovabilidade deve ocorrer desde uma única e exclusiva base axiológica*”<sup>216</sup>, concluindo que, desse modo, “*o ‘ser’ do ‘outro’ passa a ser respeitado, negando a reprovação (penal) como forma de imposição de um ‘ser de si mesmo’ ao ‘ser do outro’*”<sup>217</sup>.

Essa nova compreensão do princípio da humanização da pena – cotejada pela tolerância - busca então alijar da apreciação judicial considerações de cunho estritamente subjetivo, passíveis de subversão discriminatória e retributiva. Aqui, a ‘demonização’ dá lugar à alteridade, passando a prevalecer a correta premissa de que o juiz criminal, ao individualizar as penas na sentença, deve estar sempre imbuído do sentido de humanidade, sem o qual as penas voltarão a ser o “mal” contra o crime<sup>218</sup>.

Não obstante, o atual arcabouço normativo penal brasileiro, em particular quando delimita os critérios acerca da pena e da culpabilidade do agente (art. 59 do CP), ainda abriga inúmeras considerações de ordem estritamente subjetiva. Tais juízos, muitas vezes saturados por emoções e impressões pessoais do juiz criminal, são comumente utilizados como critérios idôneos para o acréscimo da sanção penal, em prejuízo do réu.

Perceptível que a subjetividade exacerbada do juízo conduz a uma postura tendencialmente inquisitiva, consubstanciada na carência de fundamentos empíricos precisos e na intensa subjetividade dos pressupostos da sanção, denominadas por Ferrajoli de “decisionismo”<sup>219</sup>. Aduz o autor, nesse sentido:

Esta subjetividade se manifesta em duas direções: por um lado no caráter subjetivo do tema processual, consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a ‘tipos normativos de autor’ ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social; por outro lado, manifesta-se também no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas, determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato. O primeiro fator de subjetivação gera uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não no sentido da comprovação de fatos objetivos (ou para além dela), mas no sentido da análise da interioridade da pessoa julgada. O segundo degrada a verdade processual, de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador.<sup>220</sup>

<sup>216</sup> CARVALHO, op. cit., p. 87.

<sup>217</sup> Idem.

<sup>218</sup> PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p. 55.

<sup>219</sup> FERRAJOLI, op. cit., p.36.

<sup>220</sup> Idem, p.36-37.

O princípio da humanidade, em uma perspectiva minimizadora da afetação individual, revela também um novo mandamento: a vedação ao retrocesso humanizador penal. Este preceito demanda, em última análise, que a legislação ampliativa ou concessiva de direitos e garantias individuais em matéria criminal se torne imune a retrocessos tendentes a prejudicar a humanidade das penas. Recorre-se, para tanto, à analogia à própria determinação constitucional segundo a qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV, da CFRB).

Atrelando-se o dever jurídico de minimização da afetação do indivíduo - decorrente da própria essência da Constituição - à cláusula pétreia que veda a afetação de direitos e garantias individuais e atribuindo-se máxima efetividade redutora a estes comandos, é possível sustentar racionalmente a propagação de seu espectro de incidência ao nível infraconstitucional, de modo a obstar, também neste, o retrocesso humanizador penal.

Trata-se de um comando que visa a assegurar a estável e sempre progressiva evolução da humanização em matéria de injunção penal, impedindo retrocessos motivados por legislações de emergência ou por pressões de grupos politicamente ou ideologicamente comprometidos com a habilitação irracional do poder punitivo típico do estado de polícia.

Enfim, a construção de um sistema mais racional de aplicação da pena privativa de liberdade depende fundamentalmente do exercício contínuo de compreensão e reconhecimento do outro (réu) como sujeito de direitos, que merece tutela frente a juízos eminentemente morais, retributivos, exemplificantes ou correccionais. Fugir da tendência de retirar vindicativamente o status de humano do acusado representa um dos grandes desafios dos aplicadores da lei e da dogmática penal e de direitos humanos no Brasil.

As reflexões de um próprio magistrado são suficientes para revelar o sentido de humanidade que se deve atribuir à tarefa de aplicação da pena privativa de liberdade:

Em um Estado laico, em que direito e religião se separaram, não cumpre ao operador do direito e, em especial, ao magistrado, o papel de arauto dos bons costumes, muito menos a postura de imaginar-se o cabedal da polícia moral. Por trás da magnificência de uma beca ou de uma toga, há, na essência, sempre, um homem, igual a qualquer outro, pois repleto de anseios, angústias, esperanças e sonhos. E que o julgador não se coloque em pedestal no julgamento de seus iguais. Que enxergue, neles, o reflexo do ser humano falho que também é, com seus maus hábitos e maus gostos, sob a ótica de terceiros, mas nem por isso indigno. Somente enxergando-se enquanto ser humano que é, poderá, então, realizar

constitucionalmente a divina tarefa de julgar, conforme a conduta de cada um, e não sob a ótica moralista e narcisista de querer que os outros sejam reflexos de si próprio<sup>221</sup>.

A relação entre aplicação de pena privativa de liberdade e humanidade é conceitualmente paradoxal, pois no estágio civilizatório em que ainda vivemos, com os cárceres e agências do sistema penal que possuímos, a injunção dessa espécie de pena prescreve necessariamente a violação de direitos humanos<sup>222</sup>. Diante dessa constatação, e consciente da perenidade da cultura do encarceramento, mas já edificando as bases da vindoura abdicção da privação da liberdade, o discurso redutor procura restringir esta última às doses mínimas de consternação da humanidade. Recomenda-se, afinal, que na tarefa de sentenciar o magistrado siga a advertência de Goethe, citada por Radbruch: “*quer se tenha de punir, quer de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente*”<sup>223</sup>.

#### 4.2.2. Princípio da Legalidade.

Vigia na Europa até fins do século XVIII um sistema de ilimitada discricionariade do juízo e flexibilidade das penas, marcado pela inexistência de critérios limitadores da tarefa de aplicação da pena, característica esta extremamente funcional à estrutura absolutista de dominação política. Um segundo momento - diametralmente oposto ao primeiro – foi caracterizado pela estipulação de penas fixas para cada delito, de modo que nenhuma liberdade de avaliação fosse dada aos aplicadores.

Esse radical rompimento com o arbítrio judicial na injunção penal constituiu uma relevante reivindicação da revolução burguesa<sup>224</sup> e do iluminismo jurídico<sup>225</sup> e, após sua

<sup>221</sup> SANTOS JUNIOR, op. cit. p. 24.

<sup>222</sup> Ana Messuti observa, nesse sentido, que são as condições em que se desenvolve a execução da pena que indicam o significado de privação da liberdade, e quando tais condições forem de grande precariedade, favorecendo o contágio de doenças, alterações físicas e psíquicas e inclusive a morte, por privação da liberdade há de entender-se o submetimento do condenado a tais condições, não sendo exagerado considerar a sentença que condena a esse tipo de sofrimento uma norma prescritora da violação dos direitos humanos. MESSUTI DE ZABALA, Ana Maria. Derecho Penal y derechos humanos. Los círculos hermenéuticos de la pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 36, out.-dez. 1999.

<sup>223</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução por L. Cabral de Moncada. 4ª ed. Vol. 1. Coimbra: Armenio Amado, 1961, p. 313.

<sup>224</sup> Nilo Batista ensina que o Princípio da Legalidade “*surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, em nosso campo, o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal. Por um lado resposta pendular aos abusos do absolutismo e, por outro, afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal*”. BATISTA, op. cit., p. 65.

inscrição na declaração de direitos da Virgínia (1776) e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), alcança no Código Penal Francês de 1791 o extremo de uma atitude legalista<sup>226</sup>, consagrando a determinação legal absoluta da pena, no escopo da contenção, pelo legislador, de todo o poder que a discricionariedade irrestrita conferia ao magistrado e aos interesses políticos por ele veiculados.

A partir do século XIX, segue-se a esse embate a construção de um movimento de gradação penal fundamentado por um lado na tentativa de relativização do arbítrio, e por outro, na definição de marcos legais variáveis que pudessem romper com a inflexibilidade do sistema das penas fixas. Em outras palavras, esse terceiro e derradeiro estágio do processo de mensuração penal pauta-se pela necessidade de imposição de limites legais tanto mínimos quanto máximos para a aplicação da pena, dando-se, nessas margens, discricionariedade ao juízo aplicador. É o que Anabela de Miranda Rodrigues denomina de *compromisso entre legalidade e discricionariedade*:

O compromisso entre legalidade e discricionariedade judicial alcançado no século XIX partiu da pré-determinação legal da pena como garantia fundamental. A Escola Positiva italiana, o correccionalismo, a orientação moderna de Von Liszt, a Defesa Social de Gramatica e a Nova Defesa Social de Marc Ancel, as doutrinas penitenciárias comprometeram-se com a ampliação do poder judicial como forma de atender às necessidades de prevenção especial ligadas à personalidade de cada delinqüente. Tem aqui a sua matriz histórica, quer a pena absolutamente indeterminada, quer a relativamente indeterminada<sup>227</sup>.

No Brasil, o princípio da legalidade, taxativamente trazido pelo art. 179, XI, da Constituição de 1824 (“ninguém será sentenciado senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta”), muito embora não tenha representado uma ruptura da coexistência entre penas fixas e penas com marcos legais

---

<sup>225</sup> Nesse sentido, afirmou Beccaria: “Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não seja estabelecida em lei; e, a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta o um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão”. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003, p.20. E acrescentou: “Cada homem tem a sua maneira de ver; e o mesmo homem, em épocas distintas, vê diversamente os mesmos objetos. O espírito de uma lei seria, pois, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou penosa, da debilidade do acusado, da violência das paixões do magistrado, de suas relações com o ofendido, enfim, da reunião de todas as pequenas causas que modificam as aparências e transmutam a natureza dos objetos no espírito mutável do homem. Veríamos, desse modo, a sorte de um cidadão mudar de face ao transferir-se para outro tribunal, e a vida dos desgraçados estaria à mercê de um errôneo raciocínio ou da bile de um juiz. Constataríamos que o juiz interpreta apressadamente as leis, segundo as idéias vagas e obscuras que estivessem, no momento, em seu espírito. Veríamos os mesmos delitos punidos diferentemente em épocas diversas, pelo mesmo tribunal, porque, em vez de ouvir a voz constante e invariável das leis, ele se entregaria à instabilidade enganadora das interpretações ocasionais”, op. cit., p. 22-23.

<sup>226</sup> Nesse sentido, cf. RODRIGUES, op. cit., p. 60.

<sup>227</sup> Idem, p. 56.



variáveis, deu ensejo à prescrição formulada pelo Código Penal de 1830 no sentido de que nenhum crime deveria ser punido com penas que não estivessem estabelecidas nas leis, “*nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbítrio*” (art. 33). Afirmou-se, assim, a necessidade de atrelamento do magistrado aos graus legalmente prefixados, com escassa liberdade de arbitramento judicial. A vinculação a marcos legais também se evidenciou no Código Penal de 1890, ao estabelecer de forma expressa que nenhum crime deveria ser punido com penas superiores ou inferiores às que a lei impusesse, deixando, no entanto, possibilidade de rompimento do arcabouço de legalidade pelo arbítrio judicial (art. 61).

O arbítrio judicial como elemento capaz de desconstituir o sistema de marcos penais variáveis não mais encontrou taxativa previsão no Código Penal de 1940, nem na Reforma da Parte Geral de 1984, muito embora tenha adquirido veladas nuances. Estas se devem à cotidiana recorrência à ideologia político-criminal do positivismo, não mais em sua forma original de defesa da indeterminação das penas aos apenados “perigosos”, mas na justificação do incremento penal calcada em considerações de cunho correcionalista. O mesmo se pode dizer quanto à subsistência dos preceitos da Escola da Nova Defesa Social de Marc Ancel, não mais utilizados em sua forma original, mas mascarados por um discurso pseudo-humanista que, no fundo, faz da tutela da segurança da sociedade seu maior escopo.

Essa constatação nos faz concluir que, se por um lado o princípio da legalidade tolheu pretensões de habilitação ilimitada do poder punitivo - mediante a proibição de penas indefinidas -, por outro não logrou extirpar da práxis judicial o profundo apego ao correcionalismo defensivista, com seus inegáveis reflexos na medição da pena.

Justificável, pois, a antiga preocupação dos juristas quanto à excessiva discricionariedade no processo de aplicação da pena privativa de liberdade. Daí que a necessidade de contenção deste poder tornou-se durante muito tempo o centro das discussões em matéria de avaliação penal. Atualmente, muito embora não mais receba da dogmática a mesma proeminência de outrora, ainda merece atenção e vigilância, de modo a conter os constantes influxos irracionais punitivos.

Nesse contexto, adverte Anabela de Miranda Rodrigues:

Pelo que se refere aos critérios de medida da pena, designadamente, a equivocidade que eventualmente os rodeia, a permitir sobre eles interpretações divergentes, é um dos factores responsáveis pela discricionariedade do juiz nessa tarefa que, em vez de dominada por critérios objetivos e juridicamente vinculantes, se acolhe à esfera das valorações puramente subjetivas de quem a realiza<sup>228</sup>.

Acertada, assim, a constatação de que o sistema penal formal viola a legalidade penal<sup>229</sup>, uma vez que a deficiência de parâmetros legais e doutrinários definidos para a gradação penal enseja avaliações extremamente vastas e desprovidas de regulação, confiando esse campo à arbitrariedade, em prejuízo à chamada “legalidade das penas”<sup>230</sup>. Uma vez entregue a injunção penal ao mero arbítrio judicial, produz-se uma abdicação da legalidade e, ordinariamente, tende-se a destinar o poder da agência judicial a um sentido potencializador de danos, quando na verdade deveria atuar de maneira contra-habilitadora do poder punitivo<sup>231</sup>.

A crítica formulada à exacerbada subjetivação da mensuração da pena não pode ser aqui confundida com exaltação à objetivação, pois tal concepção conduziria à antidemocrática automação do processo quantificador, ocasionando a anulação das próprias individualização e humanidade penais, aqui vistas não a partir da ótica do apenado, mas sob o prisma do *ser humano juiz*, legalmente incumbido de individualizá-la.

Pelo contrário, imperioso reconhecer, ainda na esteira da explanação de Anabela Rodrigues<sup>232</sup>, que sempre haverá um *componente irracional*<sup>233</sup> na estipulação da pena, muito embora reconhecer a presença deste componente não signifique submissão a seu império<sup>234</sup> ou desistência de buscar, na Constituição, esteio para reduzir sua incidência<sup>235</sup>.

<sup>228</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 48.

<sup>229</sup> A violação da legalidade penal permeia todo o caminho analítico judicial quanto ao evento delitivo. Desde o enquadramento típico, até a mensuração concreta da pena, vê-se o arbítrio judicial como elemento catalisador da punitividade. Na gradação penal possui destaque a grande profusão de figuras jurídicas indeterminadas e vagas. Já como exemplos da insegurança jurídica no âmbito da tipicidade podem ser elencados a análise judicial do dever objetivo de cuidado nos crimes culposos, bem como o delineamento, por parte do julgador, da condição de agente garantidor nos crimes omissivos impróprios, ambos exemplos de fragilização da estrita legalidade. Nesse contexto, cf. AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 27-28.

<sup>230</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 28.

<sup>231</sup> Nesse contexto, salienta Raimundo Pascoal Barbosa: “[...] os lidadores do Direito não devem olvidar que não podem sair da legalidade, pois, ao contrário, será muito pior: haverá violência praticada pelo delinqüente e ilegalidade praticada pelos guardiões da ordem jurídica, que são os juízes. Nada pior do que a violência emanada do próprio Estado. E quando praticada pelo Juiz é ainda mais danosa à comunidade”. BARBOSA, Raimundo Pascoal. A ilegalidade na aplicação da pena. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.4, p. 3, maio 1993.

<sup>232</sup> Idem.

<sup>233</sup> A noção de *componente irracional* aqui colocada nenhuma relação possui com a negação da característica da racionalidade de uma decisão judicial, sempre salutar. Significa que sempre haverá alguma carga de subjetivação em todas as resoluções acerca da medição da pena privativa de liberdade.

<sup>234</sup> “A chamada discricionariedade judicial em grande parte não é livre. Não se renuncia, de facto, a pré-determinar vínculos normativos à actividade do juiz. Auspiciando na determinação da pena, o que pode dizer-se unanimemente, a redução das

Surge daí a importância da Constituição na imposição de limites à discricionariedade do Juízo aplicador da pena, o que se faz com fulcro no princípio da legalidade. Este axioma consiste na essencial tutela do indivíduo frente a possíveis iniquidades do Poder Judiciário, demandando, em última análise, que a atuação discricionária do magistrado jamais se dê em desfavor do sentenciado. A ausência ou obscuridade de contornos legais a determinados critérios de medição da pena não podem ser supridos pelo aplicador de forma gravosa, mas tão-somente de modo tendente à minimização da afetação (violência seletiva) destinada ao acusado, por ser este o dever jurídico constitucional imposto pela Constituição e assegurado pela legalidade<sup>236</sup>.

Nesse contexto, afirma Zaffaroni:

Como a ação do poder do sistema penal seguirá conservando sua irracionalidade, apesar da limitação que o poder da agência judicial lhe imponha – de vez que um ato violento e arbitrário não perde tais características pelo simples fato de que se proíba –, a agência deverá proceder sempre a uma interpretação restritiva e rigorosa do traço legal que predetermina a ação que lhe serve como pauta limitadora. O princípio de legalidade, muitas vezes entendido como ‘tipo-garantia’, não pode ter outro fundamento que a necessidade de limitar a violência seletiva do poder penal. É uma espécie de ‘direito penal mínimo’ hoje consagrado quase que universalmente e que se tratou de racionalizar, limitar e burlar das mais diferentes formas<sup>237</sup>.

Tal orientação redutora, porém, não se dá na prática da determinação da pena privativa de liberdade, em que são comuns as referências às atitudes interiores dos acusados ou a elementos de cunho meramente moral (ex. ausência de arrependimento da prática delitiva por parte do réu<sup>238</sup>), que não interessam ao direito penal e que, por esta razão, não encontram amparo na estrita legalidade.

---

*componentes irracionais a um papel residual, este desejo não pode realizar-se, diz-se, sem passar, desde logo, por uma disciplina legislativa realmente vinculante para o juiz”. RODRIGUES, op. cit., p. 84.*

<sup>235</sup> Nesse sentido, afirma Maria Lúcia Karam: “*Vinculando somente à lei o estabelecimento de limites à liberdade de ação do indivíduo, o princípio da legalidade erige a liberdade de ação do indivíduo como regra geral, assim, naturalmente, vinculando, de outro lado, o exercício do poder estatal a determinações legais e situando quaisquer proibições ou restrições à liberdade no plano da exceção*”. KARAM, op. cit., p. 56. Exatamente por esta razão, salienta a autora que a discricionariedade não pode resultar da ausência de lei sobre determinada matéria, uma vez que não se admite a atuação do Estado sem prévia autorização legal.

<sup>236</sup> Para efeitos executivos, a pena privativa de liberdade aplicada, uma vez transitada em julgado a decisão para a acusação, adquire o status de limite máximo possível da intervenção punitiva estatal. Logo, nunca poderá ser agravada, quantitativa ou qualitativamente, em sede de execução, sob pena de violação da legalidade e segurança jurídicas e de descumprimento, por parte do magistrado executor, de seu dever jurídico-constitucional de redução da afetação penal individual.

<sup>237</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 250. Em outra passagem, o autor salienta que, ao lado do princípio abstrato limitador da legalidade, há uma *garantia de legalidade* para cada caso concreto, que consiste no compromisso da agência judicial de exercer seu poder de maneira a decidir segundo a necessidade de se conferir “mínima-violação/máxima realização” ao princípio da legalidade. Idem, p. 235-236.

<sup>238</sup> Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 175.747/BA, Quinta Turma. Rel. Min. Gilson Dipp. Data do julgamento: 02 de dezembro de 2010.

Nesse sentido, salienta Ferrajoli:

Somente as ações externas, que produzem efeitos lesivos e imputáveis à culpabilidade de uma pessoa - e não também aos estados de ânimo, às atitudes interiores ou às características antropológicas dos sujeitos, freqüentemente expressáveis com palavras vagas e valorativas - são na realidade conotáveis de maneira precisa e denotáveis taxativamente como elementos constitutivos do delito no sentido exigido pelo princípio da legalidade estrita.<sup>239</sup>

Forçoso concluir que, em matéria de quantificação penal, o protagonismo conferido à inquirição acerca da pessoa do réu (dentre eles o juízo sobre a sua periculosidade) dá azo à proliferação de figuras vagas e suscetíveis à analogia *in malam partem*, tendentes à consolidação de um modelo penal de legalidade atenuada<sup>240</sup>.

Cumprido destacar ainda, no mesmo sentido, que os costumes não apenas são inidôneos à criação de crimes e penas, como também não devem produzir qualquer influência na dosimetria da pena, sob pena de violação da legalidade, em sua vertente *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*.

Na prática da determinação da pena privativa de liberdade também é possível constatar o imobilismo dogmático quanto à aparente justiça proporcionada pela opção de se fixar limites mínimos para a injunção penal, opção esta fundamentalmente calcada na função *nulla poena sine lege certa* (nula a pena sem lei certa) da clássica concepção de legalidade, segundo a qual o preceito secundário deve estipular as respectivas penas mínima e máxima de forma clara, evitando fórmulas genéricas ou indeterminadas que possam dar margem ao arbítrio estatal.

O Princípio da Legalidade (sob o viés redutor) busca romper com esse imobilismo dogmático, dando novos contornos à função *nulla poena sine lege certa*. Quanto à cominação de uma reprimenda máxima, não há quaisquer reparos a se fazer, pois traduz o imperativo constitucional da máxima legalidade penal, importante ferramenta de contenção do irracionalismo punitivo. Nessa perspectiva, a máxima legalidade penal se amoldará a uma postura de mínima danosidade penal.

A transformação veiculada pelo Princípio da Legalidade (em um novo prisma redutor) se dá no tocante à fixação de um quantum mínimo abstrato. Para tanto, conclui-se que, sendo o

---

<sup>239</sup> FERRAJOLI, op. cit., p.99.

<sup>240</sup> Idem. p.303.

princípio da Legalidade um instrumento vetor do dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo, não pode ele ser usado de maneira a restringir a eficácia do dever a que serve. Logo, valer-se de uma interpretação fundada na legalidade para impedir a transposição da baliza penal inferior de uma norma penal incriminadora significa empregar o axioma constitucional da legalidade justamente para arrefecer a plena eficácia limitativa preconizada pela Constituição<sup>241</sup>. Essa a concepção mais ajustada à nova realidade constitucional.

Toda a pujança do princípio da legalidade, verificada na análise quanto à configuração típica e na admissibilidade de imposição de uma pena, deve expandir seu alcance ao momento culminante e mais aflitivo da trajetória de um evento penal: a aplicação da pena. Afinal,

A decisão acerca da medida da pena efetuada sobre os estritos limites legais, sem levar em consideração, em desfavor do sujeito, condições ideologizadas de sua recuperação social, ou prognósticos acerca de seu comportamento posterior ao fato, ou ainda juízos morais acerca de sua conduta, corresponde fielmente ao sentido que deve ser imprimido a uma sociedade democrática, pluralista, multicultural e inclusiva<sup>242</sup>.

Esses são fundamentalmente os contornos do Princípio da Legalidade, uma vez nele incorporada a visão hermenêutica da “*máxima efetividade redutora*”, em concreta e eficaz destinação de tutela dos direitos fundamentais.

---

241 Nesse contexto, afirmam Maíra Machado, Alvaro Pires, Carolina Ferreira e Pedro Schaffa: “*Quando estabelecemos uma pena máxima, estamos dizendo que, na pior das hipóteses, na situação mais grave ou mais séria, este é o máximo de pena tolerável pelo direito de punir em um Estado democrático e de direito [...] enquanto a máxima é uma forma de garantir ao réu que o exercício do direito de punir não poderá ir além de determinado limite; a pena mínima é uma forma de impedir que o direito de punir seja exercido de modo adequado e individualizado*”. MACHADO, Maíra Rocha; PIRES, Alvaro Penna; FERREIRA Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro Mesquita (Coords.). *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Série Pensando o Direito: pena mínima, n. 02/2009, p. 23. E mais adiante recordam: “*Quando o legislador estabelece uma pena máxima, ele está limitando a atividade do juiz e, por intermédio dessa limitação, tornando efetivo o direito do réu a uma pena inferior àquele máximo legalmente previsto. Nesse caso, a lei limita a atuação do juiz para garantir um direito do réu. A limitação que a pena mínima exerce sobre a atuação do juiz, diferentemente, não efetiva nem garante direitos do réu. Ao contrário, a pena mínima impede que determinados direitos, constitucionais inclusive, sejam efetivados: impede que o juiz atue adequadamente e impede o exercício do direito constitucional a uma pena individualizada. Em outras palavras, do ponto de vista da efetivação de direitos, a pena mínima traz somente conseqüências negativas: impede que o juiz atue conforme sua convicção e as características do caso concreto e impede que o réu exercite seu direito a uma pena individualizada*”. Idem, p. 63.

<sup>242</sup> TAVARES, op. cit. p. 141. Anabela de Miranda Rodrigues também exalta a prevalência da estrita legalidade na medida da pena: “Um Estado de Direito, sensível à exigência de assegurar ao indivíduo as necessárias garantias de protecção através de uma definição tão precisa quanto possível dos pressupostos da punibilidade, não pode bastar-se com uma disciplina da determinação da medida da pena que negue ao agente, uma vez reconhecido culpado, a manutenção de semelhantes preocupações garantísticas”. RODRIGUES, op. cit., p. 50.

#### 4.2.3. Princípio da Fundamentação da Pena.

A fundamentação das decisões do Poder Judiciário (art.93, IX, da CF) é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, consubstanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, a fim de que seja possível a sensível avaliação tanto da imparcialidade do juiz, quanto da própria lógica e congruência das decisões<sup>243</sup>. Em matéria de determinação da pena, permite a certificação da concretização das hipóteses de incidência das normas penais - em especial as descritas no art. 59 do CP - e a sindicância sobre os efeitos delas resultantes<sup>244</sup>.

Enquanto título jurídico habilitante da privação da liberdade pessoal, a sentença penal condenatória exige o adimplemento do dever de motivação por parte do juiz, dever este que abrange a necessidade de fundamentar os fatos e a qualificação jurídica, bem como a opção pela injunção da pena privativa de liberdade e seu quantum. Em outras palavras, os magistrados devem tornar explícitos, na tomada de decisões, os elementos de convicção que sustentam a declaração dos fatos provados, a fim de proporcionar coerência jurídica e lógica à tarefa de determinação da pena.

Nesse aspecto, a fundamentação judicial atua como instrumento viabilizador do contraditório e da ampla defesa por parte do sentenciado, assegurando a este a refutabilidade das considerações formuladas pelo aplicador da pena. Com ela, o sentenciado *“sabe que sua pena não exorbitará os parâmetros que escapam ao bom senso, quer por seu crime ter causado comoção popular, quer por uma inclinação do juiz em ser mais rigoroso em determinados crimes”*<sup>245</sup>. A motivação permite ainda a sindicabilidade da sentença pelas

<sup>243</sup> A fundamentação das decisões judiciais em nosso país encontra raiz legislativa nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título LXVI, §7º): *“E para as partes saberem se lhes convém apellar, ou agravar das sentenças deffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não sejam, declarem especificamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da appellação, ou agravo ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”*.

<sup>244</sup> No que tange ao dever de motivação judicial, salienta Feijoo Sánchez: No cabe minusvalorar la importancia del deber de motivar la individualización punitiva - ni entenderlo cumplido con una mera y genérica alusión a las circunstancias que la Ley dispone se tengan en cuenta - porque el derecho del justiciable a recibir una respuesta razonada no puede quedar satisfecho si el Tribunal que lo juzga no explicita las razones por las que le impone una determinada magnitud de pena, extremo de la sentencia que es, en la mayoría de los casos, el que más intensamente afecta a sus derechos y a su vida futura. FEIJOO SÁNCHEZ, op. cit. p. 04. Também discorrendo sobre a relevância da motivação judicial, afirma Ana Paula Bastos de Pinho: *“Por óbvio, não se tem a ingenuidade de acreditar que o juiz, como ser humano que é, não possui valores próprios. Não só os possui, como é, de certo, por eles orientado. Mas isso não está em jogo. O que o garantismo chama de equidistância ou imparcialidade (terzietà) é, tão-somente, o afastamento do juiz em relação às partes do processo. É o quanto basta. A prestação de contas da decisão que tomar virá por meio da motivação, que servirá, assim, como o componente democrático da função jurisdicional, pois a parte interessada (a sociedade, de um modo geral) poderá conhecer as razões que fundamentaram o julgado e avaliar se estão condizentes com o sistema de valores insculpidos no texto constitucional”*. PINHO, op. cit., p. 76.

<sup>245</sup> SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, op. cit., p. 275.

instâncias superiores, característica esta que se afigura não apenas como garantia do acusado, mas também como garantia do próprio juízo *ad quem* à plena e inequívoca jurisdição e ao devido processo legal.

Não há falar, enfim, em Estado de Direito, Social, Republicano e Democrático, sem que as decisões de cunho jurisdicional possuam a devida fundamentação. Em uma perspectiva democrática há, verdadeiramente, um estreito liame entre fundamentação e individualização da pena<sup>246</sup>. Sem a primeira não se alcança a segunda e, sem esta, suprime-se o indivíduo e o conteúdo humanizador da tarefa de aplicação da pena, em prol da consagração de uma técnica automatizante dissociada dos proclames do Estado Democrático de Direito.

De fato, “*a sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racional*”<sup>247</sup>. Em matéria de injunção penal, atos de fé são inquisitoriais e irrefutáveis. Sustentam-se tautologicamente. Pressupõem a infalibilidade da autoridade emanadora. Documentos de convicção racional, por outro lado, respeitam o sistema acusatório. São postos a debate jurisprudencial. Não encerram em si mesmos seus fundamentos, buscando bases empíricas e coerentes de sustentação discursiva. Demonstram, enfim, que a aplicação da pena é feita por humanos e para humanos, sendo passível de falhas, sempre conducentes ao aprimoramento da própria humanidade das penas.

O princípio da Fundamentação da Pena (sob o viés redutor) parte da garantia constitucional de fundamentação das opções decisórias para, no âmbito da determinação da pena privativa de liberdade, embasar a adoção de uma política redutora de danos, mediante o desenvolvimento de um discurso jurídico penal coerente e sistemático.

Proceder desta maneira não significa valer-se de uma discricionariedade livre, mas sim vinculada exatamente aos novos critérios e orientações constitucionais de humanização e arrefecimento dos danos causados pela privação da liberdade. Nesse aspecto, tem-se que as limitações legais ordinárias jamais podem sobrepor-se às exigências constitucionais. Daí que a

---

<sup>246</sup> Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangelli salientam que “*é bastante ampla a apreciação judicial, o que o obriga a fundamentar, necessariamente, a individualização que faz da pena na sentença, não sendo, em absoluto, suficiente uma menção genérica aos artigos do Código Penal, que não torna perfeitamente conclusiva a razão que levou o magistrado a assim decidir, no caso concreto. Uma sentença assim elaborada é nula, porque não permite a sua crítica, posto que, não sendo possível reconhecer a fundamentação que leva à imposição de uma determinada pena, não é suscetível de comprovação a sua adequação ou inadequação às normas legais. Pode-se ampliá-las, mediante a interpretação dessas normas e com a aplicação concreta que delas faça o juiz, mas para isso é necessário saber quais foram elas, e, as omissões, neste sentido, isso impedem, o que torna incompreensível a individualização da pena realizada*”. ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 707.

<sup>247</sup> SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, op. cit., p. 277.

adoção de uma postura argumentativa redutora busca embasamento diretamente na ordem constitucional instituída, reinterpretando a legislação infraconstitucional de acordo com os reclames desta.

Em atenção ao princípio da fundamentação da pena, tem-se a obrigatoriedade de extensa motivação da decisão penal sempre que o juízo opte por desatender seu dever jurídico-constitucional de redução da afetação individual, sob pena de invalidação do *decisum*. De frisar que a nulidade da sentença por falta ou deficiência de fundamentação não se dá apenas de modo parcial, abarcando a mensuração da pena, mas atinge efetivamente toda a sentença, vez que o vício de fundamentação, afetando um dos pilares essenciais da decisão penal, a contamina por inteiro. Certo é que não se pode validar o ato processual sem que todos os seus elementos – relatório, fundamentação e dispositivo – estejam íntegros<sup>248</sup>.

Se por um lado possui o juízo a obrigação de ampla fundamentação sempre que decida pelo não atendimento de seu dever jurídico-constitucional redutor, por outro lado, cumprindo este dever, o magistrado vê-se desincumbido de dilatar os fundamentos de sua sentença. Extrai-se, daí, a conclusão de que a Constituição efetivamente exige do aplicador da pena a adoção de uma postura capaz de arrefecer a danosidade da intervenção penal.

Outra frente de argumentação redutora de danos pode ser extraída do exemplo espanhol. O Tribunal Supremo da Espanha aponta três possíveis formas de remediação da falta de motivação da individualização da pena: devolver a sentença ao juízo de origem (*Tribunal de Instancia*) a fim de que o mesmo profira outra decisão, mostrando o que restou imotivado na primeira; alternativamente, sanar o defeito, desde que na sentença recorrida sejam oferecidos elementos suficientes que permitam ao *Tribunal de Casación* realizar uma operação a

---

248 Nesse sentido, salientam Marcio Bártoli e Mariângela Lopes: “*Merece reflexão o entendimento que predomina nos tribunais no sentido de se considerar possível o reconhecimento de nulidade parcial de uma sentença condenatória que contenha falha de motivação na fixação da pena. prevalece a orientação de que defeitos neste campo incidiriam somente na parte dispositiva da sentença, não afetando a sua própria validade. Não há como se aceitar tal orientação prevalente nos tribunais. A natureza jurídica da sentença, por si só, já faz cair por terra tal entendimento, sugerindo imprescindível revisão dos questionamentos que envolvem a matéria [...] A sentença é ato processual simples, único, indivisível, cujo pronunciamento se exaure em uma só manifestação. Por consequência, o ato jurídico deve ser interpretado como um todo. Deste modo, qualquer vício que recaia sobre ela, afeta-a por inteiro*”. BÁRTOLI, Marcio; LOPES, Mariângela. Impossibilidade de anulação parcial da sentença penal condenatória diante de vício na fixação da pena. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 179, p. 15, out. 2007. No mesmo sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que “*A falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência com o que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, deve levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória, pois na verdade é a motivação desta que estará incompleta, na medida em que um dos pontos sobre o qual deveria versar não ficou devidamente fundamentado*”. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 216; Cf. ainda KARAM, Maria Lucia. Fixação desmotivada da pena e nulidade parcial da sentença: uma discussão necessária. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, ano 5, n. 50, p. 25, jun. 2002.



princípio reservada ao Tribunal de Instancia; ou ainda, por fim, impor a pena estabelecida pela lei em sua mínima extensão<sup>249</sup>.

Deste procedimento é possível extrair a tese de que a ausência de motivação deve conduzir à nulidade (absoluta) de toda a sentença ou à sua reforma, com a imposição da pena em sua mínima extensão, cabendo ao juízo aplicar aquela que, no caso concreto, possua a maior efetividade redutora, ou seja, a mais favorável ao acusado<sup>250</sup>.

Assentada a imperiosidade da motivação judicial, recorre-se à sua aplicação prática. Assim, em cumprimento deste dever constitucional, deve o magistrado compreender em primeiro lugar que motivar não significa explicar o fato delitivo, mas promover a argumentação das razões oriundas do fato, razões estas que tornem viável a contra-argumentação em sede recursal. Deve ainda atentar para o fato de que a motivação implícita da decisão condenatória é democraticamente inadmissível, pois que “*contraría el principio de tutela judicial efectiva, al obligar a efectuar una deducción que en absoluto ha de corresponder al ciudadano*”<sup>251</sup>. Por fim, urge fazer da fundamentação da sentença um exercício de meticulosidade, considerando na fixação da pena cada uma das circunstâncias do caso concreto, explicitando o modo pelo qual se realizam (ou não) e apontando os fatos que o conduziram às suas deduções.

Como salienta Paganella Boschi,

[...] a validade da pesagem de cada circunstância judicial pressupõe existência nos autos de informações objetivas que a sustentem. Daí por que deve o magistrado registrar na sentença, com indisfarçável clareza e objetividade, a respectiva fonte probatória, de modo que o procedimento de individualização da pena não espelhe laboriosa mas desarrazoada criação mental<sup>252</sup>.

Aportando para a realidade específica da determinação da pena a proposição de Klaus Günther no sentido de que a aplicação imparcial de uma norma requer um procedimento pelo qual todos os sinais característicos especiais de uma situação sejam adequadamente

<sup>249</sup> Cf. FEIJOO SÁNCHEZ, op. cit., p. 04.

<sup>250</sup> Oportuna, nesse contexto, a constatação: “A maior ou menor aceitação de sentença com deficiente fundamentação na aplicação da pena revela o grau de seriedade com que o Judiciário valoriza as liberdades individuais”. ROSA, op. cit. Fabio Bittencourt. A pena e sua aplicação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n.668, p. 249, jun. 1991.

<sup>251</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria?: sobre el sistema de sanciones del Código Penal*. La Ley., 1998, n.04, p. 1452.

<sup>252</sup> PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p. 190.

considerados<sup>253</sup>, é possível constatar uma corriqueira lacuna de coerência no exercício de imputação da pena (e de suas normas) por parte do juízo aplicador.

Não apenas uma lacuna de coerência, mas também de razão assola a atividade judicial de aplicação da pena privativa de liberdade e de suas normas. Na tarefa de fixação da reprimenda, usualmente são empregadas expressões que Pagliaro denominara “*formas estereotipadas de fundamentação aparente*”<sup>254</sup> e que Mantovani identificava como “*fórmulas preguiçosas*”<sup>255</sup>, ou seja, fundamentações genéricas, concisas e vazias, aplicáveis a todas as sentenças (ex.: “*pena adequada ao fato e a personalidade*”).

Por esta razão, uma das premissas de um novo modelo de aplicação da pena privativa de liberdade consiste no reconhecimento de que a utilização de modelos de sentença penal condenatória, dotados de motivações padronizadas e de expressões estandardizadas, torna nula a decisão judicial, por desrespeito aos princípios da fundamentação e individualização da pena.

O primeiro dos axiomas é vulnerado uma vez que não há zelo no sentido de embasar o *decisum* com razões estreitamente vinculadas ao caso concreto, substituindo-as por razões de ordem genérica. Tem o réu direito de saber quais motivos verdadeiramente conduziram à pena escolhida, não aqueles previamente delineados e à espera da adaptação judicial. A individualização, por sua vez, queda afastada quando se suprime a figura do réu e a especificidade do caso em prol da conveniente categorização da sentença segundo o delito praticado. A fundamentação deve ir ao fato, nele sendo erguida, e não o fato a uma fundamentação prévia e genericamente construída.

Outra vicissitude encontrada na prática judicial de aplicação da pena reside no fato de que, não raramente, a fundamentação da repreensão penal descola-se da apreciação concreta do fato para buscar justificar a inatingibilidade ética da decisão judicial condenatória, apresentada como instrumento político-criminal de combate à criminalidade. A legitimidade do castigo e o assentimento da punição pela coletividade e até pelo condenado também são objetivos incorporados à retórica fundamentadora, sem que se verifique o correspondente tangenciamento com o evento concreto.

---

<sup>253</sup> GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p.301.

<sup>254</sup> PAGLIARO, Antonio. *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*. In: RIDPP, 1979, p.1207.

<sup>255</sup> MANTOVANI, F. *Diritto Penale. Parte generale*. Padova: Cedam, 1992, p. 800.

Afirma-se criticamente, nesse sentido, que o acatamento da punição se opera “*através de argumentos persuasivos, retoricamente manipulados, de que se vale o discurso jurista, reproduzido pelos atores da cena jurídica, máxime o juiz, figura relevantíssima do ritual*”<sup>256</sup>. Assim procedendo, ao fundamentar a sentença, o juiz se valeria “*persuasivamente de argumentos convincentes a lastrear a sua decisão condenatória, tais como as cargas valorativas, emotivas, conotativas, que ostentem toda a força ideológica, interiorizando no condenado a aceitação da punição*”<sup>257</sup>.

De fato, a ritualística procedimental e discursiva que envolve a aplicação da pena privativa de liberdade produz um efeito inebriante sobre o intérprete, acabando por ocultar a fragilidade da fundamentação da sentença condenatória. A retórica e o ritual, neste ponto, mascaram o próprio conteúdo da decisão judicial e sua relação estreita e objetiva com o caso concreto, franqueando a habilitação imotivada do poder punitivo. Ilustrando tais conclusões, afirma Iserhard:

Concebemos o ritual institucionalizado da pena como um séquito, um conjunto, um cortejo de atos solenemente praticados pela justiça criminal, que cumpre a função mitológica de dissipar as incertezas das questões ligadas à legitimidade do castigo, funcionando como um veículo, um instrumento psíquico e social, fazendo com que o acusado adira à decisão condenatória, aceitando a pena como obrigatória, sem questionar o fundamento e o conteúdo da sentença imposta, nem a autoridade que a prolatou, nem tampouco os argumentos utilizados através de um rigor lingüístico, formalmente empregados pelo defensor e acusador, nem a condição destes, pelo que se legitima o castigo e se tenta ocultar o caráter vingativo da pena<sup>258</sup>.

Ainda segundo o autor, os atos e momentos do ritual jurídico-institucional de aplicação da pena, permeados por um discurso jurídico impregnado por mitos, ritos e fetiches, produzem “*o efeito mágico e simbólico*” de legitimar o castigo “*infundindo a crença numa verdade absoluta, numa justiça cega, quando o que se atinge, em realidade, é apenas uma verdade a nível formal*”<sup>259</sup>. Nesse sentido, o mito produzido pela manipulação da linguagem jurídica cumpriria “*a função de fazer com que o acusado aceite o castigo, não como se fosse a verdade encontrada, mas como verdade única emergente do processo judicial*”, tornando a injunção da pena obediente não a uma lógica, mas a uma “*mito-lógica*”<sup>260</sup> – alicerçada na

<sup>256</sup> ISERHARD, Antônio Maria. *Caráter vingativo da pena*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 101.

<sup>257</sup> Idem.

<sup>258</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 113-114.

<sup>260</sup> Ibidem, p. 118.

ficcional e artificiosa crença na justiça da pena e na existência de um sistema penal não discriminatório e não seletivo.

De fato, a motivação da decisão penal condenatória é uma tentativa de racionalização e legalização do processo mental percorrido pelo aplicador antes de ditá-la. Em outras palavras, é a descrição retórica de juízos intimamente concebidos antes mesmo da prolação da sentença. Já em um novo paradigma, sustenta-se a necessidade de que a motivação seja consentânea ao processo mental desenvolvido, com a devida argumentação de que cada decisão tomada ao longo da sentença está dentro das possibilidades racionais e legais. Pretende-se, com essa nova perspectiva, que todos os processos mentais utilizados pelo juízo sejam construídos no decorrer da prolação da sentença, e assim revelados.

Com tal medida, busca-se o estreitamento da esfera de subjetivação imotivada do magistrado, de modo a tolher a influência de fatores irracionais ou ilegais sobre a aplicação da pena. Tal preocupação é externada pela moderna doutrina de determinação da pena:

*Dejar librado a aquel que se ha hecho acreedor de una pena a una resolución que no exige una fundamentación teórica explícita significa tanto como afirmar que a partir del momento en que se ha comprobado que la conducta es 'punible', el autor puede quedar sujeto – al menos dentro del marco penal – a la discrecionalidad de quien ha de decidir sobre su destino<sup>261</sup>.*

Outra constatação extraída da prática judicial consiste no fato de que frequentemente são apreciadas apenas as circunstâncias de mais fácil intuição, sobretudo quando tendentes ao recrudescimento da reprimenda. Na verdade, as circunstâncias do caso concreto são amiúde selecionadas pelo julgador segundo propósitos utilitários que este deseja emprestar à pena. Sequer são expostas as razões pelas quais determinadas circunstâncias deixam de ser apreciadas.

Conforme já explicitado, a aplicação imparcial e adequada de uma norma sobre aplicação de pena requer um método pelo qual todos os sinais característicos especiais de uma situação delitiva sejam considerados. O primeiro efeito desta constatação aponta no sentido de que todo incremento de pena deve ser necessariamente precedido da exibição das razões pelas quais se opera o aumento (“*an*”) e da razão de ter sido escolhida determinada intensidade (“*quantum*”) de elevação.

---

<sup>261</sup> ZIFFER, Patrícia, op. cit., p. 90.

Da mesma forma, uma fundamentação completa da medida da pena não se restringe às circunstâncias decisivas para a sua avaliação, mas a todas as que efetivamente compõem o fato. A apreciação unicamente das circunstâncias decisivas somente se legitima quando não há um rol legal taxativo dos critérios a serem apreciados pelo magistrado. No caso do ordenamento penal brasileiro, o artigo 59 do CP indica claramente quais circunstâncias devem ser apreciadas, obrigando, por conseguinte, a fundamentação judicial de cada uma delas, ainda que para afirmar sua desconsideração.

Decisões judiciais, nesse sentido, reputam ilegais os dispositivos das sentenças que estabelecem o quantum da pena-base sem a análise detalhada de todas as circunstâncias judiciais. A título ilustrativo, já estabeleceu o Superior Tribunal de Justiça que “*não obstante reconhecer-se que há certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, tem-se como indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal*”<sup>262</sup>.

Trata-se, enfim, de um direito do réu saber de quais embasamentos fáticos e jurídicos se valeu o juízo para a tarefa de injunção penal, não apenas em função do princípio da individualização da pena, mas também dos princípios do contraditório, da ampla defesa e devido processo legal.

Parte do esforço para uma fundamentação de cunho redutor no âmbito da determinação da pena consiste na impugnação de todos os dados materialmente indemonstráveis pelas partes em confronto<sup>263</sup>. Sem o devido embasamento empírico, não há como sustentar - e principalmente refutar antiteticamente<sup>264</sup> - as alegações das partes.

Nesse prisma, o princípio da Fundamentação da Pena atua como instrumento axiológico de contenção punitiva tanto de juízos deletérios sobre a personalidade<sup>265</sup> do acusado, quanto

---

<sup>262</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 18.098/RJ. Quinta Turma. Rel. Min. Gilson Dipp. Data do Julgamento: 27 de Setembro de 2005.

<sup>263</sup> No sentido exposto, salienta Salo de Carvalho: “*Sabe-se que é da essência do sistema processual acusatório que todas as hipóteses levantadas em juízo pelas partes, bem como todos os argumentos que fundam a decisão do magistrado, devem ser explicitamente comprovadas faticamente, sob pena de a) inviabilizar a refutação do arguido pelas partes e de b) gerar nulidade da decisão por falta de fundamentação*”. CARVALHO, Salo. “*Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito e Garantismo: considerações a partir do Princípio da Secularização*”. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. p. 54.

<sup>264</sup> Frise-se que o Princípio da Fundamentação da Pena deve ser permanentemente conjugado com o Princípio da Presunção de Inocência, de modo a se evitar que sobre o acusado recaia o ônus de comprovar a inveracidade de uma imputação pessoal a ele imotivadamente atribuída pela acusação.

<sup>265</sup> Salo de Carvalho também salienta que “*para proceder levantamento apurado e, principalmente, para poder fundamentar o juízo sobre a personalidade do réu, deveria o juiz indicar qual o conceito de personalidade em que se baseou para a tarefa,*

de juízos metafísicos<sup>266</sup> ou prognósticos de periculosidade<sup>267</sup>. Enfim, de todos os juízos etiológicos ou tendentes à consagração da culpabilidade de autor.

A fundamentação (sob o viés redutor), enfim, busca ater o decisionismo judicial às margens racionalmente traçadas pelos postulados do Estado Democrático de Direito e pela prevalência dos direitos fundamentais em matéria penal, exigindo ainda da agência judicial exaustivo esforço argumentativo sempre quando não puder maximizar o amparo ao indivíduo.

#### 4.2.4. Princípio da Lesividade.

O ordenamento constitucional-penal brasileiro construído a partir de 1988 consagrou o axioma da lesividade, não apenas assegurando que lesões ou ameaças a direito sejam efetivamente apreciadas pelo Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV), mas também autorizando a mensuração do potencial de ofensividade das infrações penais, ao conferir a competência dos juizados especiais para o julgamento e a execução daquelas tidas como de inferior poder ofensivo (art. 98, inciso I).

A tradicional concepção de lesividade atrela-se corriqueiramente à teoria do delito, demandando a punição de comportamentos que de maneira concreta lesionem, ou exponham à lesão, direitos de outras pessoas. Nesta concepção, a lesividade apresenta-se como um atributo necessário à configuração do fato típico, deixando de lado a resposta penal.

---

*qual a metodologia utilizada, quais foram os critérios e os passos seguidos e, em consequência, em qual momento processual foi-lhe possibilitada a averiguação*”, concluindo, enfim, ser inadmissível a aferição de qualquer juízo negativo de personalidade sem a devida demonstração da base conceitual e metodológica empregada pelo magistrado. CARVALHO, op. cit., p. 55-56.

<sup>266</sup> Pertinentes, nesse sentido, as observações de Patrícia Ziffer: “El objetivo de la dogmática de la determinación de la pena debe ser, justamente, tratar de identificar y de erradicar, en la medida de lo posible, todos los elementos irracionales de la decisión. El primer paso en esta dirección es eliminar la creencia de que es legítimo que el juez cumpla en el proceso de determinación de la pena una función sacra, consistente en reconocer en el hecho y en el autor cualidades metafísicas que escapan al conocimiento de los demás mortales.” ZIFFER, Patrícia. Lineamientos de la determinación de la pena. 2ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005, p.30. E mais adiante, reitera a autora: “*La individualización de la pena no es, como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de la discrecionalidad del juez, sino que en su estructura misma es ‘aplicación del derecho’. Esto significa que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico. Esto supone que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos. El juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica*” Idem, p. 96-97.

<sup>267</sup> Nesse contexto, Luis Alberto Warat e Rosa Maria Cardoso da Cunha alertam: “*Na verdade, as pessoas são punidas por fatos que não estão prévia e rigorosamente modulados em figuras penais, e muitas vezes a pena é aplicada como inequívoca contraprestação a estados de periculosidade*”. WARAT, Luis Alberto; CUNHA, e Rosa Maria Cardoso da. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977, p. 44.

Uma nova proposta discursiva de atribuição penal, por outro lado, encara a lesividade sob a ótica da resposta penal dada ao delito. Nessa perspectiva, a apreciação da lesividade da conduta do agente dá lugar à perquirição da lesividade da pena sobre o sentenciado. A mudança paradigmática ora apresentada não busca fundamento em si mesma, mas advém sistematicamente da própria Constituição.

Tendo em vista que a ordem jurídico-constitucional brasileira se alicerça na conservação republicana e democrática de um Estado de Direito e que tal conservação somente é possível pela intransigente tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e da humanidade das penas, a forma efetiva de tutela destas garantias no momento da aplicação da pena consiste em evitar que os sujeitos de direito sejam irracionalmente afetados pela intervenção do poder punitivo.

Percorrido esse caminho lógico-sistemático, chega-se à constatação de que o magistrado aplicador possui o dever jurídico-constitucional de reduzir ao máximo a lesividade da pena sobre o indivíduo. Dessa forma, enquanto o olhar sobre o crime deve continuar a demandar uma lesividade mínima para que se perfaça a configuração típica, o olhar sobre a pena deve passar a exigir uma mínima lesividade sobre o condenado. Nesses termos se constrói o princípio da lesividade sob um prisma redutor.

Este enfoque limitador sobre a lesividade da pena privativa de liberdade exige, por consequência e em nome da necessária limitação interventiva estatal, que a reprimenda se fundamente em um juízo material e coerente de responsabilidade do agente, despido de considerações de ordem moralizante ou metafísica e imune a apelos preventivo-gerais no uso ou aumento penal, estes fundamentalmente calcados em um imaterial utilitarismo.

Em outras palavras, o novo enfoque oriundo do princípio da Lesividade demanda que a medição penal somente se pautе pelo grau da ação ilícita e pela responsabilidade por esta. Toda e qualquer solução em contrário conduziria à desconsideração da garantia do Direito Penal do fato em prol de uma perspectiva de autor, vulnerando o poder de contenção da agência judicial precisamente no momento mais decisivo de atuação do poder punitivo<sup>268</sup>.

---

<sup>268</sup> No sentido do texto, cf. MAGARIÑOS, op. cit., p. 78. Sustenta ainda o autor que, não obstante ser inviável a utilização de elementos alheios ao fato para incrementar a pena, nada impede, porém, que considerações alheias ao ato e à sua reprovabilidade possam ser tomadas em conta pelo legislador para diminuir o grau da pena aplicável.

O apelo a considerações de ordem moral para o incremento penal transmuta uma norma moral em autêntico bem jurídico, ferindo não apenas o princípio da lesividade, como também o republicano, ao imiscuir moral e direito<sup>269</sup>. Afeta ainda a própria dignidade humana, uma vez que nega autonomia ao indivíduo, pretendendo conduzir sua convicção e consciência, mesmo quando não possuam implicações criminalmente lesivas.

Em última análise, a indissolubilidade da relação entre pena e convicção moral do magistrado conduz ao contínuo fortalecimento do binômio pena-moral, em afronta ao Estado Democrático de Direito. Afinal, a tutela penal de uma norma moral, *“não se limita a preservar um âmbito moral, mas impor uma moral determinada, o que é próprio de um direito ‘transcendente’, isto é, de uma estrutura de controle social que não tem por objeto a pessoa humana mas um fim meta-humano”*<sup>270</sup>.

Por outro lado, para a construção de um sistema de aplicação da pena respeitador do princípio da lesividade, mostra-se imprescindível a renúncia dogmática e judicial à justificação preventivo-geral para a imposição e incremento da pena privativa de liberdade, uma vez que tal justificação se alicerça não sobre uma efetiva lesão a terceiros, mas sobre o intangível anseio de impedimento hipotético de lesões futuras (absolutamente dissociadas do fato concreto), seja por caminhos dissuasórios, seja por instrumentos de fidelização ao Direito. Emblemática, nesse sentido, a constatação de que *“no se han verificado empíricamente los supuestos efectos intimidatorios de la pena. Por lo contrario, el único dato al que se ha arribado mediante la investigación empírica demuestra que, a pesar de la existencia de la pena, se siguen cometiendo delitos”*<sup>271</sup>.

Por fim, urge ressaltar que, em nome da lesividade mínima sobre o sentenciado, a atividade estatal de mensuração deve sempre ter em conta que o poder sancionatório estatal encontra limites máximos intransponíveis na lesividade abarcada no próprio construto-delitivo, não os encontrando quando verificada pelo magistrado uma “menor entidade lesiva”

<sup>269</sup> Nesse contexto, ensinam Eugenio Raul Zaffaroni e Nilo Batista: *“Enquanto para alguns autores o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor - embora haja discordância no que tange ao objeto - esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo-se ao extremo esta segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena”*. ZAFFARONI; BATISTA, op. cit. p. 131.

<sup>270</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Sistemas Penales y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 27.

<sup>271</sup> BELOFF, Mary. *Teorias de la pena. La justificación imposible*. In: VVAA. *Determinacion judicial de la pena*. Julio Bernardo Maier (Comp.). Buenos Aires: Editores del Puerto: 1993, p. 59.



do fato, capaz de legitimar a redução da sancionabilidade estatal ao limite necessário para racionalmente conter a lesividade naturalmente provocada pela habilitação do poder punitivo.

#### 4.2.5. Princípio da Intervenção Mínima.

Comum na doutrina a definição do princípio da intervenção mínima a partir da assertiva de que a pena, em virtude de seus graves efeitos, deve ser reservada apenas aos casos de extrema necessidade, quando a defesa de certo bem jurídico não pode ser viabilizada por instrumentos não-penais (sanção civil, administrativa etc.). Diz-se com isso que o direito penal é, portanto, a *ultima ratio* do direito, somente devendo ser aplicado em virtude de graves violações aos bens jurídicos mais relevantes.

Igualmente corriqueira a explicação de que o princípio da intervenção mínima apresenta as características da fragmentariedade - nem todos os bens jurídicos e comportamentos humanos devem ser relevantes para o direito penal, mas apenas os de maior gravidade - e da subsidiariedade, no sentido de que intervenção do direito penal somente deva se dar quando a tutela de certo bem jurídico não pode ser proporcionada por todos os instrumentos não penais.

A própria reforma da parte geral do Código Penal, instaurada em 1984, aderiu à postura de intervenção mínima, partindo do pressuposto de que “*uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade*”<sup>272</sup>.

Como se percebe, tradicionalmente a análise acerca do princípio da intervenção mínima gira em torno de se saber quando a resposta penal deve ou não ser acionada. Trata-se, na prática, de um axioma com maiores contornos político-criminais do que dogmáticos. Certo é que, uma vez constatada a necessidade de acionamento do direito penal, a doutrina hodierna esgota a aplicabilidade do princípio da intervenção mínima, a ele não mais recorrendo.

Com isso olvida, primeiramente, que a aplicação de um princípio deve se espriar por todas as fases do percurso penal, não se esgotando em considerações de oportunidade de intervenção punitiva. Em segundo lugar – e aqui o que nos toca - deixa de utilizar o princípio

---

<sup>272</sup> Item 26 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.

da intervenção mínima exatamente na fase em que o direito penal ganha concretude: no momento da aplicação da pena privativa de liberdade.

Assim é que uma nova dimensão do princípio da intervenção mínima, aqui ventilada, estende seus efeitos à própria medição da pena, de modo que não apenas a intervenção penal seja mínima, mas também, uma vez verificada a necessidade desta, que a intervenção *da pena privativa de liberdade* seja mínima. Daí a ideia de intervenção mínima sob o viés redutor.

Para tanto, é preciso compreender que a aplicação e o incremento da pena privativa de liberdade somente devem se dar quando, no primeiro caso, esgotada a possibilidade de utilização de todos os instrumentos penais menos aflitivos e, no segundo caso, quando exaurida a possibilidade de utilização de todos os meios jurídicos limitadores da reprimenda. Como consequência basilar desta assertiva, tem-se por inconstitucional toda norma penal que restringe um direito ou garantia fundamental de forma mais gravosa, quando exista outra norma que o faça em menor extensão.

Nesse contexto, a própria eleição da espécie de pena a ser aplicada (“*determinação qualitativa*”<sup>273</sup>) diante de uma cominação alternativa (ex.: detenção *ou* multa) deve ser cotejada pelo princípio da intervenção mínima. É assente na doutrina o entendimento no sentido de que a escolha judicial da espécie de pena aplicável dentre as alternativamente cominadas deve ser (motivadamente) realizada com base nas circunstâncias judiciais arroladas no artigo 59 do Código Penal.

Sendo este o critério orientador e, como em um paradigma redutor não podem ser as circunstâncias judiciais empregadas em desfavor do réu, a conclusão a que se chega é de que, presente qualquer circunstância judicial (favorável), deve o aplicador - em nome do princípio da intervenção mínima - imperativamente optar pela *ultima ratio* sancionatória, qual seja, a espécie de pena menos gravosa à privação da liberdade.

Inexistindo circunstâncias judiciais favoráveis, ainda assim deve o aplicador abandonar todo e qualquer juízo de ordem retributiva e priorizar a espécie sancionatória que promova a menor afetação do sentenciado (não descurando do dever constitucional de tratamento não

---

<sup>273</sup> Cf. ANDRÉA FERREIRA. Sergio de. *A Técnica de Aplicação da Pena como Instrumento de sua Individualização nos Códigos de 1940 e 1969*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1977, p. 18.

discriminatório), somente sendo admissível a imposição de pena privativa de liberdade quando fundamentadamente justificada a inexecutabilidade da alternativa menos gravosa.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tendo em vista que o artigo 59, inciso IV, do Código Penal afirma textualmente que a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, deve se dar com base nas circunstâncias judiciais arroladas no artigo 59 do Código Penal. Logo, como no modelo hermenêutico constitucional-redutor as circunstâncias judiciais não são empregadas em prejuízo do sentenciado, a conclusão a que se chega é a de que, presente qualquer uma delas, deve o juízo tender para a substituição (medida menos gravosa à privação da liberdade - *ultima ratio*). Essa nova visão, vale salientar, tem o condão de reinterpretar o sentido do artigo 44, inciso III, do Código Penal, não mais se exigindo que um conjunto de circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como motivos e circunstâncias) indique que a substituição seja suficiente, bastando a presença favorável de uma delas.

Não apenas a espécie de pena a ser aplicada deve passar pelo filtro constitucional da intervenção mínima. Do mesmo modo, a própria aplicação da pena privativa de liberdade além de seu mínimo legal também representa a *ultima ratio* do direito, somente devendo ser empreendida extraordinariamente, de forma empírica e racional.

Mister transcrever, nesse ponto, a assertiva formulada por Georg Freund:

*Cuando sea posible entender que una reacción con menor intensidad intrusiva es ya una reacción adecuada ante una (presunta) infracción normativa, las consecuencias jurídicas del veredicto de culpabilidad y de la pena que - aparentemente- comporta el tipo abstracto de sanción (...) pueden no ser deseables por falta de necesidad jurídico-material en esse caso concreto: el Derecho penal sustantivo no puede considerar seria y efectivamente aplicable una consecuencia jurídica que, por innecesaria, no puede legitimarse en modo alguno. Al Derecho solo le interesan las consecuencias jurídicas serias<sup>274</sup>*

<sup>274</sup> FREUND, Georg. *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal*. Trad. Ramon Ragués I Vallès. In: *El Sistema Integral del Derecho Penal*. WOLTER, Jürgen; FREUND Georg (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 101. A menção feita a essa passagem de Georg Freund tem o intuito apenas de evidenciar a desnecessidade jurídica-material de utilização de meios penais gravosos quando disponíveis instrumentos menos aflictivos, não significando a adesão à teoria do sistema integral do direito penal, por ele adotada.

O princípio da intervenção mínima opera como um limite claro à ação do poder punitivo, promovendo a ascensão constitucional da liberdade ao patamar mais elevado do ordenamento jurídico, de modo que o papel fundamental do Estado Social e Democrático de Direito seja assegurar o máximo de liberdade possível com os menores danos e ingerências aos indivíduos condenados<sup>275</sup>.

#### 4.2.6. Princípio da Culpabilidade.

A tradicional e mais corrente concepção da culpabilidade funda-se a partir de um juízo de reprovabilidade sobre o indivíduo que, não obstante poder agir de modo diverso, optou pela perpetração de um injusto penal<sup>276</sup>. Tal concepção conduz a duas conclusões que historicamente pautaram - a ainda pautam - a apreciação judicial desse elemento: a de que a culpabilidade atua efetivamente como fundamento da determinação da pena<sup>277</sup>, e que, quanto maior o grau daquela, mais elevada deve ser esta<sup>278</sup>.

Muito embora ainda arraigada na doutrina penal, esta percepção, por alicerçar-se no fundamento (ontológico) da livre decisão individual, não reflete com precisão a real dimensão da culpabilidade. Primeiramente porque a censura do agir de modo diverso supõe a existência de um agir de modo correto, suposição esta não correspondente à realidade do pluralismo social nem à multiplicidade de acepções do que seria correto ou não, e que comumente traduz valores e interesses das classes dominantes<sup>279</sup>.

Em segundo lugar, tem-se por certo que “*a tese da liberdade de vontade do conceito da culpabilidade, por extensão, do conceito de punição, é indemonstrável*”<sup>280</sup>, assertiva esta que conduz à conclusão de que “*se a pena criminal pressupõe culpabilidade e se a reprovação da culpabilidade tem por fundamento um dado indemonstrável, então a culpabilidade não pode*

<sup>275</sup> Nesse sentido, CARBONELL MATEU, Juan.Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch: 1999, p. 199-200.

<sup>276</sup> Nesse sentido, WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 137-138.

<sup>277</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, vol. II. Barcelona: Ed. Bosch, 1981, p. 1189.

<sup>278</sup> FERREIRA, op. cit., p.71.

<sup>279</sup> No sentido do texto, cf. SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução de uma leitura externa do direito*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 155.

<sup>280</sup> CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p.287.

*servir de fundamento da pena*<sup>281</sup>. Com base nessas constatações e seguindo-se uma perspectiva redutora, não se pode admitir o emprego da categoria poder agir de outra forma em prejuízo do réu, vez que a mesma pressupõe a existência de liberdade de vontade do autor sem, no entanto, aportar dados empíricos capazes de graduá-la.

Em terceiro lugar, mostra-se evidente a ilegitimidade democrática e a incompatibilidade constitucional de criação de um indivíduo imaginário<sup>282</sup> como parâmetro de aferição do poder agir de modo diverso, solução esta atentatória ao princípio da transcendência mínima da pena. Ao transportar a abstrata exigibilidade da conduta de um terceiro (ente imaginário) para o acusado, estar-se-ia, de modo transversal, transcendendo ao réu uma pena referencialmente pertencente a outrem. De fato, apesar de apontado um ente imaginário, é o próprio juiz aplicador, com seus valores e referenciais, quem assume esse papel. De qualquer modo, seja em função de um construto imaginário, seja a partir da própria pessoa do magistrado, a pena estaria passando à pessoa do réu.

Partindo do pluralismo social, da premissa de que a reprovação da culpabilidade tem por fundamento um dado de conturbada demonstração empírica e da inviabilidade de transposição penal de um ente imaginário ao indivíduo concretamente sentenciado é que a análise redutora da culpabilidade na aplicação da pena a considera tão-somente um limite à atuação estatal, jamais sendo permitido que o juízo de culpabilidade transcenda à própria “culpabilidade pessoal” (ou responsabilidade) do agente<sup>283</sup>, e estritamente pelo fato delitivo<sup>284</sup>.

O cerne do princípio da culpabilidade, sob o viés da minimização da afetação individual, consiste em que toda e qualquer análise sobre a culpabilidade, para efeito de mensuração da pena, deve em primeiro lugar advir de uma estrita relação normativa de responsabilidade do agente e, em segundo lugar, deve ser empreendida em um sentido unicamente redutor<sup>285</sup>,

---

<sup>281</sup> Idem. Ainda em crítica à teoria do poder agir de modo diferente, afirma o autor: “a base interna do poder do autor é a capacidade atribuída de livre decisão, que assume como verdade a hipótese indemonstrável da liberdade de vontade, de início em perspectiva concreta, depois em perspectiva abstrata: a) na variante concreta, o poder de agir diferente atribuído ao autor individual é, simplesmente, indemonstrável; b) na variante abstrata, em que o poder de agir diferente é atribuído a qualquer outra pessoa no lugar do autor, a reprovação não incide sobre o autor, mas sobre uma pessoa imaginária no lugar do autor”, op. cit., p. 288-289.

<sup>282</sup> CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 212.

<sup>283</sup> Nesse sentido, ROXIN, Claus. A Culpabilidade Como Critério Limitativo da Pena. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, nº 11-12, p. 10, jul. – dez. 1973.

<sup>284</sup> Zipf salienta, a propósito, que na qualidade de limite da soberania estatal a favor do indivíduo, o princípio da culpabilidade somente pode ser eficaz se dirigido estritamente em vista da culpabilidade pelo fato. ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macias-Picavea. Madrid: Ed. Edersa, 1979, p. 142.

<sup>285</sup> Perceba-se, nesse ponto, que o axioma da culpabilidade se ancora no próprio princípio da dignidade da pessoa humana, cerne da concepção aqui sustentada. Em outras palavras, a culpabilidade é – e deve sempre ser – redutora porquanto seu

resguardando o indivíduo – sobre o qual já paira um limite de culpabilidade agora inexpugnável – de uma irracional habilitação do poder punitivo<sup>286</sup>.

Conclusão lógica nos conduz a esse raciocínio. O juízo de culpabilidade pode estar presente, ausente ou atenuado. Estando presente, já se mostra suficiente para a própria configuração analítica do crime, independentemente de qualquer gradação, uma vez que o máximo que se pode alcançar é a própria culpabilidade *plena* por um fato, sendo impossível o rompimento desta barreira. Rompê-la significaria a imposição de pena sem culpa. Estando ausente o juízo de culpabilidade, logicamente deverá ser o réu absolvido da acusação em face dele formulada. Resta assim o juízo de culpabilidade atenuado, este sim relevante no momento da aplicação da pena, em que não mais se discute a configuração do crime, em suas vertentes típica, antijurídica e culpável.

Levando-se em consideração que o máximo alcançável por um juízo de culpabilidade é a própria constatação da plena culpabilidade por um fato, tem-se que esse limite superior é representado pela constatação da existência de dolo direto, na estrutura típica dolosa, ou de culpa consciente, na estrutura típica culposa. Isso não afasta necessariamente a possibilidade de redução da culpabilidade ainda que constatados o dolo direto ou a culpa consciente, já que ambos representam tão-somente uma fronteira superior inexpugnável.

O juízo da culpabilidade, agora vislumbrado em um sentido redutor, se por um lado pode ensejar menor ou nenhuma diminuição de pena diante do dolo direto ou da culpa consciente, por outro deve necessariamente conduzir à redução penal quando evidenciados o dolo eventual e a culpa inconsciente. A obrigatória redução da pena, aqui, deve-se exatamente ao fato de que o agente que agiu com dolo eventual ou culpa inconsciente despendeu menor

---

fundamento de legitimidade e validade é o mesmo do dever jurídico-constitucional de redução da afetação individual: a dignidade humana.

<sup>286</sup> Esse entendimento é compartilhado por Salo de Carvalho, segundo o qual “a idéia de otimizar a estrutura garantista do direito penal impõe, ao jurista comprometido com o modelo político-criminal minimalista, reduzir ao máximo os espaços de discricionariedade e a violência institucional. Desta forma, como as demais categorias do direito e do processo penal, a culpabilidade deve servir como mecanismo de contenção da pena”. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, op. cit., p. 47. Bibiana Marys Birriel Moreira, em sentido semelhante, afirma que “[...] la culpabilidad es un concepto que rescata la existencia del ser humano, como ser único, racional, ontológico; es decir, permite que el ejercicio Del derecho no pueda nunca desentenderse de su cometido final, que no es más que ‘servir al hombre’. Con el aseguramiento de un concepto de culpabilidad en nuestro derecho, tenemos garantizado un tratamiento como seres humanos, pero el gran peligro se evidencia cuando bajo esa nominación – que se mantiene para no alarmar – se atribuye un concepto diametralmente opuesto a los motivos que lo engendraron, no debe olvidarse que el principio de culpabilidad integra el ‘mapa ideológico que circunscribe el poder penal’, motivo que fundamenta la exigencia de que ‘todos los elementos conceptuales que integran el contenido de la garantía se identifiquen con el objetivo global de limitación del Estado’”. BIRRIEL MOREIRA, op. cit., p. 99-100. Também vislumbrando a culpabilidade em sentido crítico, cf. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

esforço de autoinserção em uma situação de vulnerabilidade. Trata-se, enfim, de uma aproximação entre as teorias do delito e da pena, em serviço de uma postura minimizadora de danos.

Importante frisar, nesse contexto, que o liame entre as teorias do delito e da pena vem sendo objeto de intenso debate dogmático, confrontando o ponto de vista aproximador entre as teorias do delito e da pena<sup>287</sup> com a concepção que estipula, de um lado, critérios de medição da pena e, do outro, pressupostos da pena, cindindo-os por completo<sup>288</sup>.

Em defesa da referida aproximação, Patricia Ziffer assevera que

*El concepto de culpabilidad al momento de graduar la pena no puede ser otro que el de la teoría del delito. En efecto, cuando se habla de una pena 'adecuada' a la culpabilidad, ello significa que el grado de culpabilidad solo puede ser expresado en unidades de pena. Esto significa que la medida de la pena es reflejo de la medida de la culpabilidad, la cual, a su vez, presupone la existencia de un ilícito: lo que se reprocha es el hecho antijurídico cometido por el autor*<sup>289</sup>.

No mesmo sentido, Tatjana Hörnle:

*[...] el paralelo con el Derecho de medición de la pena proclamado por parte de la literatura moderna cuenta con buenas razones a su favor. La justificación del criterio de decisión sobre el 'cuanto' de la pena puede remitirse al criterio del 'si' de la pena. Por el contrario, una teoría de medición de la pena que flota libremente tiene que enfrentarse a la cuestión de la posibilidad de legitimar su criterio de decisión, que es más difícil de responder desde una enumeración casuística de los factores de medición de la pena que desde una orientación a la teoría del delito. Una concepción personalizada de la culpabilidad debe admitir, además, la crítica de su falta de compatibilidad con las estructuras básicas de las normas jurídico-penales, que prohíben determinadas formas de comportamiento externas a una valoración introspectiva de la personalidad del autor.*<sup>290</sup>

Enfim, a culpabilidade, na perspectiva constitucional-redutora, apresenta-se como um axioma concretamente obstaculizador da habilitação do poder punitivo, essencial, portanto, à atividade judicial de contenção racional deste poder. Em outras palavras, o enfoque limitador da noção de culpabilidade “*parece contribuir para a redefinição da dogmática penal como sistema de garantias do indivíduo em face do poder repressivo do Estado, capaz de excluir ou de reduzir a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão*”<sup>291</sup>.

<sup>287</sup> Por todos, FRISCH, Wolfgang. *Delito y sistema del delito*. Trad. Ricardo Robles Planas. In: El Sistema Integral del Derecho Penal. WOLTER, Jürgen; FREUND Georg (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 193 et seq.

<sup>288</sup> Por todos, BRUNS, Hans Jürgen. *Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil*. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1967.

<sup>289</sup> ZIFFER, op. cit. p. 99.

<sup>290</sup> HÖRNLE, op. cit., p. 69.

<sup>291</sup> CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p.288.

#### 4.2.7. Princípio da Transcendência Mínima.

No âmbito da aplicação da pena, o princípio da transcendência mínima (art. 5º, XLV, da CRFB e art. 5º, item 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos) possui evidente relevância, funcionando como efetivo instrumento de contenção do poder punitivo.

A adoção da expressão *transcendência mínima* aqui empreendida parte de uma visão realista acerca da pena privativa de liberdade, que reconhece a impossibilidade fática absoluta de que a pena se circunscreva apenas ao próprio sentenciado, sem afetar o projeto de vida de pessoas que integrem o círculo familiar e social daquele<sup>292</sup>. Parte assim de uma visão redutiva, de modo que a pena ultrapasse o mínimo possível a pessoa do condenado.

O princípio da transcendência mínima, sob o viés redutor, não busca apenas apreciar a pena sob o tradicional prisma de que esta ultrapasse o mínimo possível a pessoa do condenado. Parte, sobretudo, de um novo prisma - invertido - de modo que, assim como a pena deve passar o mínimo possível da pessoa do condenado, igualmente deve passar o mínimo possível à *pessoa* do condenado.

O primeiro efeito de sua incidência material consiste na refutação de todas as considerações de índole preventiva em detrimento do apenado. Isso porque, analisando-se o princípio sob o novo prisma invertido, é imperioso concluir que a imposição de pena a um indivíduo apenas como necessidade de exemplo aos demais viola frontalmente o princípio da transcendência mínima.

Tem-se ainda que fundamentar a elevação da pena privativa de liberdade com base em critérios abstratos, tais como o avanço da criminalidade ou o incremento estatístico de determinada espécie delitiva, significa, em primeiro lugar, pretender fazer da sentença criminal um veículo de política criminal, invadindo a seara legislativa, ao arripio das competências constitucionalmente deferidas<sup>293</sup>. Do mesmo modo, significa pautar a atividade

<sup>292</sup> Em contundente crítica à transcendência penal, Paganella Boschi assevera que “*o compulsório afastamento do chefe de família da convivência com a mulher e os filhos, outrossim, implica privação de todas as formas de subsistência, de amparo à saúde, educação, etc., sem que o Estado tenha, efetivamente, organizado um serviço social de amparo e de proteção aos dependentes do condenado*”. PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p. 60.

<sup>293</sup> Nesse sentido, afirma Patrícia Ziffer: “*Se discute si el aumento de la comisión de un determinado delito puede ser tomado en cuenta para considerar que esto hace a la gravedad del hecho en un determinado momento. Si bien es cierto que el juez debe interpretar la gravedad de un hecho según el momento histórico y según las valoraciones éticosociales de ese momento, la gravedad desde el punto de vista de la prevención general negativa de un cierto hecho es una circunstancia decisiva en la decisión legislativa respecto de la forma y modo de prohibir un hecho. La prevención intimidatoria, con prescindencia de los cuestionamientos que pueda merecer, es, en todo caso, una técnica de política criminal privativa del legislador. Admitir que*



judicante não pela apreciação concreta do caso apresentado, mas por fatos absolutamente díspares e distantes da relação processual materialmente estabelecida, fazendo com que a pena atribuível a outros indivíduos e por outros delitos cometidos transcenda seus respectivos domínios, contaminando a necessária imparcialidade da aplicação da pena por parte do juízo<sup>294</sup>. Eis uma importante vertente do princípio da transcendência mínima, que não deve ser olvidada pela agência judicial.

A apuração judicial da personalidade do réu calcada na comparação da mesma com determinado padrão moral de personalidade, ou sua conferição com a personalidade do chamado “homem médio”, são medidas também atentatórias ao princípio da transcendência mínima, vez que utiliza em prejuízo do réu a frustração pela não conformação a uma personalidade esperada, parâmetro este externo e alheio ao evento delitivo real. Punir pela frustração de uma expectativa significa transcender a pena de um parâmetro abstrato à pessoa do acusado, em confronto com a necessária segurança jurídica.

Nesse contexto, Fernando Galvão da Rocha salienta que a avaliação da personalidade de outrem, a partir de um processo analógico de comparação entre o agente e uma construção, se baseia na *interpretação das manifestações exteriores de uma personalidade que, afinal, não se poderá conhecer precisamente os contornos*<sup>295</sup>. Segundo o autor, é expressiva a chance de uma interpretação errônea das manifestações exteriores do acusado, apresentando tal sistematização teórica “*o perigo de servir de lastro aos interesses das ideologias estatais autoritárias, que, através do desvirtuamento do direito, alcançam legitimar suas atuações repressivas*”<sup>296</sup>. Assim, a comparação pretendida entre o poder de agir de outro modo do

---

*el juez pueda tomar en sus manos esta función no solo viola la prohibición de doble valoración en la medida en que el tipo penal ya fue construido, especialmente en lo que se refiere a la pena, como respuesta a una cierta conducta considerada disvaliosa, y teniendo en cuenta la frecuencia en que esta conducta aparece en la sociedad, sino que afecta la división de poderes. Cuando los jueces hacen valoraciones de prevención general asumen funciones que clásicamente se atribuyen al legislador, asignándose la posibilidad de reconocer y poder influenciar los índices de criminalidad mediante su decisión en el caso concreto. La elección de los instrumentos con que se enfrenta el aumento de cierto delito es tarea privativa del legislador, y si el legislador no modifica el tipo penal, por ejemplo, agravando las penas previstas, esto puede deberse a que – cualquiera que fueran las razones – prefiere no responder con mayor represión”.* ZIFFER, op. cit. p. 109-110.

<sup>294</sup> O aumento da pena fundamentado no avanço da criminalidade ou na elevação estatística de determinado crime conduziria o magistrado ao correlato dever de diminuir a pena em caso de arrefecimento dos índices de criminalidade ou diminuição estatística de determinado crime, tornando volúvel a tarefa de determinação da pena privativa de liberdade e causando evidente insegurança jurídica.

<sup>295</sup> GALVÃO, Fernando. A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 707, p. 284, set. 1994.

<sup>296</sup> Idem.

agente no caso concreto com o poder de agir de outro modo do homem médio seria medida de problemática demonstração empírica, transformando o julgador em autêntico legislador<sup>297</sup>.

Ainda a partir do prisma interpretativo invertido acima mencionado, tem-se igualmente por inconstitucional, por afronta ao princípio da transcendência mínima, o incremento da pena em função de considerações que se revelem simples frutos dos valores, preconceitos, experiências ou da personalidade do próprio magistrado<sup>298</sup>. Tais considerações estão alheias ao efetivo nexos de responsabilidade entre sentenciado e fato delitivo, em seu lugar vinculando o maior sancionamento à menor tolerância pessoal do aplicador da pena frente ao delito praticado (ex. incremento da pena-base do crime de roubo pelo fato deste ter sido praticado em transporte coletivo, quando se sabe, notoriamente, que o magistrado somente faz uso desse meio de transporte). Nesses casos, a censura penal, que encontra gênese exclusivamente em convenções atinentes à individualidade do magistrado, transcende à pessoa do réu, impondo-lhe maior reprimenda.

#### 4.2.8. Princípio da Proporcionalidade.

Já dissociada da noção clássica de proporcionalidade<sup>299</sup>, a visão hoje corrente no tocante à significação deste princípio busca vincular intensidade da pena, sua eficácia e exigências de

<sup>297</sup> Idem.

<sup>298</sup> A concepção de transcendência mínima, pautada por um viés realista, é cônica de que o juízo aplicador deixa transcender à sentença reflexos de sua formação jurídica e social. Tem a consciência de que “a neutralidade do juiz é um mito concebido pelo direito romano e fortalecido pela Escola Exegética Francesa por motivos históricos hoje bem conhecidos, pois o juiz em sendo homem está mergulhado na formação social em que vive como produto culturalmente condicionado pelo seu meio social. Na sua sentença influirão sua formação jurídica, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais com os quais se identifica”. BRUM, Nilo Bairo de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 09. A transcendência mínima, assim sendo, preconiza que os reflexos da história pessoal do julgador sobre a graduação da pena privativa de liberdade sejam os menores possíveis, quando tendentes à agravação do tratamento penal do sentenciado.

<sup>299</sup> Leciona Ferrajoli que o princípio da proporcionalidade remonta à antiguidade, já tendo sido expresso por Platão em “as Leis” (cit. IX): “Não temos que distinguir entre o ladrão que rouba muito ou pouco, ou que rouba de lugares sagrados ou profanos, nem atenderemos a tantas outras circunstâncias inteiramente dessemelhantes entre si, como se dão nos roubos que, sendo variados, exigem que o legislador se atenha a elas impondo castigos totalmente diferentes?”. FERRAJOLI, *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.361, nota n. 150. O princípio da proporcionalidade, cujos contornos foram traçados pelo *Bill of Rights* de 1215 (arts. 20 e 39), ingressou na seara penal por obra de Cesare Beccaria, como instrumento de contenção do poder estatal na aplicação de pena: “o interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes deve, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos [...] Se os cálculos exatos pudessem ser aplicados a todas as combinações obscuras que levam os homens a agir, seria necessário buscar e estabelecer um a progressão de penas que corresponda à progressão dos delitos. O quadro dessas duas progressões seria a medida da liberdade ou da escravidão da humanidade ou da maldade de cada país [...] bastará, pois, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penalidades proporcionadas aos crimes e que,

tutela de bens jurídicos. Segundo tal concepção, há proporcionalidade quando o grau de uma pena guarda relação com a proteção do bem jurídico por ela assegurada.

Como se pode perceber, essa visão adota uma premissa essencialmente utilitária e objetiva, associando magnitude punitiva (quantificação penal) à dimensão protetiva (do bem jurídico), partindo do pressuposto de que a pena é um instrumento de defesa social. Esta percepção do princípio da proporcionalidade olvida em primeiro lugar que pena e crime são entidades absolutamente heterogêneas e, portanto, dificilmente passíveis de fixação de uma recíproca relação de magnitude<sup>300</sup>. Ademais, ao centrar-se na figura do bem jurídico e em uma proposta defensivista, tende a ocultar a perspectiva do próprio sentenciado, parte mais afetada nesse processo.

Do mesmo modo, a idéia segundo a qual a intervenção penal deva se dar quando dotada de eficácia para a resolução de conflitos não se desvencilha do viés utilitário típico das teorias relativas legitimantes da ação do poder punitivo, uma vez que a noção de eficácia pressupõe a persecução de finalidades previamente projetadas para a pena. Tais concepções colidem com uma nova sistemática constitucional da pena privativa de liberdade, que, a partir da interação entre os princípios da intervenção mínima, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, demanda o abandono das concepções utilitárias e eticizantes do direito penal, substituindo-as por uma percepção plural e tolerante do fenômeno criminal.

Nessa nova perspectiva constitucional, a noção de eficácia é corrigida, constituindo não uma característica da lei ou da pena, mas um atributo da tarefa judicial de aplicação que logra reduzir ao máximo os danos que a habilitação do poder punitivo causa ao sentenciado - e consequentemente à própria coletividade. Sob este novo prisma, enquanto vigente é a lei penal formalmente existente, e válida aquela dotada de substancial conformidade com os direitos fundamentais, eficaz é, pois, não apenas a lei penal ou a pena, mas a própria atividade

---

*especialmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos*” (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003).

<sup>300</sup> Nesse sentido, já afirmava João Vieira de Araújo, em 1897: “*Mas proporcionar a pena ao delicto tem sido sempre a pesquisa para descobrir a pedra filosofal. Comparar as duas quantidades heterogêneas para induzir a quantidade relativa, é obra absurda e inútil. A proporção penal, diz Borio, entre crime e pena, que são termos heterogêneos, é intrinsecamente absurda. As expressões proporção penal devem ser proscriptas do direito criminal [...] entre o crime e a pena pôde haver correspondência, estabelecida entre o caracter do agente externado no acto criminoso e o meio de reacção social adequado, empregado contra o mesmo agente; nunca proporção, e menos entre a pena e o crime considerado objectivamente, como quase sempre se supõe (sic)*”. VIEIRA DE ARAÚJO, op. cit., p. 219.

sancionatória que cumpre seu dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo<sup>301</sup>.

A construção de uma nova dimensão da proporcionalidade penal – sob o viés redutor – parte exatamente da ótica do apenado para reinterpretar seu alcance. Para isso, se vale do resgate hermenêutico do princípio da proporcionalidade pela doutrina constitucional alemã, que conferiu ampla dimensão ao axioma, nele agregando as vertentes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>302</sup>. Uma correção interpretativa de tais vertentes demonstra que elas se mostram conciliáveis com uma proposta redutora de danos.

Utilizando estes conceitos em um sentido de contenção punitiva, é possível vislumbrar adequação como a exigência de que a aplicação de uma norma relativa à injunção de pena esteja em consonância com a vontade do constituinte, sob pena de inconstitucionalidade. A vontade do constituinte, extraída do princípio da humanidade das penas, consiste na minimização da intensidade da afetação do indivíduo. Coincidentemente, adequação significa ainda que a adoção do meio (técnica de aplicação de pena) deve contribuir para a promoção dos fins propugnados (redução de danos). A necessidade ou exigibilidade, por seu turno, tem como principal função determinar ao Poder Público que o manejo de uma norma sobre injunção de pena se atenha aos limites estritamente necessários de intervenção em direitos elementares do indivíduo sentenciado. Nessa perspectiva, considera-se necessário o instrumento que, dentre os disponíveis, onere o apenado (e seu círculo familiar) de forma menos ruínosa. Por fim, a proporcionalidade sopesada em sentido estrito ordena que o ônus imposto pela norma deva ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade<sup>303</sup>.

Quanto a esta última vertente, faz-se necessário compreender o correto significado de ônus e benefício de uma norma penal sobre aplicação da pena. Descartando-se de antemão uma visão retributiva da pena, que desconsidera finalidades ulteriores àquela própria, cumpre-

---

<sup>301</sup> Eficaz, também, é a atividade legiferante que reduz ao máximo a afetação penal sobre o indivíduo. Daí a necessidade de utilização do princípio da proporcionalidade como fator de orientação e contenção do processo de cominação legal das penas privativas de liberdade. Nesse sentido, conferir a construção, elaborada por Juarez Tavares, de princípios limitativos a serem seguidos na tarefa de cominação penal. TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, fascículo especial de lançamento, p. 75-87, 1992.

<sup>302</sup> Nesse sentido, cf. BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1996, p. 75.

<sup>303</sup> SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 89. Na verdade, a análise tradicional da proporcionalidade em sentido estrito, em matéria penal, busca estabelecer uma ponderação entre a proteção dos direitos fundamentais e a administração da justiça penal, essencialmente alicerçada em fundamentos preventivos da pena.

nos analisar pormenorizadamente as concepções utilitaristas. Uma visão preventivo-especial da pena entenderá que o benefício imposto pela norma será a reforma moral ou recuperação do apenado (mote positivo) ou sua neutralização (mote negativo), sendo o ônus a dor infligida ao condenado pela privação de sua liberdade. Já uma visão preventivo-geral perceberá o benefício imposto pela norma de aplicação penal como o reforço da fidelidade ao direito (mote positivo) ou a dissuasão da coletividade quanto à prática delitiva (mote negativo), compreendendo o ônus também como a necessidade de privar um indivíduo de sua liberdade.

Todas estas concepções subvertem o correto significado de ônus e benefício de uma norma penal sobre aplicação da pena e, conseqüentemente, desvirtuam o próprio conceito de proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que se valem de um axioma de proteção do indivíduo utilitariamente contra o mesmo<sup>304</sup>.

Insustentável democraticamente também o entendimento de que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito apresenta, no direito penal, os significados da proibição do excesso *versus* a proibição da insuficiência da reprimenda quando verificado um crime<sup>305</sup>. A doutrina dedicada à análise dos direitos fundamentais costuma seguir exatamente este caminho, associando o princípio da proporcionalidade em sentido estrito à dialética entre proibição do excesso e a proibição da insuficiência protetiva<sup>306</sup> e defendendo uma substancial conexão entre ambas.

Contudo, a conexão entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência não se mostra congruente. A proibição de excesso tem o condão – e assim deve permanecer – de impedir que o legislador fixe limites penais máximos incompatíveis com o postulado da própria humanização das penas, tornando judicialmente sindicável seu descomedimento. Visa também a coibir excessos por parte do próprio Poder Judiciário, no momento da medição da reprimenda.

---

<sup>304</sup> Sobre a relação utilitarista entre objetivos político-criminais e punição, escreve Tatjana Hörnle: “[...] mediante una relación de medio-fin no puede alcanzarse más que una protección relativa, no absoluta, frente a penas abusivas. Si el fin perseguido se valora como especialmente importante, se amplía el ámbito de los medios admisibles. A causa del saldo de consecuencias se puede compatibilizar con el principio de proporcionalidad, por ejemplo, la imposición de una pena draconiana para evitar futuros delitos graves, mientras que la gravedad del delito objeto de la condena no lo justificaria”. HÖRNLE, op. cit., p.47.

<sup>305</sup> FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. Consciência constitucional na aplicação da pena-base à luz do princípio da proporcionalidade. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.160, p. 14-15, mar. 2006.

<sup>306</sup> Idem.

Todavia, a proibição de insuficiência - tradicionalmente associada à crença na existência de imperativos constitucionais de criminalização de certos bens jurídicos e, consequentemente, associada à exigência de um patamar mínimo de pena – merece ser corrigida por um novo juízo redutor de danos.

Importante destacar, nesse sentido, que a crença na proibição de insuficiência da pena é fundamentalmente motivada pela obtusa redação da parte final do artigo 59 do Código Penal. Isso porque, ao estabelecer que o magistrado deverá estabelecer as penas aplicáveis dentre as cominadas, a quantidade de pena aplicável, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a eventual substituição da pena privativa da liberdade aplicada por outra espécie de pena, conforme seja *necessário e suficiente* para reprovação e prevenção do crime, o legislador deu margem à vinculação prática e doutrinária entre proporcionalidade da pena e cumprimento - ou não - de certas finalidades por ele elencadas.

Nessa perspectiva, necessária seria a espécie de pena capaz de reprovar e prevenir o crime, e suficiente seria o quantum penal que bem atendesse o ímpeto de reprovação e prevenção do delito. Com isso, floresceu o entendimento segundo o qual pena insuficiente é aquela cuja quantidade não se faz satisfatória para, de um lado, reprovar a conduta do autor e, do outro, para impedir o cometimento de novos delitos, seja pelo sentenciado ou por terceiros. A par das inúmeras críticas às finalidades de reprovação e prevenção, mais adiante analisadas, duas merecem destaque neste momento, por serem conexas à crença na proibição de insuficiência.

Em primeiro lugar, asseverar que uma pena de maior intensidade é proporcional por reprovar mais eficazmente o ato delitivo importa em reconhecê-la como instrumento taliônico de retribuição moral ou retaliação estatal, em frontal violação à garantia constitucional de que a pena não ensejará a desproporcionada preterição à dignidade da pessoa humana e ao caráter secular de nosso Estado de Direito.

Da mesma forma, conceber a proporcionalidade da sanção não de acordo com a estatura do fato delitivo, mas com um maior impulso contra-delitivo dirigido aos demais cidadãos significa transcender as fronteiras correspondentes à própria culpabilidade do autor do fato, fulminando – em vez de tutelar – o princípio da proporcionalidade, vetor de uma nova postura minimizadora de danos.

Ainda conforme um juízo de contenção punitiva, também não pode prosperar a idéia de que a proibição de insuficiência se dá em função da existência de imperativos constitucionais (absolutos ou relativos) de criminalização de certos bens jurídicos. Isso porque tal concepção emprega a Constituição - escudo protetivo maior de direitos e garantias fundamentais - justamente para atacar o indivíduo criminalizado, violando a essência do regime democrático, os princípios da dignidade da pessoa humana<sup>307</sup> e da intervenção mínima<sup>308</sup> do direito penal, bem como o dever jurídico-constitucional de redução da intensidade de afetação do indivíduo, consectário do princípio da humanidade das penas.

Ainda que se entendesse existente um imperativo de criminalização, a proibição de insuficiência deveria restringir-se tão somente à esfera da tipicidade, admoestando o legislador pela omissão na tipificação (penal ou extrapenal) de condutas atentatórias a direitos subjetivos fundamentais. A proteção deficiente não consistiria, portanto, na carência de um patamar mínimo de pena - espaço este afeto à discricionariedade legislativa - mas sim no próprio déficit de proteção típica (ainda que extrapenal). Não cabe ao judiciário, a pretexto de tutelar a proibição de insuficiência, obstar uma opção legislativa de cominação apenas do máximo da pena (omitindo-se o mínimo) para uma determinada infração penal, sob pena de violação do princípio da separação das funções do poder.

Na esteira desse juízo corretor, a atividade judicial de injunção de pena também estaria desatada das amarras de uma obrigatoriedade mínima predeterminada na fixação da pena-base, ainda que afirmadas a autoria e existência da infração penal. Ferrajoli, nesse sentido, entende que não se justifica a estipulação de um mínimo legal para as penas privativas de liberdade, sendo *“oportuno confiar ao poder equitativo do juiz a eleição da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando-o a um limite mínimo bastante baixo”*<sup>309</sup>. Logo, fazendo uso de seu poder equitativo, poderia o julgador

<sup>307</sup> Sobre a dignidade da pessoa humana, afirma Anabela de Miranda Rodrigues: *“O apelo à dignidade punitiva, note-se, constituirá, do nosso ponto de vista, o limite absoluto à criminalização; havendo a considerar entretanto, também, limites relativos. Veja-se, aliás, como o sentido destas afirmações é todo outro: não há que discutir imposições, o que há são limites à liberdade do legislador ordinário”*. RODRIGUES, op. cit., p. 294.

<sup>308</sup> Também em defesa da inexistência de imperativos constitucionais de criminalização, afirma Anabela de Miranda Rodrigues: *“[...] por nossa parte entendemos que, erigindo a necessidade a princípio legitimador primário da intervenção penal e levando tão longe quanto possível a aceitação das consequências que nesta assunção estão implicadas, não pode deixar de se reconhecer a inexistência, quer de imposições absolutas, quer relativas de criminalização”*. RODRIGUES, op. cit., p.291.

<sup>309</sup> FERRAJOLI, op. cit., p.321. Em crítica à vinculação do juiz a uma pena mínima cominada, dispõe a pesquisa desenvolvida por Maíra Machado, Alvaro Pires, Carolina Ferreira e Pedro Schaffa: *“Eliminada do tipo penal, a pena mínima deixa de servir como instrumento do legislador para obrigar os juízes a pronunciar penas mais severas em crimes específicos. Em outras palavras, a exclusão da pena mínima do tipo penal retira um dos mecanismos à disposição do legislador para interferir na atividade decisória do juiz ao sabor das demandas externas por aumento da punição. Enfim,*

atentar, em última análise, tão-somente para a proporcionalidade ontológica existente entre crimes tentados e consumados.

Em suma, entender que existe uma substancial conexão entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência sancionatória – relacionando o máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade da pena no plano da proibição de excesso e o mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência da pena<sup>310</sup> – significa não apenas tratar de maneira uniforme perspectivas completamente diferentes, como também projetar finalidades (irrealizáveis) à pena, sempre legitimando a sua imposição.

Uma nova proposta deslegitimadora das funções da pena, por outro lado, descarta finalidades a esta, entendendo que o único benefício de uma norma - e da própria tarefa - de aplicação penal reside na sua utilização como instrumento de limitação do ônus (dor, custos sociais e reforço da seletividade) que a própria injunção da pena privativa de liberdade representa. Isso se dá não apenas em virtude do dever jurídico-constitucional do magistrado de minimizar a afetação do indivíduo, mas também em razão da necessidade de restringir a afetação da própria coletividade, materializada no aprofundamento da desigualdade e dos custos sociais.

Em sentido semelhante, Juarez Cirino dos Santos evoca o chamado *princípio da proporcionalidade concreta* como instrumento de equacionamento dos custos individuais e sociais da criminalização secundária, diante do fato de que a aplicação da pena evidencia a grande desproporção da relação custo/benefício entre crime e pena, além dos grandes custos sociais (agravamento do conflito social representado pelo crime e maiores ônus sociais para a pessoa e a família de condenados de classes e categorias sociais inferiores) provocados<sup>311</sup>. Enfim, para o autor,

O princípio da proporcionalidade concreta pode fundamentar critérios compensatórios das desigualdades sociais da criminalização secundária, com o objetivo de neutralizar ou de reduzir a seletividade fundada em indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, favelização etc., aplicáveis pelo Juiz no momento de estruturação dos processos intelectuais e afetivos do juízo de reprovação do crime e de aplicação de pena, em especial no âmbito das

---

*mesmo que a pena mínima permaneça no ordenamento jurídico, impedindo o juiz de adequar plenamente a pena ao caso concreto, a sua eliminação do tipo penal revela uma transformação importante no modo de expressar as normas de sanções*". MACHADO; PIRES; FERREIRA; SCHAFFA, op. cit., p. 38.

<sup>310</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n.12, p. 110. mar.-abr. 2004.

<sup>311</sup> CIRINO DOS SANTOS, op. cit. p.30.



circunstâncias judiciais (art. 59, CP) e legais (circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas) de aplicação da lei penal [...]<sup>312</sup>.

Segundo tal perspectiva, falta proporcionalidade sempre quando o incremento de proteção de pretensos bens jurídicos é superado, seja pela afetação de direitos fundamentais do apenado, seja pelos custos sociais da pena privativa de liberdade. Eis aí a única dialética entre benefício e ônus isenta de contornos utilitaristas prejudiciais aos direitos fundamentais.

Por derradeiro, é preciso ter-se em conta que todos os elementos informadores da mensuração penal (como, por exemplo, a conduta social e o comportamento da vítima) possuem conteúdos que estão sujeitos a uma contínua modificação histórica e hermenêutica, fato este que torna ainda mais complexa a tarefa de sua mensuração. A própria censura sobre a culpabilidade do agente não guarda a mesma significação de outrora, sendo por isso incapaz de assegurar proporcionalidade às sanções jurídico-penais. É possível inferir, daí, que a transformação conceitual dos aludidos elementos demanda um contínuo ajustamento dos próprios critérios de determinação.

Em nome da necessidade de conformação proporcional dos critérios de determinação a uma moderna ordem constitucional, pautada pela humanização, legitima-se enfim a proposição de desconstrução discursiva dos atuais paradigmas de aplicação da pena, por obra da consciência constitucional das agências jurídicas, sobretudo a judicial. Esse novo prisma do princípio da proporcionalidade o habilita, afinal, como meio interpretativo moderador do poder punitivo estatal e como projeção concretizadora do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF)<sup>313</sup>, desempenhando importante papel na promoção de uma política criminal de arrefecimento de danos.

---

<sup>312</sup> Idem.

<sup>313</sup> Ainda que não representasse uma projeção concretizadora do princípio do devido processo legal, o princípio da proporcionalidade não perderia sua pujança normativa, face à conjugação entre o postulado da humanidade das penas, previsto no art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, e o disposto no §2º do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Frise-se ainda que o referido axioma também deflui do postulado da dignidade humana, essencial à própria estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF).

#### 4.2.9. Princípio da Individualização da Pena.

A função individualizadora da pena privativa de liberdade advém da inevitável inaptidão do arcabouço normativo no sentido de abarcar pormenorizadamente todas as possíveis situações fáticas capazes de influir na quantificação penal. Confere-se, portanto, ao magistrado o poder de atribuir concretude à abstrata hipótese legal, evitando-se por um lado o engessamento da função judicial pelo legalismo exacerbado, e, concomitantemente, a inadvertida discricionariedade judicial, sem a fixação de contornos democráticos à sua atividade<sup>314</sup>.

Tal poder de individualização da pena, nas palavras de Silva Sanchez,

*[...] convierte al juez en una instancia político-criminal esencial. Ciertamente, es bastante evidente que el juez no ha realizado nunca ni realiza operaciones puramente lógicas o cognitivas (como proponía el 'idealista' modelo de la subsunción, al expresar, en la conocida frase de Montesquieu, que el juez no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley). Por el contrario, el Juez valora y, al hacerlo, lleva a cabo una auténtica 'política criminal'. Política criminal dentro del marco de la legalidad; política criminal conforme a las reglas de la argumentación jurídica; política criminal sometida a las reglas de tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión. Pero política criminal, al fin y al cabo*<sup>315</sup>.

Atualmente, a tarefa de individualização da pena ainda se depara, de um lado, com a falta de dinamismo e criatividade em se romper com o modelo clássico de individualização (legal, judicial e administrativa) formatado por Saleilles<sup>316</sup>. De outro lado, vê-se ainda diante da histórica tensão entre as visões objetiva e subjetiva acerca dos critérios de quantificação da pena<sup>317</sup>.

<sup>314</sup> Para uma compreensão mais ampla do sentido de individualização, é necessário ter-se em mente que “*la idea y la palabra germinaran en el seno del correccionalismo y que luego fueran acogidas y difundidas por los positivistas, pues cuadran perfectamente con la concepción correccionalista y la positivista, las que, por mucho que difieran entre sí, coinciden en el giro antropológico que imprimieron al Derecho Penal, desplazando su centro o eje, y también su estudio, de la objetividad del delito a La personalidad del delincuente, y lo que, en consecuencia, había de interesarles es adaptar La sanción a las peculiaridades y la singularidad del individuo que delinque*”. RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, v. 2, n. 07, p. 55, jul.-set. 1994.

<sup>315</sup> SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 1451.

<sup>316</sup> Cf. SALEILLES, Raymond. *L'individualization de la peine*. Paris: Alcan, 1898. Ainda sobre a obra de Saleilles e seu cotejo com as atuais concepções acerca da individualização da pena, cf. OTTENHOF, Reynald et al. *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*. OTTENHOF, Reynald (Org.). Toulouse: Érès, 2001.

<sup>317</sup> Patrícia Ziffer, nesse contexto, afirma que “*La historia de la determinación de la pena se ha debatido siempre entre dos valores, el de la seguridad jurídica – que conduciría a penas absolutamente predeterminadas – y la idea de 'justicia', traducida en el principio de la individualización de la pena: una pena justa solo es aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto. Esta preeminencia de lo 'individual' puede vincularse con el respeto en la cultura occidental frente al carácter único e irrepetible del individuo*”. ZIFFER, op. cit., p.27.

Da perspectiva clássica, que vislumbrava como imperativa a preponderância de aspectos objetivos<sup>318</sup>, ligados ao fato delitivo em si, passando pela concepção positivista, que por seu turno absorveu como essenciais as necessidades preventivo-especiais da pena<sup>319</sup>, pondo em foco a pessoa do sentenciado, a empreitada individualizadora hodierna perde-se na tentativa de conciliação das heranças deixadas pelas duas grandes vertentes político-criminais, perpetuando a crença de que dessa forma estar-se-á harmonizando de maneira equânime as respectivas exigências penais.

Assim é que o magistrado aplicador, do mesmo modo como fizera o próprio legislador na construção do art. 59 do CP, tende a ajustar a análise das circunstâncias judiciais a partir da pendular busca pela satisfação das finalidades de reprovação e prevenção atribuídas à pena privativa de liberdade.

Ao arrimar-se mais no arranjo entre as exigências político-criminais provenientes das duas correntes do que à minoração dos danos que a injunção penal causa ao sentenciado e à coletividade, a tarefa sancionatória despreza, com isso, o fato de que a individualização da pena, mais do que um simples procedimento judicial, consiste em efetiva fiança constitucional ao julgador.

Partindo das premissas de que a individualização possui assento constitucional e que a Constituição de 1988 instituiu o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo, faz-se mister concluir que a individualização passou a ser necessariamente pautada por este débito redutor.

Surge assim o princípio da *individualização* (em seu viés redutor), princípio reitor da tarefa de injunção penal que exige do juízo aplicador da sentença um olhar atento e humanamente tolerante, capaz de considerar “*a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada*”<sup>320</sup>.

O princípio da individualização parte do pressuposto de que a vagueza presente no art. 59 do CP e nas demais normas de aplicação de pena é atentatória ao princípio da legalidade,

<sup>318</sup> A preponderância de aspectos objetivos na determinação da pena advém da própria pretensão iluminista de contenção do arbítrio decisório típica dos regimes absolutistas, mediante a construção de um rigoroso sistema de penas fixas.

<sup>319</sup> O atrelamento da pena a necessidades preventivo-especiais legitimou a defesa positivista da adoção de penas variadas conforme o arbítrio judicial quanto às perspectivas de “tratamento” do sentenciado.

<sup>320</sup> BATISTA, op. cit., p.104-105. Nesse contexto, no intento de conferir maior individualização à atividade injuntivo-penal, o Anteprojeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal preconiza a inclusão das oportunidades sociais conferidas ao acusado no rol de circunstâncias judiciais a serem apreciadas pelo juiz (art. 59).

uma vez que não pode haver pena, nem seu incremento, sem lei estrita. Essa constatação, atrelada ao dever constitucional de minimização da afetação individual, conduz à conclusão de que a individualização da pena, especialmente veiculada através do art. 59 do CP, somente se mostra constitucional quando operada em sentido redutor. De forma mais objetiva, é possível afirmar a individualização da pena representa uma excepcionalização do princípio da legalidade, e como tal não pode ser empregada de modo contrário ao acusado, seja pelo aplicador ou pelo intérprete da norma.

Essa visão sobre o réu não se confunde com a perspectiva positivista da culpabilidade de autor, subserviente à tendência exasperadora ético-moral e que habita cotidianamente o silogismo judicial na determinação da pena, fazendo com que um indivíduo, de antemão eticamente reprovado, necessariamente receba tratamento sancionatório mais rigoroso. Encarar o réu de uma maneira redutoramente individualizada consiste em eficaz método contra-positivista, apresentando-se como contraponto direto da hegemônica prática judicial no sentido de que *“no âmbito da individualização da pena, a qual deveria se relacionar com a culpabilidade pelo fato, examina-se sempre a culpabilidade do autor, a sua personalidade culpável”*<sup>321</sup>.

O princípio da individualização da pena demanda ainda o cumprimento duas obrigações por parte do juízo aplicador. A primeira delas consiste no dever de que a aplicação da pena se dê sem o apelo a considerações quanto à espécie abstrata do delito, fato este que retiraria da agência judicial o poder discursivo e argumentativo de, individualizadamente, conter a ação irracional do poder punitivo<sup>322</sup>.

A segunda das obrigações exige que a apreciação do caso concreto pelo juízo seja totalmente desprovida de considerações de ordem preventiva, uma vez que a medida da reprimenda deve se dar em função da atuação concreta do agente, não em função da necessidade de promover exemplo aos demais. Maria Lúcia Karam lembra, a propósito, que *“é na consideração do fato concretamente ocorrido, do crime concretamente praticado, do*

---

<sup>321</sup> CARDOSO DA CUNHA, Rosa Maria. *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1979, p.47. Salo de Carvalho, nesse sentido, também recorda que *“desde o século passado, principalmente com a intervenção da Escola positiva italiana e sua reestruturação pelo movimento da (Nova) Defesa Social, vem sendo produzida uma crise regressiva da culpabilidade que tende a integrá-la ou substituí-la pela noção de periculosidade do réu ou por outros meios de valorização de sua personalidade”*. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 45.

<sup>322</sup> Esse dever parece inspirar a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores, quando, por exemplo, veda o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito, se fixada a pena-base no mínimo legal (enunciado n. 440 da Súmula do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA).

*indivíduo que concretamente o realizou, que poderá ser medida a culpabilidade determinante da pena concretamente imponível e executável*<sup>323</sup>.

O último e mais relevante aspecto da individualização redutora consiste em seu emprego como instrumento de anteparo da pretensão punitiva materializada pelo direito de acusação. Nesse contexto, mostra-se imprescindível rememorar importante corrente doutrinária, segundo a qual, em caso de absolvição do réu, não haveria legitimidade para recurso do Ministério Público visando à sua condenação, sob o fundamento de que, com o provimento jurisdicional de 1ª instância, restaria esgotado o *jus accusationis*, sendo o duplo grau de jurisdição direito exclusivo do acusado<sup>324</sup>.

Aportando esta idéia para uma nova teoria minimizadora de danos, chega-se à conclusão de que, da mesma forma, não possuirá o Ministério Público legitimidade para recorrer sustentando a elevação da reprimenda, mas tão-somente para arguir alguma nulidade. Em primeiro lugar porque o duplo grau de jurisdição constitui efetivamente um direito fundamental<sup>325</sup>, e, nesta qualidade, apenas pode ser manejado em favor do apenado. Soma-se a isso o fato de que o próprio artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988 assegura apenas aos acusados a ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes”. Nestes termos, a acusação encontra-se categoricamente excluída do duplo grau de jurisdição. Trata-se, enfim, de um mecanismo que procura não violar, mas sim assegurar a paridade de armas no processo penal, garantindo ao réu – pólo frágil da relação processual penal –, instrumentos de equacionamento penal e redução de danos.

<sup>323</sup> KARAM, op. cit., p. 30.

<sup>324</sup> MAIER, Julio Bernardo. Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 1999. No mesmo sentido, afirma Nilo Batista: “Com efeito, a garantia do duplo grau de jurisdição constitui uma garantia individual, construída historicamente em favor do acusado. Só uma concepção ‘geométrica’ do processo penal, que ignore a real disparidade de armas entre seus protagonistas, pode resultar numa engenharia recursal equânime (igualdade entre desiguais). O réu condenado tem direito a um segundo julgamento, mas sua absolvição não deveria admitir uma revisão puramente avaliativo-opinativa (mérito, provas), salvo perante vícios formais”. BATISTA, Nilo. Alguns Princípios para a Reforma da Justiça Criminal. In: *Novas Tendências do Direito Penal. Artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 93. Também adotando este entendimento, cf. PRADO, Geraldo. Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Brasileiro: Visão a Partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em Homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. In: *Direito Processual Penal: uma visão garantista*. BONATO, Gilson (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 105-119; NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 40-42.

<sup>325</sup> O duplo grau de jurisdição encontra-se consagrado no art. 14, item, 5, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Dec. Leg. n. 226/1991, aderido pelo governo brasileiro a partir do Decreto n. 592/1992), nos seguintes termos: “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. Também encontra previsão no art. 8º, II, “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica): “Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”. Ambos os instrumentos devem ser cotejados a partir do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Considerando ainda que - sobretudo em uma nova perspectiva de duas fases de aplicação da pena - o magistrado de 1º grau responsável pela aplicação da pena privativa de liberdade é aquele que estabelece contato estreito com o réu, inteirando-se diretamente de sua efetiva experiência de vida e das chances e amparo social a ele dispensados, sua decisão consoante o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual passa a ostentar o predicado da imutabilidade para a acusação, alicerçada pela concretização da individualização da pena e pelo exercício da soberania constitucional-redutora do julgado. Reserva-se assim ao réu o manejo do duplo grau de jurisdição, em socorro à empreitada mitigadora, jamais exasperadora.

Enfim, em uma perspectiva democrática, a discricionariedade individualizadora conferida ao juízo aplicador se dá para que este exerça audazmente seu dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo. Nessa perspectiva, o poder reservado ao Juízo é diretamente proporcional à sua responsabilidade de fazer valer o poder redutor da agência judicial.

#### 4.2.10. Princípio da Presunção de Inocência.

Uma vez estabelecido o decreto condenatório e, por consequência, não havendo mais que se discutir acerca da responsabilidade ou não do acusado, resta à presunção de inocência exercer outros papéis. No âmbito da aplicação da pena, a presunção de inocência – vislumbrada sob o viés redutor – passa a assumir efetivamente a forma de presunção de pena mínima (ou, eventualmente, até mesmo presunção de pena zero).

Com efeito, se antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória vigora o princípio da presunção de inocência, não há razão para que este axioma não inspire, com a mesma magnitude, a própria aplicação da pena. Daí se conclui que a equivalência de magnitude com a inocência presumida do acusado somente pode ser alcançada com a idéia de presunção de pena mínima (ou até mesmo presunção de pena zero). É deste pressuposto que o magistrado aplicador deve partir em sua tarefa de injunção penal.

Permeiar a atividade sancionatória com a idéia de presunção de pena mínima (ou zero) significa, afinal, conferir concretude à visão hermenêutica da máxima efetividade redutora,

sempre se vislumbrando como norte o dever jurídico-constitucional de redução da afetação individual.

A presunção de inocência no processo de mensuração da pena deve produzir efeitos bastante claros. O primeiro deles reside, senão na proscricção dos antecedentes como circunstâncias negativas, ao menos na refutação de que eventos criminais que não ensejam condenações transitadas em julgado possam sofrer utilização gravosa pelo juiz aplicador. Nessa perspectiva, sequer anotações na folha criminal do sentenciado, sem a correspondente certidão cartorária confirmatória, poderiam conspirar em seu desfavor.

Enfim, a consequência negativa oriunda das circunstâncias legais, em nome do axioma *favor rei*, devem circunscrever-se a uma reduzida esfera hermenêutica, tendo em vista que toda e qualquer interpretação em matéria de aplicação da pena privativa de liberdade deve atentar para o brocardo *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*, alargando-se o espectro interpretativo quando em favor do acusado e limitando-o sempre que possa acarretar prejuízos àquele.

O segundo dos efeitos consiste na impossibilidade de utilização, pelo magistrado, da ausência de confissão do réu como elemento negativo. O acusado não somente encontra-se desobrigado de produzir provas em seu desfavor (“*nemo tenetur se detegere*”), como tem o direito de não sofrer qualquer espécie de sanção pelo uso desta garantia. Não apenas a ausência de confissão, mas qualquer forma de silêncio, ainda que não esteja em jogo algum dado estreitamente conexo ao fato, jamais pode dar ensejo a uma presunção judicial desabonadora, seja quanto à pessoa do réu, seja quanto sua culpabilidade pelo fato. Eis uma das vertentes da incidência da presunção de inocência.

Outra vertente é alcançada de forma indutiva. Seguindo-se uma postura coerente e ajustada ao novo paradigma constitucional penal, todos os aspectos do evento delitivo que influenciem a aplicação da pena devem ser apreciados e justificados pormenorizadamente,

atestando-se como favoráveis<sup>326</sup> todos aqueles que, de algum modo, não funcionem em detrimento do acusado, ou sobre os quais paire alguma incerteza<sup>327</sup>.

A esse aspecto se agrega a necessidade de que, caso o juiz opte por considerá-las, todas as circunstâncias deletérias ao réu devem em primeiro lugar obedecer a um estreito nexos com o fato concreto, e, em segundo lugar, ser embasadas em provas a serem realizadas pela acusação, não podendo o juízo aplicador torná-las negativas de ofício e inquisitorialmente, sob pena de violação do princípio acusatório.

Ambas as assertivas conduzem à refutação da legitimidade das circunstâncias gravosas de cunho eminentemente subjetivo, impassíveis tanto de comprovação empírica, quanto de refutação por parte do sentenciado. A utilização dessa espécie de circunstâncias, de uma só vez, rompe com o necessário nexos objetivo em relação ao fato concreto e inverte o ônus da prova para o acusado, passando a este o dever de comprovar que a qualidade negativa a ele atribuída não condiz com a verdade.

Em outras palavras,

As circunstâncias judiciais que orientam a aplicação da pena, principalmente aquelas de natureza subjetiva, estabelecem uma situação de fato inverificável que ofende a estrutura do modelo penal proposto. No interior do modelo de garantias, as hipóteses processuais devem ser baseadas em juízos verdadeiros e/ou falsos, probatoriamente demonstrados e passíveis de negação. A extensão de termos como personalidade, antecedentes e conduta social é enorme, tornando o ato jurisdicional extremamente arbitrário no acerto dos casos<sup>328</sup>.

Enfim, a nova concepção de presunção de inocência parte da premissa de que o papel fundamental do intérprete em matéria penal é a de nortear sua atuação à maximização da tutela da liberdade individual e correspondente refreamento da ingerência do poder punitivo estatal, impedindo ilações desprovidas de um substrato material comprovado ou discursivamente débeis.

---

<sup>326</sup> Diverge-se, nesse ponto, da doutrina que defende a desconsideração das circunstâncias, quando o magistrado não dispuser de dados nos autos para concluir positiva ou negativamente sobre elas. Nesse sentido, PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p. 189; CARVALHO NETO, op. cit., p.82.

<sup>327</sup> Não é este, porém, o entendimento dominante em nossos tribunais, que tradicionalmente afirmam ser suficiente a apreciação apenas das circunstâncias que se mostrem mais relevantes. Exemplo dessa postura está no seguinte julgado: “As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP são da discricionária apreciação do magistrado, que, ao fixar a duração da pena, não está obrigado a analisar exaustivamente cada uma delas, bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 70.303/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Paulo Brossard. Data do julgamento: 22 de março de 1994.

<sup>328</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo, op. cit., p. 90-91.



Essa nova visão procedimental encontra-se em perfeita consonância com o princípio da presunção de inocência (previsto no art. 5º, LVII, da CF) e se adequa corretamente ao dever jurídico-constitucional do juízo sentenciante de minimizar a intensidade da afetação penal do indivíduo.

### 4.3. Novos parâmetros para a fixação da pena-base.

Como é cediço, a fixação da pena-base se dá em regra pela análise das circunstâncias judiciais traçadas pelo artigo 59 do Código Penal<sup>329</sup>, que determina ao juiz a apreciação da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, dos motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como do comportamento da vítima. Ainda segundo o Código Penal, tais circunstâncias devem ser cotejadas com os escopos de reprovação e prevenção do crime<sup>330</sup>.

Eis aqui um dos pontos nevrálgicos do processo de determinação da pena, marcado pelo apego utilitário a finalidades irrealizáveis da pena e pela corriqueira equivocidade de conceitos<sup>331</sup>, fato este que alarga a discricionariedade judicial, em regra em desfavor do condenado<sup>332</sup>. Nesse instante, deve a dogmática da aplicação da pena ser chamada a intervir mais contundentemente em defesa da legalidade e razoabilidade da determinação penal.

<sup>329</sup> Exceção se faz aos crimes da nova lei de drogas, em que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (Art. 42 da Lei n. 11.343/06). As críticas e observações realizadas se aplicam, no entanto, a ambos os diplomas legais, indistintamente. A análise da natureza e quantidade da substância como elementos influenciadores da pena-base é mais adiante efetuada.

<sup>330</sup> A fixação da pena leva prioritariamente em conta a culpabilidade do agente e as exigências de reprovação e prevenção do delito, ficando a apreciação das demais circunstâncias judiciais balizada por esses dois grandes eixos.

<sup>331</sup> Sérgio de Andréa Ferreira, descrevendo as circunstâncias judiciais, afirma que “*são rótulos genéricos, são aqueles verdadeiros ‘accidentalia’ em branco, competindo ao magistrado, em cada caso concreto, conferir-lhes conteúdo, qualificando as circunstâncias do delito, e aferindo-as, interpretando-as, de modo a reconhecer-lhes o caráter favorável ou desfavorável ao réu*”. ANDRÉA FERREIRA, op. cit., p. 35-36.

<sup>332</sup> Em profunda pesquisa sobre a necessidade de fixação de penas mínimas, Salo de Carvalho, Rodrigo Ghiringhelli e Rodrigo Moraes de Oliveira salientam que “*A caracterização da tipicidade aberta das circunstâncias objetivas (circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) e subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos) expostas no art. 59, caput, Código Penal, é em decorrência de não estarem previamente conceituadas legislativamente e, sobretudo, pelo fato de, diferentemente das circunstâncias previstas na segunda e terceira fase, não estarem previamente definidas em Lei como critérios de aumento ou de diminuição da pena. Fica, pois, ao critério do juiz, se aquela circunstância objetiva ou subjetiva, no caso concreto, será utilizada para variar a sanção para o mínimo, termo médio ou máximo. Por este motivo são chamadas circunstâncias judiciais. Inegavelmente, a amplitude das hipóteses (08 circunstâncias), notadamente de circunstâncias subjetivas (05 circunstâncias), amplia os espaços de discricionariedade/arbitrariedade, o que, invariavelmente, em direito penal, representa aumento de punitividade*”. CARVALHO, Salo (Coord.) et al. *Dos critérios de aplicação da pena no Brasil: Análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima*. BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Série Pensando o Direito: pena mínima. n. 02/2009, p. 05.

A primeira das características atualmente verificadas no processo de construção da pena-base diz respeito ao sentido político-criminal indicado pelo legislador para sua edificação. Categórica, nesse sentido, a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

As diretrizes para fixação da pena estão relacionadas no art. 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas (...). A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção do crime”. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências<sup>333</sup>.

Como se pode verificar, no conceito de “reprovação e prevenção do crime” se resume o sentido conferido pelo projeto à política criminal brasileira, sentido este que, ao primar pela simultânea persecução dos desígnios de reprovar e prevenir o crime (teoria combinatória ou concepção mista), busca conciliar objetivos opostos e incompatíveis<sup>334</sup>. Trata-se de um claro retrocesso em relação ao diploma de 1940, que em seu art. 42 não exigia a persecução destes desígnios. De fato, a atual combinação entre a punição “porque pecou” e aquela “para que não peque” conduz a um resultado que não outro senão a maximização da afetação do indivíduo, refratária à nova concepção constitucional humanizadora.

A segunda das características - equivocidade de conceitos - consiste em linhas gerais na confusão conceitual entre as distintas circunstâncias judiciais, na utilização de elementos atinentes ao próprio fato típico (e sua gravidade) para a mensuração da pena-base e na confusão entre culpabilidade configuradora analítica do crime e culpabilidade como dado afeto à própria medição da pena, todas matizes que conduzem à dupla consideração de circunstâncias judiciais (*bis in idem*)<sup>335</sup>.

É possível perceber que o artigo 59 do CP passou a ser o substituto multifuncional de critérios que deveriam advir da própria estruturalidade do crime, mas que por razões de conveniência político-criminal de matiz positivista foram relegados à “sabedoria” e “prudência” judiciais. Exemplo desta transferência de atribuição consiste na ausência de

<sup>333</sup> BRASIL. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, item 50.

<sup>334</sup> Nesse sentido, sustenta Antônio Maria Iserhard: “Não há como conjugar a defesa social e a retribuição, como justificativas do castigo. Tal pretensão somente ocorre por comodidade de adeptos do ecletismo que, não tendo como eliminar a idéia retributiva da pena, resgatam-na e a colocam ao lado da defesa social, procurando mitigar o seu rigor”. ISERHARD, op. cit., p. 71.

<sup>335</sup> Sobre a equivocidade de conceitos e a configuração de *bis in idem* no enfrentamento das circunstâncias judiciais, cf. CARVALHO, Salo (Coord.) et al., op. cit. p. 57-64.

diferenciação legal entre delitos comissivos próprios e comissivos por omissão. A propósito, é silente o artigo 59 quanto à evidência de que omitir impedir um resultado é menos grave do que cometê-lo<sup>336</sup>.

Traçar novos parâmetros para a fixação da pena-base importa, primeiramente, em romper com o paradigma traçado atualmente pelo Código Penal, a partir da impugnação constitucional às finalidades da pena -“*reprovação e prevenção do crime*”- ali indicadas. Em segundo lugar, significa desconstruir os olhares positivistas lançados sobre o artigo 59 do CP (e sobre o sentenciado), substituindo-os por olhares humanizadores. Por fim, significa aclarar o sentido de cada uma das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, refutando-se aquelas que se apresentem constitucionalmente inadequadas ao novo sentido político-criminal redutor de danos da Carta de 1988.

#### 4.3.1. Incompatibilidade constitucional das finalidades de “reprovação e prevenção do crime”, traçadas pelo artigo 59 do Código Penal.

Conforme já salientado, a consolidação de um novo sentido à fixação da pena-base exige a ruptura com o atual paradigma do Código Penal, que atrela a análise das circunstâncias judiciais à satisfação das finalidades de reprovação e prevenção atribuídas à pena privativa de liberdade.

Tal ruptura se dá com a constatação de que a Constituição de 1988 não aportou qualquer discurso legitimador da pena. Pelo contrário, as normas constitucionais penais têm fundamentalmente por escopo o estabelecimento de limites ao poder punitivo<sup>337</sup>, restando constitucionalmente incompatíveis quaisquer aspirações de balizamento da punição estatal a partir de finalidades a ela projetadas. Daí se conclui que as finalidades de reprovação e prevenção, trazidas pela parte final do artigo 59 do Código Penal, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988.

---

<sup>336</sup> Nesse sentido, cf. AQUINO, São Tomás de. *Summa Theologiae*, II- II, q. 79, art. 4º; KAUFFMANN, Armin. Dogmática de los Delitos de Omisión. Trad. J.C. Contreras e J.L.S. González de Murilo. Madrid: Marcial pons, 2006, p.306, apud BATISTA, Nilo; Zaffaroni, Eugenio Raul. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. II, tomo I. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2010, p. 368.

<sup>337</sup> CARVALHO, Salo, op. cit. p. 334-335.

Preliminarmente, cumpre destacar que a sistemática trazida pela redação da parte final do art. 59 do CP mostra-se constitucionalmente incongruente por violar o princípio do *ne bis in idem*. Isso se dá porque, ao determinar o estabelecimento da quantidade de pena aplicável conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, permite o emprego dos escopos de reprovação e prevenção como justificação da punição e, ao mesmo tempo, para a quantificação da reprimenda. Inaceitável, pois, na nova perspectiva constitucional penal, a utilização de fins da pena *para punir* e, uma vez punindo, *para agravar* a situação do apenado<sup>338</sup>.

Não obstante esta inicial inadequação, outros fatores também apontam para o desajuste constitucional. Para tanto, faz-se mister uma análise mais detalhada das finalidades de reprovação e prevenção, tal como encaradas atualmente.

O primeiro dos escopos (reprovação) de certo modo ainda é associado à noção absoluta de retribuição penal, hoje já catalisada pela idéia de censura. De fato, mesmo permeada por posteriores matizes preventivos, que arrefeceram a objetividade da pura retribuição penal, a pena privativa de liberdade mantém vívido seu viés retributivo, tornando atuais as palavras de Durkheim:

Assim, a natureza da pena não mudou na essência. Tudo o que se pode dizer é que a necessidade de vingança está mais bem dirigida hoje do que antigamente. O espírito de prevenção que emergiu já não deixa o campo tão livre à ação cega da paixão; contém-se dentro de certos limites, opõe-se às violências absurdas, às destruições sem razão de ser (...). Todavia, ela permanece a alma da penalidade. Podemos portanto dizer que a pena consiste numa reação passional de intensidade graduada<sup>339</sup>.

Falar em reprovação remete ainda o intérprete e o aplicador da norma penal aos fundamentos da concepção normativa de culpabilidade, que associava culpabilidade à reprovabilidade<sup>340</sup>. Desde então, a idéia de culpabilidade como reprovabilidade e, conseqüentemente, de pena como reprovação de uma conduta - seja em sentido normativo ou moral - vem habitando as discussões dogmáticas penais.

<sup>338</sup> Em relação à prevenção geral, afirma Juarez Tavares: “Os critérios de prevenção geral já estão contidos na criminalização da conduta, expressa no respectivo tipo de delito, e não podem ser avaliados novamente, sob pena de bis in idem”. TAVARES, op. cit. p. 138.

<sup>339</sup> DURKHEIM, Émile. Da Divisão do Trabalho Social. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 68.

<sup>340</sup> Nesse sentido, cf. FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. 2ª reimpressão. Trad. Gustavo Eduardo Aboso; Tea Löw. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 39.

Uma das bases de justificação da “reprovação” parte do equivocado pressuposto neocontratualista de que o indivíduo violador do direito atua de modo desvirtuado em relação ao “não desviante”, rompendo um ajuste social firmado sob bases equânimes e justas e sendo, exatamente por isso, passível da (também justa) retribuição pelo mal provocado<sup>341</sup>. No entanto, a idéia de justiça como único elemento valorativo da relação delito-pena revela-se extremamente vaga, carente de confiáveis e objetivos critérios de mensuração<sup>342</sup>.

Não obstante a falta de clareza e objetividade na aferição do sentido de justiça, sob o pretexto de sua realização tende a atividade de injunção penal a empreender um juízo de censura sobre a culpa do acusado. Com a injunção da pena, libera então sofrimento ao acusado. Esta sequencia é exatamente inversa quando se empreende um olhar psicanalítico sobre a culpa. Neste olhar, verificado o sofrimento do indivíduo pela culpa, busca-se livrá-lo (ou protegê-lo) desta para a liquidação (ou minimização) daquele<sup>343</sup>. É possível perceber, nessa perspectiva, que enquanto a aplicação da psicanálise se apresenta como libertadora e minimizadora de danos, a aplicação do direito (e da pena privativa de liberdade) se revela maximizadora da afetação individual, contrariando o próprio desenho da Constituição de 1988.

A par da dificuldade de concreção da idéia de justiça na dialética delito-pena, falar em pena justa significa desconsiderar o fato de que a “sociedade sancionadora” não apenas é a que decide quais condutas são criminosas e perseguíveis, como também é responsável pelo surgimento e manutenção de vetores de estímulo de comportamentos criminalizáveis.

<sup>341</sup> É possível estabelecer aqui uma perfeita associação entre reprovação e retribuição. Nesse contexto, observa Maria Lucia Karam: “A irracionalidade da pena retributiva já se manifesta pela inviabilidade de esclarecimento da razão pela qual o mal deveria ser compensado com outro mal de igual proporção. Se o mal é algo que se deseja ver afastado ou evitado, por que deveria ser reproduzido através da pena? Mesmo aceitando-se as teses contratualistas, que estiveram na origem da idéia de retribuição, ou as posteriores posições neo-contratualistas, decerto pareceria mais lógica a opção pela reparação do dano material ou moral causado pela conduta socialmente negativa etiquetada como crime, especialmente porque aí se levariam em conta os interesses das pessoas diretamente atingidas por aquela conduta”. KARAM, op. cit., p. 06.

<sup>342</sup> Relevantes, nesse aspecto, as observações de Roxin: “[...] el estado, como institución humana, no está capacitado ni legitimado para realizar la idea metafísica de justicia. La voluntad del ciudadano lo obliga al aseguramiento de la convivencia humana en paz y libertad; está limitado a esta tarea de protección. La Idea de que se puede compensar o eliminar un mal mediante la imposición de otro mal (el sufrimiento de la pena) solo es accesible a una creencia a la cual el estado no puede obligar a nadie, a partir de que El ya no deriva su poder de Dios sino del pueblo. La pena tampoco puede ser portadora únicamente de la creencia en una “culpabilidad” a ser retribuida; la culpabilidad individual está vinculada a la existencia del libre albedrío, el cual por ser improbable resulta inadecuado como único fundamento de la injerencia estatal”. ROXIN, Claus. op. cit., p. 19.

<sup>343</sup> Exceção a este olhar psicanalítico da culpa pode ser encontrada na categoria freudiana de “delinquente por sentimento de culpabilidade”. Na investigação de determinados atos ilícitos (furtos, fraudes e incêndios), Freud sustentou a tese de que tais atos seriam cometidos exatamente por serem proibidos e porque sua execução produzia no autor um alívio psíquico. A falta consistiria no meio de mitigação da pressão sofrida em razão do sentimento de culpa, uma vez que este passaria a estar aderido a algo tangível. Para Freud, este sentimento de culpa seria proveniente do complexo de Édipo. O autor entende que tal motivação poderia justificar a conduta da maioria dos autores, excetuados porém os que não desenvolveram inibições morais ou que crêem justificada sua conduta por sua luta contra a sociedade. FREUD, Sigmund. *Obras Completas*. Tomo III. Trad. Luis Lopez-Ballesteros y de Torres. 3ª ed. Madrid: Biblioteca Nueva, 1973, p. 2427-2428.

Significa ainda partir da premissa de que todos vivenciam uma sociedade justa e um sistema penal justo, olvidando a pluralidade de sociedades dentro de um mesmo sistema social e a realidade da desigual distribuição do poder punitivo.

Precisamente no mesmo sentido, ressalta Zaffaroni que a idéia de justa retribuição não ensejaria controvérsias *“em uma sociedade ‘justa’, em que a pena alcançasse todos os violadores do direito e em que todos dispusessem do mesmo espaço social”*<sup>344</sup>, concluindo então o autor: *“no entanto, em sociedades reais, nas quais isso não acontece – e, principalmente, em nossa região marginal – a pena retributiva continua deslegitimada”*<sup>345</sup>.

Daí se pode extrair que a concepção de culpabilidade como reprovação personalizada sucumbe diante da seletividade do sistema penal, não sendo possível reprovar um indivíduo apenas pelo fato de ter sido selecionado por este sistema. A agência judicial não pode admitir a criminalização e sequer a medição da pena em face de um juízo de reprovação nessas bases construído, pois isso significa o mesmo que *“consentir em que a agência judicial opere em função de um juízo de reprovação substancialmente viciado, porque um juízo de reprovação seletivo é, por si, vazio de qualquer conteúdo ético”*<sup>346</sup>.

Conforme mencionado, não obstante refugar diante do deslegitimador obstáculo da seletividade do sistema penal, a noção de reprovabilidade esbarra ainda na própria inviabilidade de seu dimensionamento.

[...] é realmente difícil estabelecer o grau de reprovabilidade; definitivamente, este costuma resultar quase tão arbitrário quanto a perigosidade e outros similares. Na prática, a reprovabilidade nunca foi critério útil à quantificação da pena, e a pobreza dogmática ou discursiva, dificilmente desculpável. Violaram-se frequentemente as regras da culpabilidade de fato ou ‘pelo injusto’ (caindo na culpabilidade de ‘caráter’ ou pela ‘condução de vida’), defendeu-se um conceito diferente de culpabilidade para a quantificação penal (de ‘fato’ na teoria do delito, de ‘caráter’ na teoria da pena) [...] etc.<sup>347</sup>.

A noção de reprovação hoje corrente não apenas ignora a seletividade do sistema penal como também associa o discurso jurídico-penal ao moral, revelando uma destinação ética do

<sup>344</sup> ZAFFARONI, op. cit., p.82.

<sup>345</sup> Idem.

<sup>346</sup> Ibidem, p. 259-260. Prossegue o autor salientando que *“a seletividade operativa do sistema penal e o uso da pena como instrumento reprodutor da violência e legitimador de um exercício de poder (muito mais amplo e estranho ao poder dos juristas) mostram hoje claramente que as razões éticas – essência da reprovação de culpabilidade – não são mais que meras racionalizações, com o que a reprovação mesma resulta deslegitimada”*, idem. p. 263.

<sup>347</sup> Ibidem, p. 260-261.

discurso penal e vinculando a idéia de justiça à punição de todas as condutas inadequadas ao senso moral dominante<sup>348</sup>.

Emblemática, nesse sentido, a conclusão de Iserhard:

Pensamos que o ritual institucionalizado de aplicação da pena cumpre a função de castigar, punir, vingar de forma sofisticada as ofensas endereçadas à sociedade, ratificando-se o pré-conceito social contra o acusado, que tem contra si, tão logo se desencadeiem os primeiros atos rituais, a mácula de réprobo, de precito e não é à toa que assim tem sido apodado todo aquele transgressor de uma regra de coexistência social, ditada pelo sistema penal. Tem-se, conseqüentemente, o acusado por criminoso, não obstante os ingentes esforços, manipulados persuasivamente pela instituição criminal, para desfazer tal estigma. O processado, através do ritual do castigo institucionalizado, tem o seu comportamento submetido a uma apreciação moral global, que o vê como um réprobo<sup>349</sup>.

A defesa da destinação ética do direito penal, além de encarnar uma visão retributiva da pena, deixa de considerar a diversidade de concepções morais em uma sociedade plural, adotando necessariamente aquela dominante. Nesse sentido, questiona Anabela de Miranda Rodrigues:

[...] pode pôr-se em causa a existência de um único e homogêneo sistema de valores morais por referência ao qual se devessem uniformizar, em primeiro lugar, as opções do legislador – quer quanto à definição dos crimes, quer quanto à definição das molduras das penas – e, em seguida, a actuação dos tribunais aplicando a lei. De acordo com este entendimento das coisas, por outro lado, atribui-se ao direito penal um papel puramente estático e conservador, de confirmação das idéias dominantes na consciência social, negando-lhe, por seu turno, qualquer função propulsora, de acordo com a qual lhe coubesse contribuir activamente para forjar os sentimentos morais com vista à realização de objectivos racionais<sup>350</sup>.

<sup>348</sup> Nesse mesmo contexto, ensina Joel Birman: “*Não se pode aqui perder de vista que a noção de reprovação enuncia, antes de mais nada, um juízo de valor, e não apenas um juízo cognitivo. Podemos até radicalizar esse enunciado e afirmar que um juízo de reprovação se inscreve muito mais em um discurso sobre valores do que em um discurso propriamente conceitual. Ou, dito de outra forma, o enunciado conceitual em questão se fundaria efetivamente em um discurso valorativo [...] Assim, fundamentar a responsabilidade na idéia de reprovação, para, dessa maneira, conceber a estrutura do conceito de culpa, implica inscrever efetivamente o discurso jurídico do crime no campo do discurso moral, na sua articulação com o discurso ético*”. BIRMAN, Joel. Genealogia da reprovação – sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na cena penal. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem Anos de Reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 90.

<sup>349</sup> ISERHARD, op. cit., p. 110-111.

<sup>350</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 207. A autora recorda ainda que a teoria que reconhece o fundamento da pena como expressão de condenação moral do crime por parte da sociedade foi denominada por Hart (*Punishment and responsibility*, Cap. VII, p. 169) de ‘*Teoria Denunciatória da Pena*’, sendo “*ingênuo defender, do ponto de vista sociológico, que numa sociedade pluralista exista um único sistema homogêneo de moralidade social do qual o juiz, ao pronunciar a sentença, possa ser o porta-voz. O juízo do ‘homem comum racional’ que o juiz pretende exprimir é uma projeção das idéias morais do próprio juiz e da sua classe social. Sobretudo permanece em aberto a razão pela qual a condenação moral da colectividade se deve exprimir através da pena, reconduzindo-se o homem a ‘instrumento de satisfação dos sentimentos de ódio, vingança ou desprazer da comunidade’.* A lógica desta teoria poderia justificar, na verdade, mais do que uma pena, uma condenação pública e solene, mediante a qual a reprovação moral da colectividade podia encontrar expressão mais adequada”. Ibidem, p. 207-208.

Em um estado de direito, a pena deve manter sua conotação jurídica, não moral. A melhor ilustração desta assertiva nos é trazida por Cattaneo. Em ensaio sobre Feuerbach, observa que, segundo o jurista alemão, ao Estado somente competiria falar em pena jurídica, não moral. Esta seria uma ofensa levada a cabo pelo Estado em relação ao ofensor, além de ser impossível, uma vez que o grau de imoralidade seria unicamente determinado pela convicção interna, isto é, pelo caráter inteligível do homem, o qual, por ser um objeto do mundo supra-sensível, não permitiria a penetração do juízo de um ser finito. Faltaria, assim, um princípio para estabelecer uma justa proporção entre a culpa moral e o mal: o de que somente Deus - ser onisciente - pode punir a imoralidade<sup>351</sup>.

Cattaneo, nesse contexto, sustenta que a lei não é somente o fundamento do princípio de que a pena deve ser aplicada por uma ação já praticada, mas também a garantia de que a pena não será nem vingança nem retribuição moral<sup>352</sup>.

Partindo-se dessa premissa, é imperioso sustentar que no atual Estado Democrático de Direito não há mais espaço para a reprovação moral ou ética de um indivíduo por parte do Estado e seus agentes. Em seu lugar, surge então o objetivo sentido de responsabilização jurídica (imputação estritamente jurídica) do indivíduo, sem qualquer conotação moral ou ética<sup>353</sup>, e verificada tão-somente pela ausência de certas causas que afastam a responsabilidade pessoal do agente.

Nuria Castello Nicás sustenta, nesse sentido, *“una objectivación del juicio de culpabilidad, despojando a este de la característica de ‘reproche’ en su concepción tradicional, término que entendemos que debe ser repudiado del campo del Derecho*

---

<sup>351</sup> Cf. CATTANEO, Mario. *Anselm Feuerbach. Filósofo e giurista liberale*. Milão: Edizioni di Comunità, 1970, p. 302 et seq..

<sup>352</sup> Idem, p. 435-436.

<sup>353</sup> Este é o entendimento adotado por Nilo Batista: *“Fundamental para nossa disciplina é a natureza pessoal e subjetiva da responsabilidade penal, é o conteúdo do princípio básico da culpabilidade, não seu rótulo. De igual modo, nada perderíamos se passássemos a designar, na teoria do delito, a culpabilidade por qualquer outro rótulo, como responsabilidade ou imputabilidade jurídica, desde que integrada pela imputabilidade, pela consciência (ao menos potencial) da ilicitude e pela exigibilidade da conduta juridicamente requerida (ou seja, pelos mesmos elementos que hoje integram a culpabilidade). Seja como princípio básico a orientar toda a construção teórica, isto é, como estrato autônomo do conceito analítico de crime, habilitador e limitador de pena para o sujeito do injusto, os conteúdos daquilo que se chama tradicionalmente culpabilidade são indescartáveis. Mas outorgar ao juízo de culpabilidade o sentido de reprovação, isso é mais do que descartável: isso atraiu um moralismo vulgar inadmissível no Estado de direito erigido a partir da dignidade da pessoa humana, cuja pedra angular reside em sua autonomia moral”*. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem Anos de Reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.180.



*Penal*”<sup>354</sup>. Com isso, conclui a autora, “*estaríamos ante una imputación subjetiva del hecho a su autor, y no ante un reproche ‘por ser malo’, pudiendo haber sido ‘bueno’*”.

Frise-se, nesse contexto, que a própria Constituição se apresenta como a garantia político-criminal de que a pena privativa de liberdade não seja meio de retribuição moral<sup>355</sup>. Para tanto, a lesividade, a secularização, a dignidade da pessoa humana, a humanidade penal e a autonomia da vontade do indivíduo apresentam-se como obstáculos inexpugnáveis a qualquer juízo reprovador sobre o sentenciado.

O axioma da lesividade, ao demandar a exclusiva punição de comportamentos que efetivamente lesionem direitos de outras pessoas, afasta qualquer consideração deletéria extraordinária de cunho pecaminoso ou imoral. Assim é que a aplicação da pena necessita se atrelar unicamente a um juízo objetivo e racional de responsabilidade (ou imputabilidade estritamente jurídica) do agente, não sendo legítimo qualquer acréscimo no quantum da reprimenda com fundamento na necessidade de reprovador moralmente a conduta praticada.

O acréscimo, neste caso, recorreria a elementos metafísicos transcendentais à própria materialidade e lesividade da conduta do agente, impondo-se, retributivamente, um mal ao agente pela crença de um mal por ele praticado. Em outras palavras, a premissa retributiva de que o delito praticado é efetivamente compensado pela pena mostra-se “*incompatível com os fundamentos teórico-estatais da Democracia. Ou seja, que um mal (o fato punível) possa ser anulado pelo fato de que agregue um segundo mal (a pena) é uma suposição metafísica que somente pode-se fazer plausível por um ato de fé*”<sup>356</sup>.

No que concerne ao princípio da secularização e sua relação com a pena, basilar a conclusão de que a tutela da moralidade não confere qualquer legitimidade à habilitação do poder punitivo pelo aplicador da pena<sup>357</sup>. A imposição de uma sanção penal, enfim, não deve possuir conteúdos nem perseguir finalidades morais.

<sup>354</sup> NICÁS, Nuria Castelló. *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 37.

<sup>355</sup> Nesse sentido, salienta Juarez Tavares: “*A referência à reprobção, no sentido da simples retribuição, como fundamento da pena é incompatível com um estado democrático de direito subordinado a determinados fins protetivos da pessoa, em atenção à sua dignidade e cidadania (art. 1º, II e III, CF), ao seu bem-estar (art. 3º, IV, CF) e à prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF)*”. TAVARES, op. cit. p. 132.

<sup>356</sup> ROXIN, op.cit., p.09.

<sup>357</sup> Nesse sentido, assevera Nilo Batista: “[...] *toda e qualquer reprobção, ainda que por metonímia endereçada à conduta, ao injusto, à infidelidade ao direito ou a qualquer produto teórico similar, dirige-se na verdade ao sujeito do conflito criminalizado, (processualmente) ao acusado. Uma reprobção que não se dirigisse a uma pessoa a rigor não pertenceria*

Assim como a previsão legal e a aplicação judiciária da pena não devem servir nem para sancionar nem para individualizar a imoralidade, também a sua execução não deve tender à transformação moral do condenado. O Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar - reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc. - a personalidade dos réus. O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o direito de ser internamente ruim e de permanecer aquilo que é. As penas, conseqüentemente, não devem perseguir finalidades pedagógicas ou correcionais, devendo consistir em sanções taxativamente preestabelecidas, não agraváveis por meio de tratamentos diferenciados e personalizados de tipo ético ou terapêutico.<sup>358</sup>

Não obstante a contínua necessidade de evocação da secularização como instrumento de limitação punitiva, a dogmática e a prática penal modernas incorrem no equivoco de admitir, como definitiva, a superação da imiscuidade entre moral e pena, considerando assim atingido o pleno estágio secular. Na verdade, a secularização traduz um referencial constitucional em relação ao qual a tarefa de aplicação da pena deve se manter em permanente vigília para não se afastar, evitando assim sucumbir às corriqueiras, “emergenciais” e simbólicas ondas moralizantes. Enfim, ela não é um estágio (já ou a ser) atingido, mas um contínuo norteador constitucional.

No que tange à dignidade da pessoa humana, à humanidade das penas e à autonomia da vontade, a Constituição estabelece como premissa fundamental o fato de que a sanção penal e seu *quantum* não devem ser impregnados por considerações moralmente intolerantes ou discriminatórias, capazes de violar a intangibilidade da identidade da pessoa humana e seu legítimo direito de dissidência. Esta premissa se coaduna com a hodierna concepção de que o Estado Democrático de Direito é permeado pelo pluralismo e pela tolerância.

Soma-se a isso o fato de que o dever jurídico-constitucional de redução da intensidade de afetação do indivíduo (oriundo dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da humanidade das penas) exige que sobre este apenas incida um juízo objetivo de *responsabilidade* pelo fato delitivo. Jamais um juízo de *reprovação*, impregnado por considerações éticas ou morais tendentes à imposição de maiores danos ao sentenciado.

---

*aos domínios da reflexão moral. A Constituição da República Federativa do Brasil, que tem um dos fundamentos na 'dignidade da pessoa humana', garantiu-lhe autonomia moral a partir da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, da proibição de toda privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, da livre manifestação de pensamento e expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada. A primeira consequência disso é a absoluta interdição para o Estado de impor qualquer moral; aí reside um indescartável compromisso do Estado secularizado". BATISTA, op. cit., p. 14.*

<sup>358</sup> FERRAJOLI, op. cit., p.179.

Da mesma forma que a finalidade de reprovação, o escopo de prevenção, previsto na parte final do artigo 59 do Código Penal, também colide com os fundamentos da Constituição de 1988. Muitos são os fatores desta inadequação.

Como premissa inicial, tem-se que as teorias preventivo-gerais da pena demonstram ser legitimadoras da imposição de penas por motivos estritamente utilitários, promovendo a instrumentalização de um indivíduo para que outros não pratiquem atos delitivos e, com isso, violando o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>359</sup> (art. 1º, III, da CRFB), nesse sentido materializada no imperativo kantiano de que o homem é um fim em si mesmo e deve estar imune a manipulações utilitaristas. Precisa, nesse contexto, a afirmação de que *“acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade da pena”*<sup>360</sup>.

A imposição de pena a um indivíduo apenas como necessidade de exemplo aos demais também viola o princípio da transcendência mínima, pois, conforme já mencionado, um novo prisma (invertido) de análise do princípio da transcendência mínima nos faz concluir que da mesma maneira que nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado, nenhuma pena (aqui representada pela coação estatal à coletividade) poderá passar à *pessoa* do condenado. Não soa legítimo que se impute ao acusado as inseguranças sociais de outra forma insuperáveis.

Ao vincular a proporcionalidade da sanção não à dimensão do fato delitivo, mas ao impacto que um maior sancionamento pode ocasionar nos indivíduos não criminalizados, a visão preventivo-geral negativa permite que a pena supere as fronteiras correspondentes à própria culpabilidade, colidindo com a nova concepção que atribui sentido unicamente redutor à culpabilidade.

Neste contexto se encaixa a idéia de Juarez Cirino dos Santos, segundo a qual enquanto a culpabilidade como fundamento da pena legitima o poder do Estado contra o indivíduo, a culpabilidade como limitação da pena garante a liberdade do cidadão contra o poder do

---

<sup>359</sup> Nesse sentido, ROXIN, op.cit. p. 18-19.

<sup>360</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 318.

Estado, uma vez que sem culpabilidade não pode haver pena nem qualquer intervenção estatal com fins exclusivamente preventivos<sup>361</sup>.

O atrelamento do quantum penal sobre o sentenciado a um hipotético quantum preventivo-geral sobre os indivíduos não criminalizados transgride ainda os princípios constitucionais da proporcionalidade e individualização, já que maximiza a afetação do sentenciado pelo correlativo intento de maximização da dissuasão coletiva, desprezando a individualidade do réu e sobrepondo o utilitarismo à própria humanidade da pena<sup>362</sup>.

Partindo do pressuposto de que o papel fundamental do Estado Social e Democrático de Direito seja assegurar o máximo de liberdade possível com os menores danos e ingerências aos indivíduos condenados, chega-se à conclusão de que a percepção preventiva da pena também viola o princípio da intervenção mínima, ao possibilitar o incremento sancionatório a condutas que, muito embora não ostentem relevante gravidade, “devam ser punidas” para a atribuição de exemplo aos demais.

Corroborando este entendimento, afirma Miguel Abel Souto:

*La concepción preventiva del Derecho penal que otorga carácter imperativo a la norma genera una relajación del principio de intervención mínima como límite del ius puniendi, porque permite incriminar conductas sin las referencias valorativas inherentes al Estado democrático y la proclamación constitucional de la libertad; los valores objeto de tutela no tendrían que responder a la ‘maximalización de la libertad’, ni habría que atrasar la línea de defensa punitiva a los ataques más graves, que exigen preferiblemente la lesión antes que la puesta en peligro, cuyo castigo aparezca como imprescindible*<sup>363</sup>.

Em sentido semelhante, vislumbra-se também como insustentável a elevação da pena com fundamento na consideração preventiva de que determinado tipo de crime sofreu aumento estatístico em sua incidência, merecendo assim o devido rigor a fim de que seja desestimulado. Valorações preventivas desta espécie já são corriqueiramente levadas em consideração na própria construção, pelo legislador, das escalas penais abstratamente cominadas. E ainda quando não o são, não devem mesmo pertencer à esfera valorativa

<sup>361</sup> CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p.288.

<sup>362</sup> Em contundente crítica à prevenção geral negativa, salienta Maria Lucia Karam: “A história já demonstrou o vazio da anunciada função de prevenção geral negativa, que acena com um suposto efeito dissuasório da pena, jamais comprovado. A ameaça de pena nunca evitou a formação de conflitos ou a ocorrência das condutas etiquetadas como crimes. Ao contrário. Basta pensar que que hoje, depois de séculos de funcionamento do sistema penal, busca-se um maior rigor e um maior alcance em sua aplicação exatamente sob os pretextos de um aumento incontrolado do número de crimes, de uma diversificação e de maiores perigos advindos de uma ‘criminalidade’ apresentada como crescentemente poderosa”. KARAM, op. cit., p. 02.

<sup>363</sup> SOUTO, op. cit., p.74 e 75.

judicial, tendo em vista que se revelam completamente dissociadas do fato concreto, não sendo legítimo que o autor seja por elas penalizado<sup>364</sup>.

Já em um sentido político-criminal, a vinculação da pena a uma perspectiva preventivo-geral tende à maior penalização, por mera utilidade, daqueles que sequer chegaram a materializar atos delitivos, mas encarnam o alvo do sistema penal, violando o princípio da lesividade, ou que não atuaram com dolo ou culpa na geração do resultado típico, em afronta ao princípio da culpabilidade.

Relevante também mencionar que a imposição de pena como meio de apaziguamento de um suposto alarme social e fidelização do cidadão aos comandos normativos - mote central da prevenção geral positiva - se apresenta igualmente inadequada aos novos contornos constitucionais.

Em primeiro lugar porque a utilização, pelo juízo aplicador, do alarme social como instrumento político-criminal<sup>365</sup> subverte sua função judicante em prol de considerações abstratas acerca da gravidade do delito, fazendo do magistrado legislador<sup>366</sup>.

Em segundo lugar porque não há como se aferir empiricamente o grau de alarme social, não apenas pelo fato de a sociedade ser plúrima e multiforme, mas também porque a dimensão de um suposto alarme pode variar desde a inquietação até o pânico, além de depender do pensamento, idade, formação sócio-cultural, temperamento e experiência de cada um de seus provedores.

---

<sup>364</sup> Nesse sentido, cf. ZIFFER, op. cit., p.106. Prossequindo em seus questionamentos, esclarece ainda a autora: “*Nadie sostendría que cometer un delito que nadie comete constituye una circunstancia atenuante; por qué, entonces, podría ser más grave cometer uno que cometen todos? El aumento de un determinado delito indica, o bien un cambio en las valoraciones sociales respecto de una norma, o bien un déficit en el sustrato social presupuesto por esa norma. Y en cualquier caso, no corresponde que sea el autor quien responda por ello*”. Idem.

<sup>365</sup> O emprego do alarme social como instrumento político-criminal é denunciado por Zaffaroni: “*Quando as agências não judiciais notam que seu poder vai minguando ou percebem esta ameaça, por causa de alguma reforma ou tentativa de reforma legal ou jurisprudencial, imediatamente o aparelho de propaganda do sistema penal – os meios de comunicação de massa – lançam uma campanha de ‘lei e ordem’, cujo objetivo não é outro senão atemorizar a população e provocar um protesto público para pressionar as agências políticas ou judiciais e assim deter a ameaça a seu poder (entendendo-se sempre por tal a capacidade para obter rendimentos ilícitos)[...] A burocracia judicial costuma responder aderindo à campanha, impondo penas ‘exemplares’, usando expressões moralizadoras nas sentenças que publica [...]’*”.ZAFFARONI, op. cit., p. 126.

<sup>366</sup> Nesse sentido, cf. DE LA TORRE, Ignacio Verdugo Gómez. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª Ed. Barcelona: Ed. Práxis, 1999, p. 370-372. Francesco Palazzo também ressalta, como um dos desafios enfrentados pelo Poder Judiciário, a conciliação entre humanização penal e o alarme social oriundo das exigências de prevenção dirigidas ao juiz criminal. CF. PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1989, p. 30.

O emprego judicial do alarme social viola ainda o direito social à segurança pública (art. 6º da CRFB), mediante a subversão da própria percepção de segurança<sup>367</sup>. Isso porque o direito à segurança pública – assim como todos os direitos constitucionalmente assegurados – deve ser interpretado sempre de modo a se maximizar sua efetividade, exigindo, portanto, que os cidadãos não apenas tenham objetivamente acesso à segurança, mas que possam subjetivamente apreender a sua existência. Tal alcance subjetivo somente é possível se assegurado aos cidadãos o direito à não desvirtuação de sua percepção de segurança pública.

O direito social à segurança pública, compreendido a partir de seus vieses subjetivo e objetivo, rechaça não somente a manipulação midiática da real apreensão da segurança, mas, sobretudo, o recrudescimento judicial da pena a partir da necessidade de resposta a um pretense alarme social.

O prenúncio de violência, não importa se real ou conjeturada, constitui um modulador social por meio do qual se constrói uma política criminal potencializadora de danos. A política criminal nestes moldes desenhada é capaz de eleger os interesses e valores dignos de proteção penal a partir de uma convenção social-normativa, cujo elemento essencial é a sensação de segurança da população. A atividade judicial de aplicação da pena não deve, enfim, se deixar conduzir pelo alarme social provocado pelo delito, mas por um juízo estritamente objetivo de responsabilidade jurídica pelo injusto penal.

Em segundo lugar, tem-se que a utilização da pena como mecanismo de adesão normativa representa uma inadmissível ingerência na esfera individual dos sujeitos não criminalizados, que não podem ser impelidos a adotar determinada consciência, ao sabor do Estado. Estar-se-ia, dessa forma, não apenas ofendendo a autonomia de consciência dos indivíduos, mas promovendo uma nova “etização” do direito penal, impondo-o como instrumento pedagógico de afirmação dos valores ético-sociais dominantes, sem levar em consideração que o sistema penal, além de representar um concreto fato de poder, também pauta-se pela seletividade, repressividade e estigmatização<sup>368</sup>.

O perigo da “etização” do direito penal é bem sintetizado por Zaffaroni:

---

<sup>367</sup> A construção de uma concepção democrática do Direito Penal exige o aporte de todos os princípios e garantias contidos no ordenamento penal brasileiro. Assim é que, não apenas do artigo 5º da Constituição é possível extrair valiosos instrumentos axiológicos de contenção do poder punitivo, mas de todo o sistema jurídico (ex: promoção do Estado Social, veiculada pelo art. 6º da CRFB).

<sup>368</sup> Nesse sentido, ZAFFARONI, op. cit., p. 209.

Acreditamos ser esta ‘etização’ extremamente perigosa, já que, posta a serviço do funcionalismo, é uma ‘etização’ esvaziada de todo conteúdo ético em sentido restrito, limitando-se a selecionar pessoas antifuncionais, atendendo a condutas sintomáticas de antifuncionalidade, ou quem sabe, francamente, limitando-se a selecionar pessoas para mostrar como são aplicadas as penas sempre que a exibição da máquina penal seja útil à conservação na confiança no poder ou do medo do poder<sup>369</sup>.

Em terceiro lugar porque atrelar a sanção penal à sua eficácia para a promoção da lealdade social ao Direito significa permitir o rompimento de limites máximos àquela, sempre quando necessário para o alcance deste escopo. Significa ainda desvincular a pena da própria figura do condenado, deixando de tratá-lo como pessoa e ferindo o princípio constitucional da individualização da pena. Tal constatação também pode ser extraída das lições de Patrícia Ziffer, segundo a qual não seria legítimo que o juiz recorresse aos temores (fundados ou não) da sociedade e os refletisse na pena de certo indivíduo, sendo certo que captar as necessidades e temores sociais é função afeta ao legislador, que somente pode fazê-lo abstratamente<sup>370</sup>.

Enfim, sob pena de desestruturação democrática do sistema de justiça criminal, a atividade de aplicação concreta da pena não pode ser reduzida a uma tarefa de racionalização finalística da sanção penal, alheia às disposições constitucionais que alicerçam nosso Estado de Direito. Não devem ser esquecidos os custos humanos causados por um direito penal orientado para a eficácia,

[...] custos que não devemos pagar a todo o preço e que passam pela renúncia a princípios politicamente valiosos e que são naquela óptica (unilateral) difíceis de manter. Afasta-se, assim, em nome da euforia preventiva, qualquer hipótese de rejeição de princípios, tais como o da culpa, que essencialmente garantem os direitos individuais contra as exigências colectivas de segurança e que, em ‘tempos de necessidade’, se arriscam a perder grande parte do seu crédito e influência<sup>371</sup>.

Ao falar em prevenção, o legislador não se ateve somente à sua vertente geral, primando também pela persecução de finalidades preventivo-especiais.

A própria exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal evidencia tal opção, ao estabelecer que “*a progressiva conquista da liberdade pelo mérito substitui o tempo de prisão como condicionante exclusiva da devolução da liberdade*”<sup>372</sup>, além de concluir que

<sup>369</sup> Idem, p. 210.

<sup>370</sup> ZIFFER, op. cit., p. 98.

<sup>371</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 309 e 310.

<sup>372</sup> BRASIL. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, item 37.

a resposta penal, norteadas pela interação entre qualidade e quantidade, “*será tanto mais justificável quanto mais apropriadamente ataque as causas de futura delinqüência. Promove-se, assim, a sentença judicial a ato de prognose, direcionada no sentido de uma presumida adaptabilidade social*”<sup>373</sup>. A finalidade preventivo-especial foi corroborada ainda pela incorporação, por parte do Decreto n. 678 de 1992, do art. 5º, item 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo o qual “*as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*”.

As teorias preventivo-especiais, assim como as gerais, também falham democraticamente. “*A pena, em razão do seu caráter aflitivo e coercitivo, é, de qualquer forma, um mal que de nada serve envolver com o manto de uma finalidade filantrópica de tipo reeducativo ou ressocializante, e de fato, ainda mais aflitivo*”<sup>374</sup>, haja vista que a atuação direta na pessoa do condenado com tais finalidades (aspecto positivo) ofende a sua individualidade e o seu direito de ser diferente, em evidente afronta às bases do pluralismo.

Ademais, enquanto não logrado o ajustamento sócio-moral do sentenciado, a concepção preventivo-especial permite tanto a postergação de sua liberdade, quanto novo ingresso encarcerador, pregando paradoxalmente a intensificação dos efeitos criminógenos do cárcere àquele tido como ainda portador de “tendências delituais”.

Enfim, o tratamento reeducativo dá azo a “*tratamentos desiguais não justificados pela diversidade do delito e, por conseguinte, lesivos para a liberdade interior e a dignidade pessoal do réu, pela sua pretensão de transformar a pessoa*”<sup>375</sup>. Trata-o como um ser perigoso, em completa aversão à igualdade e à alteridade humanizadora. Habilita a perpetuação do direito penal do autor, em franco atentado ao princípio republicano.

Cumpre, finalmente, salientar que a incompatibilidade com os fundamentos traçados pela Constituição de 1988, contida na finalidade de prevenção especial positiva do art. 59 do CP, estende-se à finalidade essencial de “*reforma e readaptação social dos condenados*”, prevista no art. 5º, item 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Salvo melhor juízo, não cabe sequer evocar o status de emenda constitucional deste dispositivo (nos termos do art. 5º, § 3º, da CRFB) para a defesa de sua legitimidade, mesmo porque, muito embora

---

373 BRASIL. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, item 38.

374 FERRAJOLI, op. cit., p.272.

375 Idem, p. 319.



esteja contido em um diploma internacional de tutela de direitos humanos, este dispositivo produz efeito diametralmente contrário ao desenhado, afrontando direitos e garantias individuais, erigidos como cláusulas pétreas pela Constituição de 1988 e, como tais, imunes a qualquer tentativa de supressão por emenda constitucional.

Do mesmo modo que a prevenção especial positiva, a pretensão de neutralização de condenados (viés negativo da prevenção especial) também se revela incompatível com uma sistemática constitucional democrática e humanizadora, fomentando a imposição de punições desproporcionais e desarrazoadas. Reproduz indefinidamente o predicado estigmatizante<sup>376</sup> ao indivíduo, perpetuando a solução penal (ainda que não formal). Busca a inocuidade do indivíduo com o propósito de incutir na coletividade a crença de que a sociedade é homogênea - não fruto da diversidade de posições e conflitos - e que o condenado se apresenta como elemento desviante e desafiador da coesão social<sup>377</sup>. Enfim, promove soluções dessocializantes e atentatórias à dignidade e ao Estado Democrático de Direito.

Enfim, afirmar que a gradação da pena deve se dar em função do imperativo de prevenção, seja geral ou especial, significa atribuir ao Estado não apenas um direito subjetivo de punir, mas de punir mais gravemente até que a reprimenda alcance a necessidade e suficiência da defesa social contra o crime.

Esta concepção do *jus puniendi* como direito titularizado pelo Estado no sentido de punir deve-se à disposição de se aplicar ao Direito Penal o arquétipo estrutural do direito privado, disposição esta que reduz o fenômeno penal a uma mera relação entre um direito subjetivo estatal de punir em nome da defesa social contra o crime, de um lado, uma obrigação de sujeição à pena. Acertada, nesse sentido, a constatação de que “*se o poder do Estado de assegurar as condições de vida social não pode ser equiparado a um direito subjetivo, menos*

<sup>376</sup> Interessante, nesse sentido, a classificação formulada por Arnold Van Gennep em seu trabalho “Os ritos de passagem”. Para o autor, existem três espécies de ritos: *ritos de margem, ritos de agregação e ritos de separação*. Ao lado do banimento, da expulsão e da excomunhão, o rito da aplicação da pena por parte da justiça criminal é também identificado pelo autor como um rito de separação, em que o condenado, após a condenação, vê-se estigmatizado e proscrito do regular convívio social. Cf. GENNEP, Arnold Van. *Os ritos de passagem*. Petrópolis: Editora Vozes, 1978, p. 102. Igualmente discutindo as consequências da estigmatização, Erving Goffman salienta que “*o normal e o estigmatizado não são pessoas, e sim perspectivas que são geradas em situações sociais durante os contatos mistos, em virtude de normas não cumpridas que provavelmente atuam sobre o encontro. Os atributos duradouros de um indivíduo em particular podem convertê-lo em alguém que é escalado para representar um determinado tipo de papel*”. GOFFMAN, Erving. *Estigma. Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988, p.148-149.

<sup>377</sup> Nesse contexto, indaga Antônio Maria Iserhard: “*A sociedade não é homogênea e sim diferenciada, apresentando os seus integrantes idiosincrasias, valores, ideologias bastante complexas. Como aceitar, então, que o julgador reduza toda esta complexidade à lei penal, para excluir do convívio social um de seus integrantes? Como reduzir toda a subjetividade inerente a cada indivíduo a um Código Penal, o qual serve de instrumento e fonte única para os representantes institucionais, na busca da verdade criminal?*”. ISERHARD, op. cit., p. 107.

*ainda a submissão do réu à pena pode ser tomada como cumprimento de uma obrigação jurídica*<sup>378</sup>. Com efeito, segundo esta perspectiva, o direito penal subjetivo “*acaba por resultar tecnicamente inútil e politicamente perigoso*”<sup>379</sup>.

Efetivamente não há um direito subjetivo de punir do Estado, nem a defesa social pode ser unguida como seu fundamento, identificação esta capaz de legitimar a imposição desenfreada de sanções, sob o signo da necessidade de “proteção da sociedade frente ao crime”.

Sequer fundamento constitucional há para o *jus puniendi*. A falta de reconhecimento constitucional de um direito subjetivo de punir do Estado deflui do próprio sentido dado pela Carta de 1988 às disposições penais nela contidas. Pela análise de tais disposições, é possível constatar que a nossa Constituição segue quase que exclusivamente<sup>380</sup> o viés de contenção do poder punitivo, fruto exatamente da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito. Em lugar de estabelecer um direito público subjetivo à punição, segue a Constituição fundamentalmente o caminho político-criminal dos direitos, princípios e garantias.

Não bastasse a ilegitimidade democrática de cada um dos escopos preconizados (retribuição e prevenção), sua combinação - como faz nosso ordenamento penal - ainda conduz ao arbitrário manejo das normas penais em serviço da habilitação do poder punitivo típico do estado de polícia<sup>381</sup>. Essa ambiguidade discursiva

[...] conduz à arbitrariedade, pois implica propor aos operadores judiciais que assumam a decisão que bem lhes aprouver, racionalizando-a, depois, com a teoria de função manifesta

<sup>378</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*. Tomo 1º. 3ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967, p. 21. Modernamente, em contestação ao *jus puniendi*, cf. ZENKNER SCHMIDT, Andrei. O direito de punir: revisão crítica. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 9, p. 84-101, 2003.

<sup>379</sup> BATISTA, op. cit., p. 109.

<sup>380</sup> Exceção se faz às disposições constitucionais que habilitam uma maior incidência do poder punitivo, ao dispor, por exemplo, que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” (art. 5º, XLI), “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*” (art. 5º, XLII), “*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*” (art. 5º, XLIII) e que “*constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*” (art. 5º, XLIV). Curioso observar que, logo após esse “hiato punitivo”, volta a Constituição, nos incisos seguintes, a colocar suas disposições a favor da limitação racional ao poder punitivo.

<sup>381</sup> Nesse sentido, salienta Nilo Batista: “*A inserção da vox “reprovação” (interpretada pela doutrina predominante como profissão de fé retributiva da lei) ao lado de “prevenção do crime” resultou na compreensão de que adotáramos uma daquelas teorias combinatórias (mistas, unitárias, dialéticas etc). Na prática, essas teorias combinatórias permitem ao juiz olhar para o réu mais ou menos como o lobo olhava para o cordeiro: qualquer fragilidade no imperativo retributivista é logo suprida pelas exigências preventivistas (e, dentro dessas, as gerais suprem toda desnecessidade preventivo-especial); ao contrário, porém com o mesmo efeito, a falta de necessidade preventivo-especial não pode jamais conduzir à dispensa de pena, ‘para que o crime não recaia sobre o povo’, como disse Kant a propósito da execução do último condenado já depois da dissolução da sociedade civil*”. BATISTA, op. cit., p. 15.

que pareça mais adequada ao caso. Desta maneira, é possível impor em qualquer caso o máximo ou o mínimo da escala penal, pois se a culpabilidade pelo ato não for adequada à racionalização da pena que se pretende impor – aquela que já foi decidida – sempre se poderá apelar para a culpabilidade de autor ou para a periculosidade; e se a prevenção especial não for útil, poder-se-á chegar à geral etc. As combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso. Não se trata de uma solução jurídico-penal, mas de uma entrega do direito penal à arbitrariedade e da conseqüente renúncia à sua função mais importante<sup>382</sup>.

Com razão, portanto, que a Constituição não tenha trazido em si qualquer fator legitimante do retribucionismo ou utilitarismo punitivo – ou da combinação de ambos –, atuando, precisamente em sentido oposto, como instrumento de contenção do poder punitivo e fundamento maior de deslegitimação das finalidades transcendentais emprestadas à pena. Assim é que, em uma nova perspectiva da aplicação da pena, entende-se por constitucionalmente incompatíveis (e não recepcionadas) as finalidades de “*reprovação e prevenção do crime*” traçadas pelo artigo 59 do Código Penal.

Ainda que se entenda pela constitucionalidade da persecução das finalidades de reprovação e prevenção, não há efetivamente como traduzi-las em grandezas de tempo, de modo a se estabelecer uma confiável relação de correspondência entre as referidas finalidades e as penas delas advindas. Reprovação e prevenção são escopos eminentemente abstratos e, assim o sendo, não são passíveis de fracionamento. Soma-se a isso a inviabilidade empírica de se materializar, por um lado, o grau de reprovação sentido pelo apenado ou o grau de satisfação da coletividade pela reprovação (retribuição) destinada ao agente, e, por outro, o coeficiente de fidelização de terceiros ao ordenamento (efeito preventivo-geral-positivo), de dissuasão da coletividade (efeito preventivo-geral-negativo) de emenda do condenado (efeito preventivo-especial-positivo) ou de sua neutralização (efeito preventivo-especial-negativo).

As finalidades de reprovação e prevenção do crime também não resistem a uma interpretação progressiva da lei. Tal interpretação é a resposta trazida por Nilo Batista e Eugenio Raul Zaffaroni para enfrentar o argumento de que a teoria negativa da pena seria incompatível com o critério preventivo-retributivista preconizado pelo Código Penal Brasileiro e preventivista especial suscitado pela Lei de Execução Penal.

---

<sup>382</sup> BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p. 141.

Nesse sentido, salientam os autores que, na medida em que um conhecimento científico ou técnico comprove que a lei penal preceitua fins empiricamente irrealizáveis, competiria ao intérprete adaptá-la aos limites da viabilidade do conhecimento, ainda que não perca ela vigência<sup>383</sup>. Prosseguem advertindo que a experiência histórica da prisão e as autorizadas e sucessivas pesquisas empíricas sobre esta revelam que o encarceramento, com raras e estatisticamente irrelevantes exceções, jamais foi capaz de viabilizar condições para a eficaz integração social do condenado ou de assegurar o devido acatamento do direito à incolumidade física e moral dos presos. Pelo contrário: os efeitos mortificantes da prisionização tenderiam em sentido exatamente oposto ao legalmente idealizado<sup>384</sup>.

Desse modo, tanto o artigo 1º da Lei de Execução Penal (ao fixar como objetivo da execução penal a promoção de condições para a harmônica integração social do condenado), quanto o artigo 38 do Código Penal (ao exigir o respeito à integridade física e moral dos presos), e ainda, o artigo 59 do Código Penal (ao estabelecer as finalidades de reprovação e prevenção do crime) adjudicam à prisão escopos comprovadamente impraticáveis pelas ciências sociais. Assim é que, a partir de uma interpretação progressiva da lei penal, caberia ao intérprete e aplicador da lei penal, de um lado procurar impedir *“que o pretexto de uma finalidade irrealizável accentue as características deteriorantes da prisionização e intervenha ficcionalmente nos critérios jurídicos centrais da excarceração”* e, de outro lado, valer-se de tal interpretação para *“oferecer – e não impor – possibilidades de que os presos diminuam seu nível de vulnerabilidade ao poder punitivo”*<sup>385</sup>.

Ainda que superadas todas as objeções constitucionais e empíricas às finalidades de reprovação e prevenção, restaria ao aplicador e ao hermeneuta a possibilidade de reinterpretá-las à luz do dever constitucional de minimização da afetação individual. No intento de se redimensionar a acepção das finalidades do art. 59 do Código Penal, a idéia de reprovação abandonaria sua carga moral em prol de um juízo de constatação estritamente jurídico, associado à própria responsabilidade jurídica pelo evento penal, inábil, portanto, a ensejar

<sup>383</sup> Idem, p. 113.

<sup>384</sup> Idem. Em sentido semelhante, Maria Lúcia Karam afirma: *“Os muitos mecanismos ideológicos utilizados na fundamentação e legitimação da pena geraram tradicionais teorias fundadas nas irrealizáveis idéias de retribuição e prevenção especial ou geral (negativa ou positiva), teorias que sempre se caracterizaram por um irracionalismo indubitado, irracionalismo derivado da própria falta de racionalidade daquele instrumento de realização do poder punitivo do Estado. A pena só se explica – e só pode se explicar – em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder”*. KARAM, op. cit., p. 117.

<sup>385</sup> Ibidem.

qualquer acréscimo penal<sup>386</sup>. Por seu turno, o escopo de prevenção, também hermeneuticamente corrigido, restaria polarizado exclusivamente em benefício do acusado, seja sob seu viés geral ou especial<sup>387</sup>. Nesse sentido, necessária e suficiente seria não a pena, mas a intervenção judicial que menor estigmatização e dessocialização (afetação, em linhas gerais) acarretasse ao projeto existencial do condenado<sup>388</sup>.

Em suma, no âmbito de um Estado de Direito plural e de bases democráticas, a pena privativa de liberdade não se justifica coerentemente, seja pela reprovação ou pela necessidade de prevenção. A influência de tais finalidades, como postas na atual legislação, faz da reprimenda criminal a materialização de uma suposição de justiça, sobrepujando o direito fundamental da liberdade - concreto, real - em nome da persecução de escopos intangíveis.

Enfim, esvaziando-se a legitimidade dos fins corriqueiramente atribuídos à pena privativa de liberdade, quedariam descortinadas suas reais características: inidoneidade para a resolução de conflitos, instrumentalidade de dor e manifestação de poder<sup>389</sup>.

#### 4.3.2. Sentido e conformação constitucional das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

A construção de parâmetros democráticos para a aferição da pena-base demanda, em última análise, uma nova compreensão acerca do sentido de cada uma das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP.

<sup>386</sup> Juarez Tavares, por sua vez, salienta que “quando o artigo 59 se refere à reprovação, fá-lo no sentido de exigir que a pena aplicada deva ser proporcional ao dano ou ao perigo ao bem jurídico. Está claro que esses objetivos não se desgarram do processo criminalizador, porque estão centrados, primeiramente, no procedimento de imputação, pelo qual, com a culpabilidade, se fundamenta o delito para, depois, avançarem no sentido de racionalizar o sistema, mediante a delimitação da medida da pena”. TAVARES, op. cit. p. 124.

<sup>387</sup> Sob um outro ângulo, mas chegando às mesmas conclusões, afirma Juarez Tavares: “Como a quantificação da culpabilidade não pode ser desproporcional aos elementos que determinam a gravidade do injusto, todos os fatores de prevenção geral e especial, como aqueles referidos no artigo 59 do Código Penal, como os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do delito e o comportamento da vítima, só podem ser empregados em benefício do autor”. TAVARES, op. cit. p. 151-152.

<sup>388</sup> Em sentido análogo, porém direcionado à discussão acerca do limite mínimo legal, salienta Sousa e Brito: “*E quando a medida da pena pela culpa for incompatível com as exigências da prevenção especial, por mesmo o limite mínimo daquela medida ter um efeito necessariamente dessocializante? [...] Deve entender-se que a sociedade e o juiz têm o direito e o dever - nas palavras de Gallas - de vigiar de modo a que, desde que tal não seja exigido por razões cogentes de protecção jurídica, o tratamento do agente segundo o que merece não seja comprado com o perigo da sua dessocialização. A sociedade não é apenas responsável pela protecção dos seus membros perante o criminoso, tem também uma responsabilidade, perante este último, de contribuir para a sua possível recuperação. Nestes casos toma-se necessário desistir de uma parte da pena correspondente à culpa para respeitar o mandamento legal de ter em conta a prevenção especial*”. SOUSA E BRITO, José de. Medida da Pena no Novo Código Penal. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.III, 1984, p. 581 et seq.

<sup>389</sup> Cf. KARAM, op. cit., p. 07.

O primeiro passo da nova compreensão consiste na desconstrução da idéia de que o artigo 59 do CP seria libertador, por permitir ao juiz olhar além do crime (em especial no que tange às suas conseqüências) e, ao mesmo tempo, para o passado (apreciação dos antecedentes do acusado). Trata-se de uma visão eminentemente positivista, tendencialmente utilizada em prejuízo do indivíduo.

Outro eixo fundamental da nova compreensão acerca da pena-base consiste na percepção de que, na prática, as circunstâncias judiciais de caráter positivo têm atuado apenas de modo a neutralizar as circunstâncias negativas, tendo sua efetividade redutora tolhida pela impossibilidade de condução da pena aquém do valor mínimo indicado por cada tipo penal, quando presentes apenas dados positivos<sup>390</sup>. Isto se dá porque se convencionou afirmar que a pena-base deve ser aquela estabelecida entre o mínimo e o máximo cominados, quando na verdade, seguindo-se uma perspectiva constitucional redutora, o mínimo legal cominado não traduziria um limite inferior, mas tão-somente o marco inicial (ponto de partida) do processo de determinação da medida da pena privativa de liberdade, sobre o qual cumpriria ao magistrado fixar a pena-base<sup>391</sup>.

Entender o mínimo legal cominado como marco inicial do processo de determinação da pena significa materializar a presunção de inocência – neste caso a presunção de pena zero (ou mínima). Isso porque, assim como o juiz deve iniciar a marcha processual mantendo o réu na posição de “*inocente presumido*”, do mesmo modo deve iniciar o processo de aplicação da pena com o acusado na posição de “*mínimo apenado presumido*”.

O mínimo da escala se identifica com o ponto de partida do processo de determinação da pena não apenas em virtude da presunção constitucional de pena zero (ou mínima), mas também em razão de que o mínimo legal cominado, por não exigir qualquer fundamentação para sua imposição, insere os acusados em um plano de igualdade, impedindo com isso tratamentos discriminatórios desde o início da injeção penal<sup>392</sup>.

---

<sup>390</sup> Cf. ROSA, Fábio Bittencourt da. *Os antecedentes e a aplicação da pena*. Disponível na internet [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), 28.06.2006.

<sup>391</sup> Em uma concepção mitigadora, afirmar que uma determinada pena varia de X até Y não significa estabelecer uma relação de mínimo e máximo, mas uma relação de início da tarefa de aplicação e fim máximo tolerado de habilitação do poder punitivo.

<sup>392</sup> O mínimo legal como ponto de partida tutela o princípio da unidade ou da uniformidade das penas, assegurando que crimes idênticos não recebam, por magistrados distintos, penas iniciais absolutamente dissonantes. Para que todos iniciem o processo de imputação penal em situação de absoluta igualdade, é necessário que o início do processo de determinação da pena seja exclusivamente determinado pela lei (na até agora denominada pena mínima cominada), não pelo juiz.

O derradeiro e fundamental estágio de um novo olhar sobre as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP consiste na refutação da possibilidade de uso gravoso das mesmas<sup>393</sup>, emprego este que se apresenta constitucionalmente inadequado ao novo paradigma político-criminal humanizador e redutor de danos, construído a partir da Constituição de 1988<sup>394</sup>. Substancialmente, admitir o emprego de circunstâncias judiciais em desfavor do réu significa franquear a possibilidade de elevação genérica da pena, uma vez reconhecido que as circunstâncias judiciais gozam de um grau tamanho de abstração que não permite sua apreensão segura por parte do magistrado.

Refutada a possibilidade de utilização gravosa do artigo 59 do CP, chega-se à conclusão lógica de que tanto a quantidade, quanto o regime de cumprimento e a qualidade da pena passam a ser influenciados pelos sentidos tão-somente positivo-redutores da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e comportamento da vítima.

Completados os três passos anteriores, o juízo aplicador seria capaz de sequenciar a aplicação da pena privativa de liberdade estritamente conforme seu dever minimizador de

<sup>393</sup> De qualquer modo, ainda que admitido o uso das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP em desfavor do réu, tal emprego deveria subsumir-se taxativamente às circunstâncias previstas no referido dispositivo, não admitindo qualquer espécie de extensão ou ampliação interpretativa. Em outras palavras, seria necessário o estabelecimento de um nexos causal permanente entre as circunstâncias judiciais e o fato concreto, importando na adoção de uma autêntica “tipicidade circunstancial”, como garantia do sentenciado frente à habilitação irracional do poder punitivo. Por outro lado, sendo reconhecida a possibilidade de utilização das circunstâncias judiciais exclusivamente em favor do réu, estaria o julgador autorizado a sopesar todo tipo de elemento acidental vinculado ao fato concreto.

<sup>394</sup> Diversamente da tese ora apresentada, no sentido de que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP podem ser utilizadas, desde que a favor do acusado, Rosivaldo Toscano dos Santos Junior sustenta a não recepção do referido artigo, que, por não produzir efeitos, não poderia ser utilizado contra ou a favor do réu. Afirma o autor: “[...] a lei que deu a atual redação do art. 59 do CP é anterior à Carta Política vigente. Portanto, não se trata de declarar a inconstitucionalidade, e sim sua não recepção. E o que está revogado não produz efeitos. Neste caso, sequer podem ser presumidas favoráveis. Simplesmente deixam de servir como critério para fixação da pena-base”. SANTOS JUNIOR, op. cit. p. 21. Juarez Tavares, por sua vez, assevera que à exceção da culpabilidade – que demarca o limite máximo da reprimenda, a partir do qual a pena só poderá ser diminuída – “os demais elementos do artigo 59 são critérios complementares, que devem ser considerados em favor do réu, e não contra ele. Se assim não for, estar-se-á criando uma pena dissociada do fato e, ademais, introduzindo-se, na sua medida, fatores morais, que nada têm a ver com a reprovabilidade jurídica” TAVARES, op. cit. p. 129. Sintetizando sua concepção acerca das circunstâncias judiciais, afirma o autor que “[...] elementos subjetivos relacionados ao autor só podem ser invocados em seu prejuízo se tiverem influenciado, previamente, o desvalor da ação. Todos os demais fatores – como as circunstâncias contidas no artigo 59 do CP – só devem ser usados em favor do autor. Fatores morais ou outros relacionados à suposta má conduta do autor são estranhos ao processo de individualização e devem, desse modo, ficar de fora de qualquer avaliação”. Idem, p. 135. E mais adiante, arremata: “Atendendo que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, nada obsta a que as circunstâncias atenuantes e os critérios de prevenção geral e especial possam conduzir à diminuição da própria pena-base, inclusive aquém do mínimo cominado ao delito. A pena-base pode, assim, ser diminuída pelas atenuantes genéricas e pelos critérios de prevenção geral e especial relacionados no artigo 59: a personalidade, os antecedentes, a conduta social, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima. Os julgadores, em geral, antevêm esses critérios suplementares do artigo 59 como condições que podem tanto aumentar quanto diminuir a pena. Mas se a pena não pode ultrapassar os limites da culpabilidade e se esses critérios não são critérios de culpabilidade, senão critérios de prevenção geral e especial, sua consideração só pode ser no sentido de beneficiar o autor, jamais para prejudicá-lo [...] É bastante correto, assim, seguir-se o trâmite traçado no artigo 68, mas atendendo sempre a que o limite máximo inicial da pena-base só poderá ser dado pelo grau de culpabilidade e que, afora as agravantes obrigatórias e as causas de especial aumento, todas as demais circunstâncias só podem ser invocadas em favor do autor”. Idem, p. 139-140.

danos. Para tanto, inicialmente verificaria qual é o marco inicial do processo de determinação (mínimo legal cominado). Constatando a presença de uma ou mais circunstâncias favoráveis do art. 59, conduziria a pena-base a um patamar inferior ao ponto de partida legal. Inexistindo circunstâncias judiciais favoráveis, a pena-base então coincidiria com o ponto de partida legal (mínimo legal cominado).

Feitas estas considerações, e adotado o pressuposto de que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP não podem conspirar contra o indivíduo acusado, faz-se necessária, nesse momento, uma análise pormenorizada de tais circunstâncias.

#### 4.3.2.1. Culpabilidade do agente.

**[RS-D1] Comentário:** Seções  
quartenárias são escritas sem  
negrito

Na dogmática penal moderna, não há como tecer considerações acerca da pena sem necessariamente ingressar no estudo da culpabilidade, liame entre aquela e o injusto penal. A história recente das concepções acerca da pena confunde-se muitas vezes com o próprio desdobramento do conceito de culpabilidade.

No positivismo penal em vigor entre fins do século XIX e início do século XX, a construção da culpabilidade associava-se intimamente à idéia de periculosidade, que não apenas franqueava a imiscuidade entre ciência e pena, como também encarnava a combinação entre razão de estado e direito penal de autor<sup>395</sup>.

Na segunda metade do século XIX, com a construção da Teoria psicológica da culpabilidade, Von Liszt passou a identificar a culpabilidade como o nexos psicológico estabelecido entre ação e resultado, por meio do dolo ou da culpa. Em outras palavras, trata-se da relação subjetiva estabelecida entre ato e autor. Tal concepção, porém, não produziu significantes reflexos nos fundamentos para a aplicação da pena, ainda associada à noção de periculosidade individual.

Somente em 1907, com o advento da teoria normativa da culpabilidade, de Reinhard Frank, a culpabilidade passa a ser vislumbrada como reprovabilidade (*Vorwerfbarkeit*), objeto

---

<sup>395</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal: parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 518.



de uma valoração negativa em virtude da prática de uma conduta juridicamente vedada<sup>396</sup>. Imputabilidade, circunstâncias concomitantes, dolo e culpa tornam-se os elementos da culpabilidade, e a fundamentação da pena passa a residir não mais em meras considerações acerca da periculosidade individual, mas sobretudo no juízo de censura sobre o realizador de uma conduta proibida. As contribuições subsequentes de Freudenthal e Goldschmidt sepultaram o psicologismo estruturado sobre bases positivistas naturalistas, defenestrando a estreita correlação entre pena e periculosidade.

Já nos anos trinta do século XX, período que coincide com a emergência de regimes antidemocráticos, as concepções periculosistas da culpabilidade ganharam novo fôlego, consagrando a necessidade de pena mais acentuada aos culpáveis de caráter ou de condução da vida. Lembra Zaffaroni, nesse sentido, que Edmund Mezger empreendeu “*las tentativas más fuertes para hacer de la culpabilidad un equivalente de la peligrosidad, tratando de legitimar por medio de la culpabilidad la mayor pena al habitual, al reincidente, al profesional, al malvado etc*”<sup>397</sup>.

A posterior teoria normativa pura da culpabilidade, apesar de traçar os atuais contornos analíticos do conceito de culpabilidade, não alterou sua essência fundamentadora: a reprovabilidade. Com isso, a própria medição da pena manteve-se atrelada ao grau de censura sobre o realizador de uma conduta antijurídica<sup>398</sup>.

A questão relativa à culpabilidade, no entanto, ganharia novos contornos com as teorias funcionalistas de Jakobs e Roxin. A culpabilidade, sob o viés funcionalista, se ancora fundamentalmente na necessidade preventiva de sancionamento. Hirsch lembra, nesse sentido, que Jakobs levou a necessidade preventiva de sancionar até suas últimas consequências, de tal modo que faz desembocar a culpabilidade na própria prevenção geral<sup>399</sup>. Observa ainda Hirsch que a tendência de construir a culpabilidade de maneira funcional, para permitir uma regulação fundada nas exigências do fim da pena, conduz a uma total desindividualização de

<sup>396</sup> Assinala Frank: “*En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor.*” FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. esp. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw, 2ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 39.

<sup>397</sup> ZAFFARONI, op. cit., p.520.

<sup>398</sup> Abordando as distintas concepções históricas acerca da culpabilidade, cf. CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 32 et seq.

<sup>399</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal. Obras completas*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 29.

seu conceito, atribuindo ao autor do fato uma responsabilidade verificada somente com base em critérios gerais<sup>400</sup>.

A fusão entre culpabilidade e finalidades da pena, aqui descortinada, rompe as bases de um juízo de culpabilidade fundado na possibilidade de agir de forma diversa, substituindo-o pelo dever de agir conforme a norma, segundo as necessidades de prevenção. Na esteira desse entendimento, um indivíduo a princípio inculpável por não ter podido agir de forma diferente poderia ser alcançado pela malha penal, se para a afirmação da ordem jurídica preciso fosse.

O conceito de culpabilidade de Jakobs despreza qualquer aporte formulado pelas ciências psicológicas e sociais. Tal conceito é eminentemente normativo, sem dados psicológicos, encarnando um juízo sobre o agente porque este, com sua ação, não agiu conforme a norma, demonstrando assim estar incompatibilizado com o sistema (ordem jurídica). Tal incompatibilidade se evidenciaria pelo fato de o sujeito não ter se preocupado com a estabilidade da ordem jurídica (sistema), ameaçando a confiança pública nesta<sup>401</sup>.

Uma das críticas mais sólidas e veementes à perspectiva funcional da culpabilidade reside no risco de que juízos psico-sociais extremados conduzam à concepção de que o grau de frustração das expectativas sociais e a maior ou menor tolerância da sociedade frente a autores de crimes devem ser utilizados como parâmetros para a medição da culpabilidade e, conseqüentemente, como critérios para a medição da própria pena<sup>402</sup>.

Segundo um conceito ontológico da culpabilidade ainda hoje prevalente em nosso país, a desaprovação ético-social oriunda de uma condenação criminal reside na censura ao autor por este ter cometido um fato antijurídico, quando podia na verdade atuar de outro modo.

No Brasil, assemelhando-se nesse ponto ao direito alemão<sup>403</sup>, a culpabilidade do autor efetivamente constitui um dos fundamentos mais relevantes para a medição da pena (art. 59 do CP). No entanto, a atividade processual de injunção sancionatória possui como um de seus mais significativos entraves a precisa valoração da culpabilidade<sup>404</sup>. Não raramente se

---

<sup>400</sup> Idem.

<sup>401</sup> JAKOBS, Günther, O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. Nereu José Giacomolli. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p.48.

<sup>402</sup> Nesse sentido, cf. HÖRNLE, op. cit., p. 55.

<sup>403</sup> O § 46, item 1, do Código Penal alemão, assevera que a culpabilidade do autor é o fundamento da medição da pena.

<sup>404</sup> Sobre a análise da relação culpabilidade-pena, CODESIDO, Eduardo A.; DE MARTINI, Siro M. A. *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*. Buenos Aires: Universitas, 2005.

constata no cotidiano judicial a precipitada interseção, em regra em prejuízo do réu, entre o juízo de reprovabilidade utilizado para a caracterização da culpabilidade e a fundamentação relativa à culpabilidade no momento da aferição da pena-base.

A imiscuidade entre a eventual configuração do fato punível e as implicações penais do juízo de culpabilidade traz uma perigosa bruma não apenas aos preceitos constitucionais, mas ao próprio direito de refutação contraditória de determinados predicados atribuídos pelo magistrado aplicador ao réu. No que tange a estes predicados, é possível constatar a persistência, na análise da medida da pena, de juízos de culpabilidade calcados na condução social de vida - reeditando o construto de Mezger -, na personalidade ou caráter do agente e, sobretudo, em uma presumida periculosidade.

A mensuração do dolo e da culpa para fins de aferição da culpabilidade também representa uma permanência da prática judicial tradicional, transcendendo a própria reforma legislativa. A quantificação do dolo e da culpa para efeito de aplicação da pena encontra-se afastada do ordenamento penal brasileiro desde a reforma da parte geral de 1984, que não mais se valeu de tais categorias. Não obstante ter sido legalmente afastada da mensuração penal, a habitual hierarquização entre a gravidade do dolo direto de primeiro grau e o dolo eventual, assim como a da culpa temerária e não temerária, ainda se encontra vívida no discurso judicial. Prova desta assertiva encontra-se na corriqueira alusão à magnitude do dolo (“*dolo intenso*”<sup>405</sup>) ou da culpa (“*culpa grave*”) do agente, ainda que sejam elementos integradores da estrutura típica, portanto já levados em conta pelo legislador no momento da cominação penal<sup>406</sup>.

---

<sup>405</sup> Importante mencionar, nesse contexto, o seguinte julgado que declarou nula a individualização da pena: “*No caso sub judice, como transcrito, o ilustre magistrado registrou: ...levo tão-somente em consideração a intensidade do dolo... (fls. 13). [...] Dolo é aspecto do elemento subjetivo, de vontade do agente: agasalhado pelo Código Penal em dois aspectos: direto e eventual (art. 18, I). [...] Dolo é elemento anímico, projeção de livre escolha do agente entre agir, ou omitir-se no cumprimento do dever jurídico. Não tem intensidade. Intensidade refere-se a graus, do maior ao menor. Nada tem com o dolo [...] No caso sub judice, a pena-base foi majorada pela intensidade do dolo. Essa qualificação é normativamente inadequada. Além do mais, ainda que tais considerações não se façam procedentes, dada a exigência de fundamentação explícita, o juiz precisaria motivar a referida intensidade. Termo que, ontologicamente, contém graus. Aliás, a lei vigente, não menciona mais — intensidade do dolo — como se referira a Parte Geral revogada do Código Penal*”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 9.584/RJ. Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Data do Julgamento: 15 de junho de 1999.

<sup>406</sup> A dupla valoração de circunstâncias há muito é textualmente vedada pelo ordenamento penal brasileiro, conforme se verifica na redação do art. 37 do Código Penal de 1890, a saber: “*A circunstancia agravante não influirá, todavia, quando for elemento constitutivo do crime*”. Tal vedação foi reproduzida pelo Código Penal de 1940 e contemplada na reforma da Parte Geral do Código Penal, no momento em que o art. 61 estabelece que “*são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime* (grifo nosso). A título de ilustração e conforme já salientado, o Código Penal alemão expressamente veda levar-se em conta circunstâncias que já são características do tipo legal (StGB, § 46, 3).

A constatação de Zaffaroni retrata fielmente o atual sentido da culpabilidade em nosso ordenamento jurídico-penal:

O princípio segundo o qual a pena - ou o seu máximo - se mede pela culpabilidade foi mais um enunciado que um conteúdo. Sua única vantagem consistiu em neutralizar o vergonhoso juízo de 'perigosidade' do biologismo racista que imperava anteriormente - o que constitui um mérito considerável - e recolocar a questão sob a perspectiva ética; porém, superada pela aberração positivista, sua utilidade foi muito pequena, porque no plano ético nunca logrou resolver os problemas e, mais ainda, tratou-se de manipulá-lo de forma a obter as mesmas conseqüências práticas conseguidas com a 'perigosidade', só que por uma via pretensamente ética<sup>407</sup>.

Outros fatores de ordem pessoal também têm ostentado papel dominante, não apenas para o atendimento dos propósitos preventivo-especiais, mas para a própria “reprovação” do delito. Curioso observar, nesse sentido, que mesmo episódios pretéritos (ex.: antecedentes) e posteriores à prática delitiva (ex.: comportamento pós-delitivo do agente) têm o poder de elevar significativamente o grau de censura penal estatal sobre a culpabilidade.

A revelia do agente e qualquer manifestação pós-delitiva do acusado são, na prática, empregadas para se justificar uma suposta maior gravidade do injusto do fato, bem como para se “desvendar” a atitude interna do réu. Até mesmo a postura do acusado em audiência pode influir negativamente na íntima ponderação de sua pena pelo magistrado, de modo que os “insubmissos” ou “não arrependidos” perante o juiz têm em regra maiores chances de ver sua pena incrementada.

Tais eventos anteriores ou futuros conduzem o juízo aplicador da pena a determinadas inferências acerca do próprio fato delitivo, agregando ao seu autor uma carga adicional de censura, uma elevação no seu “índice de culpabilidade”. Este proceder, todavia, se equivoca ao desconsiderar que a culpa pelo fato simplesmente inexistente antes dele e não se altera após o mesmo. Fora dessas balizas, a culpa deixa de ser definida em função do fato e passa a ser definida em função do acusado ou de terceiros destinatários do escopo preventivo. Em ambos os casos estar-se-á afastando o direito penal do fato, em prol do direito penal pessoalizado - direito penal ora do autor, ora do espectador.

Muito embora rechace criticamente a concepção de culpabilidade fundada no caráter ou na condução de vida do agente, em favor de uma culpabilidade pelo fato, a dogmática penal

---

<sup>407</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 261.

moderna brasileira não se desapega de considerar desfavoráveis determinadas circunstâncias inteiramente pessoais do autor, nem procura questionar a razão pela qual estas possuem tamanha proeminência na aferição da resposta estatal por parte de juízes e tribunais.

De fato, desde Frank até os dias atuais, a concepção de culpabilidade ainda carrega consigo a identificação com a idéia de reprovação, fato este que somente produziu moralismo. Acertada, nesse sentido, a constatação de que *“a fusão da culpabilidade jurídica e da culpabilidade moral ainda é um resquício da concepção religiosa de culpa, entendida como o mal que se agrega ao autor como uma mácula indelével, mas que deve ser sempre descartada em uma ordem jurídica laica”*<sup>408</sup>. Diante deste quadro, todo o esforço para a separação entre moral e religião e direito volta então a ser acionado para o enfrentamento dessa questão, sendo o postulado de laicização do direito uma vez mais evocado no intuito de afastar das discussões dogmáticas e judiciais elementos alheios à estrita juridicidade.

Enfim, não há outra conclusão senão a de se entender que o moralismo advindo da associação entre culpabilidade e reprovabilidade choca-se com o Estado Democrático de Direito.

O juízo de culpabilidade exaurido na pessoa do agente, a par de outras críticas, torna absolutamente imprevisível e incontrolável o processo de avaliação penal, uma vez que procura justificar a pena a partir de um ato interior do acusado, dele fazendo ilações muitas vezes despidas de veracidade e materialidade, assim como atentatórias à autonomia moral do indivíduo<sup>409</sup>.

Surge então a concepção do injusto do fato como elemento basilar para a concepção da culpabilidade e, conseqüentemente, para a própria resposta penal. Com tal concepção, nasce também a indagação sobre de que modo a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico poderia influir na medida da pena<sup>410</sup>. Se por um lado a refutação dessa possibilidade poderia

<sup>408</sup> TAVARES, op. cit. p. 133.

<sup>409</sup> Nesse contexto, Dirk Fabricius ressalta que a concepção de pena não seria compatível com a culpabilidade. Para o autor, somente haveria culpabilidade se o agente pudesse reconhecê-la (*Schlechtigewissen*). A pena, no entanto, não produz este efeito, mas tão-somente recalque. Sobre o contexto desta idéia, Cf. FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Org. Helen Hartmann, tradução. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

<sup>410</sup> Para Juarez Tavares, tendo em vista que a lesão ou o perigo de lesão são pressupostos para a configuração do delito, a melhor solução para dosar o grau de culpabilidade somente poderia ser dada por intermédio dessa referência. TAVARES, op. cit. p. 137. O autor defende, assim, uma firme associação entre os momentos de afirmação da culpabilidade e de imposição de pena: *“se a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, conforme ressalta a doutrina recente, ao se pronunciar o juízo de culpa, devem-se, igualmente, fixar os parâmetros desses limites. O processo de individualização da pena não pode prescindir de uma determinação prévia delimitativa, instituída no momento da condenação. Separar-se o momento de*

conduzir à adoção de considerações de ordem meramente subjetivas do agente no momento da aplicação da pena, por outro lado, o reconhecimento de que o injusto possui diferentes graduações autorizaria o emprego do critério da gravidade do fato na quantificação penal<sup>411</sup>.

Problemática, ainda, é a definição dos critérios pelos quais o injusto poderia ser valorado. Surge daí a dificuldade de estabelecer se, e em que medida, o desvalor da ação e o desvalor do resultado poderiam servir para a medição da resposta penal. Em caso de prevalência dessa tese, de qualquer forma seria imprescindível fixar quais fatores de quantificação da pena efetivamente estariam relacionados a um maior ou menor injusto e quais deles mascarariam considerações de ordem meramente preventivas, confundindo pretensas finalidades da pena com sua própria intensidade.

Esta preocupação é compartilhada por Patrícia Ziffer, quando assevera:

*Cuando se quiere determinar la mayor o menor reprochabilidad del hecho, inevitablemente, se introducen cuestiones que no siempre están vinculadas directamente a ese hecho, y que responden, por ejemplo, a criterios de prevención. Decidir qué se considera reprochabilidad y que no, presupone partir de ciertas concepciones a las cuales no resultan ajenos a estos criterios. Parte de las dificultades surgen, justamente, a raíz de que estas relaciones entre culpabilidad y prevención permanecen ocultas<sup>412</sup>.*

O aporte trazido por Zaffaroni acerca da culpabilidade diverge das tradicionais conceituações. Para ele, a análise quanto à culpabilidade do agente varia conforme o prisma pelo qual é vista. No prisma da *culpabilidade pelo ato*, a personalidade não seria reprovável por si mesma. Reprovável seria o ato praticado<sup>413</sup>, servindo a personalidade apenas para assinalar o âmbito de decisão do agente, dentre as possíveis condutas à sua disposição<sup>414</sup>. Por

---

*configuração do delito do momento de individualização da pena proporciona uma completa inversão nas pautas da política criminal democrática, porque deixa de lado todas as exigências delimitadoras do poder de punir e abre as portas para um infinito bis in idem*". Idem, p. 128.

<sup>411</sup> Divergindo desse entendimento, Zaffaroni adverte não ser possível prescindir-se da ponte entre injusto e autor, uma vez que "no es admisible el criterio de graduar la pena mecánicamente conforme al mayor o menor contenido injusto. Eso solo sería racional si todos los humanos fuésemos iguales e inmutables (es decir, si no fuésemos humanos)". ZAFFARONI, op. cit., p. 503.

<sup>412</sup> ZIFFER, op. cit., p. 100.

<sup>413</sup> Maria Lúcia Karam compartilha deste entendimento: "A culpabilidade refere-se sempre e tão somente ao ato realizado. A culpabilidade há de ser medida unicamente em relação à conduta concretamente realizada. Ninguém pode ser culpável pelo seu modo de ser, pela sua vida, pela sua personalidade, por ter 'manchas' em seu passado. A reprovação, que é elemento do crime, tem de estar ligada tão somente ao fato concretamente acontecido que a lei penal criminaliza. Para condenar alguém o juiz tem de considerar unicamente o comportamento concreto pelo qual o réu está sendo acusado e que tenha ficado indubitavelmente provado no processo". KARAM, op. cit., p. 30.

<sup>414</sup> Em sentido diverso, Sousa e Brito associa culpabilidade à maneira de ser do delincente ao praticar o crime, identificando-a com a "omissão do dever de dominar tendências para o crime ou de conformar a personalidade na medida do exigível pelo direito penal". Busca o autor, assim, a definição de um critério de mensuração da pena "que visa as atitudes perante o valor e os tipos de carácter, que o direito espera do cidadão leal ao direito na situação de vida do agente no momento do facto.

outro lado, sob o prisma da *culpabilidade de autor*, são irrelevantes as possíveis condutas à disposição do agente, uma vez que o objeto da reprovação recai sobre a própria personalidade deste<sup>415</sup>.

Prossegue o doutrinador salientando que em um estado de direito, a culpabilidade penal não pode ser constituída pela simples culpabilidade pelo ato, “*sino que debe surgir de la síntesis de ésta (como límite máximo del reproche) y otro concepto de culpabilidad que incorpore el dato real de la selectividad*”.<sup>416</sup> Este outro prisma da culpabilidade seria uma das vertentes da culpabilidade pela vulnerabilidade, em que a admoestação estatal não incidiria sobre a vulnerabilidade em si, mas sobre o esforço pessoal para alcançar a situação de indivíduo vulnerável à ação do poder punitivo<sup>417</sup>.

Zaffaroni conclui então o sentido deste aspecto da culpabilidade, asseverando tratar-se do juízo necessário para atrelar de maneira personalizada o injusto ao seu autor, operando como principal indicador do máximo da magnitude de poder punitivo que pode ser sobre este exercido<sup>418</sup>. Ainda segundo o autor, este juízo consiste no resultado da síntese entre o juízo de censura fundado no âmbito de autodeterminación da pessoa no momento do fato e o juízo de censura pelo esforço do agente no sentido de alcançar a situação de vulnerabilidade<sup>419</sup>.

De fato, a culpabilidade relativa à aplicação da pena não se confunde com aquela elementar do delito (culpabilidade típica). Enquanto a culpabilidade típica deve – renunciando à sua conotação de reprovação – se apresentar como o limite máximo da intervenção penal estatal sobre aquele que cometeu o fato delitivo<sup>420</sup>, a culpabilidade afeta à injunção penal –

*Trata-se aqui de um dever ser, é verdade, e não dos critérios de facto, do poder concreto do agente*” SOUSA E BRITO, op. cit., p. 579-581.

<sup>415</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 506.

<sup>416</sup> Idem, p.511.

<sup>417</sup> Idem, p. 513. Com efeito, a culpabilidade pela vulnerabilidade não é um conceito metafísico, carente de concretude. Pelo contrário: sua existência pode ser extraída da lei de crimes ambientais, que autoriza a atenuação da pena pelo baixo grau de instrução ou escolaridade do agente (art. 14, I, da Lei n. 9.605/98).

<sup>418</sup> Idem, p. 516. Em outra obra, o autor ensina que “*a culpabilidade pela vulnerabilidade nunca pode ultrapassar o limite estabelecido para a autonomia da vontade na culpabilidade pelo injusto. A culpabilidade pela vulnerabilidade contém, enquanto parte do esforço pessoal para a vulnerabilidade, a culpabilidade pelo injusto, que cumpre a sua função negativa ou limitadora da culpabilidade total para a vulnerabilidade, a ponto de, caso não haja culpabilidade pelo injusto, não pode conceber culpabilidade alguma para a vulnerabilidade. A culpabilidade pela vulnerabilidade opera sempre como limite máximo da violência aceita, sempre para baixo - ou pelo menos coincidindo -, com o limite que surgiria da mera culpabilidade pelo injusto, por se tratar de um conceito maior, abrangente e redutor desta*”. ZAFFARONI, op. cit., p. 275-276.

<sup>419</sup> ZAFFARONI, op. cit, p. 516.

<sup>420</sup> Frise-se que, nesse ponto, a noção de responsabilidade do agente transmuda-se em responsabilidade da agência judicial de bem desempenhar seu dever jurídico-constitucional redutor. Exatamente nesse sentido, Zaffaroni elucida que “*a deslegitimação do exercício de poder seletivo e arbitrário do sistema penal ‘passa’ a responsabilidade do processado à agência judicial. O processado já não é mais ‘o’ responsável, pois não tem por que responder legitimamente (já que o submete a um poder deslegitimado). A responsabilidade é da agência judicial, que deve responder perante o processado e a*

elemento informador basilar da circunstância judicial da culpabilidade descrita no art. 59 do CP – deve ser pautada segundo o maior ou menor esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade à seletividade do poder punitivo.

Nessa ótica, quanto maior o esforço de autoimersão em uma situação de vulnerabilidade, “*menor será o espaço de que dispõe a agência judicial para obstaculizar uma resposta criminalizante ou para diminuir a intensidade da resposta*”<sup>421</sup>. A perspectiva redutora ora defendida, todavia, entende que a culpabilidade do agente que despendeu maior esforço para atingir a situação de vulnerabilidade não deve ser compreendida como reprovação ou censura, mas como um juízo de constatação ou responsabilidade estritamente jurídico, despido de valorações morais.

A par de todas as particularidades e minúcias que envolvem a compreensão da culpabilidade, uma constatação se faz imperiosa em um novo horizonte constitucional: todas as dimensões da culpabilidade constituem vertentes de um mesmo fenômeno (reductor), oferecendo cada qual importantes subsídios de contenção do poder punitivo por parte da agência judicial<sup>422</sup>.

Não há falar, portanto, em uma culpabilidade fundamentadora e outra limitadora da intervenção penal. Ambas desempenham funções distintas, em momentos distintos, todos porém convergentes no sentido de reduzir o espectro e a intensidade da intromissão estatal<sup>423</sup>. Em outras palavras, ambas devem ser limitadoras da habilitação desmesurada do poder punitivo, cada qual operando em sua respectiva esfera analítica<sup>424</sup>.

---

comunidade, dando conta da forma com que exerce ou administra sua reduzida quota de poder limitador”. ZAFFARONI, op. cit., p. 264.

<sup>421</sup> Idem, p. 269.

<sup>422</sup> Equivocado sustentar que a culpabilidade pela vulnerabilidade também constituiria uma forma de direito penal de autor, focado na pessoa do acusado. Vulnerabilidade, no sentido corretamente empregado, não significa uma condição inerente à pessoa, mas uma posição (capacidade de defesa) frente à ação do poder punitivo.

<sup>423</sup> Em sentido análogo e igualmente crítico, salienta Alexandre Morais da Rosa: “[...] A culpabilidade em face da conduta deve se circunscrever à possibilidade de agir de modo diverso, conforme a norma, mas não de forma a aumentar a pena base. É que a culpabilidade é condição para imposição de sanção, caso contrário há exculpante, constituindo-se, pois, em bis in idem a sua sobreposição na configuração do tipo e na aplicação da pena. por isso, é ilegal a majoração da pena base diante da culpabilidade com o adjetivo que quiser, retoricamente, dar-se: exasperada, forte, acima da média [...]”. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: A Bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 344.

<sup>424</sup> Nesse sentido, conclui Juarez Tavares: “o conceito de culpabilidade, como elemento da definição do delito e como critério de individualização da pena, não comporta uma separação radical, e, sim, apenas momentos de determinação funcional. Em um primeiro momento, como elemento do delito, a culpabilidade deve servir como fator negativo do reconhecimento da capacidade de motivação e, a contrario sensu, caso não possa ser negada, como reconhecimento de sua completude. Em um segundo momento, como critério de individualização, a culpabilidade deve ser concretizada em termos quantitativos, de acordo com as características do injusto penal que lhe corresponde”. TAVARES, op. cit. p. 151-152.



A conclusão a que chega uma nova interpretação constitucional redutora é a de que não há espaço para outra concepção da culpabilidade, senão considerá-la essencialmente como fator de limitação da resposta penal, como um instrumento de contra-poder punitivo.

Pondo em prática esse contra-poder punitivo, deve então o magistrado atentar para os elementos constitutivos da culpabilidade e perceber em cada um deles a máxima efetividade redutora. Nesse sentido, a interpretação e aplicação das normas relativas à imputabilidade, à potencial consciência da ilicitude<sup>425</sup> e à exigibilidade de conduta diversa devem pautar-se sempre pela obrigação jurídico-constitucional de redução da intensidade da afetação individual.

Em suma, seja no instante da medição da pena-base, consubstanciada no art. 59 do CP, seja no efetivo cumprimento da dicção *quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade* (art. 29 do CP), parece evidente que a função constitucional da culpabilidade, com a pujança normativa advinda da Carta de 1988, passou a ser simplesmente limitativa do excesso penal, contando, para tanto, com o inestimável aporte do princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade)<sup>426</sup>.

A culpabilidade (sob o viés redutor) se apresenta, enfim, como um juízo cuja função precípua é a de, reconhecendo a ilegitimidade imanente do poder punitivo, estabelecer um critério racional de sua contenção, sempre tendo como norte o dever de minimização da afetação humana do indivíduo sentenciado, dever este de índole constitucional.

#### 4.3.2.2. Antecedentes do agente.

A apreciação judicial da circunstância “antecedentes” possui alguns caracteres marcantes, que devem ser levados em conta na construção de uma nova perspectiva redutora de danos.

---

<sup>425</sup> A potencial consciência da ilicitude é um elemento da culpabilidade que confere critérios mais técnicos e concretos para a aferição da culpabilidade do agente, ostentando forte potencial minimizador de danos (ex.: menor culpabilidade do camponês analfabeto ou do marginalizado urbano). Deve-se ter em mente ainda que a culpabilidade não é instrumento de aferição da maldade humana, mas de aferição da validade da norma. Sendo a norma penal incongruente, não oferecendo condições ao réu de por ela se orientar, não pode este ser criminalmente responsabilizado. A culpabilidade, enfim, deve ser vislumbrada de modo globalizado, não apenas de maneira individualizada.

<sup>426</sup> Nesse sentido, cf. GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no direito penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.9, n.107, p. 10-12, out. 2001.

Doutrina e jurisprudência historicamente se revelaram vacilantes em relação ao tema, oscilando essencialmente entre uma visão ampliadora<sup>427</sup> - que de um lado reconhece como antecedentes quaisquer imputações criminais já formuladas em relação ao réu, tais como inquéritos pretéritos e em andamento, prisões anteriores, condenações longínquas, ações penais em andamento, processos em que se deu a extinção da punibilidade do réu antes da sentença ou do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e até mesmo absolvições por falta de provas, infrações disciplinares e fiscais e envolvimento em falências fraudulentas<sup>428</sup> - e uma visão restritiva, que, em nome do princípio constitucional da presunção de inocência, de outro lado circunscreve a ação negativa da circunstância apenas às condenações criminais anteriores<sup>429</sup>, efetivamente transitadas em julgado<sup>430</sup>.

Como se percebe, a primeira das características desta circunstância judicial - na verdade erigida como autêntico fundamento lógico - consiste na consideração de um ou mais eventos cuja ocorrência se verificou em momento pretérito ao fato atualmente objeto de condenação. Tais eventos, desse modo, projetam seus efeitos para além de seu tempo, atingindo a nova pena, em confronto com o princípio *ne bis in idem*.

Esta constatação depara a tarefa de determinação da pena privativa de liberdade com o questionamento acerca da infringência ou não do princípio da anterioridade, vertente da

<sup>427</sup> Cf. COSTA JUNIOR, Paulo José. Comentários ao Código Penal. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 198; ANDRÉA FERREIRA, op. cit., p. 38; FERREIRA, Gilberto, op. cit., p. 34; BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, parte geral. Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.516. Roberto Lyra, nesse sentido, asseverava: “*Os antecedentes do réu auxiliam o prognóstico. Os precedentes penais caracterizam a reincidência (art. 46), mas os processos arquivados ou concluídos com a absolvição, sobretudo por falta de provas, os registros policiais, as infrações disciplinares e fiscais, podem ser elementos de indicação veemente. Toda a vida do réu – individual, familiar, militar, profissional, intelectual, social – deve ser dominada pelo juiz. Qualquer circunstância da conduta em exame será levada em conta, sem demasias, nem omissões*”. LYRA, op. cit. p. 220-221.

<sup>428</sup> Cf. FERREIRA, op. cit., p. 83.

<sup>429</sup> Em uma concepção restritiva, restariam afastados como maus antecedentes a submissão do réu à suspensão condicional do processo ou à transação penal, bem como passagens no juízo de menores.

<sup>430</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Súmula n. 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Corroborando este entendimento em sede doutrinária, cf. SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, op. cit. p. 264-265; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 181. Também nesse sentido, afirma Aداuto Suannes: “*Se o réu era inocente (ou não culpado, como preferem alguns treslando a norma, com o claro escopo de dar importância menor ao salutar princípio) e não foi condenado, segue-se que ele continua sendo inocente, pois tal situação somente se alteraria com uma sentença condenatória trântica em julgado, que incorreu. Logo, os fatos que o envolveram não podem ser trazidos em seu desfavor, pois o Estado, tendo tido a oportunidade de apreciar tais fatos e condenar o autor, se penalmente relevantes, deixou de fazê-lo, qualquer que seja o motivo disso*”. SUANNES, Aداuto Alonso S. Maus antecedentes e elevação da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, RT, n. 34, p. 296, abr.-jun. 2001. Este mesmo autor recorda que não se justifica considerar maus antecedentes a instauração de inquérito ou a propositura de ação penal, “*pois não se pode pretender que o réu promova revisão criminal para comprovar que seu indiciamento ou mesmo sua inclusão na denúncia foi fruto de erro ou dolo da autoridade policial ou do representante do Ministério Público. Ainda que o desejasse, os Tribunais lhe fechariam as portas, ao argumento de que somente alguém condenado pode valer-se desse instrumento judicial*” [...] em termos práticos: além de não se lhe permitir que apague de sua vida os tais ‘maus antecedentes’, por mais indevidos que sejam, ainda se pune o absolvido, o que, em derradeiro caso, afronta o contido no art. 5º, XXXV, da CF, pois não se lhe permite apagar de sua vida aquela marca eternizada por esse descabido entendimento”. Idem, p. 297.

legalidade. Uma interpretação primária do ordenamento penal conduz à resposta negativa, por encerrar o princípio na esfera literal do comando “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, previsto em sede legal (art.1º, do CP) e constitucional (art. 5º, XXXIX, da CFRB). Seguindo por outro lado o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo, uma nova concepção da anterioridade amplia o espectro incidental do axioma, fazendo com que este passe também a abarcar a interdição de qualquer apreciação deletéria oriunda de imputações ou fatos prévios (vedação à projeção futura dos efeitos penais da primeira condenação)<sup>431</sup>.

Como segundo elemento distintivo, é possível asseverar que, especificamente para aqueles condenados anteriormente, o exame judicial dos antecedentes se baseia em um arraigado juízo preventivo-especial-positivo quanto à pena, legitimando um incremento sancionatório pelo fracasso - imputado ao apenado – do objetivo reformador moral (ou “ressocializador”) da sanção anterior. Curioso observar que a frustração da expectativa preventiva-especial-positiva da pena anterior dá ensejo a uma solução preventiva-especial-negativa da nova reprimenda, qual seja, a imposição de um tempo maior de encarceramento para a neutralização daquele que volta a se engendrar nas malhas do sistema penal.

Com efeito, os antecedentes possuem outras características bem definidas, relatadas por Bissoli Filho<sup>432</sup>:

[...] são características intrínsecas à antecedência criminal a amplitude, a negatividade, a subjetividade, a relatividade e a perpetuidade. Trata-se de conceito amplo porque qualquer fato pretérito envolvendo o acusado pode, em tese, ser lavado em conta pelo juiz para a majoração da pena; negativo porque revela a tendência judicial em considerar apenas os ‘maus antecedentes’ do autor, sendo excluídos todos os fatos ‘nobres’; subjetivo porque é o juiz que os seleciona arbitrariamente, sendo, portanto, relativos, visto que são basicamente os registros policiais e civis a serem considerados. Importante, ainda, perceber que os antecedentes são perpétuos, pois, diferentemente do que ocorre com a reincidência (espécie de antecedentes criminais), não ensejam limitação temporal<sup>433</sup>.

<sup>431</sup> De qualquer modo, em nome da anterioridade, não há falar em maus antecedentes por eventos criminais ocorridos após o crime ora objeto da sentença judicial. O mesmo se diz da conduta social do agente após a prática delitiva, ou seu comportamento já em juízo. Quanto à anterioridade e taxatividade penais, é importante mencionar que não existe em nosso ordenamento qualquer descrição legal acerca do verdadeiro sentido e extensão dos antecedentes criminais, não sendo, portanto, constitucionalmente válida nem democraticamente legítima a sua elucubração ou ampliação pelos julgadores.

<sup>432</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da Criminalização: Dos Antecedentes à Reincidência Criminal*. Florianópolis: Cultura Jurídica, 1998, p. 64-66.

<sup>433</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, op. cit., p. 50.

Em face destas características, o viés reducionista enfrenta os antecedentes criminais como elementos de rotulação<sup>434</sup> e distinção do criminoso com os demais seres humanos, legitimantes da adoção por parte do sistema penal de uma maniqueísta divisa entre ‘bons’ e ‘maus’, em confronto com o princípio da igualdade<sup>435</sup>. Do mesmo modo, entende que o recurso à circunstância judicial dos antecedentes reforça a culpabilidade de autor em prejuízo da culpabilidade pelo fato, sobrepondo juízos morais (subjetivados) a juízos objetivos de responsabilidade pelo fato delitivo.

A perspectiva minimizadora de danos, ora defendida, afasta por completo as categorias subjetivistas ou de autor erigidas pela criminologia antropológica e eticista<sup>436</sup>, utilizando em seu lugar as premissas de que os antecedentes criminais não se confundem com o elemento “culpabilidade”<sup>437</sup> e não devem ser considerados para efeito da dedução do magistrado quanto ao grau de culpabilidade das ações.

Nesse sentido, assinala Tatjana Hörnle:

*[...] no queda claro por qué las condenas previas deben importar (...) El argumento normal apunta a incrementar la culpabilidad. El argumento de la culpabilidad, de cualquier modo, falla tan pronto como uno escudriña el argumento tradicional de que el fondo personal del delincuente puede aumentar la culpabilidad. Este argumento asume que las condenas previas crean inhibiciones contra nuevas ofensas. Así las cosas, para superar estas inhibiciones (que presumiblemente crezca con cada condena), es para actuar más culpablemente, pero seguramente ésta no es una válida asunción. Por el contrario, esto es más conveniente que experiencias previas con el sistema de justicia penal reducir inhibiciones del delincuente (...) No es ninguna base en la teoría de la rehabilitación para apoyar la imposición de condenas severas sobre delincuentes reincidentes. En cambio, parece más probable que la penalidad incrementada actualmente acelere la desocialización del delincuente. Así, la extendida práctica de incrementar condenas debido a condenas previas no puede ser explicada racionalmente.*<sup>438</sup>

<sup>434</sup> No tocante à carga estigmática produzida pelo contato do indivíduo com o sistema penal, Zaffaroni assevera que esta se insere em um “*complexo processo de deterioração, cuja parte mais importante é feita pela prisão ou cadeia e perfeitamente legalizado através de registros de reincidência, da impossibilidade de impedir ou dificultar qualquer exercício de trabalho honesto por parte das agências do sistema penal que se ocupam de propagar o status de criminalizado, de privar de liberdade periodicamente a pessoa, convertendo-a em um ‘suspeito profissional’, de tomar os antecedentes como provas de culpa, inclusive por parte dos juízes, etc.*”, op. cit., p. 135.

<sup>435</sup> BISSOLI FILHO, op. cit., p. 162.

<sup>436</sup> Nesse sentido, aponta o seguinte ensaio: FERRAJOLI, Luigi. Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado Constitucional de Derecho. *Revista Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998/A.

<sup>437</sup> David Baigun também sustenta, nesse sentido, que a existência de uma série de condenações anteriores não possuem qualquer relação com o ato pessoal que gera a aplicação do princípio de culpabilidade. BAIGÚN, David. *Culpabilidad y Coerción Estatal*. In: *El Poder Penal del Estado - Homenaje a Hilde Kaufmann*. Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 322-323. O mesmo entendimento é esposado por Enrique Bacigalupo. BACIGALUPO, Enrique. A personalidade e a culpabilidade na medida da pena. In: *Revista de Direito Penal*, ed. RT, n. 15/16, p. 34, 1974. Nesse sentido, recorda Anabela de Miranda Rodrigues que toda a mais qualificada doutrina penalista alemã, nela incluída Zipf, Hassemer, Roxin e Schöch, é unânime em considerar a necessidade de um desdobramento institucional em duas fases distintas do julgamento: uma dedicada à averiguação da questão da culpabilidade e outra à determinação da pena. A adoção desse sistema, afirma a autora, poderia implicar na proibição de conhecimento dos antecedentes criminais antes da decisão sobre o *an* da responsabilidade. Cf. RODRIGUES, op. cit., p. 42-43.

<sup>438</sup> HÖRNLE, op. cit., p. 110-111.

A violação ao devido processo legal e à ampla defesa, pela consideração dos antecedentes, se faz evidente também ao se perceber que não é dada oportunidade ao indivíduo de se defender, no âmbito de uma nova relação processual, frente a uma imputação formulada em outro processo judicial<sup>439</sup>.

Ainda no que tange ao tema, uma visão constitucional-redutora da pena refuta a consideração de antecedentes na hipótese em que o acusado, antes de cometer o delito objeto de julgamento, tenha sido condenado por crimes em processos diversos, servindo um deles para a configuração da reincidência e os demais para atribuir maus antecedentes ao acusado<sup>440</sup>. A imposição de antecedentes desfavoráveis, nessa hipótese, representaria a propagação dos efeitos dos delitos anteriores exclusivamente para a imposição de maior gravame ao sentenciado, em evidente *bis in idem*.

A construção de uma nova postura na aplicação penal também conduz à constatação de que, em nome do princípio constitucional da proporcionalidade, se para efeito de reincidência não se consideram os crimes militares próprios e políticos (art. 64, II, do CP), com maior razão não devem os mesmos servir para a configuração de maus antecedentes.

Conceber um discurso minimizador de danos significa, da mesma forma, reconhecer que condenações anteriores à pena de multa não geram maus antecedentes. Considerando que a condenação anterior à pena de multa não impede a concessão da suspensão condicional da pena (77, §1º, do CP), do mesmo modo não pode suscitar reincidência ou maus antecedentes capazes de autorizar o acréscimo penal. Entender dessa forma significa materializar um juízo de proporcionalidade capaz de espriar a eficácia contentora de certos dispositivos legais para outras hipóteses ontologicamente ou finalisticamente semelhantes. Cumpre-se, assim, a concepção hermenêutica da máxima efetividade redutora, em guarida aos direitos fundamentais.

Restam igualmente demolidos os rigores irracionais da interpretação residual da norma penal, no sentido de que os registros que não possam caracterizar maus antecedentes são úteis para avaliação da personalidade. Para tanto, faz-se necessário recordar que a enumeração das circunstâncias judiciais pela redação original do artigo 42 do Código Penal de 1940, na esteira da vertente clássica italiana do Direito Penal, atrelava intimamente os conceitos de

<sup>439</sup> No mesmo sentido, cf. SANTOS JÚNIOR, op. cit. p. 13.

<sup>440</sup> CARVALHO NETO. Inácio de. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, p. 33.

*antecedentes e personalidade*, justaposição esta não acompanhada pela Reforma Penal de 1984, que procurou objetivar a análise dos antecedentes e conferir subjetividade à apreciação da circunstância da personalidade.

Idênticos fundamentos fazem com que o elemento “antecedentes” não se confunda com a conduta social do agente, sendo ilegítimo que os registros que não configurem maus antecedentes possam ser empregados para uma deletéria avaliação da conduta social do agente. Em primeiro lugar porque a circunstância “antecedentes” não pode sofrer interpretação ampliativa, identificando-se apenas com episódios de ordem criminal, jamais afetos ao foro social ou familiar do apenado. Em segundo lugar porque a Reforma de 1984 concebeu a circunstância “conduta social” de maneira absolutamente autônoma em relação aos antecedentes, sendo assim inadmissível estender a abrangência de uma circunstância sobre outra<sup>441</sup>.

De qualquer modo, com o advento da Carta de 1988, tais circunstâncias não mais podem se impregnar com as aludidas finalidades de reprovação e prevenção do crime, deslegitimando a consideração dos institutos “antecedentes”, “personalidade” e “conduta social” na majoração da pena-base.

Uma vez reconhecida a viabilidade constitucional da consideração dos antecedentes contrários ao réu, importante medida redutora consistiria na proibição legal de conhecimento, pelo magistrado, dos antecedentes criminais do acusado antes da decisão sobre a responsabilização criminal (“*an*” da condenação)<sup>442</sup>.

Realmente não há razão para que dados acerca dos antecedentes do acusado sejam carreados aos autos antes que se decida ou não por sua responsabilização criminal, fato este de grande poder influenciador sobre a convicção do magistrado, em evidente prejuízo à

---

<sup>441</sup> Nesse sentido, afirmam Alberto Silva Franco e Juliana Belloque: “*O estudo dos episódios da vita anteacta do agente sofreu, contudo, restrição em face da introdução no dispositivo em estudo do conceito de ‘conduta social’, como um fator independente de determinação da pena. destarte, o conceito de antecedentes veio a ter um relativo esvaziamento, destinando-se agora não mais a expressar um quadro referencial abrangente do agente (comportamento social, inclinação ao trabalho, relacionamento familiar etc.), mas apenas um quadro menor referente à existência ou não, no momento da consumação do fato delituoso, de precedentes judiciais*”. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8ª ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 344.

<sup>442</sup> A propósito, e em sentido semelhante, Nilo Batista sustenta em suas anotações de classe que “*no momento da aplicação da pena o juiz deveria receber os autos com as datas do delito, do recebimento da denúncia e todas as demais causas interruptivas da prescrição ocultas por uma fita opaca, para evitar a tentação de fraude à lei*”.

necessária imparcialidade judicante<sup>443</sup>. Esse entendimento é corroborado por Hassemer, que considera irrelevantes as informações sobre os antecedentes enquanto não se chega à decisão sobre a determinação da pena<sup>444</sup>. Para o autor, tais informações são perigosas quando o magistrado “*valora (inconscientemente) as informações que reuniu quanto ao caso de determinação da pena (por exemplo, as respectivas condenações anteriores) na produção do caso de punibilidade*”<sup>445</sup>.

Outra postura redutora subsidiária a cargo do juízo, caso este não entenda pela absoluta desconsideração dos antecedentes, consiste na análise e motivação pormenorizada de todas as circunstâncias judiciais elencadas, considerando efetivamente abonadoras aquelas que não conspiram em desfavor do acusado, de modo a inclinar-se pela neutralização das circunstâncias deletérias, em nome do princípio da presunção de não culpabilidade insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Desse modo, estar-se-ia conferindo à Carta-maior força normativa e atrativa da pena ao seu mínimo potencial danoso.

A pujança normativa da Constituição Federal, que confere ampla aplicação aos axiomas da razoabilidade e proporcionalidade, também tem o condão de deslegitimar a corriqueira disposição judicial de considerar, como antecedentes, anotações criminais qualitativamente dissociadas do novo delito objeto de condenação (ex.: primeira condenação por lesão corporal culposa de trânsito prevista no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro e a nova por estelionato – art. 171 do CP) ou anotações criminais longínquas (ex.: condenação cuja pena já foi cumprida há mais de vinte anos).

No primeiro caso - condenação anterior qualitativamente díspar frente ao novo delito -, não há qualquer nexos objetivo entre as condutas capaz de autorizar uma maior imposição de pena à segunda condenação, em patente violação aos axiomas da razoabilidade e

---

<sup>443</sup> Nem mesmo a decisão judicial acerca da possibilidade ou não de liberdade provisória pode democraticamente ficar atrelada aos antecedentes do acusado. Nesse sentido, cumpre transcrever as observações de Leonardo Massud: “*Sobre a impossibilidade de se conhecer os antecedentes antes do juízo da responsabilidade penal, é conveniente trazer à tona uma outra aparente dificuldade: como decidir a respeito da liberdade provisória e da decretação da prisão preventiva sem tal conhecimento. Esse obstáculo é perfeitamente superável, ou, ainda, sequer existe quando se faz uma leitura constitucional da prisão antes da sentença condenatória definitiva. Evidentemente, não se discute a sua possibilidade e sua utilidade. Contudo, se a prisão antes do final do processo, de acordo com a Constituição Federal, só pode ter lugar por motivos que dizem respeito à defesa do processo e de suas finalidades, pouco ou em nada devem importar os antecedentes do acusado*”, op. cit., p. 195.

<sup>444</sup> HASSEMER, op. cit., p. 195.

<sup>445</sup> Idem. No mesmo sentido, Mario Magariños salienta que a análise simultânea de elementos do fato e do acusado conduz ao risco de que o juiz não faça distinção entre os mesmos, valorando (inclusive de modo inconsciente), no momento de decidir sobre a punição ou não, dados que deveriam informar a determinação da pena, fato este que conduziria a uma predisposição do julgador. Cf. MAGARIÑOS, op. cit., p. 82.

proporcionalidade. Isso porque o dever jurídico-constitucional de redução da afetação do indivíduo demanda uma interpretação restritiva quanto ao alcance do significado de “antecedentes criminais”, exigindo que o magistrado aplicador, caso entenda pela necessidade de reconhecimento de uma anotação criminal anterior, o faça somente quando esta possuir natureza semelhante ou pertinência em relação à nova condenação.

Na hipótese de anotações temporalmente distantes entre si, uma concepção redutora da pena importa no reconhecimento de que a estigmatização oriunda de uma condenação criminal pretérita ostenta o caráter de pena (não em um sentido formal, mas material) e que por essa razão necessita de um termo final que respeite a proibição constitucional às penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”, da CRFB), em nome da humanidade das penas. Em outros termos, a vedação à prisão perpétua conduz à necessária e lógica conclusão de que não podem existir implicações penais eternas, não sendo autorizado em um Estado Democrático e Republicano que alguém seja mantido em permanente estado de diferenciação, em razão da imputação de antecedentes criminais.

Importa ainda na verificação de que o próprio ordenamento jurídico penal - por intermédio do instituto da prescrição da pretensão punitiva - estabelece um limite temporal à punibilidade estatal, desabilitando quaisquer efeitos penais de um fato abrigado por esta causa extintiva.

Ambas as conclusões, cotejadas com o princípio da razoabilidade, conduzem à descon sideração, como antecedente criminal, de condenações cujo cumprimento ou extinção da pena tenha se dado há mais de cinco anos, por analogia ao instituto da reincidência<sup>446</sup>.

Nesse sentido, assevera Paganella Boschi:

[...] por similitude lógica, o decurso do período de cinco anos, considerado como dies a quo a data do cumprimento ou da extinção da pena, que, segundo, o artigo 64 do CP, faz desaparecer os efeitos da reincidência, deveria propiciar a recuperação da primariedade e dos bons antecedentes. Carece de sentido que o tempo faça desaparecer a reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos de causa legal de menor expressão jurídica, no caso, os antecedentes<sup>447</sup>.

<sup>446</sup> Ainda que desprezada esta tese, certo é que jamais os efeitos dos antecedentes criminais poderiam perdurar por tempo igual ou maior que o prazo de prescrição concretamente considerado para o respectivo delito, sob pena de ruptura sistemática com o ordenamento jurídico-penal e com as premissas democráticas e humanizadoras preconizadas pela Constituição.

<sup>447</sup> PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p. 203. Também nesse sentido, CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo, op. cit., p. 52. Enfrentando o tema no julgamento do habeas corpus n. 2.227-2 MG, Luiz Vicente Cernicchiaro salientou que a norma do art. 64, I, do CP, que prevê a chamada “prescrição da reincidência”, segue o princípio *tempus omnis solvet*, coordenando-se ainda com as regras do Direito Penal e Criminologia modernos, “*visto longo espaço entre o cumprimento da*



Não obstante apresentar valoroso propósito, este entendimento necessita de revisão, sob o viés da maximização redutora. Isso porque, uma vez que a configuração dos antecedentes exige uma condenação criminal transitada em julgado, enquanto estiver vigente o período de tempo de cinco anos exigido pelo art. 64, I, do CP, o indivíduo ainda será legalmente considerado reincidente, não se aplicando assim o incremento da pena por reconhecimento de maus antecedentes, fato este que configuraria *bis in idem*.

Por outro lado, ultrapassado o período de cinco anos, tampouco poderá haver o aumento da pena pelos maus antecedentes, pois, caso contrário, estar-se-ia produzindo uma patente desproporcionalidade com a própria reincidência, haja vista ser incompreensível que a reincidência desapareça sem igualmente fazer esvair os efeitos dos maus antecedentes, juridicamente menos significativos. Não há falar sequer em construção analógica de determinado prazo, sob o argumento de que a analogia, nesse caso, ocorreria em favor do apenado, por inexistir limite temporal legalmente definido. Tratar-se-ia de consagrar a analogia *in malam partem*, estabelecendo-se uma premissa constitucionalmente inválida, por admitir a imposição de uma pena material (estigmatização) de caráter perpétuo, violadora da cláusula pétreia garante dos direitos e garantias individuais.

Pelas conclusões acima aduzidas, é possível perceber que os maus antecedentes nem podem ser considerados durante o período de cinco anos, nem após este.

Restaria hipoteticamente o reconhecimento de maus antecedentes em virtude de uma condenação definitiva anterior (dentro da vigência do período de tempo de cinco anos) a uma contravenção penal, hipótese esta de antemão também afastada, face não apenas à inexistência de disposição legal expressa autorizativa, mas à própria desproporcionalidade em relação à reincidência - inexistente nesse caso.

---

*pena e a nova infração denotar ausência de periculosidade, configurando, pois, conduta não voltada para a criminalidade. Não há, pois, estigma permanente no Direito Penal. Nem mesmo para executar a pena. Dessa forma, o fato não poderia ser levado em conta como antecedente negativo. Repita-se, o fato, como acontecimento histórico, nem sempre é relevante normativamente". O voto-vista do Ministro foi seguido pela maioria da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ficando assim redigida a ementa do Acórdão: "RHC – DIREITO PENAL – REINCIDÊNCIA – ANTECEDENTES – O art. 64, I, CP determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a 5 (cinco) anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, sem outro delito, evidencia-se ausência de periculosidade, denotando, em princípio criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a justiça penal. a conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada".*

Permaneceria também a possível consideração, como mau antecedente, de uma infração praticada pelo agente, mas apenas objeto de condenação definitiva durante o curso do processo pelo posterior cometimento de um segundo delito. Salvo melhor juízo, aqui também não há falar em configuração de mau antecedente. Isso porque a exigência de trânsito em julgado anterior ao cometimento do novo delito é imperativo constitucional de inocência tanto para a reincidência, quanto para o reconhecimento de maus antecedentes.

Sabe-se que o parâmetro temporal para a constatação da reincidência e dos maus antecedentes é a data da infração posterior. Se nesse momento ainda não houver trânsito em julgado de uma pretérita condenação, não há falar em maus antecedentes. Permitir que o referencial para os maus antecedentes seja postergadamente aferido na data da nova sentença e não do novo delito significa atribuir um marco temporal mais gravoso aos maus antecedentes do que aquele exigido para a própria reincidência, em clara violação à proporcionalidade e razoabilidade. Ressalte-se ainda que, uma vez prevalente esse entendimento, se a condenação anterior transitasse em julgado no curso da apelação do Ministério Público em face da nova condenação, tal fato daria margem ao reconhecimento dos maus antecedentes - não verificados em primeira instância - pelo Órgão Colegiado de segunda instância, ou até mesmo pelos Tribunais Superiores, gerando clara insegurança jurídica.

Tais fundamentos, aliados aos já aduzidos, têm o condão de afastar por completo a legitimidade democrática do reconhecimento da categoria “maus antecedentes”, ainda que limitada temporalmente.

#### 4.3.2.3. Conduta social do agente.

Não obstante sua tradicional coadjuvação frente à circunstância da culpabilidade, o critério da conduta social do agente representa importante circunstância na quantificação da pena-base. No entanto, quando enfrentada, tal circunstância comumente serve aos propósitos de intensificação do rigor penal, mediante juízos morais e atécnicos.

De fato, a circunstância da conduta social representa uma permanência da elucubração de Edmund Mezger quanto à existência de uma culpabilidade pela condução ou conduta de vida, concepção esta muito bem aproveitada por propósitos nazistas para legitimar a

ampliação da capacidade de apreensão da malha penal. Sustentava o autor, nesse sentido, que apesar de se ter procurado encontrar a essência e o fundamento da culpabilidade em uma possibilidade de atuar de outra maneira, “*el derecho vigente reconoce, aun cuando el autor en el momento no ‘podía’ actuar de otra manera, una culpabilidad por la conducta de vida*”<sup>448</sup>.

A associação entre culpa e condução de vida levou parte da doutrina e prática da aplicação da pena a uma condição de imobilismo hermenêutico, aprofundado a partir do instante em que o critério da conduta social do agente passou a sofrer ataques positivistas ou moralizantes e viu-se negativamente identificado com conceitos etiológicos tais como “*grau de adaptação social do delinquente*”, “*capacidade criminógena*”, “*comportamento vicioso*” ou “*inclinação para o mal*”, notadamente atrelados, seja a uma perspectiva funcionalista, seja à idéia de periculosidade. Ilustrando essa visão, vale transcrever a seguinte definição:

A conduta social consiste no modo pelo qual o agente exerceu os papéis que lhe foram reservados na sociedade. Trata-se de averiguar, através dessa circunstância, o seu desempenho na sociedade, em família, no trabalho, no grupo comunitário, formando um conjunto de fatores do qual talvez não tenha surgido nenhum fato digno de registro especial, mas que serve para avaliar o modo pelo qual o agente se tem conduzido na vida de relação, exame esse que permitirá concluir se o crime é um simples episódio, resulta de má educação ou revela sua propensão para o mal<sup>449</sup>.

Outras marcantes características da tradicional compreensão da conduta social do agente consistem na confusão desta com a própria personalidade do agente, bem como na transformação de circunstâncias penalmente irrelevantes da vida do acusado em autênticos fatos puníveis - mediante acréscimo penal – não tipificados. A ver:

Por conduta social deverá entender-se o papel que o acusado teve, em sua vida pregressa, na comunidade em que se houver integrado. Se foi um homem voltado ao trabalho, probo, caridoso, ou se ao revés transcorreu os seus dias ociosamente, ou exercendo atividades parasitárias ou anti-sociais. Será igualmente considerado o comportamento do agente no seio da família, o modo pelo qual desempenhou-se como pai e como marido ou companheiro. Será igualmente considerada sua conduta no ambiente de trabalho, de lazer ou escolar. Se se mostrava o agente sociável, cordial, educado, prestativo, ou introvertido, ríspido, egocêntrico, egoísta, agressivo para com seus colegas de trabalho, ou de escola, ou para com seus companheiros de clube<sup>450</sup>.

<sup>448</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho penal, libro de estudio, tomo I, parte general*. Córdoba: Librería El Foro, 1957, p. 193. Em crítica à culpabilidade pela conduta de vida, salientam Zaffaroni e Pierangelli: “*A culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva legal e estender a culpabilidade em função de uma ‘actio immoral in causa’, por meio da qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo. Poucos conceitos podem ser mais destrutivos para uma sã concepção do direito penal*” ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit. p. 524.

<sup>449</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*. 4ª ed. Porto Alegre: AJURIS, Escola Superior da Magistratura, 2003. p.40.

<sup>450</sup> COSTA JUNIOR, op. cit., p. 199. Segundo Luiz Regis Prado, conduta social “*compreende o comportamento do réu em seu meio familiar e laboral. Cumpre observar que um indivíduo portador de maus antecedentes nem sempre será, necessariamente, portador de uma conduta socialmente desajustada, assim como não é regra que alguém que jamais tenha*

Em pesquisa realizada acerca de expressões usadas por magistrados em suas sentenças, José Eulálio Figueiredo de Almeida indica ainda como corriqueiro o uso, como parâmetros de aferição da conduta social, o “*entretenimento predileto*” do acusado, “*se frequenta clubes sociais, ou se prefere a companhia constante de pessoas de comportamento suspeito*”, o “*grau de escolaridade*” ou o “*interesse pelo estudo*” do agente, ou ainda, “*o prestígio e a respeitabilidade de que goza perante as pessoas*”<sup>451</sup>.

Como se pode perceber, do conceito acima descrito é possível analiticamente extrair a transversa criminalização da ociosidade e do exercício de atividades que, por destoarem das substancialistas diretrizes e valores - fixados pelo segmento social dirigente - acerca do que é aceitável realizar, são necessariamente vistas como parasitárias ou anti-sociais<sup>452</sup>. Perceptível ainda a exaltação do exercício vertical e paternalista de poder, pela pretensão de correção e ensinamento aos cidadãos, mediante a obrigação de que estes sejam caridosos, bons pais/mães e maridos/esposas, sociáveis e prestativos, tudo sob ameaça de acréscimo (imposição) de pena.

---

*perpetrado delitos não possa ter uma vida social repleta de deslizes e infâmias*”. REGIS PRADO, Luiz. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 4ª ed., rev., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 243. Para Cezar Roberto Bittencourt, na conduta social, “*deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. Nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu. No entanto, não se pode ignorar que indivíduos com larguíssima folha de antecedentes, com dezenas de inquéritos policiais e processos criminais em curso, alguns deles inclusive prescritos, que fazem do crime um meio de vida, apresentam conduta socialmente inadequada. Inegavelmente esses aspectos podem ser valorados sob a epígrafe de conduta social, pois primariedade e bons antecedentes não podem ser invocados como alforria a quem vive do crime*” BITTENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, vol. I. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 556.

<sup>451</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Sentença Penal: doutrina, jurisprudência e prática*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002, p. 75.

<sup>452</sup> Semelhante constatação é feita por Túlio Vianna e Geovana Mattos: “*Mesmo que o comportamento ou opiniões do agente pudessem ser averiguados e fossem considerados reprováveis, tais atributos não poderiam ser levados em conta para majorar sua pena, pois contrariam um direito penal de fato, focando o juízo de culpabilidade no autor. Não cabe ao Direito Penal modelar a moral dos cidadãos, não podendo o magistrado julgar o modo de vida do autor do delito, pois seria considerada anormal toda personalidade e conduta social que simplesmente se desviassem do padrão cultural considerado pela maioria como o correto. A medida que garantimos a todos os cidadãos a liberdade individual, determinando que seus comportamentos só serão criminalizados quando expressamente tipificados, é inadmissível que possamos majorar a pena de um sujeito simplesmente pelo fato de que sua personalidade ou conduta social não se enquadram ao pensamento da maioria, exterminando, assim, o direito à diferença e à tão prezada segurança jurídica, almejada pelo Princípio da Legalidade*”. VIANNA, Túlio Lima; MATTOS, Geovana. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2008, p. 316.

No mesmo sentido, verifica-se a discriminatória criminalização do ambiente familiar ou social em que o réu se insere<sup>453</sup>, assim como da má-educação, da introversão, da rispidez, do egocentrismo e do egoísmo, caracteres da personalidade que, muito embora acometam grande parcela da população – e de operadores das ciências criminais –, não possuem qualquer relevância penal. Corriqueira também a associação entre má conduta social e vício em drogas ou álcool, muito embora, em nome da estrita legalidade, não seja o vício elencado como infração penal<sup>454</sup>.

Nesse contexto, urge mencionar a narração de Túlio Vianna:

Dois indivíduos munidos de arma de fogo resolvem roubar um banco em concurso de agentes. Ambos realizam as mesmas condutas, rendem o caixa, apontam-lhe a arma, recolhem o dinheiro, dividem-no em partes iguais e saem em fuga. Durante a instrução criminal as testemunhas afirmam que o primeiro deles é ótimo pai de família, excelente vizinho, bom empregado e que trabalha durante os finais de semana em entidades beneficentes tendo inclusive adotado cinco crianças de rua. O outro acusado porém, tem personalidade e conduta social oposta: bate na esposa, briga constantemente com a vizinhança, chega bêbado no trabalho e há fortes comentários de que trafique drogas. Não é difícil imaginar que o juiz fixará a pena do primeiro no mínimo legal e aumentará a pena do segundo em cerca de um ano. Ao proceder desta forma, o magistrado, na prática, estará condenado ambos pelo roubo a banco e suplementarmente estará condenando o segundo a um ano de prisão por bater na esposa, brigar constantemente com a vizinhança, chegar bêbado no trabalho e supostamente traficar drogas<sup>455</sup>.

<sup>453</sup> Segundo Guilherme de Souza Nucci, conduta social “é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, da escola, da vizinhança, dentre outros, motivo pelo qual além de simplesmente considerar o fato conduta social preferimos incluir a expressão inserção social. Não somente a conduta antecedente do agente em seus vários setores de relacionamento, mas sobretudo o ambiente no qual está inserido são capazes de determinar a justa medida da reprovação que seu ato criminoso possa merecer”. NUCCI, op. cit., p. 182. De outro lado, seguindo uma linha crítica, afirma Maria Lúcia Karam: “Circunstâncias como a não integração ao mercado de trabalho, o baixo nível de escolaridade, a deficiente socialização familiar, ou o anterior contato com o sistema penal, que, na desvirtuada prática dos órgãos da justiça criminal, costumam ser vistas como sinais de ‘má conduta social’ ou de ‘maus antecedentes, a conduzir a uma pena maior, são, na realidade, circunstâncias que, reduzindo a capacidade de escolha, fazem menos exigível o comportamento conforme o que determina a lei, consequentemente impondo uma menor medida da pena, correspondente à menor culpabilidade pelo ato realizado”. Cf. KARAM, op. cit., p. 30.

<sup>454</sup> A matéria chegou inclusive às portas do Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu: “PENA. Criminal. Prisão. Fixação. Dosimetria. Tráfico de drogas. Exasperação da pena-base. Vício em drogas como conduta social negativa. Inadmissibilidade. Incompatibilidade com a nova política criminal anti-drogas. Redução de pena. HC concedido para esse fim. O fato de o réu ser viciado em drogas não constitui critério idôneo para que se lhe eleve a pena-base acima do mínimo, porquanto o vício não pode ser valorado como conduta social negativa.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 98456/MS. Segunda Turma. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Data do julgamento: 29 de setembro de 2009. Já no que tange ao vício em álcool, Rosivaldo Toscano dos Santos Junior afirma com propriedade: “A consideração da conduta social possui, como visto acima, forte conteúdo moralista, na acepção pejorativa do termo, mesmo. São comuns considerações sobre, por exemplo, ingestão exagerada de álcool (“o acusado vive embriagado”), sem levar em conta que o alcoolismo é, segundo a Organização Mundial da Saúde, uma doença. Diz Fábio de Assis Ferreira Fernandes que ‘o alcoolismo é doença reconhecida formalmente pela Organização Mundial de Saúde (OMS). É uma enfermidade progressiva, incurável e fatal, que consta no Código Internacional de Doenças (CID)’ Constatado que se trata de uma doença, estaríamos punindo o indivíduo por uma autolesão. Trata-se de um problema social e médico, e não jurídico”. SANTOS JUNIOR, op. cit. p. 16.

<sup>455</sup> VIANNA, Túlio Lima. *Roteiro Didático de Fixação das Penas*. Justitex, Brasília, a.1, n. 11, p. 64-66, nov. 2002. Em sentido semelhante, observou Luiz Regis Prado: “cumprir observar que um indivíduo portador de maus antecedentes nem sempre será, necessariamente, portador de uma conduta socialmente desajustada, assim como não é regra que alguém que jamais tenha perpetrado delitos não possa ter uma vida social repleta de deslizes e infâmias”. REGIS PRADO, Luiz. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, leitura indicada*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 285.

Seguro que o agravamento penal em virtude de fatos criminalmente irrelevantes – motivado, portanto, por razões de cunho estritamente moralizante – consagra o chamado *direito penal de autor*<sup>456</sup>, violando os princípios da secularização (que veda a imposição penalmente coativa de um determinado padrão moral ao indivíduo)<sup>457</sup>, da legalidade (segundo o qual não há pena sem prévia cominação legal) e do devido processo legal<sup>458</sup> (consubstanciado na supressão do contraditório e da ampla defesa em relação às condutas “anti-sociais” imputadas ao acusado).

Verifica-se ainda a transgressão do princípio da humanidade, em seu viés de alteridade. Isso porque o parâmetro acerca do que seja uma conduta socialmente adequada ou inadequada é formulado pelo próprio magistrado aplicador, que muitas vezes transpõe suas próprias vivências e valores para a sentença criminal, descolando-se da realidade do sentenciado e deixando de enxergar, no outro, um sujeito de direitos portador de particularidades. A intolerância, assim, supera a humanidade. Crítico desse aspecto, salienta Alessandro Baratta que “o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população”<sup>459</sup>.

<sup>456</sup> Quanto à conduta social, salienta Ney Moura: “Essa é uma circunstância que nada tem a ver com o fato criminoso praticado pelo agente e que diz respeito exclusivamente a seu passado anterior ao crime e à sentença”, razão pela qual sustenta o autor que “a circunstância não deve ser levada em consideração no momento da fixação da pena, pois que representaria o julgamento do homem pelo que ele é, e não do homem pelo que ele fez”. TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral – II, arts. 32 a 120 do Código Penal: teoria geral da pena, medidas de segurança e extinção da punibilidade, extinção condicional do processo, prescrição*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1998, p. 105-106.

<sup>457</sup> Nesse sentido, Túlio Vianna e Geovana Mattos observam com acerto: “[...] são inúmeros os interrogatórios judiciais nos quais se indaga ao réu sobre sua religião, abrindo um flanco para que o juiz possa, na fixação da pena, majorar-lhe a pena, caso este rejeite a crença em um deus ou - pior - afirme adorar o demônio, em uma nítida rejeição dos valores religiosos da maioria. Não raras vezes também se indaga ao réu sobre o uso de bebida alcoólica, fumo ou mesmo sobre sua orientação sexual e, no caso das réis, número e frequência de parceiros sexuais em verdadeiras afrontas ao princípio da amoralidade estatal. Ora, se o Estado brasileiro é laico e amoral, não cabe discutir no processo sobre as crenças do réu, pois ainda que seja ateu ou satanista, tais crenças jamais poderão ser usadas contra ele. Da mesma forma, se o réu é alcoólatra e fumante inveterado ou se é gay, lésbica, bissexual ou, eventualmente, prostituta(o), são todas questões exclusivamente da esfera moral do réu que jamais poderão ser usadas para majorar-lhe a pena e sequer deveriam ser indagadas no interrogatório de um processo judicial laico e amoral”. VIANNA; MATTOS, op. cit., p. 307.

<sup>458</sup> Fazendo alusão ao exemplo por ele relatado, Túlio Vianna ressalta que, naquele caso, a imposição de pena “ofenderá também o princípio do devido processo legal, pois se o indivíduo foi acusado de roubar um banco, irá defender-se deste fato tão-somente e não de supostas lesões corporais à esposa e tráfico de drogas alegado pelas testemunhas. O aumento da pena com base em supostos crimes que mesmo que provados nos autos não foram objeto de processo para apurá-lo é absolutamente inconstitucional, pois em última análise configura em condenação sem o devido processo legal”. Idem.

<sup>459</sup> BARATTA, op. cit., p. 177. Na esteira da crítica formulada por Baratta, afirma Yvana Savedra de Andrade Barreiros: “[...] não é ilação afirmar que por trás do quesito conduta social do agente também há estereótipos que atingem determinadas classes sociais e não outras. Ou seja, há uma tendência em se conceber certos sujeitos como delinquentes, em função, por exemplo, de meio social em que vivem. Habitar um bairro pobre da periferia pode resultar, assim, muitas vezes num padrão de conduta social que diverge daquele entendido como adequado para os sujeitos economicamente mais favorecidos, dentre os quais, em geral, se inclui o magistrado”. BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da Pena: um desafio permanente*. Curitiba: Ed. Juruá, 2010, p. 58. Maria Lucia Karam também observa criticamente: “A atuação determinada pela lógica e pela razão do poder de classe do Estado, característica das categorias pertencentes ao aparelho de Estado, se acentua no caso do Poder Judiciário, pois ao condicionamento decorrente desta sua integração ao aparelho de

O autor prossegue em sua crítica, salientando:

[...] Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado), e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista. A distribuição das definições criminais se ressent, por isso, de modo particular, da diferenciação social. Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme a lei dos indivíduos pertencentes aos extratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes de extratos inferiores<sup>460</sup>.

No entanto, na prática, muitas vezes a circunstância judicial da conduta social não apenas sofre ingerências positivistas e moralizantes, como também é sistematicamente utilizada para agravar a punição do réu. Raros os registros de decisões judiciais que tenham emprestado valor positivo à conduta social dos réus, não porque estes não apresentem boa conduta, mas por estrita inclinação judicial pela utilização da circunstância apenas em prejuízo do sentenciado. Exemplo dessa tendência reside em que, atualmente, muitos magistrados realizam as oitivas das chamadas “testemunhas de caráter” (ou oportunizam a juntada de declarações abonatórias ao réu), mas, no momento da prolação da sentença, nenhuma autoridade emprestam aos fatos atestados, negando categoricamente vigência à norma do artigo 59 do CP.

Tal proceder não apenas se revela *contra legem*, como também obsta a difusão da técnica - necessária à política criminal redutora - de obrigatória valorização da circunstância como positiva na ausência de causas que a tornem negativa.

O advento de um novo discurso norteador da aplicação da pena tem como importante estação a imunização das circunstâncias judiciais – e a conduta social delas não se exclui – de todas as predisposições positivistas e justificacionistas que historicamente engessaram a atividade judicante. Como conclusão, tem-se que a circunstância “conduta social” jamais pode ser empregada de maneira negativa. Esta somente deve atuar em sentido redutor.

---

*Estado, vêm se somar, de um lado, uma equivocada concepção de independência, a provocar o isolamento e o distanciamento do juiz, a torná-lo indiferente à dinâmica das lutas travadas na sociedade, às tensões que nela ocorrem, às divisões que nela se formam, e, de outro lado, a própria condição profissional, a idéia de alta função social, a fazer com que o juiz se veja ocupando uma posição considerada superior na sociedade, o que contribui para afastá-lo das classes subalternizadas e adotar mais fortemente como seus os valores e interesses das classes dominantes”.* KARAM, op. cit. p. 122.

<sup>460</sup> BARATTA, op. cit., p. 177.

#### 4.3.2.4. Personalidade do agente.

Entende a doutrina penal tradicional, em linhas gerais, que são caracteres exclusivos formadores da personalidade: a idade do réu, o seu desenvolvimento físico e mental, a educação que recebeu, o meio em que foi criado e em que tem vivido, o ter sido ele ou não um menor abandonado, o seu grau de instrução ou de cultura, a sua inteligência, a sua sensibilidade, a sua força de vontade, a sua sensibilidade ou insensibilidade moral, o fato de sentir ou não remorso, de mostrar ou não cinismo ou indiferença para com o julgamento moral do próximo a respeito de seu crime, etc.<sup>461</sup>.

A compreensão da extensão do significado de personalidade, para fins penais, é um grande entrave com o qual a ciência penal se deparou em razão de sua subserviência ao positivismo etiológico. Ao mesmo tempo em que esta tarefa confronta a ciência criminal com conhecimentos intrínsecos a outros saberes, torna evidente a incapacidade técnica do magistrado em realizar juízos desta natureza.

Nem mesmo entre os saberes *psi* existe consenso em relação ao significado da personalidade, conforme atesta Eysenck:

---

<sup>461</sup> BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. *Manual de Direito Penal*, vol. II, Belo Horizonte: Lemi, 1954, p. 93. Roberto Lyra, por sua vez, defendia a análise judicial da personalidade do agente a partir do chamado “sistema métrico moral”, que confrontaria a personalidade do acusado com o padrão moral estabelecido pela maioria, sendo então considerada adversa a personalidade não adaptada ao senso moral comum. Dizia o autor: “*A apreciação da personalidade do homem, para bem afeiçoar-lhe a sanção, está ao alcance da experiência comum e obedece aos critérios habituais [...] não é preciso consultar bibliografias para fixar em que medida o agente se afastou das normas condicionadoras do equilíbrio da sociedade ou dos sentimentos e das idéias fundamentais à sua vida. em última análise, impõe-se indagar daquela semelhança social de Tarde, num sentido mais concreto. É a própria sociedade que cria e transmite o sistema métrico moral. Este não está nos livros, mas na realidade da vida de que o juiz participa [...]*”. LYRA, op. cit, p. 221-222. Segundo Aníbal Bruno, personalidade “é um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano”. BRUNO, op. cit. p. 154. Para Luiz Regis Prado, personalidade é “*a índole, o caráter do indivíduo, reveladora de suas qualidades e defeitos. Aqui são verificadas, além da índole do sujeito, sua sensibilidade ético-social e a presença de possíveis desvios em seu caráter*”. REGIS PRADO, op. cit. p. 243. Segundo Cezar Roberto Bittencourt, personalidade do agente “*deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo*”, devendo ser levada em conta, na apreciação da personalidade do réu “*a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu*” BITTENCOURT, Cezar Roberto. O arbítrio judicial na dosimetria penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 723, p. 500, jan. 1996. Para Guilherme de Souza Nucci, personalidade é o “*conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. A conduta do indivíduo é certamente influenciada por seu patrimônio genético, mas não totalmente determinada por ele, uma vez que é, igualmente, resultado do seu processo de vida, configurando a consistência de seu comportamento*”. NUCCI, Guilherme de Souza. A análise da personalidade do réu na aplicação da pena. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.153, p. 2, ago. 2005. Por sua vez, Fábio Bittencourt da Rosa entende que “*a personalidade do réu se revela pelo comportamento habitual, pelo papel social que desempenha. Manifesta-se através do modo pelo qual procura solucionar os problemas. São as atitudes na relação de convivência de família, amigos etc. é o comportamento perante o trabalho, a expectativa social de conduta. A participação em atividades sociais benéficas ou malélicas mostra a pessoa, que também pode ser observada no seu grau de dor, frieza, cinismo, ou indiferença, nos momentos anteriores e posteriores ao fato criminoso. Todos esses elementos, e muitos mais, são retratos da vida de um criminoso, reveladores de índole com percentual variado de adaptação à comunidade*”. ROSA, op. cit. p. 247-248.



[...] não acreditamos que penalistas pretendam construir conceitos dogmáticos de caráter, personalidade etc., usurpando o ofício dos psicólogos. E se quiserem recorrer a esses últimos, eis a surpresa que lhes poderá ser reservada: 'quase todos os conceitos e termos empregados em psicologia são muito discutidos. Tem-se escrito livros inteiros em torno de uma definição de termos como 'instinto', 'inteligência' ou 'emoção' e inclusive em nossos dias existem diferentes idéias, concepções e definições tão diferentes entre psicólogos. Mas poucos termos são objeto de definições tão diferentes como o de personalidade. Quase cada um dos autores que escrevem sobre o tema dá a sua própria definição, seu próprio ponto de vista, seu método próprio e sua concepção pessoal do que deveria ser o objeto da investigação sobre personalidade. Seria insensato pretender dogmatizar em um campo no qual existem tantas discrepâncias'<sup>462</sup>.

Exatamente no mesmo sentido, asseguram Calvin Hall, Lindzey Gardner e John Campbell:

[...] embora a diversidade no uso comum da palavra personalidade possa parecer considerável, ela é superada pela variedade de significados atribuídos ao termo pelos psicólogos. Em um exame exaustivo da literatura, Allport extraiu quase cinquenta definições diferentes que classificou em categorias amplas. [...] Estamos convencidos de que nenhuma definição substantiva de personalidade pode ser generalizada. Com isso, queremos dizer que a maneira pela qual determinadas pessoas definem personalidade dependerá inteiramente de sua preferência teórica [...] A personalidade é definida pelos conceitos empíricos específicos que fazem parte da teoria da personalidade empregada pelo observador'<sup>463</sup>.

Dada a complexidade da circunstância, torna-se inviável ao juízo produzir uma avaliação dinâmica<sup>464</sup>, equitativa e, principalmente, pacífica da personalidade do acusado para fins de aplicação da pena<sup>465</sup>. Trata-se de um conceito fluídico, não tendo o aplicador sequer habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, médica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos aptos à emissão de "diagnósticos" desta natureza. Da mesma forma, inexistem exames criminológicos na instrução criminal<sup>466</sup> e, ainda que existissem, seriam incapazes de atestar com clareza a personalidade do réu<sup>467</sup>.

<sup>462</sup> Apud TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ªed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 253.

<sup>463</sup> HALL, Calvin; GARDNER, Lindzey; CAMPBELL, John. *Teorias da personalidade*. 4ª Ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000, p. 32.

<sup>464</sup> Lembra Guilherme de Souza Nucci que "a personalidade não é algo estático, encontrando-se em constante mutação, e que estímulos e traumas de toda ordem agem sobre ela. Desse modo, não seria demais supor que alguém, após ter cumprido vários anos de pena privativa de liberdade em regime fechado, tenha alterado sobremaneira sua personalidade". NUCCI, op. cit., p. 2. Tennyson Velo também ressalta a natureza dinâmica da personalidade, mobilidade esta oriunda do "relacionamento constante entre o indivíduo e o ambiente social onde convive, havendo senso de direção, finalidade ou realização em seu expressar-se". VELO, Joe Tennyson. *Criminologia Analítica. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 07. São Paulo, IBCCRIM, p. 138, 1998.

<sup>465</sup> A própria doutrina tradicional chega a tal constatação: "[...] o juiz, efetivamente, não tem condições de avaliar cientificamente a personalidade o criminoso". FERREIRA, op. cit., p.88.

<sup>466</sup> Em defesa do exame, salienta Jason Albergaria: "o exame criminológico não tem por objetivo provar a culpabilidade, mas estudar a personalidade do delinqüente para a individualização da pena nas fases judiciária e da execução penal [...] Antes da decisão o juiz deverá dispor de informação sobre a personalidade biopsíquica e social do delinqüente. Esta exigência pressupõe um exame biológico, psicológico e um conhecimento do meio social em que viveu o delinqüente". ALBERGARIA,

Em um Estado Democrático de Direito, todo e qualquer gravame penal sobre o indivíduo deve provir de um juízo de certeza, irrealizável na espécie, vez que “*resta inviável a determinação a priori de um padrão de personalidade para ser usado comparativamente com a personalidade do réu*”<sup>468</sup>, inexistindo portanto meios jurídicos para uma adequada avaliação da personalidade<sup>469</sup>, capaz de refrear juízos pessoais absolutamente erráticos. Como consequência lógica, todo recurso à personalidade do acusado no intuito de prejudicá-lo constitui mecanismo ofensivo à segurança jurídica<sup>470</sup>.

Todavia, alheia à incapacidade de avaliação judicial da personalidade e ainda sob o manto da supracitada reverência ao positivismo etiológico, a atividade de aplicação da pena costumeiramente faz alusão a expressões vagas como “*personalidade voltada para o crime*”<sup>471</sup>, “*personalidade deturpada*”<sup>472</sup>, “*o acusado faz do crime seu modo de vida*”<sup>473</sup> etc.,

---

Jason. Comentários à Lei de Execução Penal. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 17. No mesmo sentido, cf. ABREU, Ricardo Luiz de. A personalidade do agente como circunstância judicial na aplicação da pena. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.9, n.104, p. 14-15, jul. 2001. Também em defesa do exame antes do julgamento, afirma Vilson Farias: “*Se antes destacamos a necessidade do ‘exame criminológico’, agora ela se faz evidente por si. Somente através dele é que poderemos chegar a conhecer o infeliz portador de desajustamentos da personalidade e em que grau ocorre [...] O ideal será a realização do exame antes do julgamento, pois, assim teríamos uma melhor personalização da pena*”. FARIAS, Vilson. O exame criminológico na aplicação da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 289-291, jul.-set. 1996. Por outro lado, Zaffaroni e Pierangeli, repudiam a existência de exame criminológico na instrução criminal, por ofensa ao princípio da presunção de inocência, aduzindo que “[...] se efetivamente se quisesse implantar esse informe, se faria mister dividir o processo, ou juízo, em duas partes - como sucede, algumas vezes, nos Estados Unidos -; na primeira se estabelecendo a autoria e a classificação legal do fato, e, numa segunda etapa, procede-se à individualização da pena. De outra maneira, pretender realizar um informe criminológico de um processado é penetrar no âmbito de privacidade e intimidade de uma pessoa, que a lei presume inocente, e que de modo algum autorizam os mais elementares princípios do Estado de Direito”. ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 710.

<sup>467</sup> De maneira semelhante, observa Ney Moura Teles: “*O exame de personalidade, de outro lado, não pode ser feito a contento pelo juiz, no âmbito restrito do processo penal, sem o concurso de especialistas – psiquiatras, psicólogos etc. O magistrado não é formado e preparado para o exame apenas superficial, para um desiderato tão grave – perda da liberdade -, seria de uma levandade inaceitável num ordenamento jurídico democrático e sério. Facultar ao juiz a consideração sobre a personalidade do condenado importa em conceder ao julgador um poder quase divino, de invadir toda a alma do indivíduo, para julgá-la e aplicar-lhe a pena pelo que ela é, não pelo que ele, homem, fez*”. TELES, op. cit. p. 107.

<sup>468</sup> PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p.209. Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci afirma que “*o juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso, utilizado, inclusive e sempre, para descobrir a própria culpa do réu. Inexiste julgamento perfeito, infalível, pois sempre se trata de simples justiça dos seres humanos, de modo que o critério para analisar o modo de ser e agir de alguém constitui parte das provas indispensáveis que o magistrado deve recolher*”. NUCCI, op. cit. p. 192.

<sup>469</sup> Observa Salo de Carvalho que “*a personalidade não pode vir contra o cidadão, que não pode sofrer sancionamento por ela - cada um a tem como entende*”. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de., op. cit., p. 46 et seq.

<sup>470</sup> Parte da doutrina entende, no entanto, que “*invadir o âmago do réu, através da análise de sua personalidade, para conhecê-lo melhor, não como mero objeto da aplicação da pena, mas como sujeito de direitos e deveres, enfim como pessoa humana, torna a pena mais justa e sensata no seu quantum e no seu propósito*”. NUCCI, op. cit. p. 2.

<sup>471</sup> Refutando o emprego de expressões desta espécie, cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 125.331/MG. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. Data do julgamento: 09 de fevereiro de 2010. Paradoxalmente, alegando a personalidade voltada para o crime como circunstância desfavorável, cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 149.845/SP. Quinta Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. Data do julgamento: 11 de maio de 2010.

<sup>472</sup> Apontando a personalidade deturpada como circunstância judicial desfavorável, cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 87.028/MS. Quinta Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 04 de outubro de 2007.

<sup>473</sup> Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 131.389/MS. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data do julgamento: 23 de novembro de 2010.

sem com isso declinar que caminho lógico, técnico ou empírico utilizou para a atribuição de tais predicados ao réu.

A concepção que legitima a imputação de características deletérias à personalidade do acusado “*carece de profunda anemia significativa, conformando o substrato de decisões infundadas, sem o mínimo controle técnico, ferindo, pois, o princípio da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade*”<sup>474</sup>. Paganella Boschi também constata esse fato, afirmando que “*os membros do Poder Judiciário, em cumprimento à dicção do artigo 59 do CP, limitam-se a fazer afirmações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, afirmações que nada dizem tecnicamente.*”<sup>475</sup>.

A adoção de juízos quanto à personalidade no momento da injunção da pena demonstra efetivamente que o contraditório e a ampla defesa foram sobrepujados pelo órgão julgador, ao tolerar que juízos de irrefragável subjetividade possam atar o acusado em sua defesa contra tais imputações. Correto, portanto, afiançar que o critério da personalidade “*não obstante ser, dada a sua natureza, controverso, não apresenta, desde o modelo acusatório, possibilidade de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes*”<sup>476</sup>.

Enfim, qualquer prognóstico que tenha como mérito “probabilidades” não pode, por si só, justificar a negação de direitos, visto que são hipóteses inverificáveis empiricamente. Uma porta aberta para o subjetivismo incontrolável.

Também nesse sentido, esclarece Tatjana Hörnle que a “culpabilidade pessoal” constitui um fator de medição da pena extremamente espinhoso, tendo em vista que quanto mais fatores dessa natureza forem admitidos – especialmente aqueles em que a valoração da personalidade do autor está em primeiro plano – necessariamente maior será a imprevisibilidade e a falta de controle da prática da dosimetria penal<sup>477</sup>.

Considerando ainda que compete à acusação o ônus de trazer à baila processual todo elemento de comprovação das alegações por ela formuladas, sob essa ótica não seria o órgão

<sup>474</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de., op. cit., p. 57.

<sup>475</sup> PAGANELLA BOSCHI, op. cit. p. 207. Também nesse contexto, pesquisa capitaneada por Salo de Carvalho indica que “*A volatilidade dos conceitos personalidade e conduta social – diferentemente do conceito culpabilidade que, embora de conteúdo dúbio na jurisprudência, possui definição precisa na dogmática – possibilita os mais diversos tipos de interpretação. Exatamente por isso, são os conceitos que mais ampliam o punitivismo judicial, atuando como espaço aberto de valorações morais, juízos e impressões pessoais sobre os réus, ilações acerca dos seus deveres e responsabilidades, entre outros*”. CARVALHO (Coord.) et al, op. cit. p. 65.

<sup>476</sup> CARVALHO, Salo. op. cit., p. 54.

<sup>477</sup> HÖRNLE, op. cit., p. 51.

judicial a agência responsável por tecer avaliações sobre a personalidade, tarefa esta essencialmente inquisitiva. Todavia, não é essa a realidade com a qual se deparam os aplicadores e intérpretes. Não obstante ostentarem as indelévels marcas da inquisitorialidade e reacenderem as concepções naturalistas típicas do autoritarismo, as avaliações sobre a interioridade do acusado são amiúde empregadas.

Ainda que admitida sob o ponto de vista material, a adjetivação da personalidade do acusado carece de fundamentação judicial. Quando motivada, costuma sê-la tanto a partir de sua associação a eventuais antecedentes do acusado (ou sua conduta social) - o que implica em confusão entre circunstâncias completamente díspares.

Como se percebe, o recurso a juízos de periculosidade (com seus respectivos “graus”), a tentativa de se apelar às categorias dos criminosos habituais e por tendência e a visão da pena como consecutória lógica e direta da culpa e, conseqüentemente, como retribuição ética da conduta continuam a integrar os pilares do processo de aplicação da pena<sup>478</sup>, não obstante sua deslegitimação como instrumentos capazes de sustentar uma política criminal redutora de danos<sup>479</sup>. Em última análise, o incremento da pena se dá não pelo fato ou pela personalidade do acusado, mas pela personalidade e conceitos morais do próprio magistrado<sup>480</sup>.

Nesse mesmo sentido, afirma Ana Cláudia Bastos de Pinho:

Na medida em que um juiz criminal – cumprindo a regra estipulada no artigo 59 do CP (parcialmente inconstitucional, por um prisma garantista) – agrava a pena do réu por entender que ele possui conduta social não correspondente a um padrão qualquer (incerto e, portanto, arbitrário) de normalidade, ou por considerar sua personalidade desviada de um outro paradigma por ele mesmo estipulado, existe uma clara afronta ao princípio da materialidade da ação, pois está punindo conforme seus próprios padrões e concepções pessoais da conduta

<sup>478</sup> Tatjana Hörnle adverte que em boa parte da teoria alemã sobre aplicação de pena, as circunstâncias pessoais do autor continuam a ser relevantes para a aferição da culpabilidade, muito embora tal base teórica somente pareça ser compatível com as teorias da culpabilidade pelo caráter ou pela condução de vida, difundidas durante a época nacional socialista e nos primeiros anos pós segunda guerra. A autora lembra ainda que, sem embargo, a jurisprudência moderna alemã vem se distanciando expressamente das teorias da culpabilidade pelo caráter ou pela condução de vida. HÖRNLE, op. cit., p. 60.

<sup>479</sup> Nem mesmo a defesa do estabelecimento de um nexos causal direto entre o delito e o elemento negativo da personalidade indicado pelo magistrado seria suficiente para solucionar a equivocada aplicação da pena, por ser tal entendimento igualmente justificador.

<sup>480</sup> Também em sentido crítico, afirma Juarez Tavares: “A personalidade, como critério de prevenção geral ou especial, não pode implicar a fixação da pena além dos limites impostos pela culpabilidade, pois isso importaria em violação aos princípios objetivos da legalidade e da proporcionalidade [...] normalmente, a aferição da personalidade é conduzida sobre elementos da percepção diária, levada a efeito pelas manifestações da pessoa em seu ambiente. Segundo as dificuldades na coleta dos dados dessa percepção, é comum mesclarem-se a isso todos os preconceitos, estereótipos e juízos negativos, que não lhe pertencem, e, sim, aos conceitos morais, nem sempre correspondentes ao ambiente real da manifestação personalista. A afirmação no sentido de que o autor tem personalidade voltada para o crime, diapasão básico das sentenças criminais, inclui-se no âmbito desses preconceitos ou estereótipos, pertencendo, assim, a um juízo moral negativo, que nada tem a ver com a avaliação efetiva da personalidade, ou da visa mental do sujeito, em confronto com sua forma de adaptação ao ambiente”. TAVARES, op. cit. p. 149.

e da personalidade humanas, sem qualquer dado empírico ou suporte científico para fazê-lo e, pior, distanciando-se totalmente do objeto investigado no processo, ou seja, o crime<sup>481</sup>.

A par de sua inviabilidade técnica, a prolação de juízos indemonstráveis acerca da personalidade do acusado também padece de inconstitucionalidade, por incongruência democrática. Asseverar que alguém possui uma personalidade deturpada ou voltada para atividades ilícitas implica, de uma só vez, em suprimir a culpabilidade pelo fato por aquela de autor e rotulá-lo intolerantemente como um ser diferente dos demais e inadaptado aos padrões sociais seguidos (e agora ditados) pela pessoa do magistrado.

Nessa perspectiva, *o mala in se* passa a figurar como elemento nodal da determinação da pena, e a correção moral do apenado por intermédio da reprimenda estatal como sublime finalidade da pena, em completa aversão aos princípios da culpabilidade, secularização e humanidade.

Adequada, nesse contexto, a constatação de Paganella Boschi:

Admitir que a pena ou sua maior intensificação tem por finalidade alcançar a compulsória modificação do condenado(...) significa reconhecer, em última análise, que o Estado é titular do poder totalitário de mudar os outros, anulando o direito de todos à diferença. A constatação pelo Estado-Juiz de que o acusado é portador de transtorno de personalidade (mesmo admitindo – para argumentar- a legitimidade da avaliação e a possibilidade de resposta efetiva pelos peritos) deveria determinar, por outro lado, não a exasperação da pena-base pelo fato cometido, e sim, o exercício de direito subjetivo de reclamar o indispensável apoio técnico, para libertar-se do problema e alcançar a elevação social e humana<sup>482</sup>.

O apelo preventivo-especial na aplicação da pena, ilustrado pelo critério da personalidade do agente, possui caráter eminentemente defensivista social, apresentando-se como instrumento de reforma moral do indivíduo, tendente à manutenção da seletividade e estigmatização criminais. Nessa perspectiva, o acusado é visto como um perigo social (um

---

<sup>481</sup> PINHO, op. cit., p. 99. Mais adiante, arremata a autora: “a questão de utilizar a conduta social e a personalidade do réu como critérios de dosimetria de pena apresenta-se problemática sob dois aspectos: ofende a secularização – na medida em que possibilita o julgamento pessoal do autor e não do fato – e compromete a epistemologia garantista baseada na racionalidade, pois permite ao juiz estabelecer uma pena com base em suas próprias convicções pessoais sobre o que deve ser uma ‘boa’ conduta social e uma personalidade ‘não desviada’. E, onde não existem critérios racionais, surge o arbítrio”. Ibidem, p. 100.

<sup>482</sup> PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p.211.

anormal) que põe em risco a nova ordem<sup>483</sup>, necessitando, pois, de pronta intervenção moral reparadora por parte do Estado.

Mirar a personalidade sob outro viés, com uma aproximação kantiana, também conduz à constatação de que qualquer adjetivação negativa daquela atenta contra a dignidade humana. Isso porque, efetuando-se a mencionada aproximação, é possível vislumbrar na personalidade uma expressão da própria autonomia individual, da dignidade humana. Logo, afirmar que o acusado possui personalidade voltada para o crime, corrompida, ou desviada significa dizer que o mesmo não possui autonomia, retirando-lhe todos os traços de humanidade, postura esta colidente com a própria essência e razão de ser constitucionais.

O incremento do rigor penal em virtude de juízos estritamente vinculados à personalidade do réu – criminalmente irrelevantes, portanto – também vulnera o princípio da legalidade (taxatividade penal), impondo-se verdadeiramente uma pena sem uma correspondente e prévia cominação legal. De fato, valer-se de um significado tão mutável e incerto como o da personalidade significa romper com os limites impostos pela legalidade.

Não obstante carecer de fundamentação, a penalização dirigida à personalidade do autor ainda transgredir o princípio constitucional da lesividade<sup>484</sup>, axioma este que demanda a realização de uma conduta criminosa exteriorizada e capaz de lesionar ou ameaçar concretamente a liberdade alheia. Parte da doutrina, no entanto, busca extrair do fato criminoso a característica negativa da personalidade do agente, construindo um nexo de causalidade que, partindo da personalidade e passando pelos motivos, possa chegar à materialização da conduta delitativa, fato este que autorizaria a valoração negativa da primeira<sup>485</sup>.

Trata-se da tentativa, em um sentido estritamente criminalizador, de presumir determinada índole do agente a partir da edificação de um ficto nexo causal entre esta e o fato objetivamente considerado, valendo-se de outra circunstância judicial absolutamente distinta

---

<sup>483</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan e HORMAZABAL MALARÉE. Pena y Estado *in* Bases críticas de un nuevo derecho penal. Temis: Bogotá, 1982, p.124.

<sup>484</sup> O princípio da lesividade encontra arrimo tanto no art. 98, I (competência dos juizados especiais, para o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo), quanto no art. 5º, inciso XXXV (“*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”), ambos da Constituição Federal.

<sup>485</sup> Nesse sentido, afirma Nucci: “*ao cometer um crime, especialmente se a característica negativa da sua personalidade for o móvel propulsor – como a inveja incontrolável ou o desejo de praticar maldade – deve ser levada em conta para o estabelecimento da pena. esta, no entanto, não será aumentada se não houver nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do agente*”. NUCCL, op. cit., p. 208.

(motivos). Em primeiro lugar porque o recurso aos motivos como elemento catalisador do maior apenamento da personalidade do réu traduz efetivamente uma dupla utilização dessa circunstância em seu desfavor, em desrespeito ao princípio *non bis in idem*. Ademais, empregar os motivos para justificar a maior intervenção punitiva da personalidade significa criminalizar dois elementos de cunho eminentemente interno e incapazes de lesionar ou ameaçar concretamente a liberdade alheia, salvo através de uma ficção jurídica. Por fim, não se pode olvidar que erigir a personalidade do réu como causa do crime importa na etiológica e positivista assunção do democraticamente desautorizado direito penal de autor<sup>486</sup>.

Medida igualmente comum na cotidiana tarefa de determinação da pena consiste na identificação da personalidade do acusado com uma única característica, normalmente aquela presumida pelo juízo a partir do tipo de delito praticado, ou ainda, aquela que mais chamou a atenção do magistrado<sup>487</sup> em seu breve, impessoal e hierárquico contato com o acusado. Soma-se a isso a influência da própria empatia ou antipatia do juiz frente ao réu, muitas vezes atrelada não à personalidade deste, mas ao seu comportamento em juízo<sup>488</sup>.

Imaginar que um traço comportamental é suficiente para definir a personalidade de alguém significa perceber o outro – e o fenômeno criminal – de forma simplista, ignorando por completo que a personalidade não é um elemento singular, estático e momentâneo, mas um dinâmico conjunto de características que, progressivamente agregadas, contribuem para erigir a individualidade do ser humano. Uma personalidade não se volta para determinados

---

<sup>486</sup> A necessidade de apego ao direito penal de autor na construção da dosimetria penal ainda é expressamente defendida atualmente: “*Propugnamos, portanto, um direito penal do ato, que é constituído pelo fato, mas também por seu autor, uma vez que o ato pertence a quem o produz e é expressão de sua personalidade. O ato supera o fato, pois é o fato somado ao seu autor e impregnado pelas características pessoais deste. Logo, na apreciação do ato, valora-se o fato, o acontecimento – aspecto objetivo –, mas também o seu contexto ético e seu agente – aspecto subjetivo [...]. Antigos conceitos, então, como de personalidade voltada para o crime e de intensidade do dolo, que por muitas vezes foram utilizados como um mero recurso retórico e, por isso, rejeitados pelas ‘modernas tendências’ do direito penal, ganham com a interpretação aqui formulada fundamentação e conteúdo e permitem, pois, a elaboração de um direito penal de feição mais personalista*”. SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Culpabilidade, modo de ser e medida da pena. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 22, n. 555, p. 16, fev. 2010.

<sup>487</sup> Paganella Boschi salienta, nesse contexto, que a avaliação da personalidade alheia é comumente realizada a partir das qualidades ou dos atributos mais marcantes ou preponderantes. Outro critério, salienta o autor, diz respeito às habilidades que os atributos pessoais possuem de produzir reações positivas ou negativas nos outros, sendo “*considerados ‘ajustados’ (de personalidade equilibrada) os indivíduos que seguem a etiqueta e, pelo reverso, rotulados de ‘inconvenientes’, anti-sociais ou antipáticos, aqueles que não a seguem ou a violam deliberadamente*”. PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p. 205.

<sup>488</sup> Importante frisar que a impressão pessoal negativa construída pelo magistrado a partir do comportamento do réu em juízo tem o poder de produzir efeitos tanto na “afirmação” da culpabilidade deste - funcionando como autêntico “índice de um comportamento anti-social” – quanto na própria agravação da pena. A título de ilustração, a revolta ou deboche demonstrados pelo réu em juízo em virtude de uma acusação injusta e inverídica podem ser equivocadamente interpretados pelo magistrado como sinônimos, respectivamente, de agressividade ou indiferença diante do fato delitivo, motivando não apenas um juízo condenatório, mas também, ao mesmo tempo, o incremento da sanção penal. Por estas razões, o comportamento do acusado em juízo não deve ser objeto de valoração por parte do magistrado, zeloso de seu dever constitucional de julgar com imparcialidade o fato delitivo.

escopos ou atividades (ex: crime). Ela simplesmente existe dinamicamente, inclusive baseando-se em experiências vivenciadas por cada um.

Da mesma forma, personalidade não pode ser confundida com certas características subjetivas, tais como agressividade<sup>489</sup> e impetuosidade. Agressividade é uma característica inerente ao próprio ser humano, em maior ou menor escala, não sendo sua presunção apta a legitimar tratamento penalmente mais gravoso, sobretudo quando a materialização da agressividade se apresenta como pressuposto necessário à própria empreitada delitiva, a exemplo do que se dá nos crimes em que a violência é elemento expressa ou implicitamente imprescindível à configuração típica<sup>490</sup>.

Tal análise conduz à dicotômica conclusão de que a agressividade/impetuosidade, ou se materializa em uma conduta penalmente relevante, já enfrentando por si mesma a correspondente tipificação legal, ou não deve receber solução penal, haja vista pertencer à própria condição humana e à interioridade de cada indivíduo.

Não há sequer falar em mensuração destas características, já que uma sistemática jurídico-penal de garantias não é compatível com escalonamentos penais de elementos subjetivos. Nesse sentido, da mesma forma que a intensidade do dolo ou a gravidade da culpa não mais devem habitar a prática e dogmática penais relativas à aplicação da pena, a quantificação do índice de agressividade ou impetuosidade também deve ser proscrita de tal atividade. Graduável não deve ser nem a intensidade desses elementos, nem a sua reprovação. Se descabe em um Estado Democrático de Direito a formulação juízos estatais de reprovação moral dos indivíduos, evidentemente também descabe graduá-los.

As circunstâncias de cunho pessoal do acusado devem, ao contrário, sempre tender a seu favor, seja como autênticas causas de diminuição da própria culpabilidade, seja a partir de uma nova concepção de prevenção especial, segundo a qual a pena a ser escolhida não é

---

<sup>489</sup> Segundo o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete, no tocante à circunstância da personalidade do agente devem ser registradas “*qualidades morais, a boa ou má-índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento*”. Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 10ª ed., rev. e atualiz. São Paulo: Ed. Atlas, 1996, p.290.

<sup>490</sup> A propósito, diversos indivíduos não criminalizados apresentam comportamentos mais agressivos e impetuosos, utilizando-os por vezes para a própria construção de sua individualidade. O próprio sucesso de certas profissões exige do indivíduo uma postura mais agressiva e impetuosa. A título de ilustração, corretores de bolsa de valores, atacantes de futebol, promotores, advogados e defensores públicos do Tribunal de Júri, entre outros, necessitam se valer de sua inerente agressividade e impetuosidade para melhor desempenhar suas funções, sem que tal traço possa ser encarado de forma reprovável.



aquela que proporcione correção ou neutralização do indivíduo, mas a que proporcione os menores prejuízos possíveis à vida futura do sentenciado.

Partidária do primeiro entendimento e vislumbrando nas circunstâncias pessoais agentes de diminuição da pena, Tatjana Hörnle sustenta que elas são relevantes como base de uma concepção moderna da culpabilidade e que, enquanto se trate de causas de diminuição da culpabilidade, as circunstâncias vitais pessoais do autor podem repercutir na medida da pena<sup>491</sup>.

Por sua vez, seguindo a moderna concepção de prevenção especial e invocando a personalidade do réu e outros dados pessoais como critérios determinantes para a escolha da pena que produza os menores danos ao condenado, Demetrio Crespo sustenta:

*Una interpretación preventivo-especial de este criterio como plasmación en nuestro ordenamiento jurídico de la consideración de las consecuencias de la imposición de la pena para la vida futura del reo, y no como una consideración especial de la personalidad del delincuente (criterio que habría de usarse para las medidas de seguridad), en función de sus circunstancias personales (lo cual comprende tanto su concreta personalidad, como la llamada sensibilidad a la pena del reo y otros datos relativos a sus condiciones de vida). En este sentido parece evidente que la elección de la pena que proporcione al reo mayores utilidades y menores daños dependen de modo prioritario y principal de la personalidad del reo<sup>492</sup>.*

Em idêntico sentido, ressalta Salinero Alonso:

*[...] tales factores deben ser interpretados exclusivamente en clave preventivo especial, lo que significa que no pueden ser apoyatura para una agravación – dentro siempre de los límites legales – de la pena a imponer al sujeto y serán orientados en atención a las consecuencias de la pena para la vida futura del reo, debiéndose optar por la pena que proporcione al sujeto mayores utilidades y menores perjuicios<sup>493</sup>.*

Diante desses fatores, uma nova proposta discursiva da aplicação da pena refuta todas as adjetivações da personalidade - “*distorcida*”, “*voltada para a prática de crimes*”, “*apropriada ao delito praticado*”, “*agressiva*” etc. -, em prejuízo do indivíduo. Com efeito, corresponder a conduta do autor com sua personalidade “*em nenhum caso pode fundamentar uma maior culpabilidade, e, no máximo, deve servir para não baixar a pena do máximo que a*

<sup>491</sup> HÖRNLE, op. cit., p.62.

<sup>492</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 1999, p. 306.

<sup>493</sup> SALINERO ALONSO, Carmen. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 162.

*culpabilidade do ato permite, que é algo diferente*<sup>494</sup>. Esta a inversão hermenêutica pretendida no enfrentamento da circunstância judicial da personalidade.

#### 4.3.2.5. Motivos do crime.

No tocante à circunstância relativa aos motivos do crime, parte da dogmática penal em nosso país comumente a vincula a uma pauta moral de atuação dos indivíduos<sup>495</sup>, sem, no entanto, apontar criticamente seu precípua propósito de reforçar um modelo social repressivo e seletivizante.

A tradicional concepção, diante do novo modelo penal sedimentado a partir da Constituição de 1988, deve sofrer a necessária releitura interpretativa, capaz de afastar toda sorte de juízos habilitadores da intervenção irracional do poder punitivo.

A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, constitucionalmente exigida por força da norma contida no art. 93, IX, da CF, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, não se confundindo com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos etéreos, inidôneos à incidência da norma invocada.

De tal modo, a valoração de cada uma das circunstâncias judiciais deve estar apoiada em elementos concretos, razão pela qual considerações estritamente subjetivas não podem gerar

<sup>494</sup> ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 710.

<sup>495</sup> Para Guilherme de Souza Nucci, *“Não há como afastar o critério moral para a fixação da pena”*. NUCCI, op. cit. p. 201. Segundo Pedro Vergara, *“a ação dos motivos está, estreitamente, ligada ao poder de inibição, e este depende do temperamento, do caráter, de múltiplas circunstâncias que ligam à vida individual, em determinado momento”*, salientando o autor, em seguida, que *“O estudo dos motivos implica, então, no estudo da personalidade, formando com ela um todo. Pode-se, mesmo, estabelecer, como regra, que quanto mais anormal for o indivíduo, - salvo nos casos de abulia patológica, - maior será sobre ele a ação dos motivos. A sua criminalidade, pois, é denunciada pela quase total ausência de ponderação dos motivos, pela sua aceitação fácil”*. VERGARA, Pedro. *Das penas principais e sua aplicação*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni Editora, 1948, p. 276-277. Cezar Roberto Bittencourt também é enfático quanto aos motivos: *“os motivos constituem a fonte propulsora da vontade criminoso. Não há crime gratuito ou sem motivo [...] Para a dosagem da pena é fundamental considerar-se a natureza e qualidade dos motivos que levaram o indivíduo à prática do crime que, na lição de Hungria, podem dividir-se basicamente em duas categorias: imorais ou anti-sociais e morais e sociais”*. BITTENCOURT, op.cit. p. 501. Emblemática também a posição de Roberto Lyra: *“Motivo é a razão psicológica, a representação subjetiva que impele o agente ao crime, definindo-o sob os aspectos moral, social e jurídico. A índole do motivo resume e exprime a significação do delito, do ponto de vista do dano e do perigo social, explicando-o e contribuindo para desvendar a personalidade, e, portanto, estabelecer a temibilidade”*. LYRA, op. cit. p. 236. E mais adiante, conclui o autor: *“Quanto mais um crime se harmoniza com a personalidade de seu autor, tanto maior a periculosidade. Por isso, deve considerar-se o fenômeno psicológico em sua realidade, procurando a natureza dos motivos, seu caráter moral, sua constância. Indaga-se na natureza dos motivos pela origem, isto é, pelo caráter, pela conduta habitual do culpado, pelas condições de sua vida individual, familiar e social”*. Idem, p. 239.

gravames ao apenado. Assim, em nome do princípio da lesividade, a abstração inerente aos motivos do crime não poderia ser utilizada para a exasperação da pena.

A vinculação entre medida da pena e censura dos motivos ou atitudes internas do agente apresenta-se empiricamente irrealizável, por basear-se em meras prognoses do julgador acerca de um potencial direcionamento volitivo do acusado em um ou outro sentido. Não há, todavia, solidez probatória em tais espécies de juízo.

Nesse contexto, leciona Anabela de Miranda Rodrigues:

[...] é indiscutível o interesse da determinação da pena pela empiria. Tudo está em saber se a este interesse corresponde um efetivo empenhamento na aquisição de contributos empíricos de que aparentemente se serve. Sendo certo que deficiências a este nível acarretam importantes consequências de que se destacam, por um lado, a liberdade do juiz de 'seguir as suas próprias vias' nos amplos espaços abertos por hipóteses não verificadas empiricamente; e por outro lado, a manutenção de uma inveterada tendência para alicerçar em fórmulas mais ou menos 'apodíticas' opções punitivas materialmente incontroláveis, fundadas por vezes na tradição ou na escala pessoal de valor do juiz<sup>496</sup>.

Prossegue a autora, em outro momento:

Também para a justiça penal – ou melhor, sobretudo para esta – constitui uma prova de fundamental importância a verificação da sua racionalidade, praticabilidade e eficácia. Daqui derivam importantes consequências em cada um dos planos em que aquela se articula. Na teoria da pena isso traduz-se, essencialmente, em expurgar do seu seio qualquer elemento de caráter 'metafísico' e na obrigação de a tornar funcional em relação ao componente essencial do hodierno conceito de racionalidade – capacidade de produção de efeitos socialmente úteis para o indivíduo e para a coletividade – de que depende em parte sua legitimação<sup>497</sup>.

Dessa forma, a simples suposição da presença de motivos execráveis não pode, por si mesma, presumir um injusto mais grave ou uma mais elevada culpabilidade do agente<sup>498</sup>.

Não bastasse sua irrealizabilidade empírica, a conexão entre medida da pena e reprovação dos motivos ou atitudes internas do acusado apresenta-se ainda democraticamente insustentável, por exigir a devassa do mundo intelectual de um acusado dotado de autonomia e intimidade. Nesse sentido, lembra Salo de Carvalho que o direito à personalidade impede

<sup>496</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, op. cit., p. 39.

<sup>497</sup> Idem, p. 181-182.

<sup>498</sup> Em sentido semelhante, afirma Antônio Maria Iserhard: "*Cumpre-nos frisar que os juízos singulares e os juízos coletivos, funcionando como filtros institucionais, voltados à imposição da sentença condenatória, são impotentes para elucidar, dirimir, perquirir o caráter volitivo, deflagrador da infringência à norma jurídico-penal, de parte do transgressor. Aliás, a complexidade de causas sociais que levou o agente a transgredir a regra de convivência, não se esgota na lei e nem pode ficar restrita ao reducionismo desta*". ISERHARD, op. cit., p. 118.

toda e qualquer intromissão estatal nas distintas formas de manifestação da subjetividade, sendo certo que “*se o Estado não pode intervir na consciência do cidadão, tampouco pode invadir a vida privada do indivíduo, exigindo determinados comportamentos éticos ou morais*”<sup>499</sup>. Trata-se, enfim, de uma velada e inquisitorial<sup>500</sup> prática penalizadora da autonomia moral e da interioridade humana, coativamente imposta do exterior pelo próprio Juízo da condenação.

Ferrajoli denomina tal fenômeno de atenuação ou dissolução da estrita jurisdicionalidade, ou seja,

[...] uma atenuação, até os limites da arbitrariedade, do poder de rotulação e de inquisição do juiz, que vem a configurar-se, segundo a ocasião, como confessor, psicanalista ou terapeuta social, em todos os casos desvinculado de critérios rígidos e certos de qualificação penal. E o juízo penal, da mesma forma que o ético ou o estético, degenera em juízo ‘sem verdade’: não motivados por juízos de fato, isto é, por inserções verificáveis ou refutáveis, mas por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos; não baseado em procedimentos cognitivos, pelo menos tendencialmente, e, por isso, expostos a controles objetivos e racionais, senão em decisões potestativas; não realizado mediante regras de jogo – como o ônus da prova e o direito à defesa – que garantem a ‘verdade processual’, mas confiado à sabedoria dos juizes e à ‘verdade substancial’ que eles possuem<sup>501</sup>.

Soa evidente ainda a vulneração do axioma da legalidade em função da profusão no uso de valorações de índole moral quanto aos motivos do acusado. O princípio da legalidade, como elemento de fixação de contornos racionais à intervenção estatal, exige que somente considerações oriundas de uma valoração normativa, e portanto objetiva, sejam juridicamente válidas. Inferências morais quanto aos motivos do acusado rompem com a necessária segurança jurídica assegurada pela legalidade, dissociando-a de um direito penal do fato.

Patrícia Ziffer também constata a debilitação da legalidade neste caso:

*El principio de legalidad, en tanto garantiza la previsibilidad de la reacción estatal, presupone que sólo se tomen en cuenta factores que surjan de una valoración coherente de normas jurídicas. Con esto quedarían fuera, por ejemplo, las consideraciones morales acerca de los motivos del autor. En verdad, la eliminación de valoraciones Morales parece ser la solución más adecuada también respecto del principio del hecho, con lo cual cabe*

<sup>499</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 17-18.

<sup>500</sup> Acerca da relação entre práticas inquisitoriais e intervenção moral sobre os indivíduos, lembra Nilo Batista que “*o direito penal da Inquisição é por excelência o direito penal da intervenção moral, que muitos séculos antes da lobotomia viveu a mesma perigosíssima aventura de propor-se uma cirurgia comportamental. A criminalização da heresia e seu tratamento procedimental e penal correspondem exemplarmente a essa aventura, porém o mais permanente de seus efeitos nada tem a ver com os variados conteúdos das ofensas ao pensamento ortodoxo, e sim com a afirmação da legitimidade e do sucesso da intervenção penal nesses casos*”. BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2000, p. 240.

<sup>501</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 37.

*preguntarse qué es lo que ocurre cuando la ley es la que introduce circunstancias que solo podrían valorarse desde un punto de vista ético*<sup>502</sup>.

Atribuindo efeito deletério às presunções quanto aos motivos do agente, o juiz, a pretexto de exercitar sua discricionariedade, estaria ao invés introduzindo suas próprias pautas éticas<sup>503</sup>. De tal assertiva extrai-se, assim, que o ordenamento jurídico deve constituir a única pauta a se recorrer, tendo em vista é ele que reúne os modelos de conduta que se pode exigir do autor do fato<sup>504</sup>.

Nem mesmo motivos exteriorizados pelo acusado podem conspirar contra ele, uma vez que a idéia de que o apenado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo deve ser ampliada de modo a alcançar, com a devida adaptação, a fase da aplicação da pena.

Nesta fase, a concepção de não incriminação (*nemo tenetur se detegere*) é então reinterpretada, passando a constituir não apenas um direito do réu de não apresentar elementos que possam agravar sua reprimenda, mas também um dever (consectário do dever jurídico constitucional de minimização da afetação individual) do próprio magistrado de não permitir que o réu agrave a própria condição.

Nesse sentido, deve o juízo advertir o acusado, em seu interrogatório, de que o mesmo não é obrigado a externar os motivos do crime. e, ainda que o faça, não serão aqueles considerados para efeito de elevação penal.

A exposição dos motivos do delito é, afinal, um corolário da própria confissão. Se a própria confissão da prática do crime produz efeito atenuante, não há como a confissão dos motivos servir como meio agravante. Enfim, quando os motivos não servirem para mitigar a pena, também não prestarão a incrementá-la.

A insustentabilidade democrática da conexão entre medida da pena e reprovação dos motivos ou atitudes internas do agente não decorre apenas da intromissão estatal sobre a intimidade e autonomia individuais, ou sobre a vulneração da legalidade. Deriva, ainda, da consagração de uma acepção maniqueísta de moral e de sociedade.

---

<sup>502</sup> ZIFFER, op. cit., p. 103.

<sup>503</sup> Idem.

<sup>504</sup> Ibidem.

Em relação à primeira, é possível afirmar com segurança que efetivamente não existe, entre os homens, um sentido universal e constante de moral. Trata-se de um conceito fluido, sociologicamente e antropologicamente variável, que não pode ser subjugado pelo particular sentido a ele conferido pelo magistrado. De fato, em uma ordem jurídica de contornos democráticos, não é legítimo que um agente do Estado, no exercício de seu múnus público, se aproprie onipotentemente da prerrogativa de ditar determinado sentido de moral, de modo a impor uma reprovação, sobretudo com implicações penais, a quem a ele não se harmoniza. Descabendo a reprovação moral, inviável também é sua medição penal. Do contrário, consagrar-se-ia um modelo não jurídico de intolerância e de supressão da alteridade.

Esta é exatamente a conclusão a que chega Nilo Batista, quando assevera que no Estado de direito que constitucionalmente incorpore o princípio da autonomia moral da pessoa, tem o juiz apenas o direito de constatar a culpabilidade do acusado, impondo-lhe daí a respectiva reprimenda, mas não o direito de censurá-lo, postura esta abusiva do poder jurisdicional<sup>505</sup>. Alerta o autor, enfim: *“de que adiantaria proclamar a Constituição o princípio da autonomia moral da pessoa, para depois aparecer um funcionário público togado, de dedo em riste, para cabalmente negá-lo ao censurar o acusado?”*<sup>506</sup>

Já no tocante ao sentido de sociedade, a reprovação penal recaída sobre os motivos parte da equivocada premissa de que a sociedade é una, e incontroversos são seus valores. Despreza o fato de que, na verdade, esta é partida, fruto de um complexo feixe de relações, interesses e valores, por incontáveis vezes antagônicos. Nesse prisma, a moral prevalente não é a moral consensual, mas aquela ofertada pelo segmento social dominante. A pena, aqui, evidencia limpidamente sua face de instrumento de poder, em desafio ao Estado de Direito.

Em relação à problemática acerca dos motivos do crime, outro aspecto merece destaque. Em diversos momentos, a aplicação concreta da pena depara-se com a confusão entre motivos exógenos e motivos pertencentes à própria essência do crime. Exemplo evidente dessa desordem jurisprudencial consiste na exasperação penal do furto, sob o fundamento de que o mesmo fora motivado pelo desejo de consumo.

Em um sentido redutor, dados motivacionais necessários à própria conformação delitiva são impróprios para ensejar o aumento da pena-base, sob pena de ofensa aos critérios

---

<sup>505</sup> BATISTA, op. cit., p. 19.

<sup>506</sup> Idem.

axiológicos que regem a dosimetria da resposta penal, sobretudo aquele que veda o *ne bis in idem*. Resposta lógica ao exemplo dado consiste na constatação de que as condutas atentatórias ao patrimônio são ou motivadas por situações de necessidade (que descaracterizam o próprio crime) ou visam, em última análise, a obtenção de renda para o suprimento do desejo de consumo, esta sim caracterizadora do delito. O desejo de consumo é, enfim, uma exigência ontológica dessa classe de delitos, não havendo, aqui, como se desvincular os motivos da própria essência da realização dos tipos penais.

Como se pode perceber, não se trata aqui de uma dupla valoração de um elemento típico, mas de um duplo sopesamento de um elemento (motivo) anterior à própria determinação delitativa. Isso porque, ao contrário do discurso corrente<sup>507</sup>, uma apreciação eminentemente técnica conduz à conclusão de que os motivos do crime não devem integrar o elemento subjetivo do tipo (ou tipo subjetivo), seja o dolo - tanto na ação quanto na omissão do acusado - seja algum dos elementos subjetivos do tipo, distintos do dolo.

Sendo o dolo a vontade de realizar o tipo objetivo, guiada pelo conhecimento, e possuindo ele apenas os aspectos cognitivo (conhecimento efetivo e, de certa forma, real dos elementos descritivos, elementos normativos, previsão da causalidade e previsão do resultado) e conativo (dolo direto ou eventual), não é aqui que os motivos se inserem.

Tampouco nos elementos subjetivos distintos do dolo se inserem os motivos, uma vez que não se confundem com o preterdolo, com as chamadas ultrafinalidades (particulares direções da vontade que estão além da simples vontade de realizar o tipo objetivo), ou mesmo com o ânimo do agente (atitudes ou expectativas do agente que acompanham sua ação).

A respeito dessa distinção, ensina Zaffaroni:

*Todos los requerimientos legales que hacen referencia a la motivación pertenecen a la culpabilidad, todos los que hacen a la dirección de la conducta (sea por su ultrafinalidad o por el ánimo con que se la conduce) son elementos subjetivos del tipo. En general, los primeros siempre responden a un adónde y los segundos a un donde: ánimos y ultrafinalidades son direcciones de la voluntad; móviles y motivaciones son causas de la voluntad. Si bien toda voluntad con cierta dirección tiene una causa o móvil (codicia, por ej.), una misma dirección puede reconocer diferentes móviles (puede hurtarse por mera codicia o por venganza) y un motivo puede ser móvil de muy diferentes acciones (por codicia se puede robar, estafar, falsificar, etc.)<sup>508</sup>.*

<sup>507</sup> Paganella Boschi, nesse sentido, salienta que “a motivação pode integrar a própria definição típica e, por isso, o juiz, ao apreciá-la, ao fixar a pena-base, precisará ter o cuidado de registrá-la para não violar a regra do *ne bis in idem*, que proíbe a dupla incidência da mesma causa”. PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p. 213.

<sup>508</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 420.

Os motivos são efetivamente dados pertencentes à culpabilidade do agente, culpabilidade esta que, se por um lado já encontra na configuração do crime seu limite máximo (culpabilidade plena), por outro deve atuar, no momento da determinação da pena, unicamente de forma redutora.

Frise-se que, por constituírem elementos atinentes à culpabilidade do agente, os motivos que representem ao mesmo tempo uma circunstância legal atenuante não poderiam de qualquer modo ficar adstritos à proibição de ultrapassagem para além do mínimo legal, uma vez que a própria entidade delitiva, pautada pela culpabilidade, ostenta inferior grandeza.

Em uma nova lógica, é também necessário estabelecer que sempre que os motivos atuem ao mesmo tempo como circunstância judicial e atenuante, ou causa especial de redução da pena, deve o juiz optar pela solução que possua a maior eficácia redutora, em atendimento ao dever jurídico-constitucional de minimização de danos ao sentenciado.

Muito embora devam os motivos funcionar, no momento da determinação da pena, unicamente de forma redutora, permanece quase que inatingível o dogma de sua utilização em prejuízo do apenado, motivada seja pela crua retribuição penal a uma “causa imoral” do delito, seja pelo conveniente estabelecimento de um juízo de proporcionalidade entre motivos e bem jurídico tutelado (como se o legislador não os tivesse dimensionado na própria construção típica), afinidade esta capaz de discursivamente “legitimar” uma maior reprovação da conduta.

A punição, neste caso, representa, na essência, uma objetivação realizada pelo próprio julgador quanto à impressão formada pelo caso concreto. Enfim, uma forma de tornar palpável aquilo que deveria se circunscrever exclusivamente no âmbito interno do agente<sup>509</sup>.

Denunciando a natureza autoritária do juízo penal potestativo, Ferrajoli esclarece:

---

<sup>509</sup> Exemplo maior desta objetivação reside na qualificação do crime de homicídio em razão dos motivos fúteis e torpes. Mostra-se inconsistente e justificante considerar tais circunstâncias como incrementos do próprio injusto penal, não da culpabilidade, já que tal solução se vale da ausência de valoração judicial quanto ao limite do injusto trazido pelo legislador. Na essência, o legislador transferiu para o âmbito do injusto um elemento efetivamente pertencente à culpabilidade do agente, agregando à culpabilidade plena pelo homicídio um plus sancionatório por um dado da própria culpabilidade, desvirtuando assim a sistemática penal. Enfim, deu uma aparência de direito penal do fato àquilo que intrinsecamente configura direito penal de autor. Por essa razão, deveria ser abolida a qualificação do crime de homicídio em virtude da suposição de terceiros quanto à existência de motivos fúteis ou torpes não exteriorizados.



[...] sem uma predeterminação normativa precisa dos fatos que se devem comprovar, o juízo remete, na realidade, muito mais à autoridade do juiz do que à verificação empírica dos pressupostos típicos acusatórios. Por outra parte, seu caráter não cognitivo nem estritamente vinculado à lei contradiz sua natureza jurisdicional no sentido acima já determinado. Se, com efeito, ‘juris-dição’ designa um procedimento de comprovação dos pressupostos da pena que se expressa em assertivas empiricamente verificáveis e refutáveis, qualquer atividade punitiva expressamente contrária a este esquema é algo distinto de jurisdição. Trata-se, precisamente, de uma atividade substancialmente ‘administrativa’ – ou se quisermos, ‘política’ ou ‘governativa’ – caracterizada por formas de discricionariedade que, ao afetar as liberdades individuais, inevitavelmente desembocam no abuso<sup>510</sup>.

Partindo dessas premissas, uma nova concepção da pena, ora proposta, busca arrefecer o caráter deletério comumente atribuído às circunstâncias judiciais relativas aos motivos do crime, apontando novos parâmetros para sua interpretação e aplicação concreta.

#### 4.3.2.6. Circunstâncias do crime.

O fato punível com o que se depara o magistrado não é a simples figura típica definida na norma penal incriminadora. A ele se atrelam determinadas propriedades acessórias que afetam a gravidade do crime, modificando o grau da resposta penal por parte do aplicador.

Tradicionalmente, o elemento “circunstâncias do crime”, estabelecido no art. 59 do CP, é visto como o conjunto de condições do agente ou meios ou modos de realizar o crime, ou considerações quanto ao lugar, tempo ou qualquer acidente que deixa a sua marca sobre o fato e reduz ou acrescenta o seu desvalor perante o Direito<sup>511</sup>.

Análise atenta sobre a doutrina e prática da aplicação da pena em nosso sistema evidencia que as circunstâncias do crime são frequentemente confundidas, seja com elementos constitutivos do tipo, seja com agravantes obrigatórias, ou ainda, com causas de aumento de pena, em flagrante *bis in idem*. Bastante rotineira, nesse sentido, a pretensão de elevação da

<sup>510</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 37.

<sup>511</sup> BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. Roberto Lyra, por sua vez, associava as circunstâncias e conseqüências à própria personalidade do agente, afirmando serem as primeiras sinais de identificação da segunda: “O fato, já contemplado na cominação, na medida de sua gravidade, somente interessa e, complementarmente, como mais um dado sobre o delinqüente [...] é o criminoso que revela o crime e não o crime que revela o criminoso. O Código refere-se, portanto, às circunstâncias e conseqüências associadas aos sinais de identificação da personalidade: repugnância à idéia, ao ato e seus efeitos, audácia, habilidade, perversidade, insensibilidade etc.” LYRA, op. cit. p. 243.

pena-base sob o fundamento de que pendem contra o apenado circunstâncias desfavoráveis do crime, quando na verdade tais elementos alicerçam a própria construção típica<sup>512</sup>.

Verifica-se ainda, na prática, o incremento da pena-base a partir da evocação de elementos que integram a gravidade imanente ao próprio delito objeto de apreciação. Ilustrando essa constatação, é possível apontar o reconhecimento de circunstâncias desfavoráveis nos crimes contra o patrimônio em razão do valor econômico do bem<sup>513</sup>, elemento já considerado pelo legislador para a própria opção de criminalização primária, sendo incabíveis sucessivas valorações de grandeza em prejuízo do indivíduo criminalizado<sup>514</sup>, sobretudo quando tendentes à discriminação punitiva pelo capital.

De fato, a gravidade do fato não constitui fundamento idôneo ao aumento da pena-base, uma vez que já foi contemplada pelo legislador no estabelecimento de uma escala penal (penas mínima e máxima) mais ou menos elevada. Trata-se, enfim, de um elemento atinente à esfera do injusto<sup>515</sup>, graduável como maior ou menor por exclusiva decisão legislativa, não podendo o aplicador embasar o tratamento penal mais rigoroso com o mesmo fundamento já empregado na escolha cominatória do legislador, providência esta a ensejar dupla valoração negativa (*bis in idem*), além de rompimento da separação das funções do Poder<sup>516</sup>.

<sup>512</sup> Opondo-se à confusão com as circunstâncias do próprio tipo, cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 114.684/PE. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data do julgamento: 17 de março de 2011.

<sup>513</sup> Nos crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro também se verifica, equivocadamente, o incremento da pena em função do grande prejuízo da conduta, muito embora já estivesse o legislador ciente de tal fato ao desenhar o preceito secundário dos tipos correspondentes.

<sup>514</sup> No que tange ao crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei n. 11.343/06), vê-se comumente o incremento da pena-base em virtude da maior nocividade da droga envolvida, por referência ao art. 42 da lei, que estabelece que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. Trata-se de um equívoco do legislador, uma vez que já utilizara as circunstâncias do crime (natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação etc.) para se determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal (art. 28, § 2º) ou ao tráfico, sendo inadmissível que sirvam também para agravar a pena-base, sob pena de *bis in idem*. De fato, no ato administrativo do Ministério da Saúde que identifica as espécies de droga inexistente graduação quanto à nocividade daquelas, corroborando a tese de que a natureza integra a competente gravidade típica. Constitucionalmente questionável, pois, a sua dupla valoração.

<sup>515</sup> Poder-se-ia argumentar que a graduação da culpabilidade deve ser acrescida à graduação do injusto, para efeito de aferição da gravidade do delito. No entanto, em uma perspectiva redutora, tem-se a culpabilidade, enquanto elemento do crime, como o limite máximo da intervenção penal estatal sobre o autor do fato delitivo, e, enquanto circunstância judicial, como fator de limitação da resposta penal, pautada segundo o maior ou menor esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade à seletividade do poder punitivo.

<sup>516</sup> Em uma perspectiva democrática, qualquer incremento do rigor penal em virtude de uma mais elevada magnitude do injusto somente poderia advir diretamente da esfera legislativa, por exemplo sob a forma de qualificadora. Inexistindo previsão legal expressa que permita o acréscimo da pena nesse caso, não cabe ao magistrado aplicador fazê-lo em substituição ao legislador, nem mesmo sob o argumento de uma mais grave consequência do crime, já abarcada pela opção criminalizante primária. Nesse contexto, levando em consideração que o marco penal cominado corresponde exatamente à totalidade do ilícito de que se trata, Patrícia Ziffer salienta que o juiz, ao fixar a pena em concreto, não pode valorar um elemento que já fora tomado em conta em abstrato para qualificar a gravidade do ilícito (proibição de dupla valoração). Afirma a autora: “*Todas aquellas reflexiones que ya han sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar*

Das considerações acima aduzidas é possível concluir que a quantificação da pena pela gravidade do fato, por competir à seara legislativa, deve ser estritamente manejada pela incidência ou não de agravantes e atenuantes legais, jamais podendo ser veiculada no âmbito das circunstâncias judiciais.

Outra constatação verificável na prática da injunção penal consiste na gravosa utilização, como se circunstâncias do crime fossem, de dados relativos à conduta *posterior* do agente (ex.: autor que comemora o evento criminoso tomando cervejas<sup>517</sup>, conduta processual do acusado e eventual revelia), que nenhuma relação mais possui com o exaurido ato delitivo. Rompida está, evidentemente, a vinculação causal necessária ao incremento penal.

Incabível também é o incremento da pena baseado em considerações preventivas ou defensivistas completamente alheias às circunstâncias do fato delitivo. Considerando que o conjunto de especificidades submetidas aos juízos de valor deve guardar relação objetiva com o fato, quaisquer considerações estranhas a ele devem ser rechaçadas. Logo, para os fins de interpretação equitativa das circunstâncias do fato concreto,

[...] ficam excluídas considerações ou juízos em matéria de prevenção ou de defesa social: posto que dentro de um sistema garantista a função judicial não pode ter outros fins que não a justiça do caso concreto, o juiz não pode propor finalidades de prevenção geral que fariam de cada uma de suas condenações uma sentença exemplar. Por outro lado, a limitação da conotação equitativa à interpretação do fato julgado vale para excluir qualquer relevância penal à conduta pessoal do acusado, bem como para evitar qualquer tentação do juiz de subordinar o acusado e de condicionar a defesa à perspectiva de favores penais em razão do conteúdo de suas disposições<sup>518</sup>.

Essa desordem ontológica e hermenêutica dos institutos conduz inevitavelmente a múltiplas considerações deletérias de uma mesma circunstância, em prejuízo do indivíduo. Constata-se que, até o momento, não se mostrou viável o estabelecimento de critérios seguros e capazes de evitar tamanho desacerto quanto às circunstâncias do crime. Cabe, assim, a uma nova perspectiva, superar tais entraves à legalidade.

A superação dos obstáculos à legalidade é alcançada de maneira simples, invertendo-se o sentido penal até então empregado. No instante em que as circunstâncias do delito não mais

---

*la pena para un hecho concreto[...] es la prohibición de 'llevar doble contabilidad', como lo dice Bruns, y alcanza no solo a los elementos del tipo estrictamente, sino también al 'fin de la norma' [...]*". ZIFFER, op. cit., p. 107.

<sup>517</sup> Em defesa do acréscimo penal nessa hipótese, cf. TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença Criminal*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1992, p. 34.

<sup>518</sup> FERRAJOLI, Luigi. op cit. p. 326.

são empregadas para a majoração da reprimenda, porém tão-somente de forma redutora, todas as considerações acerca da maior gravidade do delito, preventivas ou posteriores à infração penal perdem sentido e aplicabilidade, aclarando-se quais dados efetivamente dizem respeito às circunstâncias do evento delitivo.

Nessa perspectiva, considerações já realizadas ou infundadas dão lugar àquelas que contribuem para uma menor sancionabilidade estatal e que, portanto, atuam como corretores fáticos do juízo de culpabilidade já extraído da própria responsabilização criminal.

#### 4.3.2.7. Consequências do crime.

Os métodos dogmáticos e jurisprudenciais de fixação das medidas repressivas são habitualmente orientados pela equação dano-pena. Com a primazia da teoria do bem jurídico como principal recurso de interpretação do direito penal, passou-se à crença de que a resposta penal deve, unicamente, guardar relação de proporcionalidade com a lesão ou perigo de lesão produzidos pela conduta incriminada.

Explicável, nesse sentido, a tradicional crença de que as consequências do crime “*são o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano, que é sempre inerente ao delito, não só para a vítima como para a sociedade*”<sup>519</sup>. Assim, as tarefas legislativas de cominação abstrata e judiciais de injunção concreta da reprimenda passaram a ser balizadas pela ponderação e conformação da punição às consequências do crime.

Diante deste quadro, tornou-se um dos grandes desafios da doutrina penal moderna a avaliação das múltiplas lesões possíveis, dentro da ampla variedade de interesses humanos em jogo. A par deste desafio, certo é que dentro de uma nova proposta discursiva, a associação entre tutela de bens jurídicos e segurança jurídica proporcionada à vítima cede lugar ao amparo daqueles indivíduos ou grupos de indivíduos concretamente ameaçados pelo avanço do poder punitivo<sup>520</sup>. Nesse novo paradigma, o olhar sobre as consequências do delito se desloca da exclusiva proteção normativa, coletiva ou vitimológica para a proteção do

---

<sup>519</sup> NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. Vol. I, 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1965, p. 288. Já para Luiz Regis Prado, consequências do crime são “*os desdobramentos, não necessariamente tópicos, advindos da conduta do agente, reveladores da danosidade decorrente do delito cometido*”. REGIS PRADO, op. cit. p. 244.

<sup>520</sup> Cf. BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p. 111.

criminalizado, especificamente para seu resguardo constitucional frente às consequências da pena.

Desorientada pela impossibilidade de contemplação e vagueza de todo o espectro de decorrências do crime, a valoração das circunstâncias judiciais relativas às consequências do delito não raro se funde indevidamente com o próprio resultado típico (ex. gravidade das lesões corporais provocadas, ausência de restituição integral da res furtiva à vítima<sup>521</sup>) ou se baseia em considerações abstratas (ex. quantificação da dor da morte em familiares) e conjeturais (ex. justificação não empírica de que o dinheiro roubado seria utilizado pela vítima para financiamento de sua casa).

Do mesmo modo, verifica-se a incorreta vinculação entre consequências do crime e considerações de ordem preventiva, tais como a identificação das implicações do crime com o suposto “*sentimento de insegurança provocado na sociedade*”<sup>522</sup>, ou ainda, o pretenso perigo de difusão do delito. Este último é taxativamente descartado por García Arán como pauta de maior gravidade do fato para efeito de quantificação penal:

*Supone incluir en la determinación de la gravedad del hecho un índice preventivo geral, consistente en el temor de que otros ciudadanos incurran en la misma conducta; su principal problema práctico vendría representado además por la dificultad de probar el grado de ese peligro o la real repercusión y la relación de causa a efecto entre el hecho cometido y los que pudieran seguirse. A todo ello habría que añadir las características del medio en el que se produce el peligro de difusión que pueden incrementarlo por circunstancias externas al propio hecho y a su sujeto activo. En suma, son muchos los factores incidentes en este juicio y lo que es más claro, excesivamente independientes del grado de lesión objetiva producida por el delito como para otorgarles eficacia inmediata en la determinación de la pena*<sup>523</sup>.

Na prática, é também corriqueira a vinculação entre consequências do crime e necessidade retributiva (ex.: alegação de que determinada classe de crimes merece maior punição por gerarem graves efeitos para a vítima ou sociedade<sup>524</sup>), todas em prognóstica afronta aos parâmetros constitucionais de dosimetria penal.

<sup>521</sup> Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 82.533/DF. Quinta Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Data do julgamento: 22 de abril de 2008.

<sup>522</sup> Nesse sentido, NORONHA, op. cit., p. 288.

<sup>523</sup> GARCÍA ARÁN, op. cit., p. 220.

<sup>524</sup> Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 168.633/MS. Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fisher. Data do julgamento: 02 de setembro de 2010; HC 137.203/ES. Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fisher. Data do julgamento: 05 de agosto de 2010; HC 103.879/ES. Quinta Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. Data do julgamento: 05 de agosto de 2010. Em última análise, estabelecer uma relação de proporção entre a pena a ser atribuída ao acusado e a consequência do crime significa reconhecer que o primeiro merece sofrer uma retribuição da mesma grandeza que os danos por ele produzidos, constatação esta que

Comum ainda a imputação ao réu de consequências que em nenhum momento ingressaram em sua esfera cognitiva, mas que, por considerações de ordem estritamente retributiva, são vistas como legítimas. Exemplos dessa constatação residem na exasperação da pena-base do crime de homicídio “*pelo fato de a vítima ter deixado diversos filhos de tenra idade sem direito a pensão previdenciária, por não ter aquela emprego fixo*”<sup>525</sup>, ou ainda quando a “*vítima morre deixando nove órfãos*”<sup>526</sup>.

Interpretações de tal espécie atribuem responsabilidade objetiva ao sentenciado por efeitos que transcendem o âmbito subjetivo suficiente à tipificação dessa circunstância, punindo-se em última análise o réu, nos exemplos dados, pelo fato de a vítima não ter emprego fixo e por isso não ter direito a pensão previdenciária ou porque teve nove filhos em vez de um. Trata-se aqui da consagração do *versari in re illicita* – “aquele que quis a causa quis o efeito” – em manifesta oposição ao princípio *nulla poena sine culpa*. Não se deve olvidar ainda que valorações desta espécie devem ser levadas em conta no âmbito da responsabilidade civil oriunda do delito, não na esfera penal, funcionando aqui o princípio da intervenção mínima como obstáculo ao acionamento da solução criminal.

Na prática injuntivo-penal percebe-se ainda uma comum identificação entre as consequências do crime e o clamor público dele oriundo, sempre alimentado, quando não provocado, pela intervenção midiática. Nesse sentido, salienta a doutrina com propriedade:

[...] não é demais ressaltar que não se pode confundir uma consequência social, passível de valoração, com a interpretação social do fato criminoso, ou, em outras palavras, com o clamor público (...). Sabe-se e pode-se observar que parte da imprensa, chamada de marrom ou sensacionalista, é grandemente responsável por provocar, indistintamente, seja na população das grandes cidades, seja nos mais recônditos rincões do País, a sensação de insegurança própria de quem sofre com certo gênero de criminalidade típico dos centros urbanos. Outra parte da mídia, que assim não se considera, tampouco é chamada, vive de ‘personalizar’ certas condutas criminosas, fazendo com que a população identifique de tal maneira determinadas pessoas com certos tipos de crime, que termina passando a idéia de que aquele caso é tão insólito e extraordinário que mereceria uma pena em tal medida<sup>527</sup>.

Todo clamor público exige um objeto de reclame. Em matéria penal, o objeto do clamor público é inexoravelmente a vingança social, a retribuição do “mal” causado pelo autor do

---

evidencia o caráter retributivo do incremento da pena-base pela consideração desta circunstância. Nesse prisma, a reprimenda penal mantém uma carga estritamente expiatória.

<sup>525</sup> CARVALHO NETO, op. cit., p. 81.

<sup>526</sup> TRISTÃO, op. cit., p. 35.

<sup>527</sup> MASSUD, op. cit., p. 176-177.

fato. Todavia, tal enfoque retributivo carece de legitimidade democrática. Em primeiro lugar porque parte da equivocada premissa de que as relações sociais, assim como o próprio sistema penal, notabilizam-se pela equidade e justiça - não pela seletividade na repartição do poder punitivo -, tendo o autor do fato quebrado um ajuste firmado em bases pretensamente legítimas e equânimes. Ademais, advém da agregação entre lei penal e moral social, destinando a sanção penal à admoestação de condutas inadequadas ao senso e clamor morais dominantes.

Do exposto se extrai que em uma nova perspectiva redutora de danos, a difusão social e o clamor público não se prestam a servir como elementos de valoração negativa do fato. Esse é o entendimento corroborado por García Arán:

*Con acierto destaca Dolcini, que el fenómeno de la alarma social se asienta en la mayoría de los casos sobre una identificación de determinados sectores sociales con las víctimas de algunos delitos y no supone gran esfuerzo recordar casos en los que un espectacular despliegue informativo, la especial resonancia periodística de un hecho o incluso una prensa sensacionalista, han empujado a la reclamación de penas severísimas por parte de la población, sin que ello suponga negar la gravedad de los hechos que suelen originar tales reacciones, pero lo que sí es cierto es que tales fenómenos deben estudiarse en profundidad y sin menospreciar el efecto que pueden producir sobre la valoración del hecho; en cualquier caso éste presenta una 'gravedad', sobre cuyo contenido no puedo extenderme aquí, pero en principio no me parece conveniente que en valoración del injusto cometido se incluyan datos posteriores a su realización como es el caso de la difusión social del mismo<sup>528</sup>.*

Outro aspecto da referida circunstância de aplicação da pena merece destaque: o questionamento da legitimidade democrática de utilização, contrariamente ao réu, de consequências que mediatamente tangenciem o resultado típico. Essa postura tende a compreender como consequências do crime tanto aquelas diretamente oriundas do resultado típico, quanto as que, ainda que alheias ao resultado típico, com este guardem nexo de causalidade.

Em uma perspectiva redutora da afetação do indivíduo, no entanto, qualquer extensão punitiva desta ordem é tida como ilegítima. Em primeiro lugar porque, ante a ausência de autorização legal expressa de penalização de decorrências reflexas, descabe ao intérprete fazê-lo. Ademais, a imposição de maior reprimenda, nesse caso, suplantaria a culpabilidade

<sup>528</sup> GARCÍA ARAN, op. cit., p.516. Juárez Tavares, a propósito, também assevera: “O julgador não pode incluir como circunstância contextual do ato injusto o clamor público, o prestígio ou a confiança da ordem jurídica ou das instituições, as opiniões publicadas nos meios de comunicação nem a perspectiva catastrófica de que o fato poderá desencadear uma desordem ou uma lesão incontrolável ou um desrespeito às autoridades. Esses argumentos, manejados no senso comum ou projetados hipotética e historicamente no âmbito social, nada têm a ver com a constituição do injusto e com a lesão de bem jurídico”. TAVARES, op. cit., p. 147.

inerente ao próprio fato típico, que deve ser interpretada em um sentido necessariamente estrito, vedando-se, desse modo, dilações punitivas indiretas. Há que se argumentar ainda que, a partir da nova concepção do princípio da transcendência mínima, segundo a qual não apenas é defeso que a pena passe *da* pessoa do criminoso, mas também *à* pessoa do criminoso, quaisquer efeitos externamente postados frente ao resultado típico não possuem o condão de autorizar a intensificação penal.

Para que estejam conformes à nova realidade constitucional, estabelecida pela Carta de 1988, os critérios de aplicação da pena privativa de liberdade, notadamente aqueles relativos às consequências do crime, necessitam de uma correção racional. Nesse esforço, faz-se mister a invocação da diferença formulada por Klaus Günther entre justificação imparcial e aplicação imparcial de uma norma. Para ele, enquanto a justificação imparcial requer um procedimento pelo qual todos os interesses envolvidos sejam levados em consideração, a aplicação imparcial requer um procedimento pelo qual todas as características de uma situação sejam consideradas<sup>529</sup>.

Aportando essa construção dogmática à problemática da pena, é possível constatar, inicialmente, que a imparcialidade da justificação punitiva demanda que os interesses de todos os pólos envolvidos sejam levados em consideração. Nessa perspectiva, uma vez também apreciados os interesses do apenado, restariam de pronto afastados os desígnios retributivo e preventivo da pena, permanecendo em seu lugar as pretensões de que o dano sofrido pela injunção penal não seja irracional e de que lhe sejam assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

De outra parte, considerados os interesses sociais racionais e diante da impossibilidade de retorno ao “*status quo ante delictum*”, restaria por um lado o anseio de que o evento penal (*input*) e seus desdobramentos (consequências do crime) não produzam mais danos que os já experimentados, seja pela coletividade<sup>530</sup> (ex. custos processuais ou penitenciários desnecessários, elevados custos sociais, etc.), seja pela vítima (ex.: reiteradas convocações para audiências ou reconstituições, vendo-se impedida pelo próprio Estado de superar e

<sup>529</sup> GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica*. In Cadernos de Filosofia Alemã, n. 6. São Paulo: USP, 2000, p.85-102.

<sup>530</sup> Montesquieu, nesse sentido, já defendia que “*é essencial que as penas estejam relacionadas em harmonia umas com as outras, porque, do mesmo modo, é essencial que se evite antes um grande crime do que um menor; aquilo que prejudica mais a sociedade, antes do que aquilo que a prejudica menos*”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis. Texto integral*. São Paulo: ed. Martin Claret, 2003, p. 103.



esquecer o episódio). Por outro lado, restaria a cautela de que a resposta penal (*output*) não produza mais danos ao autor do delito que os permitidos pela lei e pela Constituição.

Enfim, um novo sistema interpretativo de compreensão da atividade judicial de aplicação penal sob um viés estritamente crítico tem, a esse respeito, o escopo de redimensionar a equação dano-pena, demonstrando que a sanção não deve ser tão-somente proporcional aos danos causados pelo fato delitivo (caso reconhecida a legitimidade deste critério), mas, sobretudo, proporcional aos danos que poderão ser evitados ou minorados ao apenado<sup>531</sup> com a esmoreta aplicação da pena privativa de liberdade.

Em outros termos, é necessário enxergar de forma bastante clara que o crime gera consequências também para a vida do apenado, razão pela qual deve a pena levar em conta os efeitos que dela são esperados para a vida futura do apenado<sup>532</sup>, assemelhando-se, grosso modo, ao que dispõe o § 46, 2, do Código Penal alemão, todavia não em um sentido preventivo-especial, porém levando-se em conta o fato de que, quanto maior o tempo de encarceramento imposto, mais o aplicador se afasta de seu dever jurídico-constitucional de redução da afetação do indivíduo. Por conseguinte, maiores serão os danos impostos ao sentenciado e à sua família (aflição, estigmatização, desagregação e desamparo familiar e reforço da seletividade do sistema penal). Essa a necessária mudança paradigmática para a construção de um sistema mais racional de aplicação de pena.

#### 4.3.2.8. Comportamento da vítima.

O comportamento da vítima em diversos casos influi na prática delitiva, merecendo, por conseguinte, não apenas a devida apreciação dogmática, como judicial. Em determinadas hipóteses possui o condão de afastar a responsabilização criminal do agente, atuando como eximente da tipicidade, seja pelo acordo, caracterizador de um elemento normativo de recorte capaz de eliminar a tipicidade sistemática (por exemplo, a concordância quanto ao ingresso em sua residência), seja pelo consentimento excludente da lesividade necessária à tipicidade

---

<sup>531</sup> Quanto à valoração em relação ao futuro da pessoa do condenado, salienta Ferrajoli que a única consideração convergente com o princípio equitativo da indulgência é a de que “quanto maior seja a pena, tanto mais se consolidará a exclusão do condenado da sociedade e se reforçará sua identidade desviada.”, FERRAJOLI, op. cit., p. 326.

<sup>532</sup> Tal fundamento autoriza, por exemplo, a necessária imposição de uma pena mais branda aos apenados enfermos e idosos (mesmo aqueles que contem com menos de 70 anos na data da sentença, que, em tese, não são beneficiados com a atenuante do art. 65, I, do CP), na medida em que a reprimenda terá uma significação muito mais profunda para a vida futura destes.

conglobante (tal como se verifica na aquiescência de ações lesivas ou perigosas por parte do ofendido, excludentes da lesividade). Em outros casos, a conduta do ofendido será objeto de análise em sede de determinação judicial da pena.

Uma vez afirmada a responsabilização penal, o comportamento da vítima passa a configurar circunstância judicial afeta à esfera da mensuração penal<sup>533</sup>. Todavia, Inspirada por vertentes vitimológicas, muitas delas estritamente vindicativas, a predominante interpretação dessa circunstância tem se revelado valiosa ferramenta de implementação de uma política criminal marcada pela seletividade, repressividade e discriminação<sup>534</sup>.

Quando não inebriados por furores paladinos, os aplicadores usualmente encontram extraordinária dificuldade de cindir elementos caracterizadores do próprio fato típico, daqueles capazes de inferir circunstancialmente a gradação da pena-base. Tipo e pena se fundem, em um nebuloso juízo. Não é incomum verificar-se a exasperação da pena-base acima do mínimo legal justificada em razão do reconhecimento desfavorável da circunstância judicial do comportamento da vítima, em delitos cujo desempenho desta faz-se absolutamente indispensável para o próprio delineamento típico (extorsão, estelionato, roubo circunstanciado pela restrição da liberdade da vítima)<sup>535</sup>. Tal circunstância judicial merece, portanto, novo olhar crítico.

<sup>533</sup> Em regra, parte da doutrina constrói a extensão do comportamento da vítima da seguinte forma: Luiz Regis Prado afirma que o comportamento da vítima “*poderá aumentar ou diminuir a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, uma vez que muitas vezes a vítima contribui decisivamente para a prática do delito*”. REGIS PRADO, op. cit. p. 244. Alberto Silva Franco, por sua vez, salienta: “*Uma posição maniqueísta que coloque em linha de colisão o delinquente culpável e a vítima inocente não é mais admissível. Não há dúvida de que é inafastável, para um decreto condenatório, a idéia de que o delinquente atuou culpavelmente. Mas não se pode afirmar, com o mesmo nível de certeza, que a vítima é inocente. Ao contrário, em inúmeros fatos delituosos, a vítima, com sua conduta, contribuiu, eficientemente, para o comportamento criminoso. Não se trata de reprová-lo o comportamento da vítima, mas de considerar que seus atos funcionaram como um estímulo à prática do delito, o que diminui a reprovabilidade da conduta do agente*”. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.), op. cit. p. 347. Celso Delmanto assevera que “*o comportamento do ofendido deve ser apreciado de modo amplo no contexto da censurabilidade da conduta do agente, não só a diminuindo, mas também aumentando-a, eventualmente*”. DELMANTO, Celso et. al. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 111. Já José Antônio Paganella Boschi assevera: “*O comportamento da vítima, desse modo, quando analisado, não pode ser separado do momento em que o juiz apreciará a própria culpabilidade, pois ao instigar, provocar ou desafiar o agente, a vítima, direta ou indiretamente, intencionalmente ou não, termina por enfraquecer a determinação do agente em manter-se obediente ao ordenamento jurídico*”. PAGANELLA BOSCHI, op. cit. p. 216.

<sup>534</sup> Ana Paula Bastos de Pinho salienta, nesse sentido, que “*a relação que se estabelece a partir do Direito Penal não é entre o Estado-assistência e a vítima, mas entre o Estado-penitência e o autor da conduta proibida. A primeira relação integra, também e primordialmente, as obrigações positivas (sociais-fazer) do Estado; a segunda, unicamente, as obrigações negativas (liberais – deixar de fazer): de um lado, o poder oficial de castigar; de outro, o direito da pessoa imputada de ver respeitadas sua integridade física, sua liberdade, etc. nesse choque, seguramente o infrator é a parte mais fraca*”. PINHO, op. cit., p. 81.

<sup>535</sup> Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 130.704/MT. Quinta Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do Julgamento: 01 de dezembro de 2009.

O primeiro passo de um novo prisma consiste na definição do próprio papel da vítima no conflito penal. Segundo uma visão normativa de cunho objetivo, considerar individualmente a vítima significa deixar que a mesma conduza a história do conflito penal concreto, prejudicando a correta avaliação judicial desta circunstância<sup>536</sup>. Essa, porém, não é a saída mais tendente à redução de danos penais.

Em seu lugar, deve-se ter como norte a apreciação das impressões e tendências subjetivas da vítima sobre o caso, desde que estas sejam contributivas para o debate acerca do conflito penal e para as possíveis soluções conciliatórias ou restaurativas, as quais, ainda que não conduzam a uma solução não penalizadora, ao menos atuem como instrumentos de redução de danos tanto à vítima quanto ao acusado.

O segundo estágio de um novo olhar consiste na redefinição da responsabilidade da vítima pela ocorrência do fato delitivo. Uma alternativa redutora é trazida por um movimento alemão, denominado vítima-dogmática (*Viktimo-Dogmatik*), que vincula a extensão da responsabilidade da vítima à habilidade desta para proteger seus interesses, estabelecendo critérios para se determinar quando a vítima teria ou não a obrigação de defender seus interesses ou valores<sup>537</sup>.

Segundo esta dogmática, muito embora a simples possibilidade fática de evitar a vitimização (ex. deixar a vítima de comprar um automóvel caro) não possa justificar a atribuição de responsabilidade pelo fato criminoso à vítima - uma vez que tal entendimento poderia constranger de forma desmesurada as próprias preferências vitais da vítima - por outro lado deve ser analisado se a vítima seguiu determinados padrões sociais comuns de vigilância sobre certos interesses ou valores<sup>538</sup>.

Em outras palavras, para que a vítima se exima da co-responsabilização pelo fato delitivo, é necessário que seu comportamento se enquadre no tipo de condutas razoavelmente esperadas para a proteção do interesse em jogo. Fixando-se parâmetros claros quanto às obrigações da vítima, seria possível estabelecer mais claramente em que casos soaria adequado atribuir àquela uma parcela de responsabilidade pelo fato delitivo.

---

<sup>536</sup> Por todos, HÖRNLE, op. cit., p. 113. Nesse trecho, a autora assevera: “*Obviamente, la víctima individual podrá intentar jugar su propio papel en la historia del conflicto. Así las cosas, solo un punto de vista objetivo podrá permitirnos reducir el culpabilidad del delincuente en luz del comportamiento pré-delictual de víctima*”.

<sup>537</sup> Cf. HÖRNLE, op. cit., p. 115.

<sup>538</sup> HÖRNLE, op. cit., p. 116.

Exemplificando uma conduta razoavelmente esperada, Tatjana Hörnle afirma:

*Por ejemplo, es común cerrar la puerta cuando se sale de casa. Los individuos pueden razonablemente esperar a cerrar sus puertas porque la acción requiere poco esfuerzo y poco tiempo. Tal obligación, por lo tanto, no restringe excesivamente la libertad de la víctima. Así, una puerta abierta de apartamento que facilita una decisión del delincuente para robar la propiedad puede funcionar como una circunstancia mitigante, porque la víctima olvido su obligación de proteger sus propios intereses. Por contraste, alguien que prefiere dormir con las ventanas abiertas, y por eso facilita un robo, puede plausiblemente clamar un legítimo interés en tener aire fresco, y así evitar culpa parcial<sup>539</sup>.*

Atribuir uma culpabilidade da vítima pelo fato delitivo não significa, contudo, reprovar seu comportamento. Da mesma forma que o sentenciado deve estar imune a juízos de reprovação de cunho moral ou ético, por respeito à sua dignidade, também o deve estar a vítima que de alguma forma contribui para a ocorrência delitiva. Logo, sobre ela não deve pender um juízo de reprovação, de cunho ético, mas um juízo objetivo de responsabilidade, com o único efeito de reduzir a resposta penal ao autor da infração penal.

Fernando Galvão ilustra essa assertiva:

Todos os indivíduos são livres para desenvolver suas potencialidades, bem como para fazer, nos limites da lei, qualquer uso de seus bens patrimoniais. Juridicamente, não se pode reprovar a conduta do proprietário que deixa a porta de sua casa aberta. No entanto, quando o comportamento da vítima resultar em especial fator de estímulo à prática delitiva, o julgador deve considerá-lo para minorar a resposta penal ao autor do fato punível<sup>540</sup>.

A expressa referência ao comportamento da vítima pela reforma penal de 1984 se deu em virtude deste ser considerado um “*fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa*”<sup>541</sup>. A partir desta constatação do legislador, é possível afiançar que, por exercer influência na determinação delitiva por parte do agente, o comportamento da vítima atrela-se efetivamente à própria culpabilidade daquele, a qual, por possuir na

<sup>539</sup> Idem, p. 116-117. A autora também narra interessante questionamento formulado por Michael Moore na Conferência de Buffalo sobre vítimas: “*Michael Moore preguntó si, y sobre qué terrenos, la condena debería ser reducida cuando el robo no fue facilitado por un error de la víctima sino por la conducta de alguien más, por ejemplo, la puerta dejada abierta por un ladrón previo. En este caso, uno podría reducir la atribución de responsabilidad al segundo ladrón y parcialmente culpar al primer ladrón por permitir que otra gente entre al departamento. Pero aún si circunstancias mas allá de la acción humana (como un terremoto) resultan en una puerta de apartamento abierta, la razón para atenuar la condena del ladrón seguiría siendo la disminuida responsabilidad, pero las circunstancias mitigantes serían atribuidas no a alguien, sino a algo más: pero si ese algo más es una persona, uno tiene que estar más atento a las parciales atribuciones porque para las personas, el juicio de responsabilidad tiene un significado social*”. op. cit., p. 117.

<sup>540</sup> GALVÃO, Fernando. *Aplicação da Pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 157.

<sup>541</sup> BRASIL. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, item 50.

conformação do crime seu alcance máximo (culpabilidade plena), deve operar na fixação da reprimenda de maneira atenuante, simplesmente.

Do mesmo modo, e verificando-se que numa perspectiva redutora da pena o mínimo legal cominado para determinada espécie delitiva não representa um limite, mas simplesmente o início do processo de determinação da pena privativa de liberdade, mostra-se perfeitamente viável que a conduta da vítima – inclusive por se vincular estritamente à culpabilidade do agente - possa ensejar o estabelecimento da pena aquém do mínimo legal, já que a própria dimensão delitual assume menor vigor.

Enfim, uma nova visão quanto ao papel do ofendido deve tender para a consideração das particularidades do ser e atuar da vítima, quando estas circunstâncias se revelem tendentes à diminuição da culpabilidade do acusado. Em nome dos princípios da culpabilidade e da transcendência mínima, jamais uma condição subjetiva da vítima ou um determinado atuar seu podem ser utilizados de forma gravosa ao réu.

Logo, exatamente em sentido contrário e em nome do princípio do *favor rei*, cabe ao juízo sopesar a circunstância judicial do comportamento da vítima de modo a atribuir-lhe máxima efetividade redutora da pena.

Como consequência, nas hipóteses em que essa circunstância - típica do art. 59 do CP - ensejar uma redução na exigibilidade de conduta diversa do agente (ex. desafio da vítima ao agente), deve o juízo selecionar aquela que mais amenize o dano penal ao sentenciado, seja para considerá-la na determinação da pena-base, seja para configurar a atenuante legal da influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, III, “c”, do CP). Ou ainda, caso o ato provocativo da vítima seja de pequena intensidade, não gerando uma violenta emoção no agente, pode-se optar pela subsidiária aplicação da atenuante genérica do art. 66 do CP. Frise-se que deve ser priorizado o reconhecimento da atenuante específica ou genérica, quando tal escolha importar na redução da pena abaixo do mínimo legal.

Outra decorrência da atribuição de máxima efetividade redutora à circunstância judicial do comportamento da vítima consiste na ampliação temporal de sua incidência, de modo que não apenas a conduta do ofendido antes ou durante o evento delitivo seja considerada, mas também seu comportamento pós-delitual, extensível até o trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória. Assim, deve o Judiciário empreender, durante todo o processo

(inclusive nas ações penais públicas incondicionadas), um olhar atento à vítima do delito, não suprimindo - como usualmente o faz<sup>542</sup> -, porém trazendo essa personagem à discussão da conflitividade social acionada a partir do evento delitivo.

Incluir a vítima no debate significa, em primeiro lugar, reconhecer a sua condição de pessoa, dotada de autonomia e consciência, deixando de usá-la para o alcance de metas punitivas estatais próprias, transcendentais ao real conflito social e à própria lesividade. Significa ainda perquirir a real contribuição do ofendido, não a tendo tão-somente como objeto teórico-analítico do delito (através da apreciação do acordo ou consentimento), mas também a verificando para a concreta aplicação da pena.

Tal inclusão tem, enfim, o condão de abastecer a decisão judicial com dados da realidade social, restando juízos pautados unicamente em considerações projetadas para o atendimento de abstratas finalidades político-criminais da pena privativa de liberdade. Caso contrário, recair-se-á mais uma vez na situação em que

[...] o conflito social – e cada delito é um conflito social – perde-se (como, por definição, já está perdida uma ‘parcela’ do conflito, com a supressão da vítima como protagonista) em uma pauta decisória, apta apenas a trabalhar com abstrações dedutivamente encadeadas às necessidades da função legitimante (ou justificante) do sistema penal<sup>543</sup>.

Nesse contexto, se por um lado o desejo vindicativo da vítima não pode ensejar o incremento da pena - sob pena de restabelecimento da vingança privada e de ultrapassagem da própria culpabilidade inerente ao fato -, por outro, sua vontade indulgente, o mero desinteresse punitivo, ou ainda, o próprio reconhecimento do ofendido no sentido do arrefecimento da conflitividade social são fatores de extrema relevância para a determinação da medida da pena privativa de liberdade, funcionando assim, em qualquer instante processual, como concretas circunstâncias de minoração penal.

Tal proceder se justifica juridicamente quando se percebe que a norma contida no artigo 59 do CP em nenhum momento faz restrições de ordem temporal à incidência mitigadora das

<sup>542</sup> Acertada, nesse sentido, a crítica de Zaffaroni: “[...] o modelo penal, tal como enfatizado pelo abolicionismo e outras críticas, deixa de ser um modelo de solução de conflitos, por supressão de uma das partes do conflito sempre que a vítima desapareça em razão da apropriação do conflito pelo soberano ou pelo Estado. Este fato explica a incrível multiplicação de teorias da pena (e conseqüentes teorias do direito penal), a errante peregrinação filosófica do saber penal e, quase até, sua avidez ideológica”. ZAFFARONI, op. cit., p. 203.

<sup>543</sup> Idem, p. 183.

circunstâncias ali descritas, sendo assim perfeitamente possível o reconhecimento *favor rei* destas até que se ultime o processo criminal.

Acentua-se, por fim, que a superação de juízos retributivos ou confusamente preventivos é de fundamental importância para a elaboração de um novel sistema de compreensão da atividade judicial de aplicação da pena, capaz de efetivamente fomentar a mínima intervenção do poder punitivo.

#### **4.4. Tendência Exasperadora da pena (agravantes, qualificadoras e causas de aumento).**

Analisando-se globalmente o processo de determinação da pena privativa de liberdade, é possível dividi-lo em basicamente dois movimentos: o primeiro deles tendente à exasperação da reprimenda, representado pela incidência das circunstâncias agravantes, qualificadoras e causas de aumento de pena. O segundo movimento, por sua vez, tende a mitigar os efeitos da injunção penal, a partir do acionamento das circunstâncias atenuantes e causas de diminuição de pena. Acrescenta-se neste segundo movimento as disposições relativas à participação de agentes, tentativa, concurso de crimes, crime continuado, unificação e limite de penas, em decorrência do entendimento, em outro momento já esposado, de que a aplicação e interpretação deste devem se dar exclusivamente no sentido da minoração da afetação individual.

A fim de deixar bem clara a existência dos dois grandes vetores na aplicação da pena, bem como para simplificar sua compreensão, denomina-se o primeiro deles “*tendência exasperadora*” e o segundo “*tendência mitigadora*”<sup>544</sup>.

A nova dimensão do discurso acerca da tendência exasperadora da pena (aplicação das circunstâncias agravantes, qualificadoras e causas de aumento) tem como desafio coaduná-la com as basilares exigências dos princípios constitucionais da humanidade, necessidade, proporcionalidade e da presunção de não culpabilidade, expressões máximas da nova perspectiva da pena, que conferem à Carta-maior força normativa redutora dos danos da pena.

---

<sup>544</sup> Tal nomenclatura baseia-se na professada por Nilo Batista, em suas anotações de classe.

O primeiro dos efeitos da adequação hermenêutica das agravantes a uma perspectiva constitucional mitigadora consiste na refutação da incidência de circunstâncias legais agravantes em crimes culposos. Nesse prisma, somente crimes dolosos<sup>545</sup> devem ser objeto de incremento penal por incidência de uma circunstância agravante legal.

Tal conclusão se constrói a partir da percepção de que a intencionalidade é elemento indissociável das agravantes, sendo incompatível com a própria culpabilidade que o crime culposos, seja circunstancialmente agravado por dados fáticos que pressupõem consciência e vontade. De fato, a imposição de agravantes em delitos culposos leva à desconsideração dos fins lícitos pretendidos pelo agente no início da empreitada, imputando-lhe resultados (circunstâncias) mais gravosos sem que o agente os conheça e os aceite, mas apenas em virtude de um juízo de reprovação ética sobre a violação de um dever de cuidado, postura esta não mais condizente com as exigências penais em um Estado de Direito.

A intensificação de sanções em crimes culposos também significa, em última análise, insistir na atribuição de graus à culpa do agente, não mais expressamente e pela via judicial determinativa<sup>546</sup>, porém de maneira transversa e velada, buscando legitimação somente pelo fato de ser estabelecida em sede legal. Em uma perspectiva redutora, o fim da possibilidade de mensuração judicial do grau de culpa do agente representa também o fim da possibilidade de quantificação legal do grau de culpa do agente.

Como segunda implicação de uma interpretação redutora quanto às agravantes, tem-se por obrigatório que estas ingressem na esfera de conhecimento do agente, sendo por ele voluntariamente aceitas. Trata-se da consolidação do princípio da culpabilidade, mediante o cumprimento das exigências manifestadas no próprio art. 30 do CP, atuando como medida de oposição à responsabilização penal objetiva.

Outro efeito do ajustamento constitucional das agravantes consiste na deslegitimação da prática judicial de tornar o aumento decorrente de agravante legal genérica mais gravoso que o limite de causa especial de aumento de pena correspondente ao mesmo delito<sup>547</sup>.

---

<sup>545</sup> Seguindo esta orientação, SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, op. cit., p. 265.

<sup>546</sup> Art. 42 do Código Penal de 1940.

<sup>547</sup> Na esteira desse entendimento, observa Maurício Kuehne que não é razoável que o aumento decorrente de agravante legal genérica do crime de homicídio simples exceda ao limite de causa de aumento de pena do concurso formal do referido delito. KUEHNE, Maurício. A aplicação da pena: circunstâncias legais. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.6, p. 02, jul. 1993.



A proporcionalidade é aqui empregada com o intuito de refrear juízos carentes de razoabilidade, que porventura estabeleçam maior importância às agravantes legais genéricas, quando na verdade estas não superam ontologicamente a magnitude e a particularidade de uma causa especial de aumento de pena.

Uma nova concepção quanto às agravantes também aponta no sentido de que as circunstâncias agravantes devem ser somente especiais – necessariamente vinculadas a cada crime -, não gerais. Isto se dá uma vez que as agravantes gerais favorecem a maximização de danos, por ampliarem as possibilidades de recurso do juiz a instrumentos de intensificação penal (dor), estimulando a individualização da pena em prejuízo do réu.

Nessa perspectiva, a estrita legalidade deveria ser conduzida ao mais elevado grau de aplicabilidade, permitindo a agravação da pena privativa de liberdade unicamente diante de expressa e específica vinculação legislativa ao crime em espécie. Assim, cada delito tipificado (ou grupo de delitos) contaria com um rol próprio e taxativo de agravantes<sup>548</sup>, o mesmo não se verificando quanto às atenuantes, que sistematicamente devem ser mantidas na parte geral, a fim de que possam ser aplicadas indistintamente a todos os crimes. Essa medida tolheria a criatividade judicial contrária ao acusado, abrindo espaço para seu emprego exclusivamente constitucional-mitigador.

Não se descarta, aqui, da menor praticidade deste entendimento, uma vez que obrigaria a reprodução de agravantes em diversos tipos (ou grupamentos) penais incriminadores. No entanto, o abandono da praticidade se daria em favor da segurança jurídica e da contenção de danos, escopos maiores e coadunados com o novo desiderato constitucional.

Outro caminho humanizante consiste na sustentação da impossibilidade de reconhecimento das agravantes de ofício pelo juiz. De fato, a atividade desempenhada pela acusação exaure-se em seu próprio conteúdo e representa um limite à valoração do magistrado aplicador, limite este inexpugnável sob pena de inovação prejudicial por parte do magistrado. Este deve quedar-se inerte e equidistante às partes, cingindo sua valoração à pretensão apresentada em juízo pela acusação. Caso contrário, estará praticando evidente violação do devido processo legal e do próprio axioma constitucional acusatório.

---

<sup>548</sup> Grosso modo, consistiria na criação de uma “parte especial” para as agravantes penais.

Em um sistema que prima pela humanização, também se faz imprescindível perseverar, sem os pudores da redundância, pela desautorização do incremento da pena em razão da “circunstância”<sup>549</sup> da reincidência estimulada pelos próprios efeitos estigmatizantes e criminógenos da reprimenda anterior, tendo em vista que “*nenhum dos argumentos que procuram fundamentar o instituto da reincidência consegue esconder sua irracionalidade, seu comprometimento com o autoritarismo, sua incompatibilidade com princípios inerentes a um Estado de Direito*”<sup>550</sup>.

Antônio Joaquim Macedo Soares, já no final do Século XIX questionava a majoração pela reincidência, antevedendo todos os efeitos deletérios que o instituto produziria desde então<sup>551</sup>. Baseado no ideário positivista prosaicamente presente em nossos tribunais, o dogma da agravação pela reincidência possui caráter eminentemente neutralizador do indivíduo e defensivo social, que transcende o sistema penal e propõe a eliminação de toda e qualquer ameaça à ordem jurídica, erigida como instrumento de manutenção das estruturas sociais seletivas e estigmatizantes<sup>552</sup>.

Tal movimento, sustenta a doutrina moderna, tem por objeto não propriamente o delito, considerado como conceito jurídico, mas o homem delinquente, considerado como um indivíduo diferente e, como tal, clinicamente observável. Como função específica deste modelo, poder-se-ia identificar a busca pela individualização das causas da diversidade do indivíduo, a fim de se combater os fatores que determinam o comportamento criminoso, com uma série de práticas que tendem, sobretudo, a modificar o delinquente<sup>553</sup>.

Nesse contexto, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, após ressaltarem que a maior censura penal da reincidência na Reforma Penal de 1984 adveio da abolição do sistema do duplo binário, que deixava de majorar a pena exatamente em função da obrigatoriedade da

---

<sup>549</sup> “A inclusão da reincidência entre as circunstâncias que agravam a pena aplicável já se contradiz com a própria essência da categoria em que se inclui: não dizendo respeito ao fato examinado, não pode a reiteração delitiva ser entendida como uma circunstância, que significa uma particularidade, um acidente, a acompanhar determinado fato ou situação”. KARAM, op. cit., p. 125.

<sup>550</sup> Idem.

<sup>551</sup> MACEDO SOARES. Antônio Joaquim. A Reincidência perante o novo Código Penal. *Revista o Direito*, n. 55/530, p. 529-532, 1891.

<sup>552</sup> Reconhece Aramis Nassif que em seu entendimento anterior, acreditava na aplicabilidade fisiológica da pena, ou seja, que a pena tem função, e que esta realização deve ser buscada. Assim poderia concluir que, se não aprendeu com o castigo, da recidiva resultará exasperação da pena. Após profunda meditação, o ilustre Desembargador chegou à desconfortável constatação de que “*se aplica para a mesma doença o remédio que não curou. Pior, o remédio será sempre o mesmo, até que o paciente morra de seu próprio consumo*”. NASSIF, Aramis. *Reincidência: Necessidade de um novo Paradigma*. In: *Direito Penal e Processual Penal. Uma Abordagem Crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p.198.

<sup>553</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, 3ªed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002, p.29.

imposição de medida de segurança como sanção complementar, executada após o cumprimento da pena principal e fundamentada na periculosidade<sup>554</sup> (presumida ou averiguada) do “delinquente”, concluem asseverando que *“a natureza do instituto e a argumentação da maior penalização é fundada em tipos criminológicos de autor e em teorias dogmáticas enamoradas pelas noções de periculosidade social e/ou patologia individual.”*<sup>555</sup>

Há de fato uma incompatibilidade absoluta entre os efeitos dessocializantes gerados a partir da experiência privativa de liberdade e a atribuição da pena justamente em nome da necessidade de prevenção da reincidência criminal. Nesta perspectiva, o agravamento da segunda reprimenda em função da reincidência retroalimenta os efeitos criminógenos da primeira, renovando intermitentemente a seletividade do poder punitivo.

Partindo-se do pressuposto de que o próprio legislador reconhece o poder criminógeno do encarceramento, ao asseverar que *“uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere”*<sup>556</sup>, é possível perceber, na esteira de Juarez Cirino dos Santos, que o projeto *técnico-corretivo* da prisão falhou peremptoriamente<sup>557</sup>. Correta, assim, a constatação de que *“se a prevenção especial positiva de correção do condenado é ineficaz, e se a prevenção especial negativa de neutralização do condenado funciona, realmente, como prisionalização deformadora da personalidade do condenado, então a reincidência real não pode constituir circunstância agravante”*<sup>558</sup>.

Sob o prisma constitucional, o incremento penal pela reincidência também se revela incompatível com os princípios constitucionais do *ne bis in idem* (em virtude da intangibilidade da coisa julgada), Lesividade, Proporcionalidade, Igualdade, Individualização da Pena e Secularização, impedindo o magistrado de bem cumprir seu dever jurídico-

<sup>554</sup> Exatamente nesse sentido dispõe a exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, de 1984: *“com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade”*. BRASIL. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, item 59.

<sup>555</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, op. cit., p.63-64.

<sup>556</sup> BRASIL. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, item 26.

<sup>557</sup> CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 580.

<sup>558</sup> Idem.

constitucional de limitação dos danos ao indivíduo, em prol do respeito à dignidade da pessoa humana e, mediatemente, ao próprio Estado Democrático de Direito.

A violação ao princípio do *ne bis in idem* se verifica a partir da constatação de que a punição anterior projeta suas sequelas para a nova pena, em vez de encerrá-las em si, fulminando a garantia fundamental que assegura a intangibilidade da coisa julgada frente à lei<sup>559</sup>. Tal sustentação é encampada por Cândido Furtado Maia Neto, ao asseverar:

O instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do direito penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um plus para a condenação anterior já transitada em julgado. Quando o juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o quantum da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime.<sup>560</sup>

Encontra-se igualmente vulnerado o Princípio da Lesividade, extraído do comando constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB), e que demanda, em linhas gerais, a concretização exterior de uma conduta criminosa apta a lesionar ou ameaçar concretamente interesses ou valores alheios.

Isto se dá uma vez que o incremento penal e a obstrução de direitos pela recidiva se alicerçam não sobre uma ação concreta capaz de autorizar o tratamento mais gravoso, porém sobre o status pessoal “reincidente”, atribuído pelo ordenamento penal<sup>561</sup>. Pretere-se, com

<sup>559</sup> O instituto da reincidência, nesse aspecto, confronta-se com a norma prevista no art. 14, parágrafo 7, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, segundo a qual “ninguém poderá ser novamente processado ou punido por um delito pelo qual já foi definitivamente condenado ou absolvido, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país”.

<sup>560</sup> MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos Humanos do Preso*. São Paulo, Saraiva, 1999, p.147. Maria Lúcia Karam também segue este entendimento: “A vedação de múltipla punição e múltipla persecução penal é decorrência natural da intangibilidade da coisa julgada material, em seu aspecto garantidor, garantia que se vincula à segurança jurídica. Adquirida a autoridade de coisa julgada em sentido material pela sentença condenatória anterior (a imutabilidade do que foi decidido), o conflito surgido com a prática do crime lá reconhecido foi definitivamente solucionado, não podendo ser renovado, ou projetar conseqüências em uma outra demanda, como nitidamente ocorre quando se utiliza aquele mesmo conflito, solucionado com a satisfação da pretensão punitiva do Estado através da pena então imposta, para dele extrair a razão do quantum maior da nova pena, da forma mais rigorosa para seu cumprimento, ou de qualquer outra restrição ou agravamento da posição do réu, no novo processo”. KARAM, op. cit. p. 47. Semelhante posição é ainda adotada por Alberto Silva Franco: “[...] mostra-se, hoje, bastante duvidosa, em sua constitucionalidade, a agravamento obrigatória da pena, em razão do agente ser reincidente. o princípio do *ne bis in idem*, que se traduz na proibição de dupla valoração fática, tem na atualidade seu apoio no princípio constitucional da legalidade. Não se compreende como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração. O fato criminoso que deu origem à primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravamento obrigatória de pena, em relação a um outro fato delitivo, a não ser que se admita, num Estado Democrático de Direito, um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma verdadeira e manifesta contradição lógica”. FRANCO, op. cit., p. 367.

<sup>561</sup> Zaffaroni e Pierangelli ensinam, nesse sentido, que a mais difundida concepção acerca da agravamento pela reincidência a justifica a partir do juízo de periculosidade do indivíduo, conceito este que não se compagina com o de pessoa. ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 717.

isso, uma ordem reguladora de condutas em nome de uma ordem reguladora de indivíduos, em frontal desrespeito à autonomia moral, ensejando ainda excessiva lesividade da pena sobre o sentenciado, na contramão do dever jurídico-constitucional de minimização da aflição penal individual, consectário da própria dignidade da pessoa humana.

A deslegitimação constitucional da reincidência advém ainda de seu desproporcional peso punitivo sobre o sentenciado, paradoxalmente muito sentido por este e pouco pelos aplicadores da pena. Conforme já salientado, uma nova perspectiva da proporcionalidade penal, vislumbrada sob a ótica do apenado, entende como proporcional a aplicação penal que cumpre sua obrigação jurídico-constitucional de arrefecimento sancionatório. A reincidência, por provocar a maximização da intensidade da afetação do indivíduo<sup>562</sup>, caminha exatamente no sentido oposto ao indicado pela Carta de 1988, mostrando-se constitucionalmente desproporcional<sup>563</sup>.

Em relação à reincidência, não se pode descurar ainda da seletiva atuação do poder punitivo, tendente à díspar repartição do “bem negativo”<sup>564</sup> da criminalidade e, por via direta, da própria pena privativa de liberdade, em desacordo com o princípio da igualdade. Receber a pecha recidiva significa, em última análise, adquirir nova identidade social, já não mais como mero autor de um crime, mas como “perigoso”.

---

<sup>562</sup> Cumpre recordar que, dentre os inúmeros efeitos deletérios, o reconhecimento da recidiva impõe regime mais gravoso de pena (art. 33 do CP), obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando específica em crime doloso (art. 44, II do CP), impede a substituição da pena privativa de liberdade por multa (art. 60, parágrafo 2º, do CP), agrava a pena privativa de liberdade (art. 61, inciso I, do CP), prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67 do CP), impede o sursis, quando específica em crime doloso (art. 77, inciso I, do CP), constitui causa de revogação do sursis, quando da prática de crime doloso (art. 81 do CP), aumenta de um terço para metade o lapso temporal de cumprimento de pena necessário ao Livramento Condicional (art. 83, inciso II, do CP), obsta o Livramento Condicional para o reincidente específico em crime hediondo ou equiparado (art. 83, inciso V, do CP), aumenta para 3/5 a fração de cumprimento de pena necessária à fruição da Progressão de Regime nos crimes hediondos ou equiparados (art. 2º da Lei 8.072/90), constitui causa de revogação do Livramento Condicional (arts. 86, inciso I e 87 do CP), revoga a Reabilitação (art. 95 do CP), aumenta de um terço o prazo de prescrição (art. 110 do CP), configura causa interruptiva da prescrição (art. 117, inciso VI do CP), impede a diminuição da pena pelo furto de coisa de pequeno valor (art. 155, parágrafo 2º, do CP), obsta a diminuição da pena nas modalidades de apropriação indébita (art. 170 do CP), impede a diminuição da pena na hipótese de pequeno valor do prejuízo oriundo de estelionato (art. 171, parágrafo 1º do CP), obstrui a prestação de fiança (art. 323, inciso III, do CPP), veda a apelação em liberdade (art. 594 do CPP), impossibilita a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), impede a concessão de perdão ao réu colaborador (art. 13 da Lei 9807/99), configura causa de aumento de pena da contravenção de porte de arma (art. 19, parágrafo 1º, da LCP – Decreto-lei nº 3.688/41), integra o tipo da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 da LCP), e aumenta de metade para dois terços o lapso temporal de cumprimento de pena necessário ao Livramento Condicional, nos crimes previstos no Código Penal Militar (art. 89, inciso I, do CPM), eleva as frações necessárias à fruição do indulto e da comutação de pena (arts. 1º e 2º do Dec. 7.420/10), entre outros.

<sup>563</sup> A desproporcionalidade também se faz patente no reconhecimento da reincidência em virtude de condenação anterior (ainda na vigência do prazo de cinco anos) à pena de multa, cuja gravidade ontológica não guarda correspondência com os profundos efeitos legalmente dispensados à recidiva. Há de se identificar ainda desproporcionalidade quando não verificado qualquer liame entre o primeiro e o segundo delito caracterizador da reincidência.

<sup>564</sup> BARATTA, op. cit., p.161.

Acertado, pois, o entendimento que aponta a reincidência como fator de distinção do criminoso em relação aos demais seres humanos, passando aquele a integrar a categoria específica dos ‘maus’, em confronto com o princípio constitucional da igualdade<sup>565</sup>.

Nessa perspectiva, é possível asseverar que o tratamento penal discriminatoriamente mais gravoso conferido pela reincidência não se dá em função da gravidade da infração ou por uma consciência mais profunda da antijuridicidade do fato, mas exclusivamente em função do estigma<sup>566</sup> consolidado pelo próprio sistema punitivo do Estado<sup>567</sup>.

O estigma nasce da primeira experiência penal e aumenta o tempo de exposição do sentenciado a uma nova experiência, ativando assim um processo contínuo e ascendente de marginalização e atomização<sup>568</sup>.

Por fim, quanto ao confronto com o imperativo da secularização, a reincidência apresenta-se como inconstitucional por se alinhar às concepções legitimantes da ingerência penal-moral sobre os indivíduos, em desarmonia com os signos da liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV), da liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI), da liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII), da livre manifestação do pensamento (art. 5º, IX), da inviolabilidade da intimidade, do respeito à vida privada (art.5º, X) e, em última análise, da própria Humanidade.

Nesse sentido, salienta Luigi Ferrajoli:

A interioridade de uma pessoa – o seu caráter, a sua moralidade, os seus antecedentes criminais, as suas inclinações psicofísicas – não deve interessar ao Direito Penal senão para deduzir o grau de culpabilidade de suas ações. Se entende que não existe espaço, em um sistema garantista assim configurado, para categorias de periculosidade nem qualquer outra tipologia subjetivista ou de autor elaborada pela criminologia antropológica e eticista, como

<sup>565</sup> BISSOLI FILHO, op. cit., p.162.

<sup>566</sup> Importante reiterar que o próprio legislador reconheceu que as implicações da condenação anterior produzem efeito estigmatizante sobre o condenado, ao dispor na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do CP que “A Lei nº 6.416, de 1977, alterou a disciplina da reincidência, limitando no tempo os efeitos da condenação anterior, a fim de não estigmatizar para sempre o condenado[...]”. BRASIL. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, item 54. Ainda sobre o tema, salienta Maria Lúcia. Karam: “A estigmatização e a culpabilização produzidas pela imposição da pena, especialmente a mais visível e simbólica pena privativa de liberdade, provocam a interiorização do papel do ‘criminoso’ e, agora, pior, do ‘inimigo’. As definições legais criminalizadoras de condutas e a rejeição social produzida pela estigmatização frequentemente determinam a percepção do eu como efetivamente desviante, assim conduzindo o indivíduo rotulado e estigmatizado a viver marginalmente, conforme essa imagem interiorizada. Da mesma forma que cria o crime no primeiro momento do processo de criminalização, ao assim qualificar determinadas situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, o sistema penal cria o ‘criminoso’, nesse outro momento daquele processo, com a interiorização do etiquetamento legal e social por aquele que é condenado[...]” KARAM, op. cit., p. 24.

<sup>567</sup> Cf. MAIER, Julio Bernardo. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, 2ª ed., vol. I, Buenos Aires, Del Puerto Ed., 1996, p.644.

<sup>568</sup> Nesse sentido, BARATTA, op. cit., p.167.

capacidade criminal, reincidência, tendências criminosas, imoralidade, infidelidade e similares.<sup>569</sup>

Enfim, por todas as infrações ao conteúdo teleológico mitigador da Constituição, resta o agravamento pela recidiva incongruente com o novo paradigma constitucional calcado na preeminência da dignidade da pessoa humana<sup>570</sup>.

Afastada a legitimidade constitucional da reincidência, cumpre-nos analisar as demais circunstâncias agravantes. Nesse contexto, há que se distingui-las em circunstâncias relacionadas à própria dimensão do injusto penal e aquelas oriundas de um juízo de culpabilidade do agente.

As circunstâncias agravantes relativas à dimensão do injusto penal são dados objetivos e empiricamente perceptíveis pelo magistrado, sem a necessidade do apelo a digressões subjetivas ou morais. Incumbir-se-á o magistrado de decidir acerca de sua pertinência ou não no caso concreto, sem a formulação de juízos que não sejam estritamente jurídicos. Em uma nova perspectiva da aplicação da pena privativa de liberdade, são as únicas racionalmente aceitáveis.

São agravantes relativas à dimensão do injusto penal quando o agente comete o crime para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (art. 61, III, b, do CP), à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (art. 61, III, c, do CP), com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum (art. 61, III, d, do CP); contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (art. 61, III, e, do CP), com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica (art. 61, III, f, do CP), com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (art. 61, III, g, do CP), contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, III, h, do CP), quando o ofendido estava sob a imediata

---

<sup>569</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 505.

<sup>570</sup> Esse entendimento é corroborado por Maria Lúcia Karam, ao asseverar que a “negação da dignidade do indivíduo, evidentemente incompatível com o modelo do Estado de direito democrático, se faz claramente presente em todos os dispositivos legais que extraem da reincidência efeitos negativos, a repercutirem na agravação da pena, na forma de sua execução, ou em restrições a quaisquer direitos assegurados a quem não esteja etiquetado como reincidente”. KARAM, op. cit., p. 44.

proteção da autoridade (art. 61, III, i, do CP) e em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido (art. 61, III, j, do CP), bem como as agravantes no caso de concurso de pessoas (art. 62 do CP)<sup>571</sup>.

De outro lado, figuram as circunstâncias agravantes oriundas de um juízo de culpabilidade do agente - motivo fútil ou torpe (art. 61, III, a, do CP) e estado de embriaguez preordenada (art. 61, III, l, do CP) Ambas as circunstâncias carecem de legitimidade democrática em uma perspectiva humanizante.

A primeira delas - motivo fútil ou torpe – denota uma estreita vinculação entre o quantum da pena e o reproche dos motivos ou atitudes internas do agente, considerações estas inerentemente subjetivas que não encontram arrimo em elementos concretos ou empiricamente factíveis e que, carentes de lesividade que são, não podem atuar em detrimento do sentenciado.

Nesse caso, o incremento penal advém da pressuposição quanto à existência de motivos moralmente frívolos ou imorais, operação lógica esta construída graças à intromissão no universo intelectual de um indivíduo até aquele momento titular de autonomia e intimidade. Considerações extraídas do ordenamento jurídico e, portanto, asseguradas pelo próprio princípio da legalidade, são então substituídas por inferências pertencentes à escala pessoal de valor do juiz, fazendo com que suas próprias pautas éticas prevaleçam sobre a segurança jurídica proporcionada pela pauta penal do fato.

Neste processo, as pautas éticas do próprio magistrado agiriam como exclusivas referências penais, sem a percepção da fluidez e variabilidade dos sentidos sob os quais a moral pode revestir-se, sem a compreensão de que a moral prevalente não é a consensual, mas a ofertada pelo segmento social dominante e, sobretudo, sem a aceitação de que não é legítimo nem democrático que um agente estatal, no uso de suas atribuições públicas, possa assenhorear-se da tarefa de modular e impor determinado sentido de moral.

De modo a afastar definitivamente a legitimidade democrática da agravante em tela, cumpre ressaltar, conforme já exposto, que os motivos são elementos pertencentes à

---

<sup>571</sup> Necessário entender que a agravante da execução do delito mediante paga ou promessa de recompensa (art. 62, IV), apesar de possuir certos traços relacionados à motivação (culpabilidade), também pode ser enquadrada na categoria de agravantes relativas à dimensão do injusto penal, uma vez que sua configuração se dá objetivamente, enredando-se no próprio fato delitivo, além de encontrar sua pauta ética no próprio ordenamento jurídico.



culpabilidade do agente, cujo limite máximo encontra-se na própria configuração do crime (culpabilidade plena). Com isso, no momento da determinação da pena, não podem atuar de outro modo senão redutoramente.

O estado de embriaguez preordenada é a segunda das circunstâncias agravantes oriundas de um juízo de culpabilidade do agente, igualmente desprovida de razoabilidade. Tal qual a primeira, por encontrar-se no âmbito de uma culpabilidade incapaz de transpor o limiar da culpabilidade plena pelo fato, esta circunstância jamais poderia empregar-se em sentido contrário ao mitigador.

Não bastasse este óbice lógico-sistemático, a própria essência da embriaguez, ainda que preordenada, desabilita seu emprego como elemento de censura penal. Nesse sentido, salienta parte da doutrina que vislumbrar a embriaguez completa como um ato de tentativa, ou a embriaguez incompleta como mecanismo de aquisição do ânimo delitivo faltante, significa extrair maior reprovação da ação de um indivíduo entorpecido do que a de um sujeito que pratica o delito com consciência e vontade incólumes<sup>572</sup>. Uma vez mais estaria o magistrado aplicador presumindo uma vontade mais censurável, por caminhos estritamente subjetivos e incertos quanto à sua efetiva contribuição para o resultado.

Outro tema que merece o devido apreço em uma nova proposta discursiva acerca da determinação da pena privativa de liberdade diz respeito ao literal comando contido no art. 61 do CP no sentido de que as circunstâncias ali descritas “*sempre*” agravam a pena. Tal comando normativo ata o magistrado de forma absoluta, subjugando o princípio constitucional da Individualização da Pena (art. 5º, XLVI).

Nesse sentido, em crítica à cogente aplicação da reincidência (que se estende às demais agravantes) Luiz Vicente Cernicchiaro sustenta que a agravante não traduz um imperativo de aumento, fundado em elementos meramente objetivos, fato este que afetaria o princípio da individualização da pena. Segundo ele, não faria sentido a cominação trazer graus mínimo e máximo, se ao juiz não fosse oportunizada uma análise específica da agravante. Assim, a agravante há de ser apreciada concretamente pelo juiz, que decidirá ser ou não causa de majoração da pena no caso em apreço<sup>573</sup>.

---

<sup>572</sup> Cf. ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 714.

<sup>573</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Questões Penais*. São Paulo: Ed. Del Rey, p.221-222.

Em nome do princípio, é imprescindível que se reconheça que uma mesma circunstância agravante pode ser necessária ou suficiente a um caso e não sê-la em outro. Neste ponto, o código realiza uma generalização não condizente com um novo paradigma constitucional humanizante.

Em relação ao quantum de incremento penal admitido por incidência de uma circunstância agravante, diante do silêncio do Código Penal deve o aplicador inicialmente ater-se a um aumento fixo para todas as espécies de agravantes, sendo inadmissível uma distinção quantitativa em relação à gravidade destas. Sendo de um sexto da pena a menor causa de aumento do Código Penal (art. 70), prevalece o entendimento doutrinário de que a agravação da pena não pode ultrapassar essa fração, uma vez que as agravantes e atenuantes são dimensionalmente inferiores às causas de aumento e diminuição de pena<sup>574</sup>.

Este entendimento merece, todavia, uma importante correção, oriunda da constatação lógica de que, uma vez fielmente seguida a premissa de que a estatura das agravantes é essencialmente inferior às causas de aumento de pena, o incremento máximo não poderia sequer atingir um sexto da pena, devendo ser necessariamente inferior<sup>575</sup>.

Quanto ao incremento mínimo da pena por incidência de uma agravante, diante do silêncio do Código Penal, compete ao Juízo aplicador a tarefa de sua mensuração. Nesse caso, conjugando-se os Princípios da Individualização da pena, da Intervenção Mínima e da Humanidade, não resta outra resposta senão a de que inexistente um incremento mínimo a ser seguido pelo Juízo. Isso porque este possui o múnus de individualizar a pena de modo humanizado e levando em consideração que não apenas a intervenção penal deve ser excepcionada, mas também que o próprio quantum de lesão da pena privativa de liberdade sobre o projeto existencial do sentenciado deve ser minimizado. Tudo isso partindo da capital premissa de que a Constituição de 1988 instituiu a obrigação jurídico-constitucional de contenção da afetação do indivíduo, cabendo a esses princípios nortear e assegurar o cumprimento dessa obrigação.

---

<sup>574</sup> Por todos, KUEHNE, Maurício. *Teoria e Prática da Aplicação da Pena*. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 168. Nesse sentido, afirma o autor: “Qual a justificativa que poderá ser encontrada para se fixar a pena, tendo em vista as agravantes, em hipótese que ultrapasse a eventual incidência de causa especial de aumento? [...] ante o exposto não é desarrazoado afirmar-se que, para o aumento decorrente de agravante legal genérica, o percentual não poderá exceder ao limite mínimo de causa de aumento (ou seja, ir até 1/6). Sob tal enfoque, ousamos dizer que, aí sim, o Juiz, ao aplicar a pena-base irá atender aos reclamos do art. 59 do Código Penal, com motivação e fundamentação adequada”.

<sup>575</sup> Também nesse sentido, CARVALHO NETO, op. cit., p. 93.

Já no que tange às causas de aumento de pena, para o atingimento de uma efetiva política criminal redutora também se faz necessária uma mudança paradigmática no sentido a elas dado pelo legislador.

O primeiro efeito da mudança de sentido interpretativo consiste no reconhecimento de que as causas de aumento de pena são de cunho facultativo do juiz, residindo a obrigatoriedade não na aplicação, mas no respeito à escala penal de aumento fixada pelo legislador, em respeito ao princípio da legalidade da pena. Este sentido confere ao juízo aplicador a possibilidade de maximizar seu dever mitigador de danos, sendo a solução hermenêutica mais apta a compatibilizar a tarefa de injunção penal com o princípio da individualização da pena.

O segundo efeito da referida transformação consiste na correção aplicativa do disposto no parágrafo único do artigo 68 do Código Penal. Segundo este dispositivo, na hipótese de haver concurso de causas especiais de aumento ou de diminuição, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. A aplicação literal de tal norma, porém, não cumpre o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo, estabelecido pela Carta de 1988, posteriormente à reforma da parte geral do código.

Em seu lugar, deve ser veiculada uma nova aplicação, em duas frentes distintas. Na hipótese de haver concurso de causas especiais de aumento, deve (não pode) o juiz limitar-se a um só aumento, prevalecendo a causa que mais aumente. Por outro lado, no concurso de causas de diminuição previstas na parte especial, não pode o juiz limitar-se a uma só diminuição. Deve ele proceder à aplicação de todas as causas existentes, sob pena de subutilizar os mecanismos penais postos à disposição do juízo, a fim de que este cumpra seu dever jurídico-constitucional de redução da intensidade de afetação do indivíduo.

Idêntico raciocínio serve às causas de aumento e diminuição de pena previstas na parte geral do Código Penal, em que o juiz tem ao mesmo tempo a obrigação de se limitar a um só aumento - prevalecendo a causa que mais aumente- e o dever de aplicar todas as causas de diminuição existentes. Cumpre enfatizar que esse dever advém da nova dimensão normativa do princípio da humanidade das penas, correspondente penal da dignidade da pessoa humana

que, por sua vez, se apresenta como fundamento do Estado Republicano e Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, III, da Constituição da República.

O terceiro dos efeitos de uma mudança interpretativa consiste no reconhecimento de que a aplicação de causas legais de aumento não pode conduzir a pena além do limite superior cominado no tipo penal. Tal limite consiste em uma barreira teleologicamente traçada pelo legislador a partir da máxima culpabilidade legalmente admitida para o agente e inexpugnável (princípio da separação das funções do Poder) pela atuação discricionária do juízo. Nesse aspecto, reeditam-se as idéias de que a atuação judicial individualizadora deve ser feita exclusivamente a favor do indivíduo e que o magistrado, agente do estado, não pode atribuir sofrimento maior ao indivíduo do que aquele legalmente tolerado. De acrescentar que a interpretação em matéria de exasperação penal deve ser eminentemente restrita e que a tarefa de mensuração da pena deve sempre adequar-se à orientação da Constituição – mitigadora, conforme já salientado.

Por fim, quanto à incidência das qualificadoras, alguns aspectos merecem destaque.

No caso da existência de duas ou mais qualificadoras, predomina o entendimento de que uma delas bastará à qualificação do delito as restantes, se previstas em lei como agravantes, poderão ser deste modo consideradas<sup>576</sup>. Outro entendimento aponta no sentido de que a segunda qualificadora deve sempre ser considerada como circunstância judicial do art. 59, uma vez que nem sempre uma qualificadora terá correspondência em uma agravante legal prevista nos arts. 61 e 62 do CP<sup>577</sup>. No entanto, atentando-se para a nova perspectiva constitucional de contenção de danos, que veda o uso das circunstâncias judiciais do art. 59 em prejuízo do réu, se as qualificadoras restantes não estiverem previstas em lei como agravantes, seu emprego não poderá ser subsidiariamente transferido para a aferição da pena-base, encontrando no princípio da estrita legalidade um obstáculo intransponível. Carecerão, assim, de aplicabilidade.

O sucesso do discurso de deslegitimação da agravação irracional da pena atrela-se necessariamente ao abandono dogmático da confortável “interpretação neutra” da Constituição Federal, do Código de Processo Penal e do Código Penal, em prol de uma

---

<sup>576</sup> Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 153.479/SP. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. Data do Julgamento: 05 de outubro de 2010.

<sup>577</sup> Por todos, JESUS, Damásio de. Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 592.

hermenêutica capaz de afastar a inércia meramente informativa dos axiomas, neles infundindo força normativa e eficácia material prospectiva, hábeis a salvaguardar direitos fundamentais.

**4.5. Tendência Mitigadora da pena (atenuantes, causas de diminuição, participação de agentes, tentativa, concurso de crimes, crime continuado, unificação e limite de penas).**

Uma nova proposta discursiva da injunção penal, com arrimo na hermenêutica constitucional, sustenta que as disposições que compõem a tendência mitigadora da pena (atenuantes, causas de diminuição, participação de agentes, tentativa, concurso de crimes, crime continuado, unificação e limite de penas), além, é claro, das circunstâncias judiciais, são valiosas fontes normativas de contenção do poder punitivo, devendo, portanto, ser analisadas de forma sistêmica no Código Penal e na Constituição Federal, de modo a permitir em sua aplicação e interpretação a máxima efetividade redutora da pena.

**4.5.1. Circunstâncias Atenuantes.**

O primeiro componente da tendência mitigadora é a circunstância atenuante da pena. Uma nova concepção parte da premissa de que as atenuantes consistem em causas de redução da própria possibilidade de apenamento (sancionabilidade) estatal, seja por uma reduzida gravidade da conduta ou do resultado, seja pela incidência de uma hipótese jurídico-constitucional de redução da pena, oriunda da afetação ao núcleo de um direito fundamental do apenado, por parte do Estado.

Tal redução da sancionabilidade estatal desautoriza o Estado-Juiz a estabelecer limitações desarrazoadas à diminuição da pena. Primeiro porque se o poder sancionatório estatal encontra-se adstrito à própria “menor entidade lesiva” do fato – evidenciada pela presença da atenuante -, desconsiderá-la significa habilitar a incidência do poder punitivo para além do marco constitucional traçado pelo princípio material da lesividade. Em segundo lugar, estaria o Estado-Juiz inobservando seu dever jurídico-constitucional de minimização da

intensidade da afetação do indivíduo, consectário do princípio da humanidade, que sempre deve pautar a tarefa de injunção da pena privativa de liberdade.

Como primeira consequência de uma nova hermenêutica constitucional tendente à máxima efetividade redutora da pena, é possível sustentar que não se aplica às circunstâncias legais atenuantes o impedimento de sua aplicação, quando coincidirem com causas de diminuição correspondentes.

A justificação para esse entendimento advém sistematicamente da própria vontade do legislador, ao estabelecer, em relação às circunstâncias legais agravantes, que as mesmas “*agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime*” (art. 61). Trata-se, aqui, da expressa vedação ao duplo emprego de uma mesma circunstância em prejuízo do réu (*ne bis in idem*).

Não foi esta, porém, a mesma postura legal em relação às circunstâncias atenuantes, pois, ao determinar que as circunstâncias do art. 65 “*sempre atenuam a pena*”, retirou o empecilho de que o aplicador possa valorar uma determinada circunstância no momento da fixação da pena-base e, em fase posterior, cumpra a determinação legal de diminuição da pena em relação àquela. Trata-se de passos e instâncias de poder absolutamente distintos no processo de aplicação da pena. O primeiro passo é exclusivamente destinado à manifestação de poder da instância *judicial*, sendo os demais oriundos da opção político-criminal da instância *legislativa*. Tais momentos são, portanto, independentes e impassíveis de engessamento por ação do outro.

Não há falar, desse modo, na aplicação do “*ne bis in idem*” em relação às atenuantes, assertiva esta reforçada pelo fato de que um princípio destinado à tutela do indivíduo frente à ação do poder punitivo não pode ser empregado justamente para habilitar este e atingir aquele. Essa a única interpretação que reconhece e revigora a qualidade de fonte normativa de contenção do poder punitivo das circunstâncias atenuantes<sup>578</sup>.

O segundo dos efeitos da nova perspectiva aqui sustentada reside na constatação de que, na tarefa cotidiana de aplicação da pena privativa de liberdade, jamais pode o magistrado

---

<sup>578</sup> Nesse contexto, vislumbra-se, por exemplo, que a atenuante da confissão pode funcionar como efetivo arrependimento posterior, a ensejar a diminuição da pena. em nome da máxima efetividade redutora, cumpre ao magistrado aplicar ambas as soluções mitigadoras, sempre que compatíveis. Não havendo possibilidade de compatibilização, deve se escolhida aquela que maior benefício trará ao condenado.

atribuir a uma atenuante fração menor do que a uma agravante. Isso porque o dever jurídico-constitucional do juízo aplicador no sentido de minimizar a afetação individual o impele a conferir máxima efetividade redutora à sua empreitada, consubstanciada na atribuição de maior ou igual peso às atenuantes. Nunca inferior.

Como terceira implicação, figura a necessidade de tornar corrente o entendimento de que a não configuração de uma circunstância atenuante jamais pode constituir uma agravante<sup>579</sup>, sob pena de subversão da presunção de pena zero ou mínima e da própria lógica democrática e republicana que deve inspirar a atividade sancionatória. Com efeito, uma circunstância agravante somente pode ser constatada a partir de um juízo confirmatório objetivo (positivo), nunca a partir de um juízo dedutivo negativo.

A quarta e primordial decorrência da mudança paradigmática ora apresentada consiste na definitiva refutação de qualquer óbice à fixação da pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal, resultante da incidência de uma circunstância atenuante sobre a pena-base assentada no mínimo, a despeito do teor da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

A presente súmula se alicerça na arraigada concepção, sustentada por Roberto Lyra e incutida ao longo de toda a vigência do texto original da parte geral do Código Penal de 1940, no sentido de que deveriam ser consideradas na fixação da pena-base as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes. Paradoxalmente, a despeito da prevalência do método trifásico de Hungria na reforma da parte geral do Código Penal de 1984, a associação entre pena-base e circunstâncias atenuantes e agravantes ainda se mostra presente quando se trata de enfrentar a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal por incidência de circunstância atenuante.

De fato, o entendimento sumular se vale de uma concepção superada do ponto de vista legal para sustentar a finalidade político-criminal pretendida, qual seja, impedir o arrefecimento penal pela atenuação. A superação do posicionamento de Lyra não foi apenas

---

<sup>579</sup> Lembra Patrícia Ziffer que diante de um caso concreto em que se considerou como agravante a ausência de necessidade econômica do réu, o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof* - BGH) passou a entender que a ausência de uma causa de atenuação não constitui uma causa de agravamento. ZIFFER, op. cit., p. 105.

legal - a partir da reforma de 1984 -, mas sobretudo constitucional, com a nova orientação minimizadora da afetação individual adotada pela Carta de 1988.

As considerações acima formuladas conduzem à conclusão de que o Superior Tribunal de Justiça efetivamente legislou através do Enunciado n. 231 de sua Súmula, em afronta à Separação das Funções do Poder<sup>580</sup>.

Em adendo, tem-se que a vedação à redução da pena abaixo do mínimo legal fere o princípio constitucional da individualização da pena não somente por negar vigência ao artigo 65 do CP, mas ao próprio artigo 59, que estabelece a necessidade de avaliação judicial de todas as circunstâncias do delito<sup>581</sup>. A negativa de vigência, nesse caso, produz ainda desproporcionalidade e quebra da isonomia no tratamento entre aqueles que preencheram faticamente a hipótese de incidência da minorante e os que não lograram fazê-lo, favorecendo estes últimos.

A atenuação da pena, presente uma hipótese autorizativa, constitui autêntico direito público subjetivo do acusado, diametral ao dever jurídico-constitucional da agência judicial de minimizar a afetação existencial produzida pela inflição da pena privativa de liberdade.

Devem ser ainda levados em conta os princípios da lealdade e da boa-fé objetiva que, por possuírem aplicabilidade também no Direito Penal, devem pautar a relação Estado-indivíduo, exigindo do aplicador a manutenção da promessa legal de que a pena *sempre* seria abrandada quando estivesse presente uma atenuante do art. 65 do CP<sup>582</sup>. Perceba-se que o

<sup>580</sup> Importante destacar ainda que “a existência da Súmula e as decisões reiteradas que impedem o reconhecimento de circunstâncias atenuantes quando a pena base foi fixada no mínimo legal podem ser descritas como uma situação em que o próprio sistema jurídico construiu uma limitação à sua própria atuação. Reconhecendo que a mensagem da lei penal (sistema político) não impede a redução a quem do mínimo, poderíamos dizer que, nesse caso, ocorre uma auto-obstrução do sistema jurídico”. MACHADO; PIRES; FERREIRA; SCHAFFA, op. cit., p. 44.

<sup>581</sup> Esse o entendimento esposado pelos Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro e Vicente Leal e vitorioso no julgamento do Recurso Especial n. 151.837-MG pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 28.05.1998 (antes da edição da Súmula n. 231). Nesse sentido, dispõe a ementa: “RESP – PENAL – PENA – INDIVIDUALIZAÇÃO – ATENUANTE – FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao Juiz, conforme o critério do art. 68, CP, fixar a pena in concreto. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o Magistrado. Só assim, ter-se-á direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie sub judice, a ‘pena base’ foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime”.

<sup>582</sup> Ruy Rosado Aguiar Júnior possui este entendimento, mas o restringe apenas à atenuante da confissão do agente, não reconhecendo sua incidência às demais atenuantes. Nesse sentido, cf. AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p.52. Importante



cumprimento da promessa legal de arrefecimento da pena não advém somente da aplicabilidade dos axiomas da lealdade e da boa-fé objetiva ao direito penal, mas da própria atribuição de máxima efetividade reductora à reprimenda, que encontra na Constituição seu verdadeiro fundamento de validade.

Em defesa da imperatividade atenuante, afirma Túlio Vianna:

A leitura do art. 65 do CP, por si só esclarece a dúvida: "são circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...]". Ora, se o legislador usou o adjunto adverbial "sempre" é porque queria deixar claro que em toda e qualquer hipótese dever-se-á aplicar a atenuante. Caso contrário teria usado a expressão "sempre que possível". Evidentemente a redução da pena por meio da atenuante não é ilimitada, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo que o magistrado poderia fixar uma pena de um dia de prisão. O limite da redução é fixado em 2/3 (dois terços), por analogia com a maior causa de diminuição de pena do Código Penal (tentativa). Alegar, no entanto, que por não ter o legislador fixado expressamente este limite, simplesmente não se pode diminuir a pena abaixo do piso legal, é negar vigência a lei federal que é expressa ao usar o advérbio 'sempre', ferindo diretamente a Constituição Federal no seu princípio de individualização das penas<sup>583</sup>.

A existência jurídica de causas de exclusão da punibilidade também faz cair por terra os argumentos contrários à redução da pena abaixo do mínimo legal por incidência de circunstâncias atenuantes. Isso porque tais causas evidenciam a possibilidade de reconhecimento de um fato típico, antijurídico e culpável, sem a correspondente punição criminal. Sendo possível a declaração de culpabilidade por um fato sem que dela se origine a injunção de uma pena privativa de liberdade, é igualmente admissível que se declare a culpabilidade com a atribuição de um quantum de pena inferior à sua dimensão<sup>584</sup>.

Inconsistente o argumento de que o princípio da legalidade impediria este proceder (haja vista a proveniência legal das causas de exclusão da punibilidade), uma vez que tal alegação, além de se valer de um axioma constitucional estritamente protetivo em detrimento do próprio cidadão, despreza o basilar conhecimento de que os institutos *favor rei* não se enclausuram à estrita legalidade, sobretudo porque servem ao programa constitucional de minimização da

---

acrescentar ainda que a evocação dos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva nos faz concluir, ao contrário de Aguiar Júnior, que a simples confissão de réu, sem outras provas, não pode ser empregada para fundamentar uma condenação.

<sup>583</sup> VIANNA, op. cit., p. 65.

<sup>584</sup> Em relação aos limites da culpabilidade, assevera Sousa e Brito: "A questão deve decidir-se segundo os princípios mais gerais do direito penal. Quanto ao limite máximo, acima dele há pena sem culpa, o que viola o princípio da culpa. Com exceção da letra do art. 72º, nada na lei, a começar na Constituição, permite pensar que pode haver pena, ou mesmo só uma parte dela, sem culpa. Quanto ao limite mínimo, o princípio da legalidade revela que nem toda a culpa tem que ser punida. Se pode haver culpa sem pena, também pode haver culpa com menos pena que a adequada à culpa". SOUSA e BRITO, op. cit., p. 580-581.

afetação penal do indivíduo<sup>585</sup>. Qualquer interpretação em matéria penal deve atentar para o brocardo *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*.

Frise-se que a concepção do Princípio da Legalidade se deu não para suprir uma suposta insuficiência punitiva, mas sim como instrumento de contenção do poder punitivo ilimitado típico do absolutismo. O cerne da legalidade, enfim, reside na vedação humanista do excesso de poder punitivo. A posterior idéia de que o princípio da legalidade também validaria a proibição da insuficiência punitiva, mediante a fixação de marcos penais mínimos intransponíveis significa, na verdade, a subversão da essência historicamente democrática do preceito<sup>586</sup>.

Em uma nova dimensão da aplicação da pena privativa de liberdade, o princípio da Legalidade serve exclusivamente como vetor da obrigação jurídico-constitucional de minimização da afetação individual, não sendo lógico tentar buscar nele a justificação para a adoção de uma postura diretamente contrária àquela constitucionalmente preconizada, em prejuízo do indivíduo. Afinal, jamais um preceito de índole constitucional pode ser transmutado à condição de utensílio habilitador do poder punitivo.

Do exposto se extrai, com segurança, que o princípio encarna o imperativo constitucional da máxima legalidade penal, ou seja, da não transposição da máxima danosidade penal franqueada pela lei, para além da qual não se pode caminhar. Por outro lado,

<sup>585</sup> Em sentido semelhante, afirma Paulo S. Xavier de Souza: “*Ainda que a aplicação da pena fora dos marcos penais seja incompatível com o princípio da reserva legal, historicamente, como todos os demais princípios e garantias, este existe para proteger o cidadão contra os excessos do Estado, não para prejudicá-lo, pois em razão do caráter garantístico desse princípio, cuja função é de proteger as liberdades individuais, ao contrário não pode ocorrer, ou seja, o julgador aplicar a pena acima do marco penal máximo abstrato. Portanto, a garantia da legalidade penal, ou qualquer princípio instituído em favor do réu, não deve ser invocada contra o condenado, com o fim de negar-lhe o benefício da aplicação da pena abaixo do marco penal mínimo, ou como obstáculo a uma situação favorável, sob pena de inversão de toda a filosofia que norteia os princípios constitucionais-penais de garantia*”. SOUZA, Paulo S. Xavier de. *Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 200.

<sup>586</sup> Em curiosa metáfora sobre a pena mínima, afirmou-se: “*É importante registrar também que a quantidade de pena prevista na chamada pena mínima nunca exprime realmente a mínima quantidade possível para aquela espécie de pena. Em outras palavras: o valor da pena mínima nunca é o mínimo. Por exemplo, na pena mínima de multa o valor nunca aparece no formato ‘um real’ e, na pena de prisão, nunca aparece como ‘um dia’ de prisão. A idéia de ‘pena mínima’ implica sempre um patamar relativamente elevado com relação ao mínimo possível. Em alguns casos, esse patamar pode ser extremamente elevado: 5, 15, 25 anos de prisão. Esta forma de conceber a escala de penas nos remete à imagem de um elevador que nunca pode ir até o térreo... É possível ir do 4º ao 20º andar, mas não é possível descer até o 3º, o 1º ou o andar térreo [...] Nossa definição de pena mínima é composta, portanto, por três elementos centrais: obstrução do legislador à atuação do juiz, favorecimento da prisão e quantidade sempre acima da menor possível*”. MACHADO; PIRES; FERREIRA; SCHAFFA, op. cit., p. 21-22.

não há qualquer óbice legal<sup>587</sup> à transposição da baliza penal inferior, postura esta convergente com o apropriado emprego dos princípios penais como veículos de mínima danosidade penal.

Outra interpretação mitigadora quanto à fixação da pena abaixo do mínimo reside no reconhecimento de que o *caput* do art. 68 do CP<sup>588</sup> somente ordenaria a aplicação do art. 59 no momento de fixação da pena-base, não ceifando o poder discricionário do magistrado nos passos seguintes da injunção sancionatória<sup>589</sup>. Nesse sentido, dispôs Mirabete:

Enquanto para a fixação da 'pena base' se determina que devem ser obedecidos os 'limites previstos' da pena aplicável (art. 59, inciso II), o artigo 68 não apresenta essa restrição ao dispor que, após essa fixação, 'serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes' [...] Tal interpretação não era possível durante a lei anterior, visto que se entendia serem consideradas na fixação da 'pena base' as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes. Além disso, o artigo 42 da lei anterior, referente à fixação da 'pena base', mencionava as circunstâncias do crime, entendendo-se que se referiam elas às agravantes e atenuantes. Tal obstáculo não mais existe porque as 'circunstâncias' previstas no artigo 59 não se referem a elas, como deixa claro o artigo 68 ao estabelecer as fases do cálculo de aplicação da pena<sup>590</sup>.

Tal interpretação valora essencialmente a força normativa dos axiomas constitucionais da individualização da pena, da igualdade, da proporcionalidade e da culpabilidade, para sustentar a prevalência do comando literal contido no art. 65 do CP, de sorte que as

<sup>587</sup> Na já mencionada pesquisa sobre a necessidade de fixação de penas mínimas, Salo de Carvalho, Rodrigo Ghiringhelli e Rodrigo Moraes de Oliveira salientam que "A Constituição, contudo, não determina que a técnica legislativa seja a da demarcação de limites mínimos, apenas de quantidade máximas de pena, que é fixada em 30 anos pelo Código Penal (art. 75) em razão da vedação da pena de prisão perpétua (art. 5º, XLVII). Não haveria, pois, óbice constitucional para que fosse remodelado o sistema, com a supressão da barreira mínima – técnica utilizada no Brasil pela Lei 4.737/65 (Código Eleitoral) ao definir as sanções dos crimes eleitorais (art. 289 ao art. 354) – ou com a possibilidade de fixação de penas não privativas de liberdade no preceito secundário dos tipos penais incriminadores, como ocorreu na recente previsão de penas alternativas autônomas para o usuário de entorpecentes na nova Lei de Drogas (art. 28 da Lei 11.343/06). De igual forma, através do processo de constitucionalização da legislação ordinária, o juiz, no caso concreto, poderia aplicar sanção menor do que aquela regulada em lei, caso a reprovabilidade da conduta fosse baixa[...]". CARVALHO, Salo (Coord.) et al., op. cit., p. 05. James Tubenschlak lembra, nesse sentido, que a proibição de transposição do mínimo somente seria plausível "se houvesse alguma norma legal, clara e precisa, a proibir expressamente a aplicação da pena abaixo do mínimo cominado, o que não existe na legislação penal em vigor". TUBENSCHLAK, James. Atenuantes. Pena abaixo do mínimo. In: PACHECO, Jose Ernani de Carvalho. *Jurisprudência Brasileira Criminal, n. 19 – Aplicação da Pena*. Curitiba: Juruá, 1988, p. 17.

<sup>588</sup> Art. 68: A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

<sup>589</sup> Esses fundamentos são os mesmos usados pela doutrina que também sustenta a possibilidade de transposição dos máximos cominados. Por todos: CARVALHO NETO, op. cit., p. 96.

<sup>590</sup> MIRABETE, op. cit., p. 309. Recordava ainda James Tubenschlak: "[...] na antiga Parte Geral, a situação era outra: o parágrafo único do art. 48 preconizava uma atenuante especial, proclamando que a pena não poderia, nesse caso, ser inferior ao mínimo previsto para o crime cometido. Assim, tal proibição se estendia, a fortiori, às atenuantes gerais elencadas no caput do artigo citado, pois, como é sabido, o que não cabe para o mais não cabe, por maior razão, para o menos. Também o Código Penal de 1969, que não chegou a vigor, previa no art. 59, que, no caso de atenuação ou de agravamento da pena, deveriam ser guardados os limites da pena cominada ao delito. Sucede, porém, que a norma insculpida no referido parágrafo único do art. 48 não se viu repetida na nova Parte Geral; a atenuante outrora considerada – "se o agente quis participar de crime menos grave" – foi deslocada, com nova redação, para o §2º do atual art. 29, e já sem a proibição que existia. A nosso ver, tal seria suficiente, de per si, para fazer emergir a certeza de que, com a nova legislação, que não mais proíbe o que a legislação antiga proibia, tornou-se plenamente viável a aplicação da pena abaixo do mínimo legal". TUBENSCHLAK, op. cit., p. 17.

circunstâncias ali previstas, sob pena de se legitimar a adoção de interpretação restritiva contra o apenado, sempre atenuem faticamente a pena, ainda que em momento postergado. Desse modo, estar-se-ia conferindo um sentido de ampla efetividade (constitucional e infraconstitucional) a esta norma de caráter redutor.

Ainda nesse contexto, e sempre dentro de uma perspectiva constitucional humanizante, é imperiosa a interpretação segundo a qual, existindo uma situação fática que constitua ao mesmo tempo uma circunstância judicial do art. 59 e uma atenuante, deve o juiz empregá-la da forma mais favorável ao réu, devendo, contudo, optar pelo reconhecimento da atenuante quando tal escolha importar na redução da pena abaixo do mínimo legal.

A condução da pena aquém do mínimo legal passou, enfim, a ser o grande tema da aplicação da pena, exatamente pela comoção que a violação à lógica e razoabilidade jurídicas produz. Na doutrina é massivamente sustentada<sup>591</sup>. Na jurisprudência castrada.

<sup>591</sup> Já em 1986 a existência de mínimo legal era contestada doutrinariamente: “[...] não mais se justifica, numa legislação penal moderna, a inclusão da pena mínima nos dispositivos da Parte Especial. Isto tolhe a atividade do juiz, tentando-o, muitas vezes, no afã de fazer justiça, a reconhecer dirimentes inaplicáveis ao tipo, ou a investir contra a prova dos autos [...]”. FERRAZ, op. cit. p. 427. Modernamente, em defesa da transposição do patamar mínimo legal, Carmen Sílvia de Moraes Barros afirma: “Assim, adotados os princípios de individualização da pena e da culpabilidade, não se pode mais falar em impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal – qualquer vedação nesse sentido é inconstitucional. Assim não fosse, e a aplicação de pena poderia seguir critérios exclusivamente matemáticos. No entanto, a análise do caso individual, em razão de sua complexidade e diversidade, obsta a culpabilidade vinculada a limites mínimos. Portanto, cabe ao juiz, relevando as circunstâncias do caso concreto: grau de exposição do agente à criminalidade, suas condições pessoais, a situação particular em que levou a cabo a prática delitiva, forma de execução e conseqüências do crime, comportamento da vítima, estabelecer a medida da pena compatível com a culpabilidade vista sob a ótica do direito penal mínimo”. BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, p. 291-295, abr/jun. 1999. Sergio Salomão Shecaira, por sua vez, assevera: “Alguns autores, fazendo uma exegese mais consentânea com a Reforma de 1984, passaram a defender a possibilidade de a pena baixar aquém do mínimo legal na segunda fase do cálculo de penas. quase que por uma tradição, advinda da interpretação textual do código de 40, é que não se admitia a possibilidade de fazer com que a pena mínima viesse abaixo do limite penal mínimo previsto no tipo. A partir de 1985, no entanto, o entendimento deve mudar”. SHECAIRA, Sergio Salomao. Circunstâncias do crime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n.23, p. 79, jul./set. 1998. Paulo Queiroz segue o entendimento: “[...] o princípio da proporcionalidade, que compreende os subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (sentido tradicional), exige que a pena seja, a um tempo, necessária, adequada e compatível com o grau de ofensividade do delito cometido. Por isso que é dado ao juiz, por exemplo, socorrer-se do princípio da insignificância para decretar a absolvição, sempre que se achar diante de uma lesão ínfima ao bem jurídico que a norma quer tutelar [...] Pois bem, se o juiz pode mais – absolver, dada a irrelevância – pode menos, evidentemente: aplicar pena aquém do mínimo legal”. QUEIROZ, Paulo de Souza. Pode o juiz fixar pena abaixo do mínimo legal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.10, n.112, p. 12, mar. 2002. James Tubenschlak também afirma: “Pois bem. Se reconhecermos que o magistrado possa vir com a pena abaixo do mínimo legal, em homenagem a circunstâncias relevantes favoráveis ao acusado, estaremos conferindo-lhe mais um voto de credibilidade, de confiança, quanto à sua atuação prudente, sábia, cautelosa, oportuna, e ensejando que a individualização da pena – mandamento de ordem constitucional – seja por certo melhor efetivada”. TUBENSCHLAK, op. cit., p. 18. No mesmo sentido, GOMES, Luiz Flávio. Circunstâncias atenuantes e pena aquém do mínimo: é possível. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.10, n.119 Esp., p. 12-13, out. 2002; SALOMÃO, Heloísa Estellita. A atenuante pode ultrapassar o limite mínimo da pena cominada [Comentário de jurisprudência]. *Boletim IBCCRIM*. Jurisprudência. São Paulo, v.6, n. 65, p. 244, abr. 1998; p. 416; LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, *Revista dos Tribunais* 676/390; MACHADO, Agapito. As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, *Revista dos Tribunais* 647/388; Cumpre lembrar, ainda nesse sentido, a existência de projeto de reforma do Código Penal em tramitação no Congresso Nacional, que altera a redação do art. 68-A do CP, dispondo que “nos crimes cometidos

Os argumentos acima aduzidos conduzem à inafastável conclusão de que a medida mais coerente no tocante à fixação de margens penais consiste no estabelecimento somente de penas máximas para os delitos, sem a fixação de parâmetros mínimos<sup>592</sup>, entendimento este corroborado por Ferrajoli:

[...] parece-me em contradição com o princípio da equidade a previsão por parte da lei de limites mínimos, junto aos limites máximos de pena, para tipo de delito. Tal previsão, na realidade, não apenas contradiz o modelo de direito penal mínimo, mas humilha a função do juiz, ao não lhe consentir valorar plenamente a possível falta de qualquer gravidade do caso concreto, relativamente à gravidade do tipo de delito abstratamente valorada pela lei, conforme suas exclusivas conotações constitutivas, mediante a estipulação de limites máximos<sup>593</sup>.

No entanto, enquanto não afastada a abstrata restrição legal mínima, para o enfrentamento da atual sistemática da legislação criminal é necessário promover-se uma interpretação conforme o dever jurídico constitucional de contenção dos danos ao indivíduo.

Segundo essa interpretação, a cominação penal mínima significa tão-somente um marco meramente indicativo do início da tarefa de injunção penal. Em outras palavras, a baliza penal inferior, na verdade, nada mais é do que o ponto de partida (nunca um limite) recomendado pelo legislador para o procedimento de determinação da medida da pena privativa de liberdade, o que não afasta a possibilidade de o aplicador, motivadamente, utilizar circunstâncias judiciais para o arrefecimento o marco inicial indicado, quando entender

---

sem violência ou grave ameaça à pessoa, o juiz, observado o critério do art. 59, e havendo desproporcionalidade entre a pena mínima cominada e o fato concreto, poderá, fundamentadamente, reduzir a pena de um sexto até metade”.

<sup>592</sup> Equivocado o argumento de que o ordenamento penal brasileiro necessita prever limites abstratos mínimos. A Lei n. 6.538, de 22 de Junho de 1978, que versa sobre os serviços postais - à exceção de seu artigo 41, que fixa para o delito de violação de segredo profissional a pena de três meses a um ano de detenção - não estipulou limites mínimos para a pena privativa de liberdade, atendo-se corretamente apenas aos patamares máximos legalmente admitidos. Do mesmo modo, o crime de porte de drogas (art. 28 da Lei n. 11.343/06) possui como sanções correspondentes apenas a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, deixando de prever pena mínima. Em sede de Direito Penal Internacional, também não se verifica a fixação de limites penais mínimos, pautando-se o Tribunal Penal Internacional não pela necessidade de atrelamento a determinado patamar inferior, mas pela não suplantação do limite máximo previsto. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional - promulgado no Brasil pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002 - segue uma moderna concepção do direito penal, estabelecendo somente penas máximas, não mínimas. Nos termos do art. 77, §1º, o Tribunal Penal Internacional pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no Estatuto uma pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos, salvo em hipóteses excepcionais em que se impõe a prisão perpétua. Já no tocante aos critérios de determinação da pena, estabelece o artigo 78, §1º do Estatuto que o Tribunal deverá atender a fatores como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado. Nesse sentido, em rico trabalho sobre o tema, cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>593</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 133.

pertinente no caso concreto. Por óbvio, também não afasta a possibilidade de transposição do mínimo legal por incidência de uma circunstância atenuante<sup>594</sup>.

Em suma, nessa nova exegese – adequada à nova sistemática constitucional-penal – as balizas penais traduziriam de um lado o começo do processo atributivo e, de outro, o máximo de dano penal tolerado para determinada espécie delitiva, máximo este inexpugnável até mesmo quando incidente uma causa legal de aumento de pena, que permanece adstrita à legalidade do limite superior indicado.

Igualmente em um sentido minimizador, faz-se necessária a correção da importância conferida pelo júízo à circunstância do cometimento do crime por motivo de relevante valor social ou moral. O reconhecimento da existência de um motivo de relevante valor social ou moral que impulsionou a prática delitiva conduz à lógica conclusão de que o fato-crime possui reduzida conflitividade social, sendo assim impassível de significativa sancionabilidade estatal. No entanto, tal circunstância não recebeu a devida estima pelo legislador - e não recebe pelo aplicador -, sendo relegada ao status de atenuante, em descompasso com sua real dimensão.

Nessa hipótese, suprimido do Estado o poder de conferir maior grau de admoestação ao crime, deve o motivo de relevante valor social ou moral atuar, em todas as espécies delitivas, como autêntico elemento privilegiador penal. Outro efeito ainda vislumbrado consiste na impossibilidade de, uma vez presente o motivo de relevante valor social ou moral, incidir qualquer agravante imposta pelo Estado, ainda que por circunstâncias objetivas. A incompatibilidade político-criminal, aqui, apresenta-se absoluta, devendo então prevalecer a solução que efetivamente se harmoniza com o dever jurídico- constitucional de minimização de afetação do indivíduo sentenciado.

Outra capital proposta discursiva consiste na imperiosa revitalização do comando normativo do artigo 66 do CP, a partir da ampla enumeração e discussão de hipóteses de

---

<sup>594</sup> Relevante, nesse contexto, a lição de Carrara: “A justiça seria ferida, sob o pretexto do bem público, se aumentasse a pena além dos seus preceitos, porque nela se encontra o limite do direito de punir. Mas não há ofensa a ela no caso inverso, justamente por não ser senão um limite, isto é, por intervir no magistério penal para impedir que se puna onde ela o veda, e não para impor que se puna sempre onde o ordena, se a sua determinação não corresponde à necessidade de tutela jurídica, ou a obediência a ela expõe a maiores perigos o direito que se quer proteger”. CARRARA, op. cit., p.172.

atenuação da pena em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei<sup>595</sup>.

A exemplo e pelos mesmos fundamentos das circunstâncias legais atenuantes, as circunstâncias inominadas também devem ter o poder de conduzir a pena abaixo do mínimo legal, sob pena de ineficácia de um dever constitucionalmente exigido: o de minimização da afetação do indivíduo sentenciado. O emprego da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal representa, na verdade, uma forma legalmente admitida e legítima à disposição do juiz para que este minimize, na prática, os efeitos negativos da vedação jurisprudencial à redução da pena abaixo do mínimo legal por incidência de uma atenuante nominada.

Tal dispositivo, todavia, é amiúde desprezado na cotidiana tarefa de aplicação penal, ora em virtude do receio de aplicação analógica de institutos favoráveis ao acusado, ora pelo desconhecimento de quais circunstâncias poderiam ser captadas e efetivamente empregadas pelo magistrado, mas, sobretudo, pelo arraigado apego positivista apenas às circunstâncias legalmente elencadas e, portanto, simploriamente perceptíveis.

O emprego das atenuantes genéricas advém do *poder de conotação judicial*, consectário do princípio de equidade que permite ao juízo conotar mais acuradamente os fatos denotados pela lei, em especial as circunstâncias do delito<sup>596</sup>. Em sua tarefa decisória, tem o juízo o dever de apreender todas as circunstâncias do fato, inclusive as não previstas na lei, “*que fazem do caso um fato distinto de todos os demais e que, de qualquer forma, têm relevância para a valoração de sua gravidade específica e a conseqüente determinação da medida da pena*”<sup>597</sup>.

A amplitude do poder de conotação judicial permite, enfim, que o artigo 66 do Código Penal liberte inteiramente a tendência mitigadora das amarras de taxatividade vivenciadas pela tendência exasperadora da pena.

De fato, o art. 66 não impõe qualquer restrição ao magistrado, estando este autorizado a empregar o quantum de redução que entender pertinente, no momento em que entender

---

<sup>595</sup> De fato, muitos casos de atenuação inominada poderiam na verdade e mais eficazmente ensejar a própria disponibilidade da ação penal pública, caso nosso ordenamento jurídico tivesse amplamente adotado este salutar modelo. Enquanto não alcançado esse estágio de racionalidade, o recurso à atenuação inominada parece ser um importante instrumento de arrefecimento de danos.

<sup>596</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 129.

<sup>597</sup> Idem.

oportuno e em todas as espécies delitivas (dolosas, omissivas ou culposas), assim como utilizar até mesmo fundamentos semelhantes aos contidos nos artigos 59 e 65 do Código Penal - sobretudo quando não anteriormente empregados, ou ineficazes. Note-se que, havendo mais de uma circunstância judicial favorável, poderá o magistrado optar por considerá-la desde logo no arrefecimento da pena-base, ou ainda, reconhecê-la mais tarde como circunstância atenuante genérica, sempre que esta alternativa seja a mais favorável ao sentenciado.

O recurso às atenuantes genéricas também decorre da maximização da efetividade da analogia penal em benefício do acusado, postura esta confluyente com o dever de minimização humanizante de danos por parte do Judiciário, preconizado pela Constituição de 1988.

A potencialização do espectro de incidência da analogia *in bonam partem* atende não apenas ao dever constitucional mitigador, mas aos próprios reclames de pluralismo jurídico de uma concepção alternativa do direito, reconhecendo a possibilidade de implementação de um sistema jurídico não adstrito à fonte formal do direito – a lei –, mas atento às reais demandas sociais de segmentos historicamente alijados do debate jurídico-penal, sendo assim capaz de romper com o hermetismo e o conservadorismo de uma percepção positivista do direito.

Nesse sentido, salienta Salo de Carvalho que “*na esfera penal, o reconhecimento do pluralismo jurídico redimensiona a estrutura das teorias da norma, do delito e da pena, flexibilizando a interpretação e incorporando estruturas alienígenas ao princípio da legalidade*”<sup>598</sup>, concluindo assim que “*a negação do pluralismo jurídico em matéria penal é restrita apenas aos processos de incidência penal, mas nunca aos casos de exclusão da pena ou do delito*”<sup>599</sup>, razão pela qual “*a flexibilização da legalidade (penal) impõe exclusivamente a ampliação de espaços de liberdade individual*”<sup>600</sup>.

A concreção do pluralismo jurídico, o alargamento do poder de conotação *favor rei* e da eficácia analógica *in bonam partem* a serviço de uma postura constitucional de contenção de danos produzem, como primeiro efeito, a constatação de que devem servir como atenuantes genéricas todas as circunstâncias já enfrentadas e reconhecidas em algum momento como minorantes pela jurisprudência, a qual, em uma nova perspectiva constitucional penal, ostenta

---

<sup>598</sup> CARVALHO, op. cit., p. 80.

<sup>599</sup> Idem, p. 81.

<sup>600</sup> Idem.



a autêntica condição de fonte normativa material de redução de danos penais, cumpridora do dever jurídico-constitucional nesse sentido<sup>601</sup>.

A segunda implicação de um novo paradigma constitucional penal consiste na ampliação hermenêutica da norma contida no artigo 66 do CP, de modo que não apenas circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime sejam objeto de atenuação da pena, mas também circunstâncias contemporâneas a ele. Nesse sentido, aponta Adalberto Dias Tristão a hipótese do “*agente que, no momento do fato, recebesse um tiro na coluna, disparado pela autoridade policial, viesse a ficar inutilizado. Certamente, teria a pena reduzida, com fulcro no mencionado artigo 66*”<sup>602</sup>.

Circunstâncias posteriores à própria sentença penal condenatória também devem influir na reprimenda penal, uma vez que, diante da amplitude dos institutos *favor rei*, o emprego de um elemento mitigador não fica temporalmente adstrito ao período anterior à sentença. Com isso, seja em sede recursal, seja até mesmo pela via da revisão criminal - pressuposto o trânsito em julgado da decisão penal condenatória-, é possível o reconhecimento de uma atenuante genérica ou inominada da pena.

O fortalecimento do poder jurídico limitador frente à ação do poder punitivo faz ainda com que inúmeras situações concretas, até hoje desprezadas, possam ensejar o abrandamento da pena<sup>603</sup>.

Iniciando-se o extenso rol de situações, tem-se por certo que a errônea (e inescusável) crença no exercício de um direito de resistência, o cometimento de um delito após uma decisão de consciência não justificante, assim como uma conduta de desobediência civil não aceita como justificada pelo juízo criminal no caso concreto, devem efetivamente ensejar a redução penal. Isso porque tais condutas acercam-se do exercício de um direito fundamental, desmerecendo uma punição mais rigorosa em virtude de sua ontológica escassez de magnitude lesiva.

---

<sup>601</sup> Discorrendo acerca do pluralismo jurídico na esfera penal, Salo de Carvalho salienta que “*a incorporação de fontes penais diversas (v.g. costumes, jurisprudência, direito penal comparado) diz tão-somente aos processos de descriminalização ou interpretação despenalizadora. É que o pressuposto da legalidade não esgota o campo de atuação do jurista no direito penal, restringindo a interpretação e excluindo a analogia e o direito consuetudinário das hipóteses judiciais legítimas*”, op. cit., p. 80-81.

<sup>602</sup> TRISTÃO, op. cit., p. 53.

<sup>603</sup> Evocando o princípio da equidade como uma dimensão do juízo favorável ao réu, Ferrajoli sustenta que nada impede - pelo contrário, tudo aconselha - a previsão legal de circunstâncias “eximentes genéricas”, análogas às “atenuantes genéricas”, cuja compreensão conduz à exclusão do delito. Nesse sentido, cf. FERRAJOLI, op. cit., p. 132-133.

O pequeno, porém não insignificante, valor da coisa ou do prejuízo<sup>604</sup> em todos os crimes contra o patrimônio, a pequena - não insignificante - gravidade do risco criado pela conduta, a culpa inconsciente, a própria configuração de um crime comissivo por omissão, cuja gravidade é manifestamente inferior à espécie comissiva dolosa, a falsificação de baixa qualidade (desde que não seja considerada grosseira, caso em que estará caracterizada a atipicidade, por ausência de lesividade), a prática de atos de heroísmo por parte do acusado (ex.: salvar outros presos de um incêndio ocorrido na cela), o cometimento de crimes contra o patrimônio em prejuízo do cônjuge divorciado, a pequena violação do dever de cuidado nos crimes culposos (desde que não caracterizada a insignificância na violação do dever de cuidado, hipótese esta que configurará causa de atipicidade conglobante do fato), enfim, todos são exemplos de condutas passíveis de redução penal.

Nesse sentido, especial relevo possui a vulnerabilidade à seletividade do poder punitivo<sup>605</sup>. Partindo-se da culpabilidade pelo próprio ato praticado como limite culpável máximo e inexpugnável, a partir desse instante todo e qualquer juízo acerca da culpabilidade do agente deve ser realizado em sentido exclusivamente mitigante. A diminuição da pena, nesse caso, será proporcional ao menor ou maior esforço do agente para se colocar em uma situação de vulnerabilidade. Se por um lado o elevado empenho do agente em se colocar em uma situação de vulnerabilidade dificulta o poder jurídico de contenção do poder punitivo, por outro o escasso empenho do agente conclama a ação limitadora do poder jurídico.

Nesse contexto, é possível asseverar que são passíveis de atenuação inominada da pena todas as hipóteses em que o esforço pessoal do agente para alcançar uma situação de vulnerabilidade seja baixo, pelo fato deste já partir de um estado de vulnerabilidade bastante elevado (baixo grau de instrução ou escolaridade do agente<sup>606</sup>, dificuldade econômica do autor<sup>607</sup> etc.). O pequeno esforço do agente, nesse caso, esbarra no elevado potencial seletivo

---

<sup>604</sup> Evidentemente fora das hipóteses de insignificância.

<sup>605</sup> Cf. ZAFFARONI, op. cit., p. 510-516.

<sup>606</sup> Cumpre recordar que a legislação ambiental traz o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente como atenuante legal nominada da pena (art. 14 da Lei 9.605/98). A propósito, Salo de Carvalho afirma ser “*plenamente admissível, na estrutura do direito penal de garantias, a utilização da analogia, desde que não seja em prejuízo do réu. A admissão é tida como pacífica na jurisprudência e na doutrina, dispensando maiores divagações*”, concluindo que “*a regra do art. 66 do Código Penal é clara e isenta de dubiedades, permitindo a inclusão como atenuante não apenas o baixo grau de instrução ou escolaridade, mas, igualmente, o déficit de condições econômicas*”. CARVALHO, op. cit., p. 77-78.

<sup>607</sup> Há na doutrina, no entanto, entendimento que legitima o menor sancionamento pela menor culpabilidade do agente que vê limitada a exigibilidade de sua conduta conforme ao Direito. Nesse sentido, assevera Tatjana Hörnle: “*Puede haber determinadas constelaciones en las que, sin ser comparables directamente con un peligro actual para la vida, la salud o la libertad no evitable de outro modo, si está fuertemente limitada la exigibilidad de la conducta conforme a derecho, de modo que se puede partir de una disminución de la culpabilidad y por lo tanto de la pena. Es el caso, por ejemplo, de una auténtica situación de necesidad económica del autor [...]*”. HÖRNLE, op. cit., p.63. Maria Lucia Karam adota semelhante

do poder punitivo frente a ele, legitimando um menor sancionamento pelo magistrado na aferição da própria culpabilidade prevista no artigo 59 do CP, nada impedindo, no entanto, que em fase subsequente promova também a atenuação inominada da pena, caso julgue ser insuficiente a redução penal na primeira fase de determinação (pena-base). Assim procedendo, estar-se-ia conferindo máxima efetividade redutora, em estrito implemento do dever jurisdicional (e constitucional) de minimização de danos ao indivíduo.

Em última análise, tecnicamente não é o estado de vulnerabilidade em si que decide a seleção criminalizante nem que, portanto, motiva a atenuação inominada da pena - uma vez que grande parcela da população se encontra em estado de vulnerabilidade -, mas o pequeno esforço, à seleção criminalizante, do indivíduo já exposto ao perigo desta. Vê-se, portanto, que o maior catalisador da atenuação da pena é a postura pouco contributiva do agente frente ao já elevado risco de sua seletividade penal.

Muito embora não seja o estado de vulnerabilidade em si que propriamente fundamenta a seleção criminalizante, não pode o juízo aplicador deixar de considerar a inegável contribuição da desassistência estatal para a ocorrência desta<sup>608</sup>. Tal contribuição subsume-se perfeitamente à norma do art. 66 do Código Penal - que admite a minoração da reprimenda em virtude de “*circunstância relevante*” -, tornando legítima a atenuação genérica (inominada)<sup>609</sup>. Nesse sentido, salientam Zaffaroni e Pierangelli:

---

entendimento: “Ao contrário do que se costuma considerar, circunstâncias como a não integração no mercado de trabalho, o baixo nível de escolaridade, a deficiente socialização familiar, ou o anterior contato com o sistema penal, visto como evidenciadores de má conduta social ou de maus antecedentes, a exigir pena maior, constituem-se, na realidade, em circunstâncias que, tornando mais escassos o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, fazem menos exigível o comportamento conforme a norma, conseqüentemente impondo uma menor medida da pena, correspondente à menor culpabilidade pelo ato realizado”. KARAM, op. cit. p. 125.

<sup>608</sup> Lembra Salo de Carvalho que outros países latino-americanos também adotaram, cada qual a seu modo, o estado de vulnerabilidade pela desassistência estatal como circunstância legal atenuante. A indulgência (art. 64 do Código Penal Colombiano), a maior dificuldade do autor para prover seu sustento ou de familiares (art. 41 do Código Penal Argentino), a situação econômica e social do réu (art. 38 do Código Penal Boliviano), a indigência, a família numerosa e a falta de trabalho do imputado (art. 29 do Código Penal Equatoriano), as condições econômicas do agente (art. 52 do Código Penal Mexicano e art. 51 do Código Penal Peruano) e o estado de miserabilidade do agente (art. 30 do Código Penal Paraguai) funcionam como atenuante da pena. CARVALHO, op. cit., p. 73.

<sup>609</sup> Juarez Cirino dos Santos vai além, sustentando que condições sociais adversas possam efetivamente agir como situação de exculpação supralegal, por envolver inarredável conflito de deveres. Sustenta o autor: “situações de conflito de deveres ainda mais relevantes são comuns no contexto de condições sociais adversas - a máxima negação da normalidade da situação de fato pressuposta no juízo de exigibilidade -, nas quais trabalhadores marginalizados do mercado de trabalho, especialmente por efeito de políticas econômicas recessivas das áreas periféricas, impostas pelos interesses hegemônicos da globalização do capital, são estrangidos a romper vínculos normativos comunitários (ou seja, deveres jurídicos de omissão de ações proibidas) para preservar valores concretamente superiores (por exemplo, o dever jurídico de garantir a vida, saúde, moradia, alimentação e escolarização dos filhos). [...] Quando condições de existência social adversas deixam de ser a exceção transitória para ser a regra constante da vida das massas miserabilizadas, então o crime pode constituir resposta normal de sujeitos em situação social anormal. Nessas condições, os critérios normais de valoração do comportamento individual devem mudar, utilizando pautas excepcionais de inexigibilidade para fundamentar hipóteses supraleais de exculpação por conflito de deveres, porque, afinal, o direito é regra da vida”. CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 347-348.

[...] a sociedade - por melhor organizada que seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. [...] cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de MARAT e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66<sup>610</sup>.

E prosseguem os autores, em outro momento:

[...] os habitantes dispõem de distintas margens sociais de autonomia ou de distinto espaço social, em razão das desigualdades socioeconômicas, de instrução etc., isto é, existem pessoas que dispõem de meios econômicos e de graus de instrução superiores aos dos outros, estes, frequentemente, em graus de carência bem marcados. O princípio acerca disto está em que, se a sociedade outorga, ou permite a alguns, gozar de espaços sociais dos quais outros não dispõem ou são a estes negados, a reprovação de culpabilidade que se faz à pessoa a quem se tem negado as possibilidades outorgadas a outras, deve ser em parte compensada, isto é, a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação, pois, não pode creditar ao agente uma maior possibilidade de motivar-se numa norma, cujo conhecimento não lhe possibilitou. Isto leva a considerar, necessariamente, como atenuante, a humilde condição social de uma pessoa, suas carências econômicas e de instrução, seu escasso acesso à medicina preventiva e curativa, e, no geral, o menor gozo dos direitos sociais, sempre e quando estas circunstâncias não cheguem a um grau tal que devam ser consideradas como presença de uma eximente, em razão do estado de necessidade justificante ou exculpante<sup>611</sup>.

A fim de se evitar a recaída em um reducionismo economicista, é necessário ampliar a possibilidade de atenuação inominada da pena, exigindo-a não apenas diante da desassistência econômica estatal, mas em virtude de toda espécie de vulnerabilidade (e, por conseguinte, de

<sup>610</sup> ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 525. Semelhante entendimento possui Nilo Batista, quando afirma que deve ser considerada “a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena”. BATISTA, op. cit., p. 105. Também nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos sustenta: “Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida”. CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 348-349. Corroborando este entendimento, Salo de Carvalho: “o entorno social, portanto, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, desde que, no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. O postulado é decorrência lógica da implementação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito, plus normativo ao Estado Social que estabelece instrumentos de satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais”. CARVALHO, op. cit., p. 73. Conclui enfim o autor “[...] tal interpretação possibilita, no interior da dogmática jurídico-penal, criar um mecanismo de minimização da cruel inefetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, impondo ao Estado-Administração, via Judiciário, uma ‘sanção’, mesmo que residual ou simbólica, pela inobservância de sua própria legalidade no que diz respeito à estrutura do Estado Democrático de Direito que congloba, como vimos, a matriz do Estado Liberal e do Estado Social”<sup>610</sup>. Idem, p. 79. Em semelhante sentido, salienta Douglas Camarano de Castro: “[...] quando uma pessoa não possui capacidade o suficiente para se autodeterminar em razão de condicionantes sociais, que a impossibilitaram de criar mecanismos culturais e intelectuais que levassem a agir de forma condizente com o esperado pela sociedade, essas pessoas, em face desse condicionamento negativo oriundo das desigualdades e disparidades sociais, merecem uma reprovabilidade atenuada do Estado caso venham a cometer uma infração ao ordenamento jurídico penal”. CASTRO, Douglas Camarano de. A aplicação da circunstância atenuante inominada em razão da teoria da co-culpabilidade. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.151, p. 18, jun. 2005.

<sup>611</sup> ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 715.

perigo de seletivização) a que pode ser submetido o indivíduo (ex.: vulnerabilidade social, política, cultural, de acesso à informação, acesso à justiça etc.). Encampando esse entendimento, Salo de Carvalho salienta ainda que na configuração de uma hipótese de atenuação genérica, podem ser igualmente analisadas as condições de formação intelectual do acusado, uma vez que esta relação seria essencial para a investigação do grau de autodeterminação do indivíduo<sup>612</sup>.

Nesse contexto, não se pode olvidar que a falta de assistência ao egresso também constitui fundamento idôneo à atenuação penal inominada. Pela lei, a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade (art. 10 da Lei n. 7210/84 - Lei de Execução Penal), assistência esta aplicável também ao egresso (art. 10, parágrafo único).

Por expressa disposição de lei (art. 25 da Lei de Execução Penal), a assistência ao egresso consiste na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade e na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de dois meses, prazo este que poderá ser prorrogado uma vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego (art. 25, parágrafo único).

Tendo em vista que egresso é aquele indivíduo liberado definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento, ou ainda, o liberado condicional durante o período de prova (art. 26 da Lei n. 7210/84), a falta da devida assistência durante os períodos acima mencionados configura inadimplemento estatal do dever jurídico-constitucional de redução da afetação individual e consequente violação de direitos humanos do apenado. A reparação do inadimplemento e da violação deve se dar, dentre outras medidas, pela atenuação inominada da pena de um eventual delito posteriormente praticado.

A proximidade de configuração de uma atenuante legal (art. 65 do CP) também deve ser levada em conta em um sentido redutor. Apela-se, aqui, à analogia em favor do sentenciado, bem como ao princípio da razoabilidade em matéria penal. Isso porque não apenas inexiste óbice à aplicação de uma atenuante inominada analogamente a uma hipótese já prevista em lei, como seria ilógico rechaçar tratamento similar a hipóteses ontologicamente semelhantes.

---

<sup>612</sup> CARVALHO, op. cit., p. 75.

Soma-se a isso o dever constitucionalmente conferido ao Juízo de empregar todos os meios jurídicos a ele disponibilizados para fazer de seu poder decisório um eficaz e humanizado instrumento de contenção do poder punitivo.

Nesse sentido, devem ensejar a redução inominada da pena o cometimento de crime por motivo de relevante valor filosófico, religioso e cultural (análogos e proporcionais às atenuantes dos motivos de relevante valor social ou moral, contidos no art. 65, III, “a”, do CP), a prática do delito sob qualquer forma de medo que não chegue a configurar coação resistível (o que caracterizaria a atenuante legal do art. 65, III, “c”, do CP), a injusta provocação da vítima, ainda que o agente não se encontre sob a influência da violenta emoção (exigida pelo art. 65, III, “c”, do CP) e a influência de uma coletividade, ainda que fora da conjuntura de tumulto (caracterizadora da atenuante legal do art. 65, III, “e”), uma vez que em ambos os casos é possível verificar a redução do discernimento do indivíduo.

A confissão do agente também pode ser enquadrada como circunstância atenuante inominada, sempre que não satisfeitas as condições previstas no art. 65, III, “d”, do CP (confissão espontânea e perante a autoridade). Nesse sentido, merecem receber a minoração penal - senão como atenuante legal, ao menos como genérica - a confissão policial não ratificada em juízo a confissão parcial de um delito (haja vista sua natureza cindível), a confissão não espontânea e aquela formulada não perante a autoridade, mas a terceiros. Se todas contribuem de algum modo para o deslinde do caso, não há como refutar seu emprego *favor rei*, sob pena de malferimento da razoabilidade.

A idade do agente também é objeto a ser avaliado. O Código Penal estabelece como atenuante o fato de o agente ser menor de vinte e um anos na data do fato, ou ainda, maior de setenta anos na data da sentença (art. 65, I, do CP). Não prevê, contudo, possíveis graduações da redução penal etária, capazes de evitar que pequenas diferenças temporais - de até um dia, eventualmente - conduzam à direta transição entre atenuação plena e atenuação nula. Trata-se da lógica (ou dicotomia) do “*tudo ou nada*”, fomentada pela tradicional deficiência no exercício de juízos penais críticos, pelo arraigado apego positivista e pela ausência de coerência hermenêutica diante de nosso ordenamento jurídico-penal.

O recurso à norma do art. 66 do CP é um eficiente meio de rompimento dessa lógica maniqueísta por parte do Juiz aplicador, habilitando-o a proceder à diminuição inominada da

pena – ainda que resolva fixá-la em grau inferior à usualmente empregada por força da aplicação do art. 65, I, do CP – quando o agente, na data do fato, houver recentemente suplantado seus vinte e um anos, ou ainda, quando estiver na iminência de ultrapassar os setenta<sup>613</sup> anos de idade na data da sentença<sup>614</sup>.

Surtem nesse instante indagações sobre quais fundamentos jurídicos autorizariam tal proceder e, uma vez admitido, quais parâmetros temporais deveriam ser utilizados para a configuração da atenuante.

As respostas a tais indagações passam necessariamente pela assunção de uma nova postura mitigadora. O primeiro questionamento é respondido pela necessidade de se conferir máxima efetividade e concreção ao poder analógico *favor rei* e ao princípio da proporcionalidade em matéria penal, de modo a se assegurar tratamento mais equitativo a situações faticamente adjacentes.

Quanto aos parâmetros temporais a serem considerados para a configuração da atenuante, não há grandes enigmas em sua perquirição. Para tanto, deve o juízo de aplicação valer-se da experiência jurisprudencial de enfrentamento do requisito temporal necessário à caracterização da continuidade delitiva, atentando para a seguinte premissa: se um determinado lapso temporal entre as condutas é adequado para se admitir que se tratam de crime único (continuado), deve também sê-lo para se reconhecer que a atenuação legal dada ao menor de vinte e um anos é igualmente cabível (e em igual escala) ao maior de vinte e um anos, embora inominadamente.

Frise-se, por oportuno, que em uma nova perspectiva, a aplicação da atenuante inominada ao réu maior de vinte e um anos recém completados na data do fato não deve se

---

<sup>613</sup> Ou sessenta anos de idade, caso se considere que o art. 1º do Estatuto do Idoso (que prevê que o Estatuto destina-se a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos) alterou o art. 65, I, do CP. A despeito da objeção no sentido de que o art. 1º do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) não teria alterado o art. 65, I, do CP, pelo fato de lei especial não ter o poder de revogar lei geral, a interpretação mais condizente com o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual consiste em reconhecer que o réu maior de 60 anos de idade na data da sentença pode beneficiar-se da redução penal. Isso porque o Estatuto do Idoso representa lei nova mais benéfica ao réu (*novatio legis in melius*) do que o Código Penal (que exige sejam ultrapassados os setenta anos). Como a atenuação legal é instituto de natureza penal e, assim o sendo, sofre todos os efeitos da retroatividade da lei penal mais benéfica, deve o Estatuto retroagir.

<sup>614</sup> Frise-se que a data de referência para a atenuação inominada de réu idoso não se limita ao momento da sentença. Em nome dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da razoabilidade, a idade do réu como fator de atenuação inominada, nesse caso, deve ser aferida até o momento da apreciação judicial em última instância, cabendo ao Tribunal *ad quem* operar a correspondente redução penal.

confundir com a possibilidade de redução da pena-base pelo reconhecimento de que a culpabilidade do agente merece ser atenuada em função de sua idade.

Ambas possuem fundamentos distintos. Enquanto a redução da pena-base pela menor culpabilidade se baseia em um juízo quanto aos graus de maturidade, formação e consciência do agente, abrangendo inclusive réus de mais elevada idade (os chamados “jovens-adultos”, categoria esta que, em nossa concepção, pode englobar jovens de até vinte e cinco anos), a atenuação inominada deve ser fundada em um juízo de humanidade, verificando-se a partir do reconhecimento de que o réu que acabara de completar vinte e um anos (assim como aquele que está prestes a completar setenta anos) também possui elevado grau de vulnerabilidade aos efeitos de uma condenação criminal sobre seu projeto existencial<sup>615</sup>. Como conclusão, não se pode falar, pois, em ocorrência de *bis in idem* na consideração da idade do réu em ambas as etapas de fixação da pena privativa de liberdade.

Prosseguindo nas hipóteses de atenuação inominada da pena, e com supedâneo na teoria sobre o sistema do delito e da determinação da pena de Frisch<sup>616</sup>, é possível sustentar a possibilidade de aplicação da atenuante genérica da pena nos casos cujas circunstâncias fáticas se aproximem bastante de uma causa de exclusão da tipicidade (“*quase atipicidade*”. Ex.: erro vencível quanto ao consentimento do ofendido, nos crimes em que tal consentimento é elemento inerente à tipicidade - erro de tipo vencível), da ilicitude (“*quase justificação*”. Ex. situações limítrofes à legítima defesa ou estado de necessidade, ou ainda, que se aproximem de uma situação de exercício regular de um direito) ou de exclusão da culpabilidade (“*quase inculpabilidade*”. Ex. estado de embriaguez culposa incompleta, exigibilidade de conduta diversa mitigada pela diversidade religiosa, cultural ou moral, todas amparadas pela noção de alteridade humanizadora).

Este entendimento é esposado por Jürgen Wolter, que assevera:

*En resumen, por tanto, cabe destacar lo siguiente: en el caso de que no se hayan alcanzado del todo la intensidad y los presupuestos de las causas de exclusión del Derecho penal o de exclusión del tipo, o los de las causas de justificación o de exclusión del injusto, o los de las causas de exclusión de la culpabilidad o los de las causas de exclusión de la responsabilidad o de la misma; o bien cuando el injusto culpable tenga una menor entidad por otros motivos – así, porejemplo, en supuestos en que concurran formas de dolo o de imprudência menos*

<sup>615</sup> Essa conclusão conduz à releitura do próprio fundamento da atenuante legal do art. 65, I, do CP, de modo que não somente a redução penal do maior de setenta anos na data da sentença seja baseada em razões de humanidade, mas também a redução da reprimenda do menor de vinte e um anos na data do fato.

<sup>616</sup> FRISCH, Wolfgang. *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*. Heidelberg: R. v. Decker's, G. Schenck, 1993, p. 01et seq.



*graves – en tales casos cabrá plantear un sobreseimiento del proceso con arreglo a los §§153 y 153.b StPO, o bien una renuncia a la pena o una atenuación de la misma. El criterio para decidir la opción entre estas diversas alternativas (causas de exclusión material – sobreseimiento del proceso -, medición de la pena) habrá que extraerlo de la importancia respectiva de las circunstancias del caso*<sup>617</sup>.

A aplicação da atenuante genérica da pena igualmente se faz necessária nas situações que se aproximem – mas não chegam a configurar – a desistência voluntária (ex. agente desiste de prosseguir na execução, mas o desdobramento da ação acaba por produzir o resultado), o arrependimento eficaz (ex. agente tenta impedir que o resultado se produza, mas não consegue) ou o arrependimento posterior (ex. reparação do dano após o recebimento da denúncia ou da queixa, ou ainda, a reparação parcial do dano)<sup>618</sup>.

Frise-se que as hipóteses de “*quase atipicidade*”, “*quase justificação*” e “*quase inculpabilidade*” - ou qualquer outra limítrofe - não se confundem com a dúvida sobre a existência ou não de uma causa de exclusão. A dúvida, uma vez presente, deve conduzir ao reconhecimento da excludente e conseqüente absolvição. Trata-se, aqui, da materialização dos postulados *in dubio pro reo e favor rei*, diante da imersão do caso concreto em uma zona de incerteza dentro da qual o juiz não consegue mais discernir se a causa está ou não presente. Já nas hipóteses “*quase*”, diferentemente, está assentada no juízo valorativo do magistrado e inexistência da excludente. Nesses casos, todavia, não pode o aplicador descurar que o fato concreto possui elementos ou ingredientes que o acercam, menos ou mais, a uma situação excludente (“*estado de exclusão*”).

Em seguimento, como proposta, também devem ser considerados em favor do apenado a sua conduta posterior ao fato (dentre elas o comparecimento a todos os atos do processo), a

<sup>617</sup> WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. Trad. Guillermo Benlloch Petit. In: *El Sistema Integral del Derecho Penal*. WOLTER, Jürgen; FREUND Georg (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004, p.46-47. Jürgen Wolter questiona, em suma, até que ponto as distintas causas de exclusão da pena no direito penal alemão poderiam prolongar-se no sistema de determinação da pena ou no processo penal. Afirma ele: “*Cabría, por ejemplo, renunciar a la pena o al proceso en situaciones fácticas próximas a la legítima defensa o al estado de necesidad [...] o en supuestos en que se supera mínimamente el riesgo permitido o el riesgo socialmente adecuado?*”. WOLTER, op. cit., p. 33. O autor perfila o segmento doutrinário que sustenta a ausência de fins preventivos como fundamento para a renúncia à pena. Segundo ele, enquanto o injusto culpável diz respeito ao merecimento e à possibilidade de pena, por outro lado a ausência de causas de exclusão da responsabilidade se atrela à necessidade preventiva de pena, e a ausência de causas de exclusão da pena (punibilidade) diz respeito à necessidade jurídico-política da pena. A par da discussão acerca da propriedade ou não desta teoria, uma vez pronunciada a condenação do réu, é necessário tratar de tais questões no âmbito da aplicação da pena.

<sup>618</sup> Nesse contexto cumpre mencionar a possibilidade de atenuação da pena trazida pelo Código Penal alemão, quando o autor do delito, no empenho para alcançar um acordo com o lesionado (acordo-autor-vítima), tenha reparado seu fato inteiramente ou em sua maior parte, ou esteja pretendendo seriamente sua reparação (§46, a, I), ou ainda, no caso em que a reparação do dano tenha exigido do autor um considerável esforço pessoal ou renúncia pessoal, este tenha indenizado a vítima inteiramente ou em sua maior parte (§46, a, II).

expressa manifestação de vontade da vítima no sentido da atenuação da pena, a conciliação entre vítima e réu nas ações penais públicas incondicionadas, a retratação da representação do ofendido depois de oferecida a denúncia e o modo ou o grau em que a pena afetará a vida do autor (ex. apenado idoso ou enfermo).

O simples fato de o réu ter sido submetido a processo criminal anterior que culminou em absolvição - sobretudo, mas não exclusivamente, quando o acusado tenha sofrido algum período de privação da liberdade - também constitui razão idônea para ensejar a redução da pena eventualmente aplicada em novo processo. Isso porque a estigmatização e o constrangimento impostos pela própria submissão ao processo criminal (ainda que diante de posterior absolvição) causam profundos danos à moral, à reputação, à autoestima e à própria sociabilidade do processado, sem que, todavia, seja disponibilizada uma forma de reparação efetiva do mal sofrido.

A respeito, alerta Ferrajoli para o uso do processo “como escopo de punição antecipada, ou de intimidação polícial, ou de estigmatização social, ou de perseguições políticas, ou por todos estes motivos conjuntamente<sup>619</sup>”. E prossegue o autor:

Em todos os casos, além de cada intenção persecutória em relação ao suspeito, é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada –, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar de um valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão<sup>620</sup>.

O Estado, não apenas por esses fatores, é também evidentemente devedor de uma reparação ao réu por ter utilizado (e isso restou constatado com a declaração absolutória final) o simples ato de processá-lo como ferramenta simbólica de prevenção geral e de satisfação social<sup>621</sup>, ferindo a dignidade de um ser humano a partir de sua instrumentalização para a consecução de fins ilegítimos.

<sup>619</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 587.

<sup>620</sup> Idem, p. 588.

<sup>621</sup> Na defesa do uso do processo para fins preventivos, Georg Freund afirma que a própria instauração do processo pode funcionar como elemento suficiente de reação frente a uma pretensa violação normativa por parte do agente. Segundo ele, “*el proceso mismo, aun en el caso en que previsiblemente no llegue a probarse la culpabilidad del autor, puede ser la reacción necesaria y adecuada ante una presunta infracción de la norma, actuando de este modo como medio de persecución del fin legitimador. Dejando al margen la “finalidad de esclarecimiento” que casi siempre se asocia al proceso, debe resaltarse la finalidad consistente – dicho de forma breve – en “pedir explicaciones” al presunto autor penal, un fin que, según las*

Cumprе ressaltar que, especificamente quanto ao indivíduo preso provisoriamente mas posteriormente absolvido, deve ser a ele aplicada a detração penal, uma vez que a grandeza adjudicada ao "*status libertatis*" constitucional (art. 5º, XV, da CRFB), permite que a submissão à prisão processual com posterior absolvição seja equiparada a erro judiciário ou manutenção do preso por tempo superior ao fixado na sentença, causas estas que obrigam o estado a indenizar o condenado (art. 5º, LXXV, da CRFB)<sup>622</sup>. Logo, diante desse princípio constitucional, os arts. 42, do Código Penal, e 111, da Lei de Execução Penal, devem ser interpretados de modo a assegurar a detração. Uma vez refutada esta tese, nada impede que o magistrado reconheça tal circunstância como atenuante genérica.

Esta modalidade de atenuação revela-se perfeitamente subsumível à redação do art. 66, quando fixa a atenuação em virtude da ocorrência de uma circunstância *relevante e anterior* ao crime, embora *não prevista* expressamente em lei. No caso, o desconto da nova pena na mesma proporção do encarceramento anterior (ou, na hipótese de não ter havido privação à liberdade, em proporção adequada à penalização sofrida pelo acusado em função do próprio enfrentamento do processo criminal) é medida de salutar cunho redutor que leva exatamente em conta uma circunstância significativa, pretérita ao crime e carente de previsão legal expressa.

Zaffaroni e Pierangelli corroboram este entendimento:

Outra atenuante inominada possível, que levaria à neutralização dos efeitos agravantes da reincidência, seria considerar as condenações anteriores, as detenções e, em geral, todas as intervenções repressivas do sistema penal, que têm levado o agente a uma estigmatização e a uma redução de seu espaço social. Não é possível que o Estado presuma possuir a conduta do autor um maior conteúdo de injusto, por demonstrar um desprezo para com a autoridade estatal, com a prática de uma nova infração depois de uma condenação, quando, anteriormente, foi esse mesmo Estado e o mesmo sistema penal que atuaram de maneira a condicionar a pessoa para isso. Nestes casos, a criminalização serviria como atenuante inominada e seu efeito não poderia ser outro que não o de neutralizar os efeitos da reincidência [...]<sup>623</sup>.

Cabível também a aplicação da atenuante genérica a partir da constatação da existência de outros fatores mentais do acusado que não chegam a ser consideradas hipóteses de semi-

---

*circunstancias, puede tener una capacidad legitimadora autónoma*". FREUND, Georg. *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal*. Trad. Ramon Ragués I Vallès. In: *El Sistema Integral del Derecho Penal*. WOLTER, Jürgen; FREUND Georg (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 109.

<sup>622</sup> Nesse sentido, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RESP 61.899/SP. Sexta Turma. Rel. Min. Vicente Leal. Data do julgamento: 26 de março de 1996.

<sup>623</sup> ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 715-716.

imputabilidade ou influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima. Na prática judicial de medição da pena não há registros de minoração da pena nesses casos.

Formou-se assim uma situação inflexível: dentro do espectro de abrangência da semi-imputabilidade ou da influência de violenta emoção, está franqueado ao juízo sentenciante conferir tratamento penal mais brando ao indivíduo acometido de algum distúrbio em sua plena capacidade de compreensão e autodeterminação. Fora desse espectro, não há alternativa senão a plena incidência penal.

Essa dimensão maniqueísta do fenômeno criminal olvida que determinados transtornos, ainda que não penalmente categorizados como “perturbação da saúde mental”, podem efetivamente exercer alguma influência para a ocorrência do fato delitivo. Como exemplos destacam-se os chamados “transtornos de personalidade” (ex.: transtorno obsessivo-compulsivo, transtorno de dependência etc.). Tais transtornos e outros fatores psíquicos assemelhados merecem gerar não um aumento da pena-base, sob o argumento de que o autor possui personalidade desabonadora, mas exatamente o contrário: a atenuação da pena, em função de circunstância que, embora não judicialmente ensejadora de semi-imputabilidade, de algum modo afeta a plena capacidade de compreensão e autodeterminação do autor do delito<sup>624</sup>.

A par destas considerações, conclui ainda o autor questionando, com acerto, a legitimidade de por um lado ser autorizada especial redução da pena pela perturbação da saúde mental, a partir da aplicação do parágrafo único do artigo 26, e, ao mesmo tempo, ser determinado o incremento penal na fixação da pena-base<sup>625</sup>.

Prosseguindo nas hipóteses de atenuação genérica da pena privativa de liberdade, deve ainda sofrer a necessária redução penal uma conduta que se coloque como limítrofe à configuração ou não do exercício arbitrário das próprias razões, mas que o magistrado entenda como caracterizadora do delito. Isso porque não há como se negar a pequena gravidade do fato nessa hipótese, merecedora de uma menor inflicção de pena.

---

<sup>624</sup> Nesse sentido, Paganella Boschi afirma: “[...] parece-nos evidente, então, que os transtornos de personalidade, porque situados fora da abrangência do artigo 26 e do seu parágrafo único, poderiam atuar como principais fatores no processo de graduação da imputabilidade. [...] Se os transtornos de personalidade atávicos ou adquiridos acarretam perturbações na capacidade de entender e de querer, pensamos, então, que deveriam atuar como causa de enfraquecimento das exigências ínsitas à imputabilidade e, assim, ensejar movimento brando de censura [...]”. PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p. 232-233.

<sup>625</sup> Idem, p. 233.

Outro aspecto a ser levado em conta diz respeito aos crimes que se encontram no limite ontológico entre uma figura delitiva mais grave e outra subsidiária, menos grave. Exemplo que se pode traçar consiste nos casos que permanecem nas margens entre o crime de roubo e o crime de furto. Uma reduzida magnitude na violência empregada enseja a caracterização de uma hipótese de “*roubo-quase furto*”, razão pela qual, concluindo o juiz sentenciante pela ocorrência da figura delitiva mais grave, não pode este deixar de sopesar a natureza fronteira do delito no momento da determinação da pena, haja vista a menor entidade lesiva deste.

Justifica igualmente uma menor punição estatal a constatação da proximidade de configuração de uma causa de exclusão da punibilidade (“*quase impunibilidade*”).

Como primeira expressão da redução penal pela “*quase impunibilidade*”, soa viável uma menor reprimenda face à contiguidade de conformação do caso concreto a uma hipótese de indulto. Dentre as hipóteses de indulto, a que mais se destaca para os fins de aplicação da atenuante inominada é, porém, a que prevê a extinção da punibilidade por razões humanitárias.

Tradicionalmente, são beneficiados por indulto humanitário os condenados que se tornaram paraplégicos, tetraplégicos ou portadores de cegueira total após o cometimento do crime, acometidas de doença grave e permanente que apresentem incapacidade severa, grave limitação de atividade e restrição de participação ou exijam cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, bem como os condenados que, em razão da paraplegia, tetraplegia ou cegueira total, anteriores ao crime, passaram a apresentar profunda incapacidade e graves restrições em suas atividades e participação, demandando por isso permanente atenção<sup>626</sup>.

Tal forma de extinção da punibilidade, em linhas gerais, tem como escopo evitar que o encarceramento, caracterizado pela insalubridade e falta de adequadas condições de higiene, alimentação e assistência médica, agrave as condições de saúde do apenado, ameaçando sua própria existência. Esse influxo humanitário da execução penal não atingiu, entretanto, o âmbito da injunção da pena, carente de formas de abrandamento do rigor penal ao réu que apresente doença grave que não chegue a caracterizar uma hipótese de indulto ou de sursis humanitário (art. 77, §2º, do CP).

---

<sup>626</sup> Nesse sentido, cf. art. 1º, IX, do Decreto Presidencial n. 7.420/2010.

Dessa carência surge a necessidade de se considerar o estado de saúde do sentenciado como concreto fator de atenuação inominada da pena. A postura mitigadora de danos, nesse caso, possui três significados essenciais, todos abastecidos pelo postulado da humanidade: reverência ao princípio constitucional da individualização (mediante a apreciação das particularidades do sentenciado), atenção ao efetivo tempo existencial vivenciado pelo sentenciado, dissociado da linearidade temporal da reprimenda imposta e, por fim, efetividade ao direito fundamental à saúde, consubstanciado no art. 196 da Constituição da República.

O primeiro dos significados da atenuação inominada da pena em função do estado de saúde do sentenciado decorre do reconhecimento do próprio legislador no sentido de que as condições da privação da liberdade são elementos agravantes do estado de saúde dos encarcerados. Nesse sentido, dispõe expressamente a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal:

É de conhecimento geral que 'grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência. Nestes ambientes de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade, inevitável e profunda. A deterioração do caráter, resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde são conseqüências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como 'sementes de reincidências', dados os seus efeitos criminógenos<sup>627</sup>.

O reconhecimento dos efeitos nocivos da privação da liberdade é elemento nodal em uma postura de arrefecimento, por parte do juízo aplicador, do quantum penal frente às necessidades particulares do sentenciado, evitando assim a imposição de um tratamento impessoal e desumanizado. Frise-se ainda que, em respeito ao axioma da individualização, a gravidade abstrata do crime jamais pode impedir a redução penal pela debilidade de saúde, inexistindo qualquer nexos racional entre a espécie delitiva praticada e as estritas razões de humanidade motivadoras do decréscimo penal.

O apreço pelo tempo existencial do sentenciado, tradicionalmente obscurecido pela objetiva linearidade do tempo imposto na sentença, traduz o segundo dos significados desta postura humanizante. Com efeito, *“a sentença impõe uma pena que, em geral, implica uma ingerência na existência da pessoa, isto é, a tomada ou expropriação de um tempo existencial*

<sup>627</sup> BRASIL. Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, item 100.

*desta, mas que na sentença não se expressa nesses termos, mas sim em tempo físico ou linear*”<sup>628</sup>. Assim é que uma pena de igual grandeza não é vivenciada por todos da mesma forma, sobretudo por aqueles acometidos por males de ordem médica. Estes, pelo contrário, percebem a própria vivência penal como concreta ameaça à sua integridade e, eventualmente, como fator de redução de sua futura qualidade e expectativa de vida. Lenta e martirizada, portanto, a percepção do tempo.

Considerar o estado de saúde do sentenciado como concreto fator de atenuação inominada da pena significa, assim, aportar para o ato de atribuição de um tempo linear (sentença condenatória) dados que afetam o tempo existencial do sentenciado, estreitando o hiato entre tempo quantificável e tempo vivido e reconhecendo o sentenciado de forma individualizada e humana.

O último dos significados da redução inominada consiste na concreção do direito fundamental à saúde, preconizado no art. 196 da Constituição da República, que afirma ser a saúde “*direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Esse dispositivo constitucional apresenta profundo sentido contentor de danos, opondo a um direito do indivíduo o dever do Estado de promover políticas públicas de redução do risco de doença e de outros agravos. Como se pode perceber, o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo, consectário da dignidade da pessoa humana, não se circunscreve apenas à esfera da aplicação da pena, espraiando-se pela apreciação e tutela de todos os direitos fundamentais. Nesse contexto, a promoção de “*políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos*” não difere teleologicamente da promoção de meios de redução dos danos causados pela experiência penal.

Conferindo-se, desse modo, máxima efetividade redutora a essa norma constitucional, é possível estender seu alcance para assegurar que o Estado-Juiz-Criminal possui o dever constitucional de adotar medidas tendentes à redução tanto dos danos à saúde do acusado já debilitado, quanto do risco de contágio de novas doenças ou agravos por parte deste. Logo,

---

<sup>628</sup> BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p. 295.

consciente de que a insalubridade e a deficiência assistencial iminentes ao nosso sistema penitenciário agravam as condições de saúde do apenado e cumpridor de seu dever constitucional redutor, deve o Juízo de aplicação da pena reconhecer que a debilidade no estado de saúde do sentenciado representa concreta causa de atenuação inominada da pena.

A diminuição da pena também é pertinente diante da iminência de uma hipótese de decadência ou preempção. Assim é que se o ofendido, ou seu representante legal, exerce o direito de queixa ou de representação no limite do prazo legal, seu desmazelo deve ser considerado pelo magistrado como elemento indicador de uma reduzida conflitividade do fato criminoso, autorizando uma reduzida apenação. Idêntico fundamento embasa a minoração da reprimenda quando o querelante constantemente deixa de promover o andamento do processo durante quase trinta dias seguidos, ou ainda, quando os legitimados - falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade - comparecem em juízo, para prosseguir no processo, exatamente no limite do prazo de sessenta dias, configurador da preempção.

Do mesmo modo, faz-se imperiosa a menor punição diante da imediação de uma hipótese de perdão judicial. Assim é que, nas hipóteses de lesão corporal e homicídio culposos, cujas consequências atinjam o próprio agente, mas não de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária, deveria o juiz aplicar uma pena reduzida. Tal solução teria o condão de romper com a dicotomia do “*tudo ou nada*”, estimulada pela costumeira ausência de flexibilização interpretativa de nosso Código Penal<sup>629</sup>.

Uma postura refratária do Poder Judiciário quanto ao reconhecimento desta hipótese fronteira - sobretudo por receio de reforçar a tese defensiva quanto à necessidade de aplicação do perdão judicial - demonstraria não apenas uma imprecisa compreensão do princípio da individualização da pena, mas sobretudo, uma atitude conservadora frente ao dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade da afetação do indivíduo, consectário do princípio da humanidade.

Nesse contexto, salienta Zaffaroni:

---

<sup>629</sup> A par da discussão quanto à constitucionalidade ou não do instituto da delação premiada, é possível notar que a Lei n.º 9.807/99 flexibilizou a dicotomia “tudo ou nada” quanto à caracterização do perdão judicial. Tal lei reconheceu, por intermédio de seu art. 14, a possibilidade de redução da pena nos casos em que, muito embora não se preencha os requisitos para o perdão judicial do art. 13, houve algum grau de colaboração voluntária com a investigação policial e o processo criminal. Todas as hipóteses de perdão judicial deveriam contar com tal flexibilização.



Quando em nível de previsão abstrata ou, em caso concreto e por circunstâncias particulares ao mesmo, a pena repugne os mais elementares sentimentos de humanidade, envolva uma lesão gravíssima à pessoa em razão de sua circunstância, ou incorpore um sofrimento de que já padeceu o sujeito em razão do fato, a agência judicial, em função do princípio republicano de governo, deve exercer seu poder de dispensar a pena ou de imputá-la legalmente mínima, fato juridicamente admissível, que pode parecer supralegal, mas é, por outro lado, inconstitucional<sup>630</sup>.

Ampliando-se pela analogia *in bonam partem* o espectro dessa medida, não somente os crimes de lesão corporal culposa e homicídio culposos devem ser passíveis de redução penal, mas todos aqueles cujas implicações afetem física ou psicologicamente o próprio agente (ou pessoas caras a ele) de uma maneira expressiva, sejam eles delitos culposos (ex.: crime de desabamento culposo – art. 256, parágrafo único do CP – em que os bens do próprio autor são destruídos ou danificados) ou mesmo dolosos (ex. agente pratica um roubo na companhia de seu irmão, que vem a falecer em troca de tiros com a polícia).

O transcurso de um longo período entre o cometimento do crime e a sentença (sem que se caracterize a prescrição) deve ser igualmente considerado<sup>631</sup>, uma vez que a resposta sancionatória já não guarda a mesma proporção que outrora. Tudo se expõe ao perecimento e os sujeitos do episódio criminal já não são as mesmas pessoas de antes, assim como a pena, agora, é ontologicamente distinta daquela que seria infligida no passado. A prescrição está intimamente relacionada com a própria dinâmica social, visando à pacificação e estabilização jurídica das relações sociais, sempre mutáveis. A “*quase-prescrição*” como atenuante<sup>632</sup> (ou até mesmo causa de diminuição da pena), aqui defendida, deve-se à substancial redução, pelo transcurso do tempo, da conflitividade social e, conseqüentemente, da própria concepção de necessidade de pena.

O reconhecimento da “*quase-prescrição*” não apenas possui fundamento jurídico sólido, como também tem o condão de arrefecer o maniqueísmo “exclusão da punibilidade ou pena integral”, instituído pela sistemática do Código Penal em vigor, coibindo ainda abusos ao direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CR), procrastinações estas que de modo algum podem conspirar em desfavor do réu ou sentenciado.

<sup>630</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 241.

<sup>631</sup> A proposta aqui formulada não se confunde com a doutrina alemã que defende a exclusão da pena em caso de longa duração do processo que provoque a superação do marco penal absoluto habitual para determinado crime (por todos, WOLTER, Jürgen., op. cit. p.40). Aqui, falar em longa duração do processo significa fazer referência às hipóteses que não atinjam a pena virtualmente aplicada ao final da instrução.

<sup>632</sup> Nesse sentido já decidiu o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof*), na sentença (StV) 1995, 130.

Fora das hipóteses de “*quase impunibilidade*”, outras razões para a minoração penal se apresentam.

Tendo em vista que a todos são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CRFB) e que toda pessoa presa, detida ou retida tem o direito de ser julgada em prazo razoável (art. 7º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos), há que se concluir que a ultrapassagem do prazo razoável de duração do processo, – notadamente o excesso de prazo na instrução criminal – também deve funcionar como atenuante inominada da pena<sup>633</sup>. De fato, “*o imputado em um processo penal que se estendeu além do tempo razoável, já sofreu, com a insegurança gerada pelo transtorno do tempo e com outras restrições morais e econômicas à sua situação jurídica, um castigo antecipado[...]*”<sup>634</sup>.

Aury Lopes Junior e Gustavo Henrique Badaró, nesse sentido, asseveram:

Assumindo o caráter punitivo do tempo, não resta outra coisa ao juiz senão (além de elementar detração em caso de prisão cautelar) compensar a demora reduzindo a pena aplicada, pois parte da punição já foi efetivada pelo tempo. Para tanto, formalmente, deverá lançar mão da atenuante genérica do art. 66 do CP. É assumir o tempo do processo enquanto pena e que, portanto, deverá ser compensado na pena de prisão ao final aplicada<sup>635</sup>.

Não apenas o excesso de prazo na instrução criminal, mas qualquer outra ilegalidade na prisão deve também possuir peso na mensuração da pena. Não basta o relaxamento da prisão do acusado para reparar o dano a ele causado por uma detenção irregular e dessocializante. A diminuição de eventual pena, aqui, serviria como elemento reparador da violação ao direito fundamental de liberdade do réu. O excesso de prazo<sup>636</sup> e demais ilegalidades constituem, em última análise, o que doravante se denomina “*atenuantes jurídico-constitucionais da pena*”,

<sup>633</sup> A atenuação da pena ou mesmo absolvição em caso de demora processual já era noticiado pela doutrina brasileira em 1897: “[...] convém lembrar que o acusado não deve sofrer por motivos estranhos a sua vontade o vexame do prolongamento da prisão preventiva pela demora costumada dos processos, quanto é sua instrução ou julgamento. Essa consideração, antes da lei mandar computar a prisão preventiva na condenação, actuava sempre no jury que arbitrariamente absolvía ou attenuava a pena dos accusados para eliminar ou descontar no julgamento o tempo de prisão já sofrida [sic]”. VIEIRA DE ARAÚJO, op. cit., p. 299.

<sup>634</sup> LOPES JUNIOR, Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2006, p. 124. Os autores propõem ainda, com acerto, a redução penal também para os réus soltos, salientando que “*a duração irrazoável do processo, que por certo constitui uma espécie de sanção antecipada, pela incerteza que tal estado acarreta, bem como pelos danos morais, patrimoniais e jurídicos, deve ser considerada circunstância relevante posterior ao crime, caracterizando-se com circunstância atenuante inominada, nos termos do art. 66 do CP*”. Idem.

<sup>635</sup> Idem.

<sup>636</sup> A atenuação da pena pode se dar ainda que não exista uma decisão judicial expressa reconhecendo o excesso de prazo na instrução criminal. Isso porque é possível que tenha havido a ilegalidade, mas não seu saneamento até o momento da sentença condenatória. O fato de não ter sido alegada ou declarada a tempo a ilegalidade não desnatura a violação estatal ao direito fundamental à liberdade, fundamento suficiente da atenuação da pena.

advindas da afetação, motivadas ou permitidas pelo Estado, de direitos fundamentais correlatos ao da liberdade (art. 5º, LXV, da Constituição de 1988).

Nesse contexto, pode também configurar violação do direito fundamental à liberdade o implemento do prazo para progressão de regime ou livramento condicional, após a condenação mas ainda durante o processo de conhecimento, sem que o Estado assegure a fruição desses direitos. Também aqui não seria suficiente, para reparar o dano ao direito fundamental de liberdade, a tardia colocação do apenado em liberdade ou em regime de cumprimento de pena menos rigoroso. Somente a redução da pena em sede recursal serviria como elemento reparador da violação perpetrada.

O comprovado sofrimento de tortura ou maus tratos no momento da prisão, no inquérito ou no curso do processo deve fundamentar a atenuação da pena de todos os vitimizados que, porventura, venham a ser condenados. Trata-se também de uma “*atenuante jurídico-constitucional da pena*”, desta vez pela violação estatal dos direitos fundamentais à não submissão à tortura (art. 5º, III, da CR e art. 5º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos) e à integridade física ou moral (art. 5º, XLIX, da CR, e art. 5º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos)<sup>637</sup>.

Não se encerra aqui a possibilidade de atenuação jurídico-constitucional da pena. Diversas outras atenuantes jurídico-constitucionais podem ser elencadas: a desassistência material, médica, jurídica, educacional, social e religiosa ao preso provisório, violando-se tanto o direito previsto no art. 41, VII, da Lei de Execução Penal, quanto o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR), a transgressão à liberdade de consciência e de crença do preso provisório (art. 5º, VI, da CR), a violação à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem do preso provisório (art. 5º, X, da CR), a devassa, por agentes do Estado, ao sigilo da correspondência do preso provisório, quando devidamente autorizado este direito (art. 5º, XII, da CR), a infração ao direito de propriedade do preso provisório, quanto a objetos não ilícitos (art. 5º, XXII, da CR), o não acesso do preso provisório ao direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra

---

<sup>637</sup> Jürgen Wolter defende esta tese, mas salienta, no entanto, que a diminuição da pena deve se dar apenas nos casos em que a vulneração aos direitos humanos tenha caráter ocasional e não ostente grande magnitude. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma proibição de perseguição criminal de ordem jurídico-constitucional, situada no plano da exclusão da pena em atenção a considerações político-criminais e de Direito Constitucional. Cf. WOLTER, op. cit., p. 66.

ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, da CR), o submetimento do preso provisório a juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, da CR).

Ainda no rol de atenuantes jurídico-constitucionais figuram a prática de atos atentatórios à dignidade de parentes do preso provisório (violando o princípio da intranscendência penal, tutelado pelo art. 5º, XLV, da CR), o submetimento do preso provisório a condições desumanas de encarceramento ou à superlotação, impondo-lhe tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CR), violação ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR), ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CR), a tentativa frustrada de utilização de provas ilícitas contra o réu (art. 5º, LVI, da CR), a postergação indevida ou o indeferimento ilegal da liberdade provisória pelo juízo processante, posteriormente corrigidos pelos Juízos superiores (art. 5º, LXVI), o não acesso do preso provisório ao direito de voto, por falta de estrutura do Estado (direito fundamental assegurado pelo art. 14 da CR e que não encontra a restrição imposta pelo art. 15 da CR), a imposição de qualquer espécie de incomunicabilidade ao preso provisório (vedada até mesmo na vigência de eventual estado de defesa, nos termos do art. 136, §3º, IV, da CR).

A título de esclarecimento, a violação a outros direitos e garantias não expressos na Constituição, mas decorrentes de tratados internacionais (art. 5º, § 2º, da CR) também devem ostentar a condição de “*atenuantes jurídico-constitucionais da pena*”, não devendo ser olvidado o status constitucional conferido pelo art. 5º, §3º, da CR aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Nesse contexto, devem ser principalmente invocados os direitos enunciados na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) e nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da Organização das Nações Unidas.

Em relação à Convenção Americana, funcionam como atenuantes jurídico-constitucionais da pena, por exemplo, a não separação do processado em relação aos presos já condenados (art. 5º, item 2), a ausência ou deficiência das informações a respeito das razões da detenção, ou ainda, a demora na notificação do teor da acusação ou acusações formuladas contra o réu (art. 5º, item 4), a não concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à

preparação de sua defesa (art. 8, item 5) - atenuação esta sem prejuízo da respectiva nulidade processual.

Já em relação às Regras Mínimas, destacam-se como atenuantes o desrespeito estatal quanto às condições climatéricas e especialmente a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação das celas (regra n. 10), a precariedade das instalações sanitárias (regra n. 12), a imposição de vestuário degradante, humilhante ou inadaptado às condições climatéricas e de saúde dos presos provisórios (regra n. 17), a deficiência estatal no provimento de água potável e alimentação de valor nutritivo adequado à saúde (regra n. 20), a falta ou carência de serviços médicos e odontológicos aos presos provisórios (regra n. 22), a falta de instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas (regra n. 23), a supressão ou restrição do direito de queixa (regra n. 36) ou de contatos com o mundo exterior (regra n. 37), o transporte de presos provisórios em veículos com deficiente ventilação ou iluminação, ou que de qualquer outro modo os possa sujeitar a sacrifícios físicos desnecessários (regra n. 45), a falta de oportunidade de trabalho aos presos provisórios (regra n. 89), entre outras causas.

Também a título propositivo, ressalta-se ainda a necessidade de se considerar, como atenuantes genéricas, causas de diminuição da pena contempladas em muitos crimes, porém não projetadas a outros. Surge assim a possibilidade de extensão do motivo de relevante valor moral ou social do homicídio privilegiado (art. 121, §1º, do CP) a crimes menos graves, fundamentando não apenas a minoração da pena destes, como simultaneamente a vedação de incidência de quaisquer outras agravantes, pois, conforme já salientado, o fato de o motivo do delito ter sido reconhecido pelo próprio Estado como de relevante valor social ou moral retira deste o poder de conferir maior grau de recriinação à conduta delitiva, ainda que por circunstâncias objetivas.

Em suma, diante de todas as hipóteses de atenuação inominada da pena mencionadas, é possível assegurar que a norma contida no art. 66 do CP consiste em utilíssima ferramenta à disposição do juízo de aplicação de pena para a fiel execução de sua tarefa humanizadora. O emprego de uma atenuante genérica não traduz uma compensação, mas a minimização racional dos efeitos da pena privativa de liberdade que, de forma irrazoável, deixaram de ser contidos, não obstante reconhecida a existência de uma causa autorizativa.

Recorrer amplamente à atenuação inominada significa não apenas cumprir um humanizador dever jurídico-constitucional, mas sobretudo empregar o poder decisório jurídico orientadamente para a limitação do poder punitivo típico do estado de polícia, em afirmação do estado de direito.

Por fim, também merece revisão a interpretação até o momento realizada quanto ao concurso entre agravantes e atenuantes. Muito embora disponha o Código Penal (art. 67) que a pena deva aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes (motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência), não há como se utilizar tais circunstâncias em prejuízo do acusado, mas tão-somente em seu favor. Diversas são as razões para tanto.

Em primeiro lugar, não há fundamento empírico sólido para se afirmar abstratamente, antes da apreciação fática concreta, que uma circunstância prevalecerá sobre outra<sup>638</sup>, notadamente para o fim de recrudescimento penal. Ainda que empiricamente demonstrável, jamais uma presunção de preponderância abstrata poderia ser empregada em detrimento do acusado, tendo em vista que o princípio da individualização da pena, em sua concepção redutora, denota ser instrumento de cunho exclusivamente protetivo do indivíduo face à ingerência penal estatal

Em segundo lugar, conforme já salientado, os motivos do crime não podem ser empregados de forma gravosa, vez que representam atitudes internas do agente cuja valoração fundar-se-ia em presunções negativas do próprio julgador quanto a determinado sentido volitivo daquele, procedimento este não apenas carecedor de concretude, como também transgressor da autonomia e intimidade intelectivas do réu.

Em semelhante sentido, a personalidade do agente, na qualidade de elemento dotado de múltiplas acepções e dinamicamente mutável, não constitui circunstância idônea a ensejar a intensificação da reprimenda, não se podendo falar em preponderância desta sobre as demais, para fins repressivos.

A reincidência, por fim, igualmente já apreciada, carece de validade constitucional e legitimação democrática para funcionar como circunstância preponderante contrariamente ao acusado. Nesse ponto, a única interpretação adequada ao sentido mitigador preconizado pela

---

<sup>638</sup> Nesse sentido, MIRABETE, op. cit., p. 309; LUNA, op. cit., p. 268.

Constituição consiste em se considerar que não é a reincidência, mas sua ausência (primariedade) a circunstância preponderante capaz de aproximar a pena de seu limite (ponto de partida) inferior.

Do exposto em relação ao concurso entre agravantes e atenuantes, é possível concluir que preponderantes são apenas as circunstâncias afetas aos motivos, personalidade e status jurídico-penal do acusado que não conspiram contra este. Em outras palavras, no concurso entre circunstâncias atenuantes e agravantes, jamais as primeiras podem ser anuladas, compensadas ou superadas pelas segundas, uma vez que o critério a ser seguido no concurso é qualitativo e não quantitativo, solução esta que afasta “o frio cálculo aritmético”<sup>639</sup>. Pelo contrário, há que prevalecer, em nome do princípio *favor rei*, a solução mais apta a conter a afetação individual proporcionada pela aplicação da pena privativa de liberdade.

Ainda no tocante ao concurso entre agravantes e atenuantes, adotando-se uma postura redutora, há que se considerar que diante da mais expressiva magnitude da atenuante (alicerçada pelo compromisso constitucional nessa direção), a minoração da reprimenda pode ser efetivada em maior intensidade, ainda que as atenuantes estejam em número inferior às agravantes. Repita-se: não há falar em anulação, compensação ou superação das atenuantes pelas agravantes, mas em primazia teleológica e prática daquelas.

#### 4.5.2. Causas de diminuição da pena.

Importantes componentes da tendência mitigadora, as causas de diminuição de pena adquirem, em uma moderna concepção constitucional, o status de fontes normativas de limitação do poder punitivo. Sua aplicação e interpretação são, desse modo, pautadas pelo dever de minimização de danos e pela orientação da máxima efetividade redutora da pena.

A mudança paradigmática na interpretação quanto às causas de diminuição de pena se inicia pela assunção do entendimento de que as mesmas são de caráter obrigatório<sup>640</sup>, uma vez verificados seus pressupostos fáticos, sendo facultativo apenas o quantum de redução a ser

---

<sup>639</sup> Cf. FERRAZ, Nelson. Dosimetria da pena: comentários e jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 78, n. 277, p. 366, jan.-mar. 1982. Reforçando o argumento de que o critério de preponderância no concurso entre agravantes e atenuantes é qualitativo, é imperioso afirmar que tais circunstâncias são absolutamente heterogêneas, não havendo que se falar em anulação ou compensação entre as mesmas.

<sup>640</sup> Compartilhando deste entendimento, conferir CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 142.

efetivado pelo juízo, não podendo este, na quantificação, perder de vista seu débito jurídico-constitucional redutor. A obrigatoriedade de aplicação das causas, aliada à orientação de máxima efetividade do quantum de diminuição, representam a solução hermenêutica mais adequada à concreção do princípio da individualização na aplicação da pena privativa de liberdade.

Tem-se como necessário ainda o reconhecimento de que as causas de diminuição de pena são institutos cujos fundamentos de validade e de legitimidade advêm da própria Constituição, notadamente do dever jurídico de arrefecimento dos danos penais por ela imposto.

Como primeira consequência do reconhecimento de sua gênese constitucional, é possível asseverar que a aplicação das causas de diminuição previstas na parte especial, ao contrário do discurso corrente, não se limita aos tipos penais em que topologicamente se localizam. Na verdade, as minorantes devem se espraiar por todo o ordenamento, aplicando-se analogicamente a todas as espécies delitivas. A combinação entre analogia, máxima efetividade e dever jurídico-constitucional de redução da afetação individual autoriza juridicamente - e embasa democraticamente - tal disseminação.

A segunda implicação da origem constitucional do instituto consiste na defesa da tese de que, em caso de pluralidade de causas de diminuição da pena, deve o magistrado aplicar todas as existentes, de forma cumulativa, ainda que pertencentes à parte especial do Código Penal. Conforme já explicitado, não pode a agência judicial deixar de empregar ou subutilizar os mecanismos discursivos, legais ou hermenêuticos à sua disposição para o cumprimento do dever de arrefecimento de danos.

Nesse sentido, não obstante o entendimento de que não seria possível a soma dos fatores de diminuição, sob pena de se chegar à denominada pena “zero”<sup>641</sup>, a possibilidade de utilização sucessiva de causas de diminuição é o único critério alinhado com o princípio da legalidade, não podendo o intérprete restringir o que o próprio legislador não fez. Caso contrário, estar-se-ia contrariando, *contra legem*, a vontade teleológica mitigadora do legislador, vontade esta amoldada ao dever jurídico-constitucional de redução da intensidade da afetação individual.

---

<sup>641</sup> Cf. NUCCI, op. cit., p. 268.



#### 4.5.2.1. Aplicação redutora da pena na tentativa.

Afirma-se que o quantum de punição da tentativa deve se pautar pela proximidade da consumação do delito, de modo que quanto mais confinante com a consumação, menor será a redução da reprimenda. Considerada mais segura, por sua objetividade, esta é a regra assente na doutrina e jurisprudência brasileiras.

O que não se questiona, porém, é em que medida o grau de redução da pena pela tentativa - disfarçado pela retórica da proximidade da consumação do delito - se vê prejudicado pela orientação político-criminal do próprio magistrado aplicador, que ora mensura a pena pelo intuito de maior proteção do bem jurídico a perigo (tendência que se aproxima da concepção objetivista da tentativa), ora conforme um juízo de censura quanto à vontade exterior contrária à norma, por parte do agente (concepção subjetivista da tentativa).

Também não é questionada a relação existente entre a menor redução penal pela tentativa e a finalidade da pena intentada pelo juízo aplicador, seja a necessidade de maior ou menor exemplarização (concepção preventivista geral-negativa), de maior ou menor retribuição pelo mal praticado (orientação retributivista), do grau de aptidão da neutralização da periculosidade do autor (visão preventivista especial-negativa), da maior ou menor necessidade de estabilização e confiança normativas (concepção preventivista geral-negativa), ou ainda, na maior ou menor necessidade de censura e correção da vontade imoral ou ilícita do agente (orientação preventivista especial-positiva).

A concepção minimizadora de danos não apenas contesta as influências externas à mensuração da pena da tentativa (violadoras do princípio da transcendência mínima), como abre espaço para que se defenda uma completa reinterpretação do parágrafo único do art. 14 do CP, que dispõe que “*salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços*”. Mediante nova leitura da norma, questiona-se a própria validade da diminuição da pena com base tão-somente na proximidade da consumação do delito.

Imperioso, neste instante, o retorno ao próprio texto legal, cuja análise revelará a possibilidade de uma nova interpretação. Como é cediço, diz-se o crime tentado quando,

iniciada a execução, o mesmo não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, do CP).

Com efeito, o fato da consumação do crime não se dar por circunstâncias alheias à vontade do agente faz surgir uma incongruência na mensuração da pena da tentativa a partir do critério da proximidade de consumação do delito. Nessa perspectiva, circunstâncias dissociadas da vontade e da responsabilidade (direta e subjetiva) do agente poderiam prejudicar o quantum da redução penal pela tentativa, solução esta avessa à segurança jurídica e ao princípio da culpabilidade.

Outro aspecto dificulta o escalonamento da redução penal pela tentativa. De fato, a fixação da pena em caso de crime tentado parte da suposição de determinados resultados ou consequências que, efetivamente, não se verificaram. Para a solução deste impasse lógico, Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangelli entendem que, na tentativa, a única solução viável seria a de trabalhar com a regra processual da dúvida, ou seja, *“imaginar, para os efeitos da pena-base, que os efeitos teriam sido os menos lesivos, dentro de uma gama de possibilidades fáticas que permaneçam duvidosas, porque não pode ficar claro até onde queria, com o seu resultado, chegar o autor”*<sup>642</sup>.

Muito embora tal constatação tenha sido direcionada à apreciação da pena-base, a mesma encaixa-se perfeitamente na análise do quantum de redução pela tentativa. Daí ser possível aportar para a determinação da pena nos crimes tentados a perspectiva da mínima lesividade.

Indicar a redução penal menos lesiva ao apenado na tentativa significa, em primeiro lugar, conferir concretude e efetividade ao princípio da presunção de inocência, de modo que diante da dúvida quanto aos possíveis desdobramentos fáticos da conduta, deve a injunção penal receber o influxo *favor rei*, sendo a que menores danos produza ao sentenciado.

Em segundo lugar, significa conformar a atuação judicial à realista incompletude de uma execução iniciada, afastando-se, com isso, para efeitos de quantificação penal, a conformidade constitucional das suposições ou conjecturas do juízo aplicador quanto a propósitos mais ou menos gravosos do agente, desígnios estes que, de reais, passariam a meros construtos lógicos ou mesmo éticos do próprio magistrado.

---

<sup>642</sup> ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 708.

A partir do raciocínio aqui exposto, não há de se estranhar eventual argumentação no sentido de que o quantum de redução penal pela tentativa deve ser fixo, subsistindo a margem de discricionariedade apenas no tocante às circunstâncias judiciais, atenuantes, agravantes, causas de aumento e demais causas de diminuição.

Retornando à apreciação redutora da pena na tentativa, de qualquer modo não deve o quantum de redução penal pela tentativa (ao seguir objetivamente a magnitude lesiva do fato) se deixar influenciar pela apreciação negativa das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP. Isso porque a utilização destas como parâmetros para uma redução menos expressiva da pena conduziria à sua dupla valoração em prejuízo do apenado<sup>643</sup>.

Em um plano fundamental, a premissa da (mínima) magnitude lesiva para os crimes tentados representa o efetivo cumprimento do dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual, cerne de uma nova sistemática da aplicação da pena privativa de liberdade.

#### 4.5.2.2. Participação de agentes e aplicação redutora da pena.

No Código Penal de 1830, punia-se a cumplicidade<sup>644</sup> com as mesmas penas da tentativa (art. 35), ou seja, as penas do crime, menos a terça parte em cada um dos graus penais (máximo, médio, ou mínimo), sentido semelhante trazido pelo Código Penal de 1890, em que o cúmplice<sup>645</sup> seria do mesmo modo punido com as penas da tentativa (penas do crime, menos a terça parte em cada um dos graus – art. 63). No entanto, havia também a previsão da chamada cumplicidade da tentativa, a ser punida com as penas da tentativa, menos a terça parte (art. 64). O Código Penal de 1940 trazia a designação genérica de co-autoria,

<sup>643</sup> Idem, p. 722.

<sup>644</sup> Eram considerados cúmplices todos aqueles que diretamente concorressem para a prática do crime, sem que os tenha cometido ou constringido ou mandado alguém os cometerem (arts. 4º e 5º). Eram também considerados “*complices*” todos aqueles que que recebessem, ocultassem ou comprassem coisas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabê-lo em razão da qualidade, ou condição das pessoas, de quem as receberam, ou compraram, bem como aqueles que dessem asilo, ou emprestassem sua casa “*para reunião de assassinos, ou roubadores, tendo conhecimento de que comettem, ou pretendem cometer taes crimes*” (art. 6º).

<sup>645</sup> Segundo o art. 21 do Código Penal de 1890, seriam cúmplices: “§ 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instruções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução; § 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios; § 3º Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem; § 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem”.

punindo quem de qualquer forma contribuiu com a prática do crime com as penas a ele cominadas (ar. 25).

Com a reforma da parte geral do Código Penal, passou a vigorar no ordenamento penal a norma segundo a qual quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade (art. 29, *caput*, do CP), sendo certo que a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço quando a participação for de menor importância (art. 29, §1º, do CP).

Quanto à primeira das normas, não pode o intérprete descuidar da premissa fundamental de que a culpabilidade plena por um crime representa o limite máximo franqueado à intervenção penal, motivo pelo qual o sentido da culpabilidade na aplicação da pena deverá ser de cunho exclusivamente redutor. Inspirando-se no espírito de máxima redução de danos, a segunda norma - atinente à participação de menor importância - passa então a sofrer uma nova leitura.

Como primeiro aspecto da nova leitura da participação de menor importância, é possível asseverar que esta causa de diminuição da pena deve ser aplicada não apenas aos partícipes, efetivamente, mas ainda, por analogia, a todos os coautores que porventura tenham contribuído menos significativamente para o evento delitivo. Nesse sentido, a expressão “*participação de menor importância*” adquiriria maior amplitude para fins de aplicação de pena, no intuito de satisfazer a máxima efetividade redutora preconizada pela Constituição de 1988.

Em regra, não se pode estabelecer uma rigorosa equiparação de importância entre as condutas dos agentes, salvo se naturalisticamente idênticos os procedimentos adotados por estes. Como consequência desta assertiva, é possível sustentar que o juiz aplicador deve a princípio fixar uma só conduta de referência, como ponto de maior importância para o evento delitivo. As condutas dos demais acusados passariam então a ser necessariamente apreciadas sequencialmente em sentido mitigador, individualizando de forma mais apurada a pena e minimizando para estes o impacto da pena privativa de liberdade.

Como se pode perceber, esse raciocínio segue de forma sistemática as mesmas diretrizes quanto ao juízo de culpabilidade, ao ser tido como limite máximo da intervenção penal estatal

sobre aquele que cometeu o fato delitivo. Para além de ambos os limites - maior importância e (máxima) culpabilidade - não se pode ir, restando apenas a direção mitigadora.

A norma contida no § 2º do artigo 29 do CP, por sua vez, versa sobre a chamada participação ou cooperação dolosamente distinta, segundo a qual se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste, reprimenda esta aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Em uma nova sistemática da aplicação da pena, esta norma necessita sofrer distinta interpretação, capaz de adequá-la ao escopo de máxima efetividade redutora. Em primeiro lugar, faz-se indispensável a adequação da norma ao princípio da presunção de inocência, identificada com a presunção de pena mínima (ou de pena zero, conforme o caso). Nesse sentido, uma vez vislumbrada a possibilidade de incursão do agente em crimes de diversa monta, deve partir o magistrado da presunção de que o agente intentara a realização do crime menos grave, haja vista ser esta a solução prática coadunada com o postulado *favor rei*.

A regra da aplicação da pena pelo crime menos grave sustenta-se ainda na evocação dos princípios da autonomia e dignidade humanas, não sendo legítimo ao magistrado, vislumbrada a possibilidade de injunção de sanções entitativamente distintas, fazer ilações quanto à maior gravidade da direção volitiva do agente, impondo-lhe pena mais severa. A intangibilidade da esfera de autonomia individual, na hipótese, tutela o acusado frente a presunções quanto ao seu dolo. Note-se que a possibilidade em si de enquadramento em mais de um crime resulta de uma constatação objetiva e fática do caso concreto. Todavia, configurada a pluralidade de soluções possíveis, deverá ser realizada a escolha mais apta a minimizar a afetação do acusado, salvo prova incontrovertida em contrário, por parte da acusação.

Ainda no tocante à cooperação dolosamente distinta, revela-se constitucionalmente inconciliável a parte final do §2º do art. 29, que autoriza o aumento da pena do crime menos grave até metade, na hipótese de ter sido previsível pelo agente o resultado mais grave. Os fundamentos são os mesmos já esposados - relativos à intangibilidade da esfera de autonomia humana frente a presunções do próprio juízo aplicador -, acrescentados porém da constatação de que a previsibilidade do agente, autêntico elemento de crimes de natureza culposa, não pode funcionar como causa de aumento de pena de um delito de ordem dolosa, sob pena de ruptura com a necessária razoabilidade e violação do princípio da proporcionalidade.

Na participação de agentes, outro tema merece destaque. Tem-se usualmente como equiparadas, para efeitos dosimétricos, as condutas de auxílio (fornecimento de ajuda material à consecução do crime), instigação (reforço da idéia delitiva já presente) e induzimento (fazer nascer no agente a vontade da prática delitiva). Todavia, se apreciadas em conformidade com os princípios da culpabilidade e individualização, as modalidades de participação não podem receber todas o mesmo tratamento.

Certo é que as condutas de auxiliar e instigar o agente devem ser objeto de maior redução da pena, vez que são efetivamente aderentes ao intento delitivo já consolidado, ao contrário do induzimento, em que não há aderência, mas impulsionamento à prática delitiva até então não vislumbrada. São, enfim, situações ontologicamente díspares, sendo obrigação do magistrado conferir maior efetividade redutora às modalidades aderentes.

#### 4.5.3. Aplicação redutora da pena no concurso material de crimes.

O arremedo de concurso material de crimes pode ser observado na redação do artigo 61 do Código Penal de 1830, segundo o qual “*quando o réo fôr convencido de mais de um delicto, impôr-se-lhe-hão as penas estabelecidas nas leis para cada um delles; e soffrerá as corporaes, umas depois das outras, principiando, e seguindo da maior para a menor, com attenção ao gráo de intensidade, e não ao tempo da duração*”, regra esta excepcionada pelo artigo seguinte, ao dispor que “*se os deliquentes tiverem incorrido em duas, ou mais penas, que se lhes não possam impôr uma depois de outra, se lhes imporá no gráo maximo a pena do crime maior, que tiverem commettido [...]*”(art. 62).

O cúmulo material também se verificava no âmbito do Código Penal de 1890, segundo o qual se o criminoso fosse “*convencido de mais de um crime*”, a ele seriam impostas as penas estabelecidas para cada um deles (art. 66, § 1º).

Já segundo a sistemática do concurso material de crimes trazida pela parte geral do Código Penal de 1940 e mantida com sua reforma em 1984, devem ser cumulativamente aplicadas as penas privativas de liberdade quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não.

À primeira vista soa estranho posicionar o concurso material de crimes no grupo de institutos que compõem a tendência mitigadora da pena, uma vez que possui como efeito tradicional o cúmulo de reprimendas. No entanto, um novo sentido interpretativo a ser seguido na análise do concurso material autoriza sua classificação como elemento da tendência mitigadora, em ruptura com a tradicional concepção aritmética cumulativa. Mitigadora, na acepção aqui empregada, não tem o significado de diminuição da reprimenda, mas de arrefecimento dos danos causados pela imposição da pena privativa de liberdade.

Uma nova concepção levanta dúvidas sobre a conformidade constitucional do cúmulo material de penas em um mesmo contexto fático. Dentro deste, a pluralidade de ações ou omissões, que conduz à pluralidade delitiva, na verdade integra o mesmo evento criminal globalmente considerado, a ser enfrentado igualmente de maneira globalizada no momento da injunção penal, seja através da continuidade delitiva, seja por intermédio do concurso formal próprio. Em outras palavras, quando uno o contexto fático que originou o processo criminal, necessariamente uno deve ser o delito, cujas penas somente podem sofrer incrementos se amparadas pela continuidade ou concurso formal entre crimes.

Essa visão tem como resultado essencial o esvaziamento do concurso material de crimes, que por um lado veria como limites a configuração da continuidade ou do concurso formal de crimes em um mesmo contexto fático, ao mesmo tempo em que, se distintos os contextos, receberia o influxo mitigante da unificação de penas, no âmbito da execução.

Ainda que reconhecida a possibilidade de cúmulo material num só contexto, as circunstâncias judiciais de cada um dos crimes não podem ser apreciadas de maneira estanque, fato este que permitiria a fixação da pena-base de maneira diferenciada e, conseqüentemente, desproporcional entre os delitos. Em outras palavras, se as circunstâncias judiciais pertencem ao mesmo contexto fático, não há como tratá-las de maneira díspar, sob pena de violação dos princípios da proporcionalidade e individualização.

Outra estação de uma nova concepção consiste na conclusão de que o comando normativo trazido pelo parágrafo primeiro do artigo 69 do CP revela-se conflitante com a nova perspectiva constitucional. Estabelece o dispositivo que, na hipótese de concurso material de crimes, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não

suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no art. 44 do Código Penal.

Tal norma reflete um paradoxo. Ao dispor que as penas devem ser cumulativamente aplicadas em caso de dois ou mais crimes oriundos de mais de uma ação ou omissão, o *caput* do art. 69 do CP tratou os crimes praticados pelo agente de forma absolutamente autônoma. Tal independência entre os delitos não foi, porém, adotada logo em seguida, pelo parágrafo primeiro, exatamente no momento em que a dissociação delitiva atuaria em favor do apenado, para permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao crime de menor gravidade<sup>646</sup>.

Assim procedendo, fez com que a impossibilidade da substituição em relação a um dos crimes contaminasse aquele de menor entidade, adicionando uma carga penal que efetivamente a ele não pertence, e com isso ferindo a salutar transcendência mínima penal entre delitos<sup>647</sup>, consectária da própria culpabilidade<sup>648</sup> e relevante premissa em uma nova visão constitucional da aplicação da pena.

#### 4.5.4. Aplicação redutora da pena no concurso formal de crimes.

Em relação à pena no concurso formal de crimes, distintamente da omissão apresentada pelo Código Criminal de 1830, dispunha o Código Penal de 1890 que quando o acusado pelo mesmo fato e com uma só intenção, tivesse cometido mais de um crime, a ele seria imposta no grau máximo a pena mais grave em que houvesse incorrido (art. 66, § 3º).

Notório o atual tratamento penal do concurso formal de crimes, iniciado no âmbito do Código Penal de 1940 e mantido na Reforma da Parte Geral de 1984, em que ao agente que pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, através de uma só ação ou omissão, lhe é aplicada a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada de

---

<sup>646</sup> Curiosamente, o art. 69 volta a prestigiar a independência entre crimes e penas no §2º, ao dispor: “*Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais*”.

<sup>647</sup> Ilustrando a concretude da intranscendência penal entre delitos, cumpre recordar a redação do art. 119 do CP, cuja literalidade estabelece que, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

<sup>648</sup> Cumpre destacar que a redação do art. 29 do CP, muito embora associada ao concurso de pessoas, atrela a culpabilidade do agente a cada um dos crimes por ele praticados, ressaltando a autonomia entre crimes e a correspondente necessidade de intranscendência sancionatória.



um sexto até metade, ou ainda, aplicadas as reprimendas de maneira cumulativa, quando a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos.

A par da desconfiança de que, na prática, por vezes se tenda a compensar um aparente tratamento legal mais benéfico com uma aplicação mais rigorosa da pena, o fato é que, a partir de uma nova concepção constitucional da pena, o concurso formal de crimes somente pode ser lido, interpretado, compreendido e aplicado no sentido da mitigação do rigor penal.

Posicionar o concurso formal de crimes na tendência mitigadora da pena traz uma aparente incongruência, uma vez que a aplicação da reprimenda se dá a partir de um aumento da pena sobre um dos delitos ou aquele considerado mais grave. Todavia, não se pode perder de vista que o concurso formal de crimes deve sempre funcionar de modo a mitigar o rigor da intervenção penal, impedindo sua habilitação irracional. O sentido interpretativo a ser seguido na análise do concurso formal é o que autoriza sua classificação como elemento da tendência mitigadora.

Incluindo-se o concurso formal na tendência mitigadora, sua primeira decorrência consiste no reconhecimento de que, havendo outras causas de aumento, a elevação da reprimenda pelo concurso não pode ser sucessiva àquelas. Isto se dá uma vez que a escolha sucessiva de causas de aumento conduziria à violação do princípio da proporcionalidade, consubstanciada na valoração de duas causas em regime cumulativo (*bis in idem*), em prejuízo do apenado. Portanto, deve ser escolhida apenas uma, ainda que de maior monta, para a incidência no caso concreto<sup>649</sup>.

Como segunda implicação, ainda no intuito de se evitar dupla valoração sobre um mesmo dado, tem-se que o número de vítimas do delito não pode ser evocado desfavoravelmente em qualquer outro momento da aplicação da pena, quando reconhecida a majorante do concurso formal de crimes<sup>650</sup>, sob pena ainda de malferimento do axioma da razoabilidade.

Outro efeito da inserção interpretativa do concurso formal na tendência mitigadora consiste na assertiva de que a existência de uma contravenção penal jamais pode ser usada

---

<sup>649</sup> Caso se entenda pela possibilidade de incidência de duas causas de aumento, ambas devem ser aplicadas sobre a pena aferida na segunda fase da dosimetria. Cumpre salientar que o mesmo deve valer para o estudo do crime continuado e sua confrontação com eventuais outras causas de aumento.

<sup>650</sup> Nesse sentido, FERRAZ, Nelson. Dosimetria da pena. *AJURIS*, Porto alegre, v. 19, n. 54, p. 139, mar. 1992.

para a caracterização de concurso formal, ante a expressa limitação às categorias delitivas, sob pena de infringência do axioma constitucional da legalidade.

Uma das mais proeminentes decorrências da orientação estritamente mitigadora do concurso formal de crimes consiste, porém, na constatação de que a parte final do artigo 70 do CP, ao determinar que as penas aplicam-se cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, não apresenta conformidade com o texto constitucional de 1988.

Trata-se de mais um exemplo da invasão do juízo aplicador sobre a esfera psíquica interna do agente, em prejuízo aos direitos fundamentais à intimidade e autonomia individual. Nesse aspecto, a constatação quanto à existência de desígnios autônomos do acusado não advém de um juízo de certeza, mas de uma presunção, cujo epicentro é a mente do magistrado aplicador e que faz transcender a pena desta para a pessoa (corpo e mente) do réu. Nesse instante viola-se ainda o princípio da transcendência mínima.

Nem se argumente que caso não fosse possível o livre labor presuntivo no direito penal, não haveria diferença entre dolo e culpa. Em primeiro lugar porque qualquer tipo de presunção somente goza de legitimidade democrática e conformação constitucional uma vez empreendida em favor do acusado (presunção de inocência no instante processual, presunção de pena zero ou pena mínima no momento da aplicação, e presunção de inocência executiva, no curso da execução penal), jamais em seu prejuízo.

Ademais, a configuração da modalidade dolosa, em uma perspectiva democrática, não pode se originar de uma presunção do magistrado quanto à vontade e consciência do agente, porém construir-se de maneira residual e em caráter de *ultima ratio* frente à não constatação de juízos normativos de culpa ou omissão, juízos estes a princípio mais alijados da livre ingerência psíquica do aplicador.

Ainda que assim não se entenda, e aceita a possibilidade de configuração do dolo ou culpa, esta se faria apenas para o enquadramento típico, não podendo mais ser realizada sequencialmente para o instante da aplicação da pena, sob a forma de desígnios ou escopos autônomos.

Outra postura humanizante do magistrado aplicador do concurso formal de crimes consistiria na fixação, no corpo da sentença condenatória, de cálculo indicando a data de atingimento dos lapsos temporais necessários para a fruição dos direitos previstos na execução da pena, tais como livramento condicional e progressão de regime. Tal medida não apenas orientaria os órgãos colegiados acerca da proximidade ou ultrapassagem do prazo legal dos direitos, possibilitando seus deferimentos ou a adoção de medidas liminares em favor dos acusados, como também alertaria o próprio juízo das execuções, quanto ao adimplemento dos lapsos temporais. Em suma, representaria medida salutar à razoável duração dos processos de conhecimento e execução penal.

Nesse aspecto, surge a questão de como deve ser realizado o cálculo das frações necessárias aos direitos da execução penal em caso de concurso formal próprio entre delitos hediondos (ou equiparados) e não hediondos.

Se por um lado a configuração do concurso formal próprio necessita da ocorrência de dois ou mais crimes, por outro advém de uma ficção jurídica a idéia de que a pluralidade delitiva corresponderia a um crime único, seja ou não o concurso formal próprio formado por delitos hediondos e não hediondos.

De fato, ao dispor que em razão do concurso formal próprio ou da continuidade será aplicada a pena mais grave, aumentada, respectivamente, de um sexto a metade (art. 70, *caput*, 1ª parte, do CP), o legislador deixou claro que o quantum do aumento da pena do delito mais grave (em regra o hediondo ou equiparado) reserva-se exclusivamente aos delitos não-hediondos.

De fato, a exigência do cumprimento de uma fração da pena correspondente a um crime hediondo jamais pode incidir sobre uma pena (ou acréscimo dela) decorrente de delitos não hediondos, sob pena de grave violação aos princípios da legalidade e razoabilidade. Deve-se também levar em consideração que, sendo o concurso formal um elemento da tendência mitigadora da pena, sua interpretação deve sempre ser a que melhor aproveite ao apenado.

A solução adequada, portanto, se apresenta com a desmistificação (possível, se favorável ao réu) da ficção do crime único, unicamente para fins de execução penal. Desse modo, deve ser realizado cálculo diferenciado, a fim de que sobre o acréscimo de pena oriundo do concurso formal próprio incidam apenas as frações relativas aos crimes menos graves (em

regra os não-hediondos). Frise-se que idêntico raciocínio aplica-se à hipótese de continuidade delitiva, cujas peculiaridades serão a seguir abordadas.

#### 4.5.5. Aplicação redutora da pena no crime continuado.

Silente no âmbito do Código Criminal de 1830, a aplicação da pena no crime continuado passou a ser efetivamente enfrentada com o Código Penal de 1890, de modo que quando o acusado tivesse de ser punido por mais de um crime da mesma natureza, cometidos em tempo e lugar diferentes, contra a mesma ou diversa pessoa, impor-se-lhe-ia no grau máximo a pena de um só dos crimes, com o aumento da sexta parte (art. 66, § 2º).

Como é cediço, desde a edição do Código de 1940 e perpassando à Reforma de 1984, configura-se a continuidade delitiva quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (art. 71, caput, do CP). Por consequência, é aplicada a reprimenda de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Assim como se verifica nos concursos formal e material de crimes, um primeiro olhar sobre o crime continuado parece refutar a possibilidade de incluí-lo na categoria de institutos que integram a tendência mitigadora da pena, haja vista tratar-se de uma causa geral de aumento de pena, conforme já convencionado. Todavia, deve-se compreender que o crime continuado conduz ao reconhecimento de crime único, via ficção jurídica, cujo papel primordial consiste na contenção dos efeitos deletérios oriundos do cúmulo material de penas. Os sentidos teleológico e hermenêutico do crime continuado, bem como sua natureza jurídica, permitem, portanto, sua indicação como componente da tendência mitigadora da pena.

Esclarecida a inserção do crime continuado na tendência mitigadora da pena, passo seguinte consiste na explicitação dos efeitos desta.

Como decorrência principal da visão redutora do crime continuado, figura a assertiva de que deve ser aplicado, no caso concreto, o critério de aferição (objetivo ou subjetivo) que

apresente a maior efetividade redutora. É sabido que a configuração da continuidade delitiva orbita entre os eixos subjetivo e objetivo, figurando de um lado a concepção de que basta o liame subjetivo entre as condutas para que esteja configurado o crime continuado e, do outro, o entendimento segundo o qual a continuidade delitiva depende exclusivamente da presença de condições objetivas de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes para sua caracterização. Há, por fim, concepções mistas, que exigem, para a continuidade, a conjugação de aportes objetivos e subjetivos às condutas.

Retornando à assertiva, faz-se mister que o juízo aplicador, em adimplemento à sua obrigação de diminuição da afetação individual, escolha o critério de aferição (objetivo ou subjetivo) que, no caso concreto, apresente a maior efetividade redutora. Essa solução parte do pressuposto de que, havendo algum liame concreto entre os delitos, seja ele objetivo ou subjetivo, os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro. Trata-se da concretização do princípio *favor rei*, em prol da máxima capacidade de conter a danosidade da pena privativa de liberdade.

A segunda consequência da concepção redutora do crime continuado consiste na alteração dos critérios de fixação da pena. Prevalece atualmente o entendimento segundo o qual “a majoração da pena pela aplicação do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, deve ter fundamentação com base no número de infrações cometidas e também nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal”<sup>651</sup>. O elemento nodal de uma nova concepção consiste, todavia, na afirmação de que o número de infrações não é por si só determinante para a quantificação penal no crime continuado.

Reverendo-se o entendimento jurisprudencial dominante a partir de uma das teses fundamentais da nova postura minimizadora de danos – a de que as circunstâncias judiciais somente podem ser utilizadas em favor do acusado –, chega-se à conclusão de que o critério puramente objetivo (matemático) do número de infrações praticadas deve ser necessariamente mitigado pela constatação da benignidade de circunstâncias judiciais.

Na verdade, o número de infrações representa o parâmetro máximo de sancionabilidade possível no caso concreto. A partir desse ponto, quaisquer outras considerações subjetivas somente podem ser realizadas em favor do apenado. Por consequência, ainda que seja mais

---

<sup>651</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 77.889/RJ. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Data do Julgamento: 02 de fevereiro de 2010.

elevado o número de infrações praticadas, caso o magistrado entenda serem favoráveis as circunstâncias judiciais do réu, deverá reduzir a fração de aumento inicialmente projetada, tendendo a elevação penal pela continuidade sempre em direção ao mínimo legal.

Ainda no tocante ao número de infrações como critério de mensuração penal, há de ser revista a própria configuração do crime continuado. Conforme entendimento corrente, a prática de dois crimes em continuidade enseja o aumento de pena na proporção de um sexto. No entanto, é incorreto o entendimento segundo o qual a prática de três crimes deve acarretar um aumento maior que um sexto da pena. Na verdade, tal entendimento subverte a própria raiz histórica - e essência - do instituto da continuidade.

Em suas origens, a continuidade delitiva se verificou como meio de se evitar o enforcamento do condenado por um terceiro (*tertio*) furto, quando praticado em tempo continuado, hipótese esta considerada crime único<sup>652</sup>. A essência do crime continuado cinge-se, portanto, no mínimo à prática de três crimes, consistindo a prática de dois delitos em condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução na verdade em um crime continuado anômalo, quase atípico. Diante desta constatação, o aumento mínimo de um sexto da pena ser aplicado também diante de três delitos, sob pena de adoção de uma postura judicial contrária ao dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual e, por via de consequência, à própria dignidade humana<sup>653</sup>.

Prosseguindo no rol de implicações mitigadoras no crime continuado, é possível sustentar que o magistrado, em nome do dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual, possui a discricionariedade (conforme o caso concreto) de afastar os efeitos danosos da continuidade, ou seja, aplicar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, sem que em seguida deva necessariamente proceder ao aumento de um sexto a dois terços.

Trata-se de uma exceção à regra atual da continuidade, amparada pelo novo paradigma humanizador constitucional e pelas próprias origens do instituto, em que uma só pena poderia

---

<sup>652</sup> Cf. BATISTA, Nilo. Parecer (crime continuado em delitos fiscais e previdenciários). In: *Novas Tendências do Direito Penal. Artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 136-137.

<sup>653</sup> Outra discussão interessante, e que revela a falibilidade do critério do número de infrações como elemento mensurador do crime continuado, consiste no confronto entre os critérios do número de infrações e do valor da lesão nos crimes contra o patrimônio. A título exemplificativo, o número elevado de infrações de pequeno valor patrimonial se contrapõe ao pequeno número de infrações de elevado valor. Para a resolução desta questão, deve o magistrado aplicador relativizar o critério da quantidade de infrações, mitigando-o a partir da magnitude do injusto penal continuado.

ser cabível ao ofensor ou agressor<sup>654</sup>. Em um novo paradigma, não pode a legislação infraconstitucional engessar o poder de contenção da agência judicial, operando a legalidade apenas como instrumento balizador do excesso punitivo judicial.

Deve ser levado em conta ainda que a idéia de unidade delitiva pressupõe a existência de uma só reprimenda, sem transcendências. Nesse aspecto, ou se admite a verdadeira unicidade, e se aplica uma só das penas, sem qualquer outro aumento, ou não se pode mais falar em crime único, vez que o acréscimo penal advém justamente da existência de outros delitos. Incongruente, portanto, imaginar a unidade através de uma *fictio iuris* e permitir, ao mesmo tempo, o incremento penal.

O quarto efeito da percepção redutora do crime continuado significa o alijamento do número de infrações como circunstância desfavorável em outros momentos do processo de injunção penal, quando configurada a continuidade. Isto se dá uma vez que a pluralidade de delitos é elementar à configuração da continuidade delitiva, não sendo constitucionalmente autorizado seu uso deletério em outras estações da aplicação da pena, sob pena de dupla valoração gravosa (*bis in idem*)<sup>655</sup>.

No tocante ao confronto entre crime continuado e reiteração (ou habitualidade) criminosa, há que se realizar também uma correção de rumos constitucionais. Em uma nova compreensão, em caso de confrontação, é de se considerar sempre a presunção de ocorrência da continuidade delitiva. Seguindo-se as premissas constitucionais da presunção de inocência e da presunção de pena mínima (ou de pena zero), não há como se depositar sobre o acusado todo o ônus de provar que atuou em continuidade e não de forma criminalmente reiterada. Em outras palavras, o estado constitucional de inocência (ou, na aplicação da pena, o estado constitucional de pena mínima ou zero) transforma a continuação delitiva efetivamente em regra e a reiteração em exceção. Este o acertado norte da tarefa de injunção penal.

Outra implicação merece destaque. Tendo em vista que o discurso mitigador refuta a possibilidade de ultrapassagem do máximo legal cominado por incidência de uma causa de

<sup>654</sup> Nesse sentido, leciona Nilo Batista: “[...] *Discípulo de Bártolo em Perugia, Baldo trataria da hipótese famosa do enforcamento do ladrão do tertio furto, restringindo-a porém ao caso de ‘plura furta facta eodem loco et tempore’ – ou seja, sem abandonar o modelo clássico da reiteração de atos, sem renunciar ao conceito de ‘temporis intervallo’, que no entanto preferiria formulado como ‘diversis propositis et animi impetibus’*. Os estatutos citadinos italianos dessa época, estudados por Leone, cingiam-se ao paradigma da reiteração de golpes: no de Roma, de 1363, uma só pena cabia ao ofensor que *‘plura verba iniuriosa dixerit in eodem contestu’*; no de Narni, de 1371, tocaria igualmente uma só pena ao agressor que, *‘uno impetu’*, desferisse vários tapas ou socos”. BATISTA, op. cit., p. 136.

<sup>655</sup> No mesmo sentido, FERRAZ, op. cit. p. 139.

aumento de pena e que o crime continuado assim é denominado, não há como se transcender tal limite por aplicação do instituto, mormente diante da constatação de que o mesmo adere à tendência mitigadora da pena, devendo sua interpretação também apontar para este sentido.

Ainda que assim não se entenda, restaria como efeito subsidiário da adesão do crime continuado à tendência mitigadora da pena a vedação de que a pena privativa de liberdade, alcançada pelo reconhecimento da continuidade, ultrapasse o limite de trinta anos, maior pena cominada em nosso ordenamento. Isso porque a sistemática humanizadora redesenhada pela Constituição de 1988 dá nova interpretação ao limite das penas (previsto no art. 75 do CP), entendendo a pena máxima abstratamente cominada como o limite máximo de aplicação da pena privativa de liberdade por um mesmo delito, hipótese que se encaixa na natureza de crime único (por *fictio juris*) do crime continuado.

Nessa nova empreitada hermenêutica, tem-se como essencial a devida diferenciação entre a norma prevista no *caput* do art. 75 do CP e aquela oriunda do §1º do mesmo artigo. Cada uma delas trata de um limite penal próprio, sendo distintas as suas naturezas. A norma contida no *caput* aponta textualmente que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos, ou seja, que em regra não pode o indivíduo permanecer privado de liberdade por tempo superior a trinta anos. Esse o limite da execução das penas.

Por outro lado, a norma contida no § 1º do art. 75 do CP estabelece expressamente que “quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo”. Percebe-se que, neste momento, não mais se fala em *cumprimento* da pena, mas em *condenação* a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, denotando tratar-se do limite da aplicação da pena (veiculado através da unificação da aplicação pelo juízo da condenação, não pelo juízo da execução). Este limite de aplicação certamente influi na própria execução penal, razão pela qual se encontra topograficamente inserido no mesmo artigo 75 do CP<sup>656</sup>.

---

<sup>656</sup> Note-se que logo adiante, notadamente no § 2º do art. 75, o legislador volta a tratar do limite da execução da pena, estabelecendo que “sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido”. Com efeito, o legislador não se vale de palavras inúteis, devendo as mesmas sofrer do magistrado aplicador, a partir da Constituição de 1988, a interpretação mais ajustada ao dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual.



É possível concluir, desse modo, que enquanto o *caput* do art. 75 do CP estabelece o limite *executivo* das penas, o §1º do mesmo artigo versa sobre o limite *aplicativo* da pena privativa de liberdade, na hipótese de reprimendas cuja soma ultrapasse trinta anos. Essa última espécie de limite (aplicativo) se amolda perfeitamente ao reconhecimento do crime continuado, devendo, neste, ser de trinta anos o limite máximo de aplicação da pena.

Questionando as bases dogmáticas e legais da continuidade delitiva, uma nova proposta discursiva também afasta a validade constitucional do parágrafo único do art. 71 do CP, segundo o qual nos delitos dolosos, contra vítimas distintas, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo.

Trata-se de um dispositivo incompatível com a nova ordem constitucional, por consagrar o denominado direito penal de autor, ao valer-se de dados relativos à pessoa do acusado para justificar o acréscimo da pena até o triplo. Como consequência, vulnerados estariam os princípios da lesividade (ausência de suporte fático para o incremento da pena), da culpabilidade (intensificação do tratamento penal sem o correspondente juízo material de responsabilidade pelo fato), da isonomia (escolha de determinadas classes de agentes como alvos do aumento), da secularização (incisão moral no aumento da pena) e da própria proporcionalidade (ao se franquear até mesmo a triplicação da pena em virtude de considerações alheias ao evento delitivo).

A orientação da pena ao autor e não ao fato é percebida com a análise na própria exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, que elucida a *ratio* do referido dispositivo. Segundo a exposição de motivos, o critério adotado no parágrafo único do art. 71 é aquele que “*mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança*”<sup>657</sup>.

Mais adiante, o mesmo item tenta justificar o tratamento diferenciado com argumentos periculosistas e defensivistas, consagradores da neutralização de indivíduos indesejáveis

---

<sup>657</sup> BRASIL. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, item 59.

(visão prevencionista especial negativa), assim dispendo: “*De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade*”.

Não bastasse a inconstitucionalidade por consagração do direito penal de autor, o parágrafo único do art. 71 também se revela incompatível com a Constituição de 1988 ao promover o aumento da pena até o triplo como instrumento de pura retribuição. Esta pode ser constatada também na redação da exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, segundo a qual estender o conceito de crime continuado à “*criminalidade profissional, organizada e violenta*” importaria em “*beneficiá-la, pois o delinqüente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais*”<sup>658</sup>.

A idéia de pura retribuição, enfim, não apenas despreza a natureza seletiva do sistema penal e a pluralidade social, como também promove a maximização da afetação individual, encontrando-se por isso em desalinho com o imperativo constitucional contentor de danos.

#### **4.5.6. Unificação e limite das penas.**

Em virtude da predominância de penas corporais, em especial a pena capital, não se verificava no Código Criminal de 1830 um sentido unificador ou limitador de penas, propriamente dito. Um arremedo unificador pode ser encontrado apenas no art. 61 do código, segundo o qual, em caso de pluralidade de crimes punidos com penas corporais, estas seriam cumpridas seguindo daquela de maior para a de menor intensidade, com exceção da pena de morte, caso em que nenhuma outra pena corporal poderia ser imposta.

De fato, a unificação e limitação de penas passou a encontrar guarida expressa com o artigo 66 § 4º do Código Penal de 1890, que dispunha que se a soma acumulada das penas restritivas da liberdade a que o criminoso fosse condenado excedesse 30 anos, se haveriam todas as penas por cumpridas logo que completado esse prazo. Idêntico sentido foi adotado

---

<sup>658</sup> Idem.

pelo Código de 1940, segundo o qual a duração das penas privativas de liberdade não poderia, em caso algum, ser superior a trinta anos (art. 55).

Conforme estabeleceria o Código Penal de 1969, na hipótese de penas privativas de liberdade de mesma espécie, a unificação das penas seria a soma de todas elas, aplicadas cumulativamente. Se de espécies diferentes, a pena única seria a de reclusão, aumentada da metade da pena de detenção, ou, se houver mais de uma, da metade da soma das penas de detenção (art. 67).

Chega-se enfim ao tratamento penal hodierno, em que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos (art. 75, *caput*), devendo as penas, cuja soma seja superior a esse limite, ser unificadas para atendê-lo (§ 1º), sem prejuízo de nova unificação, uma vez sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena (§ 2º).

Uma concepção constitucional limitadora, ancorada na Carta de 1988, também traz consigo a necessidade de novos aportes no enfrentamento da unificação e limite das penas.

Um primeiro aporte, que rompe definitivamente com a concepção da necessidade de um limite penal mínimo, aponta para a admissibilidade de indulto ou comutação de pena logo após a medição da pena privativa de liberdade, pelo juízo sentenciante, sempre que o apenado não possua outras execuções em curso.

Enfim, não há óbice constitucional que impeça o juízo de conhecimento de, imediatamente após a determinação da pena privativa de liberdade, aplicar indulto ou comutação de pena ao sentenciado que não possua outros processos em execução e que, por tal razão, não seja necessário proceder-se à unificação das penas. Pelo contrário: nesta hipótese mostra-se desproporcional e irrazoável, em nome de uma suposta competência jurisdicional, a necessidade de se aguardar a formação de um processo de execução e todos os seus trâmites até a prolação da sentença concessiva dos referidos direitos.

Há que se considerar ainda que, ao se confluírem, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da humanidade das penas fizeram surgir o dever jurídico-constitucional do Poder Judiciário de reduzir a intensidade de afetação do indivíduo sentenciado. A concessão antecipada do indulto e da comutação no momento seguinte à

fixação da pena privativa de liberdade - em benefício daquele que não tenha outros processos de execução em andamento - atende justamente a esse dever jurídico-constitucional, além de proporcionar ao apenado a efetiva individualização de sua reprimenda<sup>659</sup>.

Note-se que a decisão que reconhece o indulto e a comutação de pena (tida como “indulto parcial da pena”) possui natureza declaratória da existência de um direito gestado em momento anterior, qual seja, o instante do adimplemento dos requisitos postados no Decreto Presidencial.

Ilusório e disfuncional acreditar que a pena aplicada formalmente no momento da sentença condenatória é a mesma ainda reconhecida pelo ordenamento penal de forma global (conglobada). Em outras palavras, assim como se dá na tipicidade<sup>660</sup>, a apreciação isolada da pena aplicada não é suficiente para assegurar a sua sistematicidade. Para tanto, a pena aplicada deve ser analisada em conjunto com as demais normas jurídicas, ou seja, deve estar conglobada com o restante das normas vigentes.

Bastaria, portanto, a comprovação do cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos (estes últimos mediante simples atestado de conduta carcerária, demonstrando a ausência de condenação por falta grave nos últimos doze meses contados retroativamente à publicação do Decreto Presidencial reconhecedor dos direitos). Com isso, ante a ausência de outros processos de execução em curso, o juízo sentenciante, após a fixação da pena-base, da consideração das circunstâncias atenuantes e agravantes, das causas de diminuição e de aumento e da fixação inicial do regime de cumprimento de pena (juízo sancionatório provisório), deveria diligenciar a obtenção de atestado de conduta carcerária e remeter os autos ao Conselho Penitenciário para a elaboração de parecer nas hipóteses cabíveis, ouvindo em seguida o Ministério Público e a defesa, para, enfim, decidir sobre o reconhecimento ou não da comutação ou do indulto.

---

<sup>659</sup> Mister frisar que a competência firmada pela Lei de Execução Penal ou pela Lei de Organização Judiciária local não pode se sobrepor à Constituição Federal, a seus princípios e ao dever de minimização de danos, por ela atribuído ao Poder Judiciário. Uma nova concepção da aplicação da pena, conformada com a Constituição, rompe com o dogma de que o indulto e a comutação da pena são direitos de exclusiva competência do Juízo da Execução.

<sup>660</sup> A função conglobante do tipo penal, concebida por Zaffaroni, estabelece em linhas gerais que a apreciação isolada do tipo penal não é suficiente para assegurar a existência de um conflito social (conflitividade social). Para tanto, a fórmula legal deve ser analisada em conjunto com as demais normas jurídicas, ou seja, deve estar *conglobada* com o restante das normas vigentes. Daí surge a noção de função conglobante, que traduz o conjunto de elementos do tipo objetivo (em especial a lesividade) que devem ser levados em conta para se afirmar a conflitividade. Nesse sentido, cf. ZAFFARONI, op. cit., p.365-366.

Assim é que, deferido o indulto, estar-se-ia extinta a punibilidade<sup>661</sup>. Isso porque, se a causa de extinção da punibilidade deu-se em momento anterior à sentença penal, não soa democrático nem razoável proibir o Juízo da condenação de aplicar a pena privativa de liberdade e, em seguida, declarar extinta a punibilidade (a exemplo do que se verifica na prescrição da pretensão punitiva retroativa) também pelo reconhecimento do indulto. Igualmente inadmissível e antidemocrática é a exigência de que o sentenciado sofra todos os danos oriundos da execução da pena até que o Poder Judiciário reconheça um direito já incorporado à esfera jurídica daquele.

Caso deferida a comutação da pena, caberia ainda ao Juízo sentenciante manifestar-se acerca da possibilidade de aplicação de sursis ou da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, assim como poderia ele fazer as devidas correções quanto ao regime de cumprimento de pena fixado no juízo sancionatório provisório. Eis um método de aplicação da pena ajustado ao novo paradigma constitucional minimizador de danos.

Um segundo aporte inovador no tocante à unificação e limite das penas consiste, conforme já exposto, na impossibilidade de que a pena privativa de liberdade, com o reconhecimento da continuidade delitiva, ultrapasse o limite de trinta anos em sua aplicação, uma vez que o crime continuado, na qualidade de delito único por ficção jurídica (*fictio juris*), possui na pena máxima abstratamente cominada a sua fronteira última de aplicação da pena privativa de liberdade. Recorre-se, aqui, à estrita legalidade como meio de conformação da pena à baliza superior abstrata, ainda que diante de uma causa de aumento de pena, tendo em vista ser este o entendimento que melhor se amolda à vontade constitucional humanizadora.

#### **4.5.7. Regime de cumprimento de pena.**

Seguindo-se a sistemática traçada pelo ordenamento penal brasileiro, não há falar em estipulação de regime de cumprimento de pena sem necessariamente atrelá-lo à satisfação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. A própria exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal reconhece textualmente que “a opção pelo regime inicial da execução cabe, pois, ao juiz da sentença, que o estabelecerá no momento da fixação da pena, de acordo com

<sup>661</sup> Havendo recurso ministerial buscando o incremento da pena, apenas o efeito extintivo da decisão concessiva do indulto (não a possibilidade de liberdade provisória do réu) ficaria obstado até o trânsito em julgado para o Ministério Público.

os critérios estabelecidos no art. 59, relativos à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, bem como aos motivos e circunstâncias do crime” (item 34).

Conforme já exposto, há de ser refutado o emprego das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP em desfavor do acusado, haja vista não ser democraticamente legítimo que o magistrado, agente político do Estado, empreenda juízos individualizadores de expropiação contra o indivíduo. Frise-se que a individualização da pena, erigida como garantia constitucional do cidadão acusado, jamais pode se voltar contra este.

Tem-se, assim, que a exasperação da pena deve fundar-se unicamente em fatores elencados de maneira taxativa pela lei, limitando-se o magistrado a reconhecer ou não a incidência das circunstâncias legais no caso concreto. Para efeito de mitigação da reprimenda, por outro lado, pode o magistrado valer-se amplamente da gama de circunstâncias judiciais postas à sua disposição pelo legislador. Esse o sentido de individualização adequado ao novo paradigma político-criminal humanizador, construído a partir da Constituição de 1988.

Feitas estas considerações iniciais, é possível concluir que a fixação do regime de cumprimento de pena também deve seguir o mesmo sentido mitigador constitucionalmente traçado para as circunstâncias judiciais.

Melhor elucidando tal sentido, é necessária nova alusão à Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, que em seu item 50 dispõe que “*cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório*”. Assim posto, se o regime de cumprimento de pena constitui um fator indispensável da individualização, e se esta, como princípio constitucional, somente pode atuar em proteção ao indivíduo, chega-se indutivamente à constatação de que a fixação do regime deve ser efetivada sempre tendo como norte a imperiosidade de arrefecer os efeitos necessariamente deletérios da privação da liberdade.

No âmbito prático, as consequências dessa linha discursiva e interpretativa podem ser sintetizadas nas seguintes assertivas: ao condenado a uma pena igual ou inferior a quatro anos deverá (não “poderá”, como indevidamente estabelecido) ser concedido, *ab initio*, o regime aberto, evidentemente quando incabível a substituição por pena restritiva de direitos. Por sua

vez, o condenado a uma pena entre quatro e oito anos poderá iniciar o seu cumprimento em regime semiaberto, se inexistirem circunstâncias judiciais que possam favorecê-lo, ou em regime aberto, se favoráveis aquelas. Por fim, o cumprimento da pena superior a oito anos somente será iniciado em regime fechado quando não existirem circunstâncias judiciais (sempre encaradas de forma favorável ao condenado). Existindo, será impositiva a fixação do regime semiaberto.

Como se vê, a regra da imposição de regime fechado para reincidentes é proscria de uma nova concepção hermenêutica da pena, não apenas pelas objeções já feitas ao instituto da recidiva, mas diante da própria sistemática constitucional inaugurada pela Carta de 1988, com a qual colide. Em outras palavras, estão constitucionalmente desautorizadas quaisquer considerações negativas quanto à reincidência do agente, assumindo o critério para a aferição do regime de cumprimento de pena contornos estritamente objetivos<sup>662</sup>.

A discricionabilidade do aplicador, enfim, consistiria na minimização da gravidade do regime ou, no máximo, na manutenção do regime legal originalmente projetado. Segundo esta nova diretriz, a subjetividade judicial jamais agiria em prejuízo do acusado, haja vista que, conforme já salientado, o paradigma constitucional redutor veda que o magistrado se valha de elementos conviccionais íntimos para intensificar o dano humano que a própria privação da liberdade por si produz. Como se pode perceber, trata-se de uma completa inversão do sentido atualmente dispensado pelo Código Penal, sentido este que desafia o compromisso jurídico-constitucional de redução da intensidade de afetação individual.

#### **4.6. A crise do dogma da pena mínima e a necessidade de construção de um novo modelo interpretativo de aplicação da pena privativa de liberdade.**

---

<sup>662</sup> Em sentido crítico quanto à consideração da reincidência para fins de definição do regime de cumprimento de pena, cf. TORON, Alberto Zacharias. A fixação do regime inicial da pena e a reincidência. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.58, p. 04-05, set. 1997. Adotando semelhante entendimento, KARAM, op. cit., p. 128.

Não há como se efetuar uma crítica sólida ao sistema penal e à aplicação da pena privativa de liberdade sem que se tenha, de antemão, a real dimensão do significado de ambos, e de suas interrelações. Esta dimensão surge a partir da constatação de que a determinação da pena privativa de liberdade carrega todos os caracteres do sistema penal a que serve. É ao mesmo tempo espelho e progênie.

O sistema penal é oferecido como igualitário, “quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas”<sup>663</sup>. Assim a pena privativa de liberdade. O sistema penal é pretensamente tido como justo, “quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular as respostas penais, legais ou ilegais”<sup>664</sup>. A medição da pena privativa de liberdade é herança desse desempenho. “Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a dignidade da pessoa humana (...), quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela”<sup>665</sup>, instrumentalizada sobretudo pela experiência privativa de liberdade.

O sistema penal é, enfim, um fato de poder. E a pena privativa de liberdade a pura manifestação (política) desse poder<sup>666</sup>.

Corroborando a constatação de que o sistema penal é um fato de poder, tem-se verificado, ultimamente, fortes críticas<sup>667</sup> à denominada “política da pena mínima”, postura discursiva que tende a atrair a pena privativa de liberdade ao seu mínimo legal, sobretudo para efeito de construção da pena-base. Tais críticas, no entanto, escondem e acompanham a real<sup>668</sup> tendência de incremento da intervenção punitiva estatal a partir de aplicações de penas-base inadvertidamente elevadas, fundadas não no fato, mas na pessoa do acusado, em completa

---

<sup>663</sup> BATISTA, op. cit.p.25-26.

<sup>664</sup> Idem.

<sup>665</sup> Ibidem.

<sup>666</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 202. Maria Lucia Karam, em sentido crítico, também observa: “O momento da aplicação da pena (etapa do processo de criminalização secundária) é decisivo. A violência punitiva já se faz presente pela própria imposição deste instrumento de realização do poder punitivo do Estado, caracterizado pela irracionalidade e pela dor – aquele sofrimento órfão de racionalidade, que atinge dimensões extremas, ao encontrar na privação da liberdade sua forma primordial de materialização. Mas, para além das conseqüências individuais, é, neste momento da aplicação da pena, que se dá uma das mais significativas atuações do sistema pena, em sua função de manutenção e reprodução do poder de classe do Estado, de manutenção e reprodução das relações de dominação e exclusão”. KARAM, op. cit., p. 121.

<sup>667</sup> Em defesa desse entendimento, cf. NUCCI, op. cit., p. 88.

<sup>668</sup> Pesquisa coordenada por Salo de Carvalho apontou os seguintes dados, a partir de acórdãos selecionados junto ao STF, STJ, TSE, e TRE’s: pena aplicada aquém do mínimo (8,02%); pena aplicada no mínimo (9,62%); pena aplicada acima do mínimo (64,7%); sem referência (17,64%). CARVALHO, op. cit., p. 17-18.



subversão dos preceitos constitucionais penais<sup>669</sup>. Verifica-se ainda, na prática, a fixação de pena-base acima do mínimo legal, tanto sem motivação suficiente, quanto alicerçada em aspectos subsumidos no próprio tipo penal, a réus em cujo favor deveriam militar as garantias desenhadas na legislação penal pátria.

Trata-se, enfim, de um processo de desconstrução do dogma da “pena mínima”, presente na concreção dos preceitos secundários dos tipos penais e que representa a essência do dever jurídico-constitucional de redução da intensidade da afetação individual. Parte desse processo deve-se à direta associação entre o quantum penal e a satisfação das idealizadas finalidades de prevenção e reprovação. Nesse aspecto, crê-se que a injunção da pena mínima importa em retribuição insuficiente ou em deficitária prevenção de delitos, percepção esta tendente ao progressivo agravamento do tratamento penal. Parcela significativa deste processo também se deve à “*apropriação da pena*” por parte de alguns aplicadores. Julgando-se seus donos, olvidam-se do basilar imperativo de motivação, quando não a manejam de modo a obstar deliberadamente determinados direitos do acusado<sup>670</sup>.

Nesse aspecto, uma nova proposta possui como desafios precípuos a identificação, o descortino e a deslegitimação dogmática de tentativas de rompimento judicial com a legalidade e com a consciência constitucional na aplicação da pena. A perspectiva mitigadora

<sup>669</sup> Destaca-se, nesse aspecto, a crítica formulada por André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade: “[...] *pela simples análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, percebe-se a incidência de um Direito Penal do autor (característico do Direito Penal do inimigo) e não do fato (característico do Direito Penal clássico) [...] A valoração dos maus antecedentes para o incremento da pena é a punição do agente pela reiteração da prática de um delito. Aqui entra a influência do Direito Penal do inimigo, que traz a teoria de que aquele que reiteradamente transgredir o ordenamento exclui-se de ser cidadão e, por isso, será tratado como inimigo, conforme já exposto anteriormente. Neste diapasão, o aumento da punição pela reiteração de um crime denota um fragmento do Direito Penal do inimigo no retrógrado Código Penal brasileiro, visto que em tal Direito há uma diferenciação entre as pessoas de acordo com o seu grau de periculosidade, que é determinado pela reiteração de delitos praticados (sendo o inimigo aquele que se afasta de maneira duradoura do Direito). Além dos antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos do crime trazem forte influência do Direito Penal do inimigo. Estas três circunstâncias advêm de uma análise do foro íntimo do réu. Aqui incide, flagrantemente, um Direito Penal do autor e não do fato. No âmbito da conduta social e da personalidade, aumenta-se a pena do agente pelo seu “mau comportamento” perante a sociedade, pelo que ele é, pelo modo de vida que escolheu e por fatos que dizem que ele já praticou, não pelo delito cometido. Pune-se o agente pela pessoa que diversos fatores sociais, biológicos e psicológicos o tornaram ao longo de sua existência [...] Por fim, a circunstância do motivo do crime diz respeito a uma vontade íntima do réu, o porquê do cometimento do delito [...] de qualquer forma, o incremento da pena devido ao motivo do crime, não importa qual ele seja, o que diz respeito exclusivamente à intimidade do réu, admite um Direito Penal do inimigo, do autor, em detrimento de um Direito Penal do fato. Incrementar a pena com base na razão do cometimento do delito é punir o réu por pensamentos e desejos moralmente reprováveis. Encontramo-nos diante de uma violação descarada das bases de nosso Direito Penal clássico”.* CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Traços do Direito Penal do inimigo na fixação da pena-base. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 178, p. 2-3, set. 2007.

<sup>670</sup> Exemplos proeminentes da referida postura dizem respeito à vedação desarrazoada aos institutos de suspensão condicional do processo e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como a imposição de perda de cargo, função pública ou mandato eletivo por aplicação de pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, ou por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública. Destacam-se ainda a majoração de pena com o fito de alterar os ditames do art. 33, §2º, do CP quanto ao regime inicial de cumprimento.

busca, em última análise, uma inversão dogmática da própria lógica e sentido interpretativo das normas penais, apontando-as para a contenção racional do poder punitivo e, por via de consequência, munindo o Poder Judiciário de instrumentos discursivos para o coerente adimplemento da obrigação constitucional, consectária da humanidade, de minimizar os males causados pela privação da liberdade. Nesse contexto, não apenas a dogmática, mas os próprios métodos de fixação da medida da pena privativa de liberdade carecem de uma releitura constitucional.

Os critérios de fixação da pena privativa de liberdade até hoje concebidos não se harmonizam com um novo paradigma constitucional que atribui não apenas ao Poder Judiciário, mas a todas as agências jurídicas o dever jurídico-constitucional de humanamente minimizar a afetação do indivíduo sentenciado e conter racionalmente o poder punitivo típico do estado de polícia.

Em nome deste esforço contendor, faz-se mister, em primeiro lugar, conceber a aplicação da pena privativa de liberdade como tarefa reguladora da conflitividade social. Inexistindo conflitividade, torna-se insubsistente e irracional a constrição da liberdade individual. A partir desta premissa, é possível sustentar que a aplicação da pena jamais pode transcender os limites de conflitividade discutida na lide, ou seja, ao juízo seria vedado impor uma pena superior à concretamente requerida pela acusação. Agindo de forma diversa, estará o aplicador vulnerando o princípio acusatório, atuando inquisitorialmente em favor da maximização de danos, além de efetivamente retalhar o contraditório e a ampla defesa com uma magnitude punitiva alheia ao conflito.

Outra medida imprescindível para o sucesso de uma política de redução de danos consiste na cisão do julgamento criminal em duas fases: cognitiva e de aplicação de pena. Trata-se de uma providência em moldes assemelhados aos da “*cesura penal*” espanhola, “*cesura de juicio*” argentina, “*césure*” francesa, do sistema “*Schuldinterlokut*”<sup>671</sup> alemão, ou

---

<sup>671</sup> Nesse sentido, assevera Anabela de Miranda Rodrigues: “Com diversa intensidade, toda a mais qualificada doutrina penalista de língua alemã é unânime em considerar a necessidade de um desdobramento institucional em duas fases distintas do julgamento: uma dedicada à averiguação da questão da culpa e outra à determinação da pena (em sentido estrito e em sentido lato). A título meramente exemplificativo, vide ZIPF, *Kriminalpolitik*, 149 s.; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen*, p. 94 s.; KAISER, *Lehrbuch*, p. 257; BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, p. 182 s.; ROXIN, *Probleme der Strafprozessreform*, p. 52 s.; SCHÖCH, *Strafprozess und Reform*, p. 59 s.”, op. cit., p.42-43. Por sua vez, Bibiana Marys Birriel Moreira afirma que a teoria que sustenta a cisão do juízo penal “se funda en un concepto de culpabilidad garantizador, que permite preservar al individuo del abuso del poder del Estado”. BIRRIEL MOREIRA, op. cit., p. 77.

ainda, do sistema “*bifurcation*” norte-americano<sup>672</sup> porém com um viés tendencialmente redutor da tarefa de aplicação da pena privativa de liberdade.

A fase cognitiva consistiria na verificação se determinada pessoa é ou não criminalmente responsável por um fato delitivo. Trata-se da apreciação concreta das provas e constatação analítica da presença de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade<sup>673</sup>. Reconhecida a responsabilidade criminal, o juízo admitiria, assim, ser incabível conter a parcela do poder punitivo que se habilita, conduzindo o acusado a um juízo condenatório, atualmente materializado, conforme já salientado, pelo emprego da comum expressão “*Isto posto, condeno...*”.

Em outras palavras, a primeira etapa abarcaria “*todos los elementos necesarios para poner a cargo o no del imputado una acción punible, y que culmine, em caso de condena, con la expresión de la pena maxima viable conforme a la función limitativa de la culpabilidad por el ilícito*”<sup>674</sup>.

---

<sup>672</sup> No sistema “*bifurcation*” norte americano, a função dos jurados consiste em deliberar sobre a culpabilidade ou inocência do acusado, cabendo ao juiz, em um segundo momento, uma vez afirmada a culpabilidade do agente, aplicar a pena ou suspendê-la mediante condições (*probation*). Os dados relativos ao acusado (tais como antecedentes, declaração de circunstâncias sobre o delito e de circunstâncias que afetem o comportamento do indivíduo, avaliação psicológica e entrevistas com pessoas que mantenham relação social com o acusado) não são conhecidos na primeira fase do júri (a não ser por requerimento expresso do acusado, quando, por exemplo, seja necessário alegar insanidade), sendo compilados para uso na segunda fase. Tal compilação é materializada em um relatório preliminar à sentença denominado “*presentence report*”, elaborado pelo serviço de *probation* do tribunal. Este relatório pode ser dispensado por renúncia do próprio acusado. Admite-se, em certos Estados, que o próprio juiz promova a oitiva de amigos, vizinhos e outras pessoas que entender relevantes para a aferição da conduta social do acusado. Sobre o tema, cf. BERTONI Eduardo Andrés. *La Cesura del Juicio Penal*. In: VVAA. *Determinación judicial de la pena*. Julio Bernardo Maier (Comp.). Buenos Aires: Editores del Puerto: 1993, p. 119-123. Gerhard Mueller e Douglas Besharov elucidam a marca fundamental do sistema angloamericano: “*Thus, the most prominent feature which differentiates the Anglo-American system from the continental one is the fact that the individual is not judged, as a human being, before is determined that he committed the act in question. In other words, the individual’s character is not called into question until after the act has been proven beyond a reasonable doubt. Then the question of the character may be raised for the determination of sentence*”. MUELLER, Gerhard; BESHAROV, Douglas *Bifurcation: the two phase system of tribunal procedure in the United States*. Disponível em: <[http://www.welfareacademy.org/pubs/legal/bifurcation\\_69.pdf](http://www.welfareacademy.org/pubs/legal/bifurcation_69.pdf)>. Acesso em: 26 de agosto de 2010.

<sup>673</sup> Em relação à cisão (cesura) do juízo, duas posições se conflitam. A primeira delas sustenta que a primeira fase do juízo deve conter questões ligadas ao injusto (tipicidade e antijuridicidade), restando para a fase subsequente a análise da culpabilidade e dos elementos da quantificação penal. Segundo esta corrente, tendo em vista que uma das mais importantes funções da cisão do juízo consiste no impedimento de que dados relativos à personalidade e intimidade do acusado sejam divulgados antes da certeza da ocorrência de um injusto penal, pretender analisar elementos da culpabilidade (ex.: capacidade de motivação conforme o direito) já na primeira fase importaria em intromissão indevida na seara individual. Esta é a posição sustentada por Juan Bustos Ramírez, quando afirma: “[...] *no tendría sentido seguir adelante, en respeto consecuente al principio de inocencia y de mínima lesividad del proceso para el imputado, si se constata que por cualquier razón no se da el injusto o no tiene sentido su persecución*”. Cf. BUSTOS RAMIREZ, op. cit., p. 332. Já uma segunda posição, sustentando ser necessária a apreciação de dados subjetivos do acusado para a análise do erro ou dos elementos subjetivos das causas de justificação, defende que a primeira fase do juízo deve ser encerrada somente após a constatação da culpabilidade do agente. Sobre este embate doutrinário, cf. BERTONI, op. cit., p. 117-118.

<sup>674</sup> MAGARIÑOS, op. cit., p. 82. Assim também propõe MAIER, Julio Bernardo. *La cesura del juicio penal*. In: *Doctrina Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 241.

Em uma sistemática minimizadora de danos, encerrada a primeira fase (cognitiva), todo o influxo condenatório restaria superado, iniciando-se a etapa de aplicação redutora da pena, corporificada atualmente na ordinária expressão “*Passo a dosar-lhe a pena...*”. Esta etapa se notabilizaria por ser o momento de contenção racional do poder punitivo, antes que esteja definitivamente habilitado o arresto estatal de parte do tempo existencial do condenado.

Na segunda etapa de aplicação, com debate sigiloso entre as partes, perquirir-se-ia a relação concreta entre autor e fato delitivo, analisando a individualidade e vulnerabilidade<sup>675</sup> do primeiro, sempre de modo humanizante. Seria verificada a aplicabilidade ou não de circunstâncias judiciais (desde que favoráveis ao acusado) e, em seguida, as tendências exasperadora (sempre vinculada à lei expressa e a fatores estritamente objetivos), e mitigadora da pena (não necessariamente atrelada à lei expressa e passível de apreciação subjetiva pelo juiz), além de possíveis fatores político-criminais, desde que redutores (ex.: prescindibilidade da pena), sem se descurar da possibilidade de redução penal tendo em vista as consequências da imposição da pena privativa para a vida futura do acusado (dessocialização, desagregação familiar etc.)<sup>676</sup>.

Na segunda etapa, restaria enfim afastada a profusão de juízos de índole moralizante, defensivista, discriminatória, repressiva ou preventiva, em detrimento do acusado

Salutar a cisão processual não apenas para se evitar que o ranço punitivo contamine a tarefa de aplicação da pena, mas também para se assegurar ampla defesa ao acusado, que poderá livremente objetar razões para o afastamento da responsabilidade (“*an*”) criminal, sem que estas sejam prejudicadas pela necessidade de apresentação, de antemão, de teses subsidiárias afetas à gradação penal (“*quantum*”), em caso de condenação. Este entendimento é amplamente corroborado pela moderna doutrina:

<sup>675</sup> Aqui seria analisada a possibilidade de redução da pena tanto em virtude da posição ou estado de vulnerabilidade do acusado frente ao sistema penal (risco de seleção criminalizante pelo pertencimento a um extrato ou grupo social), quanto em razão do menor esforço do acusado de autocolocação em situação de vulnerabilidade. Em favor dessa análise, sustenta Mario Magariños: “*a mi modo de ver, ‘la situación o estado de vulnerabilidad’ de la que habla Zaffaroni puede resultar un concepto útil para que, una vez constatada la falta de respuesta que el ordenamiento jurídico exigía del sujeto (ilícito responsable), se verifique luego en qué medida quien exige ha dado los elementos o establecido las condiciones necesarias (materiales y espirituales) para que el sujeto pueda brindar la respuesta exigida*”. MAGARIÑOS, op. cit., p. 85. Abordando o mesmo tema, cf. BUSTOS RAMÍREZ, op. cit., p. 326-327.

<sup>676</sup> A consideração das consequências da pena para o condenado assemelha-se, mas não se confunde, com a concepção de Alejandro Slokar, que sustenta um modelo de indeterminação judicial relativa da pena, em que se deveria fixar o termo máximo da pena privativa de liberdade, atendendo-se à legalidade e à necessidade de se dar ao condenado ciência do máximo de pena possível, para então se analisar a possibilidade de redução penal em virtude das consequências atuais e futuras da execução da pena sobre o condenado. Nesse sentido, cf. SLOKAR, Alejandro W. Culpabilidad y pena: trazos críticos sobre la cuantificación punitiva (por una indeterminación judicial relativa). In: *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, n. 4, p. 219-243, 1998.

O fato de se produzir ao mesmo tempo o caso de determinação da pena e da punibilidade, programa a predisposição do Tribunal, e leva o réu e o seu defensor a um difícil conflito. O culpado tem o direito de permanecer em silêncio durante todo o processo penal. Não raro, surge para ele a situação em que o silêncio seja razoável para o caso de punibilidade, no entanto, para o caso de determinação da pena seria razoável que ele se manifestasse. Quanto ao ato que ele, por exemplo, cometeu e que lhe foi imputado, mas que ele reparou (ainda que parcialmente), deverá ocultar também este último, se ele quiser manter para si o primeiro. Mas nesse caso ele não só conta com que o Tribunal, ao manter a prova da punibilidade, atinja uma decisão de determinação da pena em seu prejuízo, como também – o que é muito freqüente – que ele não tem chance de participar de modo ativo na produção do caso de determinação da sua pena, de manifestar amplamente seus problemas, de modo que o Tribunal possa encontrar uma decisão que, pelo menos, venha ao encontro destes problemas. O defensor, que deve apoiar e aconselhar o acusado também quanto a esta reação processual, até aqui tem o mesmo problema. Além disso, em seu discurso final – condicionado ao fato de que basta ao tribunal a prova da punibilidade -, ele se coloca diante da dificuldade de ter que empregar também argumentos e indicações para uma possível medida de pena, embora ele tenha direcionado toda a sua estratégia e seu poder de convicção de maneira que não permitisse passar de modo algum por uma decisão de determinação da pena<sup>677</sup>.

Outro fator favorável à cisão processual consiste no impedimento, antes da sentença penal condenatória, da investigação estatal sobre a vida particular do sujeito, suas relações pessoais e sociais e suas perspectivas de futuro, em flagrante violação ao direito constitucional da intimidade<sup>678</sup> - violação potencializada pela inerente publicidade do processo penal - de alguém sobre o qual sequer paira um decreto condenatório<sup>679</sup>.

A cisão do julgamento também asseguraria o respeito aos axiomas da presunção de inocência e da mínima lesividade do processo penal. A primeira restaria resguardada pela proibição de investigação da vida pregressa do acusado antes da constatação da existência ou não do delito, evitando a influência de eventuais antecedentes criminais sobre a decisão penal. Por sua vez, a mínima lesividade do processo penal permaneceria inatacada pela vedação da análise antecipada de todas as circunstâncias afetas ao autor, apreciação esta que sobrepujaria o direito penal do fato em prol de uma perspectiva de autor avessa à dignidade da pessoa

<sup>677</sup> HASSEMER, op. cit., p. 154. Eduardo Andres Bertoni também se manifesta nesse sentido, afirmando: “*Lo relevante es que, en rigor, se pone en juego la dignidad de la persona, por lo cual, lo que sirva de base para la imposición de la pena debe ser transparente, y merece un tratamiento que permita al penado contar con las mismas garantías que cuenta para defenderse de los hechos que le son imputados*” BERTONI, op. cit., p. 115.

<sup>678</sup> Nesse sentido, salientam Zaffaroni e Pierangelli: “*O princípio constitucional da inocência impede – na nossa maneira de ver – a realização do informe criminológico de um processado. Cremos que, se efetivamente se quisesse implantar esse informe, se faria mister dividir o processo, ou o juízo, em duas partes – como sucede, algumas vezes, nos Estados Unidos: na primeira se estabelecendo a autoria e a classificação legal do fato, e, numa segunda etapa, procede-se à individualização da pena. de outra maneira, pretender realizar um informe criminológico de um processado é penetrar no âmbito de privacidade e intimidade de uma pessoa, que a lei presume inocente, e que de modo algum autorizam os mais elementares princípios do Estado de Direito*”. ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 710.

<sup>679</sup> A preocupação com o resguardo da intimidade do acusado face à investigação estatal sobre sua vida particular faz com que parte da doutrina moderna sustente que a cisão do julgamento não pode ser uma obrigação legal, nem uma faculdade do juízo. A lei processual deveria, sim, facultar ao próprio imputado a solicitação ou não da realização da segunda fase. Nesse sentido, MAGARINOS, op. cit., p. 83. Como contraponto a este entendimento, pode-se sustentar que a publicidade do processo penal deve cingir-se apenas à primeira fase de cognição acerca da responsabilização penal. Na segunda fase, a publicidade cederia espaço constitucional à garantia da intimidade do acusado, viabilizada pelo sigilo (segredo de justiça).

humana e, portanto, contrária ao dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual.

Juan Bustos Ramirez defende a cisão do julgamento nos seguintes termos:

*[...] por otra parte, desde la perspectiva de los principios básicos garantistas del proceso, como son la presunción de inocencia y que este cause, por eso mismo, el menor daño posible al procesado o imputado, naturalmente adelantar al momento de la indagación del hecho o determinación del injusto, la cuestión de la determinación de la pena, afectaría gravemente el principio de inocencia y de la mínima lesividad del proceso. En efecto, como hemos visto, la determinación de la pena obliga a inmiscuirse con la vida del imputado, con las situaciones sociales que lo rodean, con sus problemas de personalidad o enfrentamiento de situaciones, etc. Ello, evidentemente, no puede decidirse antes de haber constatado la existencia de un delito o injusto.<sup>680</sup>*

Salienta-se ainda na doutrina que a cisão do juízo poderia ensejar, na segunda fase, a discussão de formas alternativas de resolução dos conflitos, permitindo que a vítima possa discutir a reparação ou compensação que entender adequadas, fato este que não apenas conferiria à vítima um lugar no processo penal, como também asseguraria a ela (e ao acusado) plenas garantias.<sup>681</sup>

Enfim, a adoção do sistema de cisão do juízo parece ser a solução mais coerente e humanizadora – que vê asseguradas a ampla defesa, intimidade, presunção de inocência e mínima lesividade do processo penal –, para a vítima, efetivamente incluída no debate processual e inclusive para o Estado, cujo interesse é o de se chegar às penas mais adequadas e fidedignas ao caso concreto.

Especificamente no tocante aos métodos de aplicação da pena privativa de liberdade, a revitalização do critério bifásico de Roberto Lyra - embora seja este um critério prático - não seria suficiente para o cumprimento do referido dever, uma vez que permitiria a avaliação desfavorável das circunstâncias judiciais, além de obstar uma adequada sindicabilidade quanto às circunstâncias agravantes consideradas pelo aplicador. Colidiria, nesse ponto, com a nova sistemática constitucional mitigadora da tarefa de aplicação da pena privativa de liberdade.

Por outro lado, o arquétipo trifásico de Nelson Hungria revelou-se imperfeito, ao franquear a prevalência de um entendimento capaz de retirar completamente a eficácia de uma

<sup>680</sup> BUSTOS RAMIREZ, op. cit., p. 329-330. No mesmo sentido, cf. MAGARIÑOS, op. cit., p. 82; HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. trad. de Francisco Muñoz Conde y Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 130.

<sup>681</sup> BERTONI, op. cit., p. 116.

circunstância legal atenuante cogente, caso sua aplicação enseje a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Até hoje a prática judicial de aplicação da pena não conseguiu desatar-se desse enlace à individualização, à humanidade da pena e, em última instância, ao próprio Estado de Direito.

Partindo-se dessas premissas, necessita prosperar um novo modelo hermenêutico de aplicação da pena, que não deixe de lado os imprescindíveis caracteres da praticidade e contenção do poder punitivo. Sem a pretensão de esgotar o tema e a título propositivo, soa coerente a adoção de um método interpretativo trifásico-redutor.

Segundo esse critério trifásico-redutor, o mínimo legal cominado para determinada espécie delitiva não representa um limite inferior, mas simplesmente o marco inicial do processo de determinação da medida da pena privativa de liberdade, tendo em vista ser este o ponto de partida abstratamente demarcado pelo legislador como aquele já adequado para que se principie a avaliação judicial de uma conduta típica, antijurídica e culpável. Prova disso reside na constatação de que, a míngua de circunstâncias outras, a pena mantém-se fixada no mínimo.

Sobre o marco inicial legalmente assinalado, cumpre ao magistrado fixar a pena-base, atendendo às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, porém nunca utilizando-as de forma gravosa ao sentenciado. Constatando a presença de uma ou mais circunstâncias favoráveis do art. 59, caberá ao juízo conduzir a pena-base a um patamar inferior ao ponto de partida legal. Inexistindo circunstâncias judiciais favoráveis, a pena-base então coincidirá com o ponto de partida legal (mínimo legal cominado). Fixada a pena-base, em um segundo momento levará em consideração as circunstâncias atenuantes (tendência mitigadora), de aplicação obrigatória, e agravantes (tendência exasperadora), de natureza facultativa, a serem sopesadas no caso concreto. Atingido um quantum penal definido a partir da análise das circunstâncias do fato, judiciais e legais, sobre ele fará o magistrado incidir as causas de diminuição (nova tendência mitigadora) e de aumento (nova tendência exasperadora), se constatadas. Inexistindo tais causas, restará finalizada a mensuração da pena<sup>682</sup>.

---

<sup>682</sup> A título exemplificativo, na aplicação da pena pelo crime de homicídio simples (art. 121, *caput*, do CP), agiria o magistrado da seguinte forma: em primeiro lugar, consideraria o mínimo legal cominado para esse crime (seis anos) não como um limite inferior, porém como o marco inicial do processo de determinação penal. Sobre o marco inicial legalmente assinalado (seis anos), fixaria a pena-base, atendendo às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, sem no entanto utilizá-las em desfavor do sentenciado. Constatando a presença de uma ou mais circunstâncias judiciais favoráveis, conduziria

Cumprir salientar que nesta perspectiva, a elevação da pena somente pode se dar por expressa e inequívoca disposição legal, não cabendo ao magistrado, agente do Estado, formular juízos de reprovação sobre um cidadão que não sejam estritamente jurídicos, objetivos e diretamente advindos da própria lei. Na verdade, limitar o esforço exasperador do juiz por meio da lei não significa impor amarras à interpretação judicial, mas apenas indicar balizas máximas a essa tarefa, visando prevenir excessos no exercício do poder punitivo. Em última análise e a grosso modo, significa advertir o magistrado acerca de seu compromisso jurídico-constitucional de minorar o sofrimento humano.

Chegar-se-ia, com isso, à seguinte equação: em nome da segurança jurídica, qualquer forma de incremento penal (agravantes do art. 61 e causas legais de aumento de pena) deve constituir uma operação individualizadora estritamente vinculada à lei, incumbindo ao magistrado decidir sobre sua pertinência ou não no caso concreto, sem a formulação de juízos que não sejam estritamente jurídicos. Por outro lado, a redução da pena pode ser tanto fruto de uma operação individualizadora jurídico-objetiva e cogente (atenuantes nominadas e causas de diminuição da pena), quanto subjetiva (diminuição oriunda das circunstâncias judiciais e atenuantes inominadas). Em suma, a individualização da pena, enquanto preceito de índole constitucional, somente pode ser empreendida em favor do condenado.

O critério trifásico-redutor a princípio também desconsidera – por inconstitucionais que são – as finalidades de reprovação e prevenção como atualmente veiculadas na parte final do art. 59 do CP. Devem, pois, ser suprimidas do ordenamento jurídico-penal. Ainda que se entenda pelo cabimento da subsistência das finalidades de reprovação e prevenção, estas receberiam a apropriada reinterpretação, conforme o dever de minimização da afetação imposto pela Constituição.

---

a pena-base a um patamar inferior a seis anos (ponto de partida legal). Inexistindo circunstâncias judiciais favoráveis, a pena-base então se manteria nos mesmos seis anos (ponto de partida legal). Após a fixação da pena-base, em um segundo momento levaria em conta as circunstâncias atenuantes (tendência mitigadora), de aplicação obrigatória, e agravantes (tendência exasperadora), de natureza facultativa. Por fim, faria incidir as causas de diminuição (nova tendência mitigadora) e de aumento (nova tendência exasperadora), se presentes. Não se aplicando estas últimas causas, restaria encerrada a aplicação da pena. Na tentativa de adoção de um novo critério de determinação da pena, mais racional do que o vigente, Leonardo Massud propõe que as circunstâncias relacionadas ao direito penal do fato – a culpabilidade, os motivos (que se revelam por atos externos, tendo estes ligação com a ação criminosa), as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima – sirvam como parâmetro do teto punitivo. Em um segundo momento, tendo este teto como limite, caberia ao magistrado arrefecer ou não a punição, conforme os elementos subjetivos do autor, tais como os antecedentes, a conduta social e a personalidade. Cf. MASSUD, op. cit., p.146-147. Em que pese a coerente e louvável iniciativa, o critério trifásico-redutor, ora proposto, parece tornar mais ampla a empreitada constitucional-mitigadora.



O primeiro ponto do processo reinterpreativo consiste na afirmação de que os juízos retributivos e preventivos prejudiciais ao réu, ainda que legítimos fossem, esgotar-se-iam na atividade legiferante de cominação das penas. Não devem se estender à atividade judicial de aplicação da pena, múnus este pautado pela absoluta imparcialidade. Isso conduz a uma reinterpretação teleológica do art. 59 do CP, de modo que as funções ali anunciadas sejam enfrentadas de forma vetorialmente minimizante.

Como segunda assertiva de uma nova concepção, tem-se que, na tarefa de aplicação da pena propriamente dita, a necessidade e a suficiência da reprovação significariam não um reproche moral do indivíduo ou de seu ato, mas um juízo de constatação estritamente jurídico, identificado com a própria responsabilidade jurídica por um injusto penal<sup>683</sup> (relação normativa de responsabilidade), incapaz, portanto, de influir na exasperação da pena.

Por outro lado, a necessidade e suficiência da prevenção também sofreriam uma revisão interpretativa, pautada na refutação da perspectiva preventivo-especial negativa e das perspectivas preventivo-gerais prejudiciais ao réu, assim como na inversão interpretativa do atual sentido de prevenção especial. Em um prisma redutor, necessária e suficiente seria a atuação judicial que menor afetação (estigmatização, dessocialização<sup>684</sup> etc.) produzisse no projeto existencial, presente e futuro, do sentenciado, nunca se descurando do fato de que a própria segregação já produz efeitos penalizadores próprios (por exemplo, a perda de emprego ou dos meios de sustento próprio e da família)<sup>685</sup>.

<sup>683</sup> Esse entendimento assemelha-se ao adotado por Zaffaroni e Pierangeli: “*Como critério geral, estimamos que a regra última é aquela que permite ordenar as demais: ‘necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime’.* Se tomarmos estas palavras ao pé da letra, se teria a impressão de que meras considerações preventivas poderiam fundamentar a quantificação da pena, e isso iria contrariar a racionalidade, e, fundamentalmente, a todo o sistema construído pelo Código. Parece-nos suficientemente claro que a fórmula legal quer dizer é que os elementos anteriores devem ser considerados para a determinação do grau de reprovação do injusto[...]”. ZAFFARONI; PIERANGELLI, op. cit., p. 709. Juarez Tavares, por sua vez, entende que “o juízo de suficiência e, ainda, o de necessidade conduzem a formas de ponderação em torno daquilo que o legislador assentou como vital na individualização: a satisfação da reprovação e da prevenção do delito; dito de outra forma: a proteção programática do bem jurídico e a reinserção social do autor. O juízo de suficiência, portanto, não é um juízo estatístico acerca da medida da pena para a obtenção dos efeitos repressivos e preventivos, e, sim, um juízo normativo complementar ao juízo de necessidade, inferido da relação entre a lesão de bem jurídico, a conduta concreta do agente, sua capacidade de motivação e a consequência jurídica a ser imposta”. TAVARES, op. cit. p. 131.

<sup>684</sup> Nesse sentido, afirma Juarez Tavares: “O processo de individualização da pena não pode ser visto como puro instrumento de satisfação de uma política criminal assentada sobre uma base infalível. Ao contrário; a concretização da medida da pena deve assegurar a oportunidade de também criticar os fundamentos legitimadores de sua imposição, sempre sob o pressuposto de que os juízos de necessidade e suficiência só podem ser formulados em função de que a pena imposta não implique a dessocialização do autor”. TAVARES, op. cit. p. 131.

<sup>685</sup> Juarez Cirino, nesse aspecto, afirma que a pena privativa de liberdade “representa a máxima desintegração social do condenado, com a perda do lugar de trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2005, p. 23.

O apelo a considerações de ordem preventivo-geral e de natureza preventivo-especial negativa acaba por reforçar a imprescindibilidade de satisfação de tais escopos, perpetuando um discurso legitimador. A revisão da atual concepção de prevenção especial (única finalidade prescrita pela lei de execução penal) no sentido da menor afetação ao sentenciado supriria a desconsideração das primeiras hipóteses de prevenção, fazendo com que os delitos tenham sua pena reduzida não porque tenham se tornado desnecessárias a prevenção geral ou a prevenção especial negativa, mas porque a manutenção da pena no patamar mais elevado faria com que a atuação judicial causasse uma desnecessária ou exagerada afetação (sofrimento) do apenado. A própria doutrina moderna<sup>686</sup> reconhece que a diminuição (ou não) da pena se possa se dar conforme razões de prevenção especial, tais como o impacto da pena na vida futura do acusado, sua dessocialização e segregação familiar.

Trata-se de uma nova dimensão da prevenção especial positiva, que, reconhecendo a deslegitimação da pena privativa de liberdade e, de forma realista, a impossibilidade das agências jurídicas estancarem os efeitos do poder punitivo, busca discursivamente orientar a atuação judicial em um sentido necessário e suficiente à menor dessocialização do indivíduo. Nesse prisma, ilegal seria a atividade judicial que desatendesse o dever de prevenir efeitos penais irracionais ao apenado<sup>687</sup>.

Assentadas a responsabilização jurídica e a cautela quanto aos efeitos dessocializantes da injunção da pena privativa de liberdade, o início do processo de aplicação da pena então coincidiria com o próprio ponto de partida legal (mínimo legal cominado), haja vista a impossibilidade de elevação da pena-base por incidência de uma das circunstâncias do art. 59. Restando minorada a responsabilização jurídica ou constatando-se que a atribuição de determinado grau penal produzirá desnecessária ou insatisfatória afetação individual, estaria afastado qualquer óbice à condução da pena-base a um patamar inferior ao ponto de partida legal.

Para se afirmar que a pena-base deve se ater entre os limites legais mínimos e máximos cominados, utiliza-se a conjugação entre o art. 68, que prescreve que a pena-base será fixada

---

<sup>686</sup> Por todos, MAGARIÑOS, op. cit., p. 83.

<sup>687</sup> Cumpre destacar, nesse contexto, as observações de Patrícia Ziffer quanto à perspectiva preventivo-especial: *“Pero aun con los cuestionamientos que se le pueden formular tanto en cuanto a la imposibilidad de verificar sus postulados como con relación a su compatibilidad con el estado de derecho, esto no significa que no pueda constituir un argumento plausible para desechar aquellas penas que podrían tener como consecuencia una definitiva desocialización del autor: permitiría definir así el monto que la pena no debe alcanzar”*. ZIFFER, op. cit., p. 97.

atendendo-se ao critério do art. 59 do Código Penal, e o inciso II do próprio art. 59, pelo qual deve o juiz, com base nas circunstâncias judiciais, estabelecer a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Essa conjugação tornou-se um poderoso dogma até o momento, jamais sendo objeto de questionamento. Pautando-se pelo dever jurídico-constitucional de redução da afetação individual, uma nova hermenêutica constitucional da aplicação da pena, ora sustentada, procura desmistificar esse dogma.

Segundo a nova visão constitucional - construtora do critério trifásico-redutor -, após o advento da Constituição de 1988, e com a coligação entre os axiomas da individualização e da legalidade, se por um lado a margem penal inferior representa apenas o início do processo de injunção da pena privativa de liberdade (cuja individualização não pode ser tolhida pela lei<sup>688</sup>), o limiar superior cominado traduz a máxima danosidade penal tolerada para certa espécie delitiva, limiar este intransponível mesmo diante da incidência de uma causa legal de aumento de pena, haja vista a necessidade de respeito à estrita legalidade desta fronteira.

Em defesa deste método hermenêutico de aplicação da pena, outras considerações merecem destaque.

Inicialmente, cumpre salientar que a adoção prática deste modelo hermenêutico não implica no revigoramento de uma pena tarifada, tal como estabelecida no art. 62 do Código Penal de 1890, em que as penas eram fixadas nos graus mínimo, sub-médio, médio, sub-máximo ou máximo, exclusivamente conforme a incidência de circunstâncias atenuantes e agravantes, sem uma efetiva individualização por parte do Juízo. Aqui, possui o aplicador margem suficiente de discricionariedade tanto para o reconhecimento ou não de circunstâncias judiciais favoráveis ao sentenciado, quanto para a aplicação de circunstâncias legais agravantes. O que se veda com o critério de interpretação trifásico-redutor é o uso da discricionariedade judicial em desfavor do réu, o que evidentemente não se confunde com tarifação de penas.

---

<sup>688</sup>A obrigação imposta ao juiz de seguir a conjugação dos artigos 68 e 59 do CP, da maneira como foi concebida, constitui uma manifestação positivista atentatória à individualização da pena, dificultando o exercício do dever constitucional mitigador por parte do magistrado. Inconstitucional, portanto, a exigência da parte final do art. 59 do CP no sentido de que o juiz estabeleça a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Importante ainda mencionar que a análise apartada das circunstâncias judiciais e legais não pode fazer com que estas sejam apagadas por aquelas, pois, conforme já salientado, tais circunstâncias advêm de distintas fases e instâncias de poder no processo de aplicação da pena, sendo as primeiras objeto da manifestação de poder da instância *judicial*, enquanto que as circunstâncias legais refletem, em fase subsequente, a opção (e o poder) político-criminal da instância *legislativa*, fontes estas absolutamente independentes e impassíveis de engessamento uma pela outra.

A apreciação sequencial das circunstâncias judiciais, legais e das causas legais de aumento e diminuição de pena mostra-se mais prática, completa e fiel ao princípio constitucional da individualização da pena, possibilitando o sopesamento pormenorizado de todos os dados circunscritos ao fato concreto e um maior controle dogmático sobre os mesmos. De acrescentar que o fato de não possuírem um quantum específico de redução ou aumento, embora demonstre a similitude ontológica entre as circunstâncias judiciais e legais, não tem o condão de fundir a apreciação destas, fato este prejudicial à própria sindicabilidade da decisão jurisdicional.

Enfim, são estas algumas das bases para a construção de um novo modelo interpretativo de aplicação da pena privativa de liberdade.

Muitas são as ameaças ao dogma da pena mínima. Cíclicos são os influxos punitivistas. À agência judicial - valendo-se do moderno paradigma interpretativo constitucional e trilhando um novo caminho discursivo - compete afinal a mais árdua das funções: conter a ação desmesurada do poder punitivo. Por certo que *“a agência social, com a configuração atual do poder social, não pode pretender resolver os conflitos, e sim limitar-se e esforçar-se por reduzir ao mínimo a intervenção sempre violenta da ação do poder em conjuntura política”*<sup>689</sup>. Todavia, deve sempre procurar pela solução menos invasiva e violenta, *“fonte de legitimação do exercício de poder decisório da agência judicial”*<sup>690</sup>.

---

<sup>689</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 206.

<sup>690</sup> Idem. O autor prossegue concluindo que *“a deslegitimação do sistema penal acaba de demonstrar que a agência judicial é política, que sempre o foram todas as agências judiciais, e que renunciar exercer seu poder ou cedê-lo gratuitamente a outras agências é também um ato político. Porque não há exercício de poder estatal que não seja político: ou é político ou não é poder”*. Idem, p. 207.

## 5. CONCLUSÃO

A aplicação da pena privativa de liberdade é um campo infindável de idéias, teses, idolatrias e pré-concepções da realidade, não sendo apenas um trabalho científico capaz de esgotar tão rico tema. Sem a pretensão de abarcar todos os meandros da tarefa de aplicação da pena privativa de liberdade, o presente trabalho buscou responder aos questionamentos introdutoriamente formulados.

A primeira indagação - se um modelo construído na década de 40 do século passado, mesmo após modificações posteriores, ainda se apresenta adequado aos novos paradigmas traçados pela Constituição de 1988 – parece ter a negativa como resposta, visto que a tarefa de aplicação da pena privativa de liberdade tem-se revelado descumpridora do dever de minimização do dano humano ao sentenciado (oriundo do fundamento da dignidade da pessoa humana - art. 1º, III, da CRFB), caminhando no sentido oposto à satisfação dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CRFB) e de promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CRFB).

A resposta negativa ao primeiro questionamento conduziu à investigação acerca da possibilidade de edificação de um modelo de aplicação da pena privativa de liberdade adequado à Constituição e direcionado à promoção da liberdade, justiça e solidariedade sociais, do bem comum e do respeito à dignidade humana.

O presente trabalho buscou, enfim, apresentar algumas bases teóricas para a construção de um novo modelo hermenêutico-discursivo de contenção do poder punitivo, no âmbito da aplicação da pena privativa de liberdade.

Como premissa inicial do novo modelo, estabeleceu a afirmação de que a atividade sancionatória é desenvolvida sem a devida ponderação quanto à legitimidade do sistema penal e sem o adequado suporte teórico, ambos substituídos por procedimentos automatizados que, fundados em modelos de sentenças e impregnados por discursos positivistas, retribucionistas ou periculosistas, procuram mascarar a seletividade e repressividade do sistema penal e ofuscar a importância do “Direito da Aplicação da Pena” como efetivo instrumento limitador do poder punitivo.

A segunda das premissas consiste na compreensão de que a pena privativa de liberdade se apresenta como representação concreta da opção política adotada pelo Estado, fato este que denota a íntima vinculação entre pena, Forma de governo e Regime de governo e conduz à constatação de que o atrelamento entre Estado e Direito Penal encontra na Constituição vigente seu fundamento e limite.

A última premissa reside na constatação, extraída do texto constitucional de 1988, de que Democracia e Republicanismo são, ao mesmo tempo, os alicerces do Estado de Direito Brasileiro e os parâmetros a serem seguidos na aplicação da pena privativa de liberdade. Esta última deve, portanto, respeitar os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CRFB) e de promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CRFB), bem como inspirar-se no fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), cujo correspondente penal consiste no princípio da humanidade das penas.

Partindo-se das três premissas fundamentais, chegou-se à tese fundamental do presente trabalho: tendo em vista que a essência da dignidade da pessoa humana e humanidade das penas reside no arrefecimento da afetação individual pela intervenção do poder punitivo, e que a edificação de uma sociedade livre, justa, solidária e que promova o bem de todos não se coaduna com a habilitação irracional deste mesmo poder, é de se concluir pela existência de um verdadeiro dever jurídico-constitucional da agência judicial no sentido de minimizar a intensidade de afetação do indivíduo sentenciado.

Mais do que um dever, trata-se de um compromisso constitucional de tutela das garantias e direitos fundamentais do apenado, em respeito ao sentido político-criminal redutor traçado pelo constituinte originário. Este sentido deriva-se não apenas da opção republicana e democrática, mas também do caráter social assumido pelo Estado brasileiro, assunção esta que impele a agência judicial - compreendendo que o sistema penal é um fato de poder e a pena a manifestação desse poder - a cumprir a função social de minorar os efeitos da seletividade do sistema penal e limitar ao máximo a dessocialização provocada pela experiência do encarceramento.

O sentido político-criminal definido pelo constituinte originário também conduz à conclusão de que a Constituição de 1988 não incorporou o discurso legitimador da pena

privativa de liberdade, limitando-se as normas constitucionais tão-somente a traçar fronteiras punitivas e conter danos.

A mudança paradigmática defendida no presente trabalho conduz ao reconhecimento de que a habilitação do poder punitivo se esgota com a própria responsabilização criminal por um fato delitivo, etapa esta que deve imediatamente dar lugar à atividade judicial contentora de danos, refratária a influxos discriminatórios, moralizantes, preventivos, repressivos ou dessocializantes. Nesse prisma, busca-se transformar a tarefa de aplicação da pena privativa de liberdade em um meio formal e racional de limitação da afetação do projeto existencial do sentenciado, por parte do poder punitivo.

A nova perspectiva, ora defendida, insere o dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade da afetação individual na posição de principal eixo norteador da interpretação e aplicação da pena privativa de liberdade. Todos os princípios penais passam então a incorporar esse dever como um de seus elementos inspiradores, especificamente como meta jurídica e ética.

Com novo ingrediente e nova roupagem, propõe-se que os princípios penais não mais sofram uma interpretação meramente programática ou dogmática, mas passem a atuar com força de normas jurídicas. Essa concepção hermenêutica, defensora de uma postura axiológica dotada de objetividade e operacionalidade na tutela dos direitos fundamentais, recebe a denominação de “*máxima efetividade redutora*”. Com ela, é possível edificar um discurso prático e funcional à contenção do poder repressivo, seletivo e estigmatizante do sistema penal.

A nova percepção dos princípios penais, inspirada pela verificação lógico-dedutiva da existência de um dever jurídico constitucional da agência judicial no sentido de reduzir a intensidade de afetação do indivíduo, nos conduz à completa revisão dos alicerces da aplicação da pena privativa de liberdade.

O primeiro passo desta revisão consiste no estabelecimento de novos parâmetros para a fixação da pena-base. Os atuais fundam-se na perseguição simultânea das finalidades de reprovação e prevenção do crime, tentativa esta incongruente, haja vista a ontológica oposição e incompatibilidade dos referidos desígnios. Em uma perspectiva democrática, estes são

individualmente irrealizáveis e conjuntamente paradoxais e maximizadores da afetação do indivíduo.

Surge assim a impugnação constitucional às finalidades de reprovação e prevenção do crime, ou, subsidiariamente, uma adequada reinterpretação de tais escopos. Imprescindível também se mostra a conformação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP ao novo sentido político-criminal mitigador de danos trazido pela Constituição de 1988, o que conduz à afirmação de que tais circunstâncias jamais podem ser interpretadas em desfavor do acusado. Apenas em seu favor.

No decorrer da investigação, chegou-se à conclusão de que os métodos de mensuração da pena privativa de liberdade até o momento empregados não correspondem ao novo paradigma constitucional que atribui a todas as agências jurídicas – em especial a judicial - o dever jurídico-constitucional de redução da intensidade da afetação do indivíduo sentenciado.

A mudança paradigmática preconizada inicia-se com a compreensão de que a aplicação da pena privativa de liberdade não pode transcender os limites da conflitividade social latente no evento delitivo, devendo, ao contrário, funcionar como instrumento de contenção racional do poder punitivo. Como medidas práticas, sustenta-se a cisão do julgamento criminal em duas fases - cognitiva e de aplicação de pena -, sendo que, finda a primeira delas (cognitiva), todo o influxo condenatório restaria superado, iniciando-se a etapa de aplicação da pena marcada pela análise humanizadora da individualidade e vulnerabilidade do acusado e pela deslegitimação de juízos discriminatórios, defensivistas, moralizantes, repressivos ou preventivos, em prejuízo do apenado.

Partindo-se da notória falibilidade dos critérios de injunção penal até hoje aventados, preconiza-se a construção de um novo modelo hermenêutico de aplicação da pena, pautados pela praticidade e contenção do poder punitivo. Dá-se a ele a qualificação de “critério trifásico-redutor”.

Segundo este método, o mínimo legal cominado para os diversos tipos penais não funciona como limite inferior, porém como marco do início do procedimento de mensuração da pena privativa de liberdade. Sobre este ponto inicial, será fixada a pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal, todavia sem que as circunstâncias ali descritas possam ser empregadas para intensificar a reprimenda penal. Desse modo, verificada a existência de uma



ou mais circunstâncias favoráveis, caberá ao aplicador dirigir a pena-base a um quantum inferior ao ponto de partida legalmente estabelecido. Caso contrário, não sendo constatada a presença de circunstâncias judiciais favoráveis, a pena-base afinar-se-á com o marco inicial da lei (mínimo legal cominado).

Uma vez definida a pena-base, iniciar-se-ia a segunda fase da aplicação, em que o juízo apreciaria as circunstâncias atenuantes (tendência mitigadora), de aplicação obrigatória, e agravantes (tendência exasperadora), estas facultativas, conforme sua individualizada adequação, ou não, ao caso concreto. Por fim, sobre o patamar alcançado após o sopesamento das circunstâncias do fato, judiciais e legais, procederia o juízo à imposição das causas de diminuição (nova tendência mitigadora) e de aumento (nova tendência exasperadora), se averiguadas. Inexistindo tais causas, restaria concluída a mensuração do quantum da pena privativa de liberdade.

Percebe-se, pela descrição do modelo proposto, que qualquer movimento de exasperação penal tão-somente pode advir de taxativa e precisa imposição legal, não sendo constitucionalmente e democraticamente legítimo que o magistrado, agente do Estado, atribua juízos de reprovação que não sejam essencialmente jurídicos. O recurso à tendência exasperadora, conclui-se, deve ser uma operação de individualização estritamente vinculada à lei, limitando-se o juízo aplicador a deliberar sobre sua conexão ou não ao caso concreto. A tendência mitigadora da pena, de outra parte, pode ser implementada tanto a partir de uma operação individualizadora jurídico-objetiva, quanto subjetiva.

O modelo trifásico-reductor, enfim, nasce da constatação de que os signos da seletividade, repressividade, estigmatização e do poder pautam a privação da liberdade. Côncio de tais efeitos, e ciente de que limite e legitimidade da intervenção penal caminham juntos, o Constituinte de 1988 já firmou posição em defesa do Estado Republicano e Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e humanidade das penas, indicando, ainda que não taxativamente, os caminhos para um novo paradigma hermenêutico quanto à tarefa de determinação da pena privativa de liberdade: a minimização da afetação do indivíduo sentenciado.

Em linhas finais, deixa-se a advertência de que o repúdio ao novo e ao divergente não apenas engessa o desenvolvimento de juízos críticos e propositivos no tocante à tarefa judicial

de aplicação da pena, emperrando sua evolução dogmática, como favorece a conservação de um atávico quadro de passividade do poder decisório judicial frente à irracional ação do poder punitivo. Assim posto, à doutrina penal e às agências jurídicas compete doravante a opção entre a contemplação dos atuais caracteres do sistema penal e a procura de novos horizontes dogmáticos, hermenêuticos e político-criminais.

**REFERÊNCIAS:**

ABREU, Ricardo Luiz de. A personalidade do agente como circunstância judicial na aplicação da pena. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.9, n.104, jul. 2001.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Aplicação da pena. 4ª ed. Porto Alegre: *AJURIS*, Escola Superior da Magistratura, 2003.

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *Direito, poder e opressão*. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Sentença Penal: doutrina, jurisprudência e prática*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.

[RS-D2] Comentário: Somente o título em itálico, subtítulo

ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações Theoricas e Praticas ao Código Criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. Editores, 1864.

ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. *A Técnica da Aplicação da Pena como Instrumento de sua Individualização nos Códigos de 1940 e 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

ASHWORTH, Andrew. *Sentencing and Criminal Justice*. Fourth Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. A personalidade e a culpabilidade na medida da pena. *Revista de Direito Penal*, SP, ed. RT, 1974, nº 15/16.

\_\_\_\_\_. Principio de culpabilidad y individualización de la pena. In: *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos – Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Tório López*. Granada: Comares, 1999.

BAIGÚN, David. *Culpabilidad y coerción estatal*. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMIREZ, Juan (Coords.). *El poder penal del estado - homenaje a Hilde Kaufmann*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

\_\_\_\_\_; ZAFFARONI, Eugenio R.; GARCÍA-PABLOS, Antonio; PIERANGELI, José H. (Coords.). *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. *Manual de Direito Penal*, vol. II. Belo Horizonte: Lemí, 1954.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, 3ªed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002.

BARBOSA, Raimundo. A ilegalidade na aplicação da pena. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.4, maio 1993.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Individualização da Pena: um desafio permanente*. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.

BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. In: *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, abr/jun. 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BÁRTOLI, Marcio; LOPES, Mariângela. Impossibilidade de anulação parcial da sentença penal condenatória diante de vício na fixação da pena. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 179, out. 2007.

BATISTA, Nilo; *Introdução Crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_. Parecer (crime continuado em delitos fiscais e previdenciários). In: *Novas Tendências do Direito Penal. Artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

\_\_\_\_\_. Alguns Princípios para a Reforma da Justiça Criminal. In: *Novas Tendências do Direito Penal. Artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004

\_\_\_\_\_. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. II, tomo I. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2010.

\_\_\_\_\_. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem Anos de Reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003.

BELOFF, Mary. Teorias de la pena. La justificación imposible. In: VVAA. *Determinacion judicial de la pena*. Julio Bernardo Maier (Comp.). Buenos Aires: Editores del Puerto: 1993.

BENTO DE FARIA, Antonio. *Anotações Theorico-praticas ao Código Penal do Brasil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929.

BERTONI, Eduardo Andrés. La Cesura del Juicio Penal. In: VVAA. *Determinacion judicial de la pena*. Julio Bernardo Maier (Comp.). Buenos Aires: Editores del Puerto: 1993.

BIRMAN, Joel. Genealogia da reprovação – sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na cena penal. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem Anos de Reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIRRIEL MOREIRA, Bibiana Marys. *Una aplicación dialéctica de las finalidades sin fin y las determinaciones indeterminadas de la pena*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2008.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Cultura Jurídica, 1998.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. O arbítrio judicial na dosimetria penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 723, jan. 1996.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal, parte geral*. Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, vol. I. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed., 6ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 – Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 231. Brasília: 22 de setembro de 1999. DJ 15.10.1999.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal, Parte Geral*. Tomo 1º. 3ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967.

BRUNS, Hans Jürgen. *Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil*. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1967.

BUSTOS RAMIREZ, Juan e HORMAZABAL MALARÉE. Pena y Estado. In: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Temis: Bogotá, 1982.

\_\_\_\_\_. *Medición de la pena y proceso penal. Hacia una nueva justicia penal*. Tomo I. Buenos Aires: Presidência de La Nación, 1989.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Traços do Direito Penal do inimigo na fixação da pena-base. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 178, set. 2007.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 2ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1984.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CARDOSO DA CUNHA. Rosa Maria. *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1979.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral*, Vol. II. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Ed. Saraiva, 1957.

CARVALHO NETO. Inácio de. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Reformas Penais em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. *Teatro de Sombras: a política imperial*. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1996.

CARVALHO, Salo (Coord.) et al. *Dos critérios de aplicação da pena no Brasil: Análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima*. BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Série Pensando o Direito: pena mínima. n. 02/2009.

\_\_\_\_\_. *Supérfluos fins (da pena): constituição agnóstica e redução de danos*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.156, nov. 2005.

\_\_\_\_\_. A sentença criminal como instrumento de descriminalização (o comprometimento ético do operador do direito na efetivação da Constituição). *AJURIS*, Porto Alegre, v. 33, n. 102, jun. 2006.

CASTRO, Douglas Camarano de. A aplicação da circunstância atenuante inominada em razão da teoria da co-culpabilidade. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.151, jun. 2005.

CATTANEO, Mario. *Anselm Feuerbach. Filosofo e giurista liberale*. Milão: Edizioni di Comunità, 1970.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Questões Penais*. São Paulo: Ed. Del Rey, 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC- Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *A Criminologia Radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

CODESIDO, Eduardo A.; DE MARTINI, Siro M. A. *El concepto de pena y sus implicâncias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*. Buenos Aires: Universitas, 2005.

CONFERÊNCIA DE DESEMBARGADORES, 1ª, 1943. Anais. Rio de Janeiro: 1944, 1 v.

COSTA JUNIOR, Paulo José. *Comentários ao Código Penal*, 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Discrção judicial na dosimetria da pena: fundamentação suficiente. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 21, jan.-jun. 1993.

CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2003.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

DE LA TORRE, Ignacio Verdugo Gómez. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª Ed. Barcelona: Ed. Práxis, 1999.

DELMANTO, Celso et. al. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. atual.. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

DOTTI, René Ariel. Notas para a história das penas no sistema criminal brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol.81, nº 292, dez 1985.

\_\_\_\_\_. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998.

DUARTE. José. Aplicação da Pena – Pena-Base – inteligência do art. 50. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 4, 1942.

DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

D'URSO, Flavia. O princípio constitucional da proporcionalidade como hermenêutica no processo penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.11, n.136, mar. 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Org. Helen Hartmann, tradução. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

FARIAS, Vilson. O exame criminológico na aplicação da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 15, jul-set. 1996.

FAYET SOUZA, Ney. Da pena-base no mínimo legal e reconhecimento de atenuantes e majorantes: aplicação da pena mais justa. In: FAYET JÚNIOR, Ney; WEDY, Miguel Tedesco (Orgs.). *Estudos críticos de direito e processo penal em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. Barcelona: *In Dret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 1, jan-2007.

FERRAJOLI, Luigi. La soberanía en el mundo moderno. In: FERRAJOLI, Luigi (Org.) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho. *Revista Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998/A.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARIS, Maurizio. *Storia dell'ermeneutica*. Milano: Bompiani, 1988.

FERRAZ, Nelson. *Dosimetria da pena: comentários e jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Revista forense, Rio de Janeiro, v. 78, n. 277, jan.-mar. 1982.

\_\_\_\_\_. Aplicação da pena no Código Penal de 1984. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n.605, mar. 1986.

\_\_\_\_\_. Dosimetria da pena. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 19, n. 54, mar. 1992.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Coimbra Editora, 1993.



FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. Consciência constitucional na aplicação da pena-base à luz do princípio da proporcionalidade. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.160, mar. 2006.

FONTANA, Milton. Aplicação da pena: a culpabilidade como pressuposto da reprovação e a valoração das circunstâncias vinculadas ao autor - e não ao fato criminoso. *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, n.44, jan.-mar 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 26ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Microfísica do Poder*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8ª ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. 2ª reimpressão. Trad. Gustavo Eduardo Aboso; Tea Löw. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

FREDERICO MARQUES. José. *Tratado de Direito Penal*, vol. III, 2ª ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1966.

FREUD, Sigmund. *Obras Completas*. Tomo III. Trad. Luis Lopez-Ballesteros y de Torres. 3ª ed. Madrid: Biblioteca Nueva, 1973.

FREUND, Georg. *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal*. Trad. Ramon Ragués I Vallès. In: *El Sistema Integral del Derecho Penal*. WOLTER, Jürgen; FREUND Georg (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*. Heidelberg: R. v. Decker's, G. Schenck, 1993.

\_\_\_\_\_. Delito y sistema del delito. Trad. Ricardo Robles Planas. In: *El Sistema Integral del Derecho Penal*. WOLTER, Jürgen; FREUND Georg (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004.

GALVÃO, Fernando. *Aplicação da Pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

\_\_\_\_\_. A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 707, set. 1994.

GARCIA ARÁN, Mercedes. *La prevención general en la determinación de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid : Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, tomo XXV, fasc. I, jan.-abr.1981.

\_\_\_\_\_. *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*. Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982.

GOFFMAN, Erving. *Estigma. Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no direito penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.9, n.107, out. 2001.

\_\_\_\_\_. Circunstâncias atenuantes e pena aquém do mínimo: é possível. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.10, n.119 Esp., out. 2002.

GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. Derecho penal y teoria de la democracia. In: *Cuadernos Jurídicos, Revista Mensal de Derecho*, n. 30, maio de 1995.

GUIMARÃES, Luiz Chemin. Inovações sobre a aplicação da pena. *Jus. Revista Jurídica do Ministério Público*. Belo Horizonte, v.21, n.9, 1990.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. In: *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6. São Paulo: USP, 2000.

HALL, Calvin; GARDNER, Lindzey; CAMPBELL, John. *Teorias da personalidade*. 4ª Ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

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

HENKEL, Heinrich. *Die "richtige" Strafe*. Tübingen: Mohr, 1969.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal. Obras completas*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*. Fabián J. Di Plácido Editor: Buenos Aires: 2003.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. I, Tomo I. 3ª Ed. São Paulo: Forense, 1955.

ISERHARD, Antônio Maria. *Caráter vingativo da pena*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

JAKOBS, Günther, O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. Nereu José Giacomolli. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, vol. II. Barcelona: Ed. Bosch, 1981.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1*, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.2, n.6, abr.-jun 1994.

\_\_\_\_\_. Fixação desmotivada da pena e nulidade parcial da sentença: uma discussão necessária. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, ano 5, n. 50, jun. 2002.

\_\_\_\_\_. *A Privação da Liberdade: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena*. Série escritos sobre a liberdade, vol. 7. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

KOERNER, Andrei. O Impossível 'Panóptico Tropical Escravista': práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 35, ano 9.

KUEHNE, Maurício. A aplicação da pena: circunstâncias legais. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.6, jul. 1993.

\_\_\_\_\_. *Teoria e prática da aplicação da pena*. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

LEVY, Leonard Willians. *Seasoned Judgements – The American Constitution, Rights and History*. New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers, 1994.

LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, *Revista dos Tribunais*, n. 676/390-3.

LOPES JUNIOR, Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

LUNA, Everardo da Cunha. Das penas e sua aplicação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 64, n. 473, mar.1975.

MACEDO SOARES. Antônio Joaquim. A Reincidência perante o novo Código Penal. *Revista o Direito*, n. 55/530, 1891.

MACEDO SOARES, Oscar de. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004.

MACHADO, Agapito. As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, *Revista dos Tribunais*, n.647/388-9.

MACHADO, Maíra Rocha; PIRES, Alvaro Penna; FERREIRA Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro Mesquita (Coords.). *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Série Pensando o Direito: pena mínima, n. 02/2009.

MAGARIÑOS, Mario. *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*. In: VVAA. *Determinacion judicial de la pena*. Julio Bernardo Maier (Comp.). Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos Humanos do Preso*. São Paulo, Saraiva, 1999.

MAIER, Julio Bernardo. La cesura del juicio penal. In: *Doctrina Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

\_\_\_\_\_. *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte generale*. Padova: Cedam, 1992.

MASSUD, Leonardo. *Da Pena e sua Fixação. Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

MELLO, Dirceu de. Das penas no Direito Penal e sua aplicação: pena indeterminada, uma infeliz criação do novo Estatuto Penal Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 64 , n.475, maio 1975.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica. As origens do sistema penitenciário - séculos XVI-XIX*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

MESSUTI DE ZABALA, Ana Maria. Derecho Penal y derechos humanos. Los círculos hermenéuticos de la pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 28, out.-dez. 1999.

\_\_\_\_\_. *O tempo como pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal, libro de estudio, tomo I, parte general*. Córdoba: Librería El Foro, 1957.

MIR PUIG, Santiago. Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho. In: MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 10ª ed., rev. e atualiz. São Paulo: Ed. Atlas, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis. Texto integral*. São Paulo: ed. Martin Claret, 2003.

MORAES, Benjamim. A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal brasileiro. *Ciência Penal*. São Paulo, v.2, n.2, 1975.

\_\_\_\_\_. A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 64 , n.471, jan. 1975.

MUELLER, Gerhard; BESHAROV, Douglas *Bifurcation: the two phase system of tribunal procedure in the United States*. Disponível em: <[http://www.welfareacademy.org/pubs/legal/bifurcation\\_69.pdf](http://www.welfareacademy.org/pubs/legal/bifurcation_69.pdf)>. Acesso em: 26 de agosto de 2010.

NASSIF, Aramis. *Reincidência: Necessidade de um novo Paradigma*. In: Direito Penal e Processual Penal. Uma Abordagem Crítica, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

NICÁS, Nuria Castelló. *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*. Granada: Editorial Comares, 2007.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: Uma Polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. Vol. I, 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1965.

NUCCI, Guilherme de Souza. A análise da personalidade do réu na aplicação da pena. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.153, ago. 2005

\_\_\_\_\_. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Aplicação da pena a criminosos habituais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 64 , n.479, set. 1975.

ORTIZ, Alceu Loureiro. Aplicação e execução da pena nos casos de criminoso habitual ou por tendência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 64 , n.478, ago. 1975.

OTTENHOF, Reynald et al. *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Reynald Ottenhof (Org.). Toulouse: Érès, 2001.

PACHECO, Jose Ernani de Carvalho. *Jurisprudência Brasileira Criminal, 19 - Aplicação da Pena*. Curitiba: Juruá, 1988.

PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4ª ed. rev. e atualiz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PAGLIARO, Antonio. *La riforma delle sanzione penali tra teoria e prassi*, RIDPP, 1979.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1989.

PASUKANIS, Evgeny. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PIACESI, Débora da Cunha. Funcionalismo Roxiniano e Fins da Pena. In: *Temas de Direito Penal. Parte Geral*. GRECO Luís; LOBATO, Danilo (Coords.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PINTO JÚNIOR, Alceu de Oliveira. A dogmática jurídica e a discricionariedade do juiz na aplicação da pena. *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v.8, jan.-abr. 2003.

PORTO, Luiz Guilherme Moreira. Legislação Penal da Escravidão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 777, jul. 2000.

PRADO, Geraldo. Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Brasileiro: Visão a Partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em Homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. In: *Direito Processual Penal: uma visão garantista*. BONATO, Gilson (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Pode o juiz fixar pena abaixo do mínimo legal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.10, n.112, mar. 2002.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução por L. Cabral de Moncada. 4ª ed. Vol. 1. Coimbra: Armenio Amado, 1961.

REGIS PRADO, Luiz. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 4ª ed., rev., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 07, jul.-set. 1994.

ROCHA, Manuel António Coelho da. *Ensaio sobre a História do governo e da Legislação de Portugal*, 7. ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 1896.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: A Bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Fabio Bittencourt da. A pena e sua aplicação. *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, v. 80, n.668, jun. 1991.

\_\_\_\_\_. *Os antecedentes e a aplicação da pena*. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 28.06.2006.

ROXIN, Claus. A Culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, nº 11-12, jul.– dez. 1973.

\_\_\_\_\_. Sentido y Límites de la pena estatal. In: ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena. Madrid: Réus, 1976.

\_\_\_\_\_. La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. In: *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. trad. e notas de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Réus, 1981.

\_\_\_\_\_. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. Trad. Patrícia Ziffer y Daniel Pastor. In: VVAA. *Determinacion judicial de la pena*. Julio Bernardo Maier (Comp.). Buenos Aires: Editores del Puerto: 1993.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução de uma leitura externa do direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SALEILLES, Raymond. *L'individualization de la peine*. Paris: Alcan, 1898.

SALINERO ALONSO, Carmen. *Teoria general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. A atenuante pode ultrapassar o limite mínimo da pena cominada [Comentário de jurisprudência]. *Boletim IBCCRIM*. Jurisprudência. São Paulo, v.6, n. 65, abr. 1998.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Culpabilidade, modo de ser e medida da pena. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 22, n. 555, fev. 2010.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. Aplicação Constitucional das Circunstâncias Judiciais. *Revista Direito e Liberdade*, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - Região Oeste, Mossoró, ano 5, v. 10, jan.-jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.12, mar.-abr. 2004.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

\_\_\_\_\_. *The role of the victim within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept*, 3 Buff. Crimin. L. Ver. 33, 1999.

\_\_\_\_\_. Prólogo ao livro de HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*. Fabián J. Di Plácido Editor: Buenos Aires: 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Circunstâncias do crime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6 , n.23, jul./set. 1998.

\_\_\_\_\_. CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. ¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria?: sobre el sistema de sanciones del Código Penal. *La Ley*, 1998, n.04.

\_\_\_\_\_. *Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito*. In: El Sistema Integral del Derecho Penal. WOLTER, Jürgen; FREUND Georg (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004.

\_\_\_\_\_. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. Barcelona: *In Dret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 2, Abr-2007.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: José Konfino, 1947.

SLOKAR, Alejandro W. Culpabilidad y pena: trazos críticos sobre la cuantificación punitiva (por una indeterminación judicial relativa). In: *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, n. 4, 1998.

SOLER, Sebastian. *Bases ideológicas de la reforma penal*. Buenos Aires: Eudeba, 1966.

SOUSA E BRITO, José de. Medida da Pena no Novo Código Penal. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.III, 1984.

SOUTO, Miguel Abel. *Teorías de la Pena y Límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*. Madrid: Editorial Dilex, S.L., 2006.

SOUZA. Paulo S. Xavier de. *Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. Madrid: Edersa, 1982.

STRENG, Franz. *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*. Heidelberg: V. Decker, 1984.

SUANNES, Adauto Alonso S. Maus antecedentes e elevação da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, abr-jun 2001.



TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, fascículo especial de lançamento, 1992.

\_\_\_\_\_. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem Anos de Reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral – II, arts. 32 a 120 do Código Penal: teoria geral da pena, medidas de segurança e extinção da punibilidade, extinção condicional do processo, prescrição*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. Aspectos da aplicação da pena no anteprojeto de reforma do Código Penal. *Ciência Penal*, São Paulo, v.7, n.1, 1981.

\_\_\_\_\_. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ªed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

TORON, Alberto Zacharias. A fixação do regime inicial da pena e a reincidência. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.58, set. 1997.

TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença Criminal*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1992.

TUBENSCHLAK, James. Atenuantes. Pena abaixo do mínimo. In: Pacheco, Jose Ernani de Carvalho. *Jurisprudência Brasileira Criminal, 19 - Aplicação da Pena*. Curitiba: Juruá, 1988.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Cual es la relevancia moral del principio de la dignidad humana? In: VVAA, *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*. Patrícia Cópola (Comp.). Córdoba: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), 2006.

VELO, Joe Tennyson. Criminologia Analítica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 07. São Paulo: IBCCRIM, 1998.

VERGARA, Pedro. *Das penas principais e sua aplicação*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni Editora, 1948.

VIANNA, Túlio Lima. Roteiro Didático de Fixação das Penas. *Justilex*, Brasília, a.1, n. 11, nov. 2002.

\_\_\_\_\_. MATTOS, Geovana. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2008.

VIEIRA DE ARAUJO, João. *Ensaio de Direito Penal*. Pernambuco: Typographia do Jornal do Recife, 1884.

\_\_\_\_\_. *Código Penal Commentado Theorica e Praticamente*. Tomo II. Rio, São Paulo e Recife: Laemmert & C. Editores, 1897.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F.BRIGUIET & C – Editores 16 e 18, 1899.

WARAT, Luis Alberto; CUNHA, e Rosa Maria Cardoso da. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. Trad. Guillermo Benlloch Petit. In: *El Sistema Integral del Derecho Penal*. WOLTER, Jürgen; FREUND Georg (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004.

\_\_\_\_\_.; JUNG, Heike. 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 143, n. 5, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Sistemas penales y derechos humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

\_\_\_\_\_. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 6ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

ZENKNER SCHMIDT, Andrei. O direito de punir: revisão crítica. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 9, 2003.

ZIFFER, Patrícia. Consideraciones acerca de la individualización de la pena. In: VVAA. *Determinación judicial de la pena*. Julio Bernardo Maier (Comp.). Buenos Aires: Editores Del Puerto: 1993.

\_\_\_\_\_. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 2ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macias-Picavea. Madrid: Ed. Edersa, 1979.

\_\_\_\_\_. Principios fundamentales de la determinación de la pena. In: *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Edersa, n. 17, 1982.