

**DOSIMETRIA DA PENA: UMA ABORDAGEM
CRIMINOLÓGICA E CONSTITUCIONAL**

PAULO RENATO NICOLA CAPA

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito à
obtenção do título de Mestre em Direito.**

Orientadora: Prof. Dra. VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE

**FLORIANÓPOLIS
2001**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DISSERTAÇÃO DOSIMETRIA DA PENA: UMA ABORDAGEM
CRIMINOLÓGICA E CONSTITUCIONAL**

Elaborada por PAULO RENATO NICOLA CAPA

**e aprovada por todos os membros da banca examinadora, sendo julgada
adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO**

Florianópolis, 18 de setembro de 2001.

BANCA EXAMINADORA:


Prof.^a Dr.^a Vera Regina Pereira de Andrade


Prof. Dr. Silvio Dobrowolski


Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori

Orientadora



Prof.^a Dr.^a Vera Regina Pereira de Andrade

Coordenador do Curso



Prof. Dr. Christian Guy Caubet

AGRADECIMENTOS

A minha esposa **Cristiane**, pela constante renovação dos ideais que dão à vida seus melhores sentidos e pelo imenso amor que faz questão de desnudar a cada dia.

Aos meus queridos filhos **Marcelo e Luísa**, pela pureza e ternura que impelem aos bons sentimentos.

RECONHECIMENTO

Aos professores **Vera Regina Pereira de Andrade, Jackson C. de Azevêdo, Sílvio Dobrowolski e Sérgio Urquhart de Cademartori** pela lucidez e firmeza generosamente compartilhadas.

A aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

“Há já algum tempo eu me apercebi de que, desde meus primeiros anos, recebera muitas falsas opiniões como verdadeiras, e de que aquilo que depois eu fundei em princípios tão mal assegurados não podia ser senão mui duvidoso e incerto; de modo que me era necessário tentar seriamente, uma vez em minha vida, desfazer-me de todas as opiniões a que até então dera crédito, e começar tudo novamente desde os fundamentos, se quisesse estabelecer algo de firme e de constante nas ciências.”

RENÉ DESCARTES

RESUMO

O trabalho realizado começa por percorrer todo o caminho da sistemática atual de dosimetria da pena, a olhos dogmáticos, procurando identificar os pontos em que, nessa ótica, as maiores dificuldades se apresentam. Nesse sentido, alinham-se considerações sobre as principais limitações à tarefa do julgador e transita-se por todo o *iter* a ser percorrido para a aplicação individualizada da pena, especialmente o método trifásico adotado para a individualização da pena privativa de liberdade e, nele, investiga-se com mais relevo a questão da valoração das circunstâncias judiciais e legais.

Em um segundo momento, distanciando-se da dogmática, procura-se resgatar os principais pilares do pensamento criminológico, em especial para o fim de estabelecer a contraposição entre o paradigma etiológico, de matriz positivista, e o paradigma da reação social, mais próximo ao ideário clássico e surgido nos últimos decênios, a partir dos estudos de certas vertentes da Sociologia americana.

Registra-se, nesse sentido, a superação científica do antigo paradigma, que considerava as categorias crime e criminoso como dados preconstituídos da realidade e que se propunha a estudar as causas da criminalidade e os modos de combatê-la, e a afirmação do novo paradigma da reação social, em que a investigação é deslocada para a ação seletiva e estigmatizante do sistema penal.

Assenta-se, a essa medida, que o procedimento dosimétrico continua orientado pelo antigo paradigma e não tem considerado o grave problema, denunciado pelo *labelling approach*, da atividade constitutiva da criminalidade desempenhada pelas instâncias oficiais encarregadas do controle penal. Na esteira desse novo paradigma, o comportamento tido como criminoso é menos uma conduta negativa em si ou uma realidade pré-constituída à reação social do que o resultado efetivo da atividade seletiva e rotulatória do sistema penal, que vai desde a criminalização primária pela definição legal dos crimes até a criminalização secundária pelo etiquetamento, como delinqüente, do indivíduo selecionado pelas agências oficiais de controle penal.

Prova da permanência das influências pretéritas é o papel central assumido, nesse processo, pelas categorias altamente seletivas e estigmatizantes da personalidade, da conduta social e dos antecedentes, não obstante sua completa desconexão com o fato objeto do julgamento.

A seguir, considerando-se que prescindir da figura da pena e do correlato procedimento dosimétrico não é possível, procura-se assentar a necessidade de adoção de parâmetros constitucionais como forma de adequar, na medida do possível, a sistemática.

Prossegue-se, na quadra derradeira do estudo, agora sob inspiração do garantismo, com o exame mais detido das normas constitucionais que asseguram a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas e a individualização da pena, concluindo-se, modo geral, pela necessidade de sua irrestrita consideração. A partir de então, conjuga-se essa disciplina constitucional às lições do *labelling* para sugerir uma adequação do procedimento dosimétrico, com vistas a um resultado que, embora ainda agressivo, o que é inevitável, respeite minimamente os valores constitucionalmente protegidos e seja sensivelmente menos estigmatizante.

RESUMEN

El trabajo realizado comienza por recorrer todo el camino de la sistemática actual de la dosimetría de la pena, a los ojos dogmáticos, procurando identificar los puntos que, en esa óptica, las mayores dificultades se presentan. En ese sentido, se alinean consideraciones sobre las principales limitaciones para la actividad del juzgador y transita por todo el *iter* a ser recorrido para la aplicación individualizada de la pena, especialmente el método trifásico adoptado para la individualización de la pena privativa de libertad y en el se investiga con más relieve la cuestión de la valorización de las circunstancias judiciales y legales.

En un segundo momento, se distanciando de la dogmática, se procura rescatar los principales pilares del pensamiento criminológico, en especial para el fin de establecer la contraposición entre el paradigma etiológico, de la matriz positivista, y el paradigma de la reacción social, más próximo al ideario clásico y surgido en los últimos decenios, a partir de los estudios de ciertas vertientes de la Sociología americana.

Se registra, en ese sentido, la superación científica del antiguo paradigma, que consideraba las categorías crimen y criminoso como datos preconstituídos de la realidad y que se proponía a estudiar las causas de la criminalidad y los modos de combatlarla, y la afirmación del nuevo paradigma de la reacción social, en que la investigación es deslocada para la acción selectiva y estigmatizante del sistema penal.

Se asienta, a esa medida, que el procedimiento dosimétrico continua orientado por el antiguo paradigma y no ha considerado el grave problema, denunciado por el *labelling approach*, de la actividad constitutiva de la criminalidad desempeñada por las instancias oficiales encargadas del control penal. En la estera de esse nuevo paradigma, el comportamiento tenido como criminoso es menos una conducta negativa en si o una realidad preconstituída para la reacción social de que el resultado efectivo de la actividad selectiva y rotulatória del sistema penal, que va desde la criminalización primaria por la definición legal de los crímenes hasta la criminalización secundaria por lo etiquetamiento, como delincuente, del individuo seleccionado por las agencias oficiales del control penal.

Prueba de la permanencia de las influencias preteritas es el papel central asumido, en ese proceso, por las categorías altamente selectivas y estigmatizantes de la personalidad, de la conducta social y de los antecedentes, no obstante su completa desconexión con el hecho objeto del juzgamiento.

A seguir, se considera que prescindir de la figura de la pena y del correlato procedimiento dosimétrico no es posible, se procura sentar la necesidad de adopción de parámetros constitucionales como forma de adecuar, razonablemente, la sistemática.

Se prosigue, en la cuadro finalizadora del estudio, ahora bajo la inspiración del garantismo, con el examen más detenido de las normas constitucionales que garanticen la intimidad, vida privada, honra y imagen de las personas y la individualización de la pena, concluyéndose, de manera general, por la necesidad de su irrestricta consideración. A partir de entonces, conjugase esa disciplina constitucional para las lecciones del *labelling* para sugerir una adecuación del procedimiento dosimétrico, con vistas a un resultado que, todavía agresivo, lo que es inevitable, respete mínimamente los valores constitucionalmente protegidos y sea sensiblemente menos estigmatizante.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - A SISTEMÁTICA ATUAL DE DOSIMETRIA DA PENA	05
1 Notas iniciais	05
2 Eleição entre penas alternativamente cominadas	08
3 Dosagem da(s) pena(s) imposta(s)	09
3.1 A pena de multa	10
3.2 A pena privativa de liberdade e o método trifásico	11
3.2.1 A pena-base	13
3.2.1.1 Espécies de circunstâncias judiciais	17
3.2.1.2 Valoração das circunstâncias judiciais	23
3.2.2 A pena provisória	26
3.2.2.1 Agravantes e atenuantes	26
3.2.2.2 Valoração das circunstâncias legais	27
3.2.3 A pena definitiva	29
3.2.3.1 Generalidades	29
3.2.3.2 Forma de incidência das majorantes e minorantes	30
4 Alternativas positivadas à prisão	32
4.1 Multa substitutiva	32
4.2 Restrição de direitos	34
4.3 <i>Sursis</i>	36
CAPÍTULO II - O ANTIGO E O NOVO EM CRIMINOLOGIA E A DOSIMETRIA DA PENA	38
1 As bases do pensamento criminológico	38
1.1 A Escola Clássica	38
1.2 A Escola Positiva	41
1.3 A Ideologia da Defesa Social	43
2 A mudança paradigmática em Criminologia	44
2.1 O paradigma etiológico	44
2.2 O paradigma da reação social	46
3 A dosimetria da pena como vértice de um processo rotulatório	54
3.1 A fragilidade de um método assentado em circunstâncias judiciais limitadas e estigmatizantes	54
3.1.1 A centralidade das circunstâncias judiciais no processo individualizatório	55
3.1.2 A estigmatização promovida pelas categorias-base dos antecedentes, da conduta social e da personalidade	59
3.2 A inconsistente rotulação pela reincidência	64
4 A inafastabilidade do procedimento de dosimetria da pena	65
4.1 Crítica parcial ao <i>labelling approach</i>	67
4.2 Convivência entre o discurso de desconstrução da teoria da reação social e o discurso construtivo-garantidor	68

CAPÍTULO III – O GARANTISMO CONSTITUCIONAL E A INAFASTABILIDADE DO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO: ADEQUAÇÃO INTRA-SISTÊMICA	72
1 A pertinência da disciplina constitucional: normas de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de individualização da pena	72
1.1 Natureza jurídica	72
1.1.1 Direitos ou garantias?	72
1.1.2 Regras ou princípios?	75
1.2 Eficácia e aplicabilidade	77
1.2.1 Classificação quanto à aplicabilidade e eficácia	77
1.2.2 Grau de eficácia	81
2 Decorrências da normatividade constitucional e do enfoque do etiquetamento	83
2.1 Desconsideração de diretivas judiciais e legais	83
2.2 Incidência irrestrita de circunstâncias atenuantes	91
2.3 Vedação à criação judicial de penas na terceira etapa do método trifásico	94
CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100

INTRODUÇÃO

A presente dissertação trata do procedimento atual de dosimetria da pena no sistema brasileiro, inicialmente em seus contornos dogmáticos, delimitando-se pelo exame dessa sistemática frente ao novo paradigma criminológico da reação social, na esteira das lições da teoria do *labelling approach*.

Problematiza-se o estudo com a indagação sobre a atitude dos operadores jurídicos, nessa seara da dosimetria da pena, a partir do redirecionamento do pensamento criminológico ao novo paradigma, em contraposição a um modelo etiológico-determinista, gestado especialmente no ventre da Escola Positiva, e que ainda está a orientar, em larga medida, o nosso sistema penal.

A hipótese inicial de trabalho, ao final assentada em seus postulados essenciais, diz com a influência ainda irrestrita, nas lides forenses, daquele primeiro paradigma, não obstante o marcante desenvolvimento, em nível teórico, da Criminologia, o que reclama a filtragem das influências pretéritas ao processo dosimétrico e sugere o estabelecimento de um norte razoavelmente seguro, possível a partir de um embasamento de ordem constitucional.

O paradigma da reação social, portanto, foi o marco teórico da pesquisa, que desafiou, entretanto, um estudo sobre o paradigma etiológico e suas considerações sobre a criminologia como realidade ontológica e pré-constituída, fenômeno causalmente determinado e que pode ser perfeitamente analisado e combatido.

Cuida-se de pesquisa orientada pelo método indutivo de abordagem, com procedimento monográfico e com técnica bibliográfica de pesquisa. A estruturação se dá em três capítulos, em que a abordagem parte da concretude do procedimento de dosimetria da pena e generaliza-se no exame dos marcos criminológico e constitucional.

No primeiro capítulo, tem-se em vista, inicialmente, a explicação, de forma breve e acessível, da sistemática atual da dosimetria da pena em nosso ordenamento, estabelecendo-se problematizações apenas pelo enfoque dogmático e somente quando imprescindível ao bom entendimento do processo.

Parte-se de considerações sobre os principais limites legais à atividade do julgador e transita-se por todo o *iter* a ser percorrido para a aplicação individualizada da pena, desde a eleição entre penas alternativamente cominadas, perpassando-se mais demoradamente pelo método trifásico de Hungria e alcançando-se as alternativas positivadas à restrição da liberdade.

Examina-se, particularmente e com mais vagar, as possibilidades de valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e das circunstâncias legais agravantes e atenuantes, questão sempre instável em doutrina e jurisprudência.

No segundo capítulo, vencido o exame puramente dogmático, procura-se assentar as bases do pensamento criminológico desde os clássicos e do paradigma etiológico, que surgiu especialmente com os positivistas, até o moderno paradigma da reação social, também denominado paradigma do controle, da definição, do etiquetamento ou da rotulação, na esteira das lições do *labelling approach*.

Registra-se, nesse sentido, a evolução dos estudos criminológicos, especialmente nos últimos decênios, com a superação de um modelo etiológico e determinista - que considerava as categorias crime e criminoso como dados preconstituídos da realidade e que se propunha a estudar as causas da criminalidade e os modos de combatê-la -, com marcha segura no sentido de um paradigma da reação social, inspirado pelo Interacionismo Simbólico e pela Etnometodologia, que desqualifica o desvio como qualidade ontológica da ação e o insere como resultado da reação social, que seleciona e estigmatiza o indivíduo como delinquente, frente aos demais “homens de bem”.

Para o *labelling*, portanto, o comportamento tido como criminoso em determinada sociedade e em certo momento histórico não é uma conduta negativa *per se* ou uma realidade pré-constituída à reação social, mas sim o resultado da atividade seletiva e rotulatória do sistema penal, que tem início na definição legal do crime (criminalização

primária) e prossegue com o etiquetamento, pelas agências oficiais de controle penal, do indivíduo selecionado como delinqüente (criminalização secundária).

Nesse novo paradigma, destarte, a investigação é deslocada para a ação do sistema penal em face da criminalidade, notadamente a atividade constitutiva da criminalidade que desempenham as instâncias encarregadas do controle penal (Lei – Polícia – Ministério Público – Justiça – Sistema Penitenciário), a partir de um processo inicialmente seletivo e ao cabo altamente estigmatizante.

Em seqüência, o estudo é particularizado para a definição do procedimento de dosimetria da pena como momento culminante da seletividade e rotulação denunciadas pelo *labelling*, onde a criminalização secundária é essencialmente assentada.

Destaca-se, nesse sentido, o papel central desempenhado pelas “circunstâncias judiciais” em todo esse processo, com a abordagem sistemática de todas as situações que são alvo de definição a partir da consideração de tais diretivas e do grau de censurabilidade da conduta do acusado que delas se extrai (eventual escolha entre penas alternativamente cominadas, fixação do número de dias-multa, fixação da pena-base, valoração de agravantes e atenuantes, valoração de causas variáveis de aumento e diminuição, fixação do regime inicial de cumprimento da pena, substituição da pena privativa de liberdade por multa ou por pena(s) restritiva(s) de direitos, concessão de *sursis* e fixação do respectivo período de prova).

Procura-se abordar, em prosseguimento, o caráter limitado, seletivo e estigmatizante das operadoras judiciais da conduta social, da personalidade e dos antecedentes (incluída nesse conceito a reincidência). Diz-se da dificuldade de sua aferição e, mais, da desconexão desses elementos com o fato tipificado como criminoso que se está - ou que se deveria estar - a julgar.

A par das críticas severas ao procedimento, decorrentes em especial do discurso desconstrutivo da teoria da reação social, procura-se dizer de sua inafastabilidade no atual momento histórico e na realidade em que vivemos. Estabelece-se uma crítica parcial ao *labelling approach*, que de certa forma reduz toda a criminalidade à definição legal e ao

etiquetamento, parecendo olvidar daqueles “comportamentos socialmente negativos”, na dicção de Baratta, realmente agressivos aos mais relevantes bens jurídicos.

Imprescindível, pois, nesse cenário, a pena e o correlato procedimento dosimétrico, diz-se da necessidade conseqüente de adoção de parâmetros constitucionais, como forma de corrigir parcialmente a sistemática, na esteira do garantismo de Luigi Ferrajoli, sobre o qual se alinham algumas considerações relevantes.

Prossegue-se, então, na quadra derradeira do estudo, em um terceiro capítulo, com exame sobre a natureza jurídica, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de individualização da pena.

Culmina-se com a constatação de algumas decorrências, ao procedimento dosimétrico, tanto desse enfoque constitucional quanto daquele prisma do etiquetamento antes abordado. Objetiva-se, com isso, preservar o processo de individualização da pena, reconhecendo que afastá-lo por completo ainda não é possível, e talvez nunca o venha a ser, mas com sua adequação aos valores fundamentais plasmados na Constituição Federal, ao fim de reduzir consideravelmente a sua crueldade e, conseqüentemente, a estigmatização que dele provém.

CAPÍTULO I

A SISTEMÁTICA ATUAL DE DOSIMETRIA DA PENA

“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 do mesmo, sem princípios claros, leva invariavelmente ao campo da arbitrariedade, quando as margens penais apresentam exagerada amplitude e convertem o arbítrio judicial em verdadeira arbitrariedade.”

ZAFFARONI e PIERANGELI¹

1. NOTAS INICIAIS

A reforma penal que se operou com o advento da Lei nº 7.209/84, relativamente à Parte Geral do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), pretendeu, declaradamente, no que tange à aplicação da pena, prestigiar o arbítrio judicial, como se infere de sua própria Exposição de Motivos (nº 49):

“Sob a mesma fundamentação doutrinária do Código vigente, o Projeto busca assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade de pena, dentro dos limites estabelecidos, para oferecer ao arbitrium iudicis variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada.”

Essa, aliás, parece ser uma tendência cada vez mais acentuada. Discorrendo sobre o Projeto de Reforma do Código Penal elaborado por uma comissão de juristas nomeada pelo Ministério da Justiça, a Procuradora da República Ela Wiecko de Castilho, integrante da comissão, consignou:

¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 85.

“Já o sistema de penas, que também consta na parte geral, merece alterações. Há uma idéia entre os membros da comissão de que o juiz deveria ter uma liberdade maior de adequar a pena ao fato concreto, quer dizer, ele deveria ter uma cesta de opções e escolher de acordo com o caso qual das opções seria a mais adequada para dar uma resposta à conduta praticada. Nesse caso, teríamos que fazer uma revolução concreta no sistema de penas. Como não estávamos seguros das alternativas a oferecer em tão pouco tempo, sem falar que essa questão ainda não tinha sido discutida na sociedade, resolvemos deixar e não mexer nas penas. Ficou em suspenso na Comissão Revisora a questão da melhoria das regras relativas à aplicação da pena.”²

Como forma de estabelecer o contraponto necessário à valoração do arbítrio, de molde a evitar ou minimizar as arbitrariedades, e porque não os meros equívocos, o legislador ordinário alinhou um esquema geral que compreende basicamente três ordens de limitações ao aplicador da sanção penal, adiante explicitadas, a teor do artigo 59 do Código Penal, cuja redação nos acompanhará em todo o estudo e convém seja lembrada:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I – as penas aplicáveis, dentre as cominadas;*
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;*
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;*
- IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível.*

Assim, a primeira das peias que se impôs ao julgador é a observância estrita e quase incondicional das penas previstas na legislação penal comum e especial e de seus limites quantitativos abstratamente cominados.

Segue-se que o ato judicial discricionário de fixação da pena entre os limites legalmente estipulados decorrerá de um rol de diretivas, que se convencionou dizer *circunstâncias judiciais*, de observância obrigatória e de caráter exaustivo: culpabilidade,

² CASTILHO, Ela Wiecko de. *Os rumos da Reforma Penal. A filosofia do anteprojeto. In: Seminário de Reforma do Código Penal*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1999. p. 110.

antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento da vítima.

Da mesma literalidade do precitado dispositivo extrai-se, por fim, que a vinculação do juiz também será imposta pelo Princípio da Proporcionalidade, que reflete os critérios eleitos de *necessidade* e *suficiência* da pena para a *reprovação* e *prevenção* do crime.³

Ao entremeio dessas amarras transita, como já se infere, o mais efetivo controle das decisões judiciais em qualquer órbita do exercício jurisdicional: a imposição de um dever de fundamentar, entre nós erigido a sede constitucional⁴, que determina a explicitação adequada das razões que impeliram o julgador à decisão.

No dizer de Bricola, a motivação “é o diafragma que separa o poder discricionário do arbítrio”⁵. No mesmo sentido, afirmou Paulo José da Costa Jr.:

*“Para obviar de certo modo os efeitos negativos do arbítrio e exercer algum controle sobre os critérios da fixação, deverá o juiz motivar a sentença. Não basta, pois, enumerarmos critérios que o levaram a fixar o quantum sancionatório. Deverá dar os motivos de ter optado por este ou por aquele fator determinante da quantidade sancionatória, justificando ainda as razões de ter chegado àquele resultado dosimétrico. É a única forma de que se dispõe, a motivação exaustiva judicial, para controlar o complexo processo da pena, ensejando a descoberta de falhas e a correção de possíveis erros.”*⁶

Das próprias diretrizes limitadoras da ação judicial dosimétrica, decorre um caminho a ser percorrido pelo julgador para a aplicação da pena em caso de prolação de sentença condenatória. Cuida-se não de mera imposição ao julgador, mas

³ Segundo a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do CP (nº 50), “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.”

⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) LX – “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.”

⁵ Apud HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Lições de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 321.

⁶ COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 196-7.

especialmente de direito subjetivo das partes, acusador e réu, que devem não somente saber o porquê de um juízo absolutório ou condenatório, mas, também, nesse último caso, ter ciência sobre quais as razões que conduziram o magistrado a essa ou aquela natureza e quantidade de pena.

Somente a partir da observância de regras claras no exercício dessa função pública sancionatória é que se pode começar a pensar em desempenho efetivo da persecução criminal pelo acusador e de exercício da garantia constitucional da ampla defesa pelo réu.

Procurar-se-á, a seguir, percorrer os principais traços desse *iter*, como pressuposto necessário à continuidade do estudo.

2. ELEIÇÃO ENTRE PENAS ALTERNATIVAMENTE COMINADAS

Embora a hipótese seja exceptiva em nosso sistema de fixação de penas, não chega a ser incomum a previsão *in abstracto* de penas alternativas, a exemplo do que ocorre em boa parte das contravenções penais (previsão de prisão simples **ou** multa), na hipótese interessante do artigo 155, § 2º, do Código Penal, em caso de delito de furto quanto o réu é primário e a *res furtiva* é de pequeno valor (possibilidade de substituição da pena de reclusão pela de detenção, diminuição de um a dois terços da pena **ou** aplicação somente da pena de multa), e, ainda, nos seguintes crimes previstos no Código Penal: artigos 130 (perigo de contágio venéreo), 135 (omissão de socorro), 136 (maus-tratos), 137 (rixa), 140 (injúria), 146 (constrangimento ilegal), 147 (ameaça), 150 (violação de domicílio), 151 (violação de correspondência), 153 (divulgação de segredo), 154 (violação do segredo profissional), 156 (furto de coisa comum), 163 (dano), 164 (introdução ou abandono de animais em propriedade alheia), 169 (apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza), 175, I e II (fraude no comércio), 176 (outras fraudes), 179 (fraude à execução), 184 (violação de direito autoral), 205 (exercício de atividade com infração de decisão administrativa), 208 (ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo), 209 (impedimento ou perturbação de cerimônia funerária), 233 (ato obsceno), 234 (escrito ou objeto obsceno), 246 (abandono intelectual), 247 (abandono intelectual – segunda hipótese), 248 (induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes), 259, “caput” e parágrafo único (difusão

de doença ou praga), 275 (invólucro ou recipiente com falsa indicação), 276 (produto ou substância nas condições dos artigos 274 e 275), 280 (medicamento em desacordo com receita médica), 286 (incitação ao crime), 287 (apologia de crime ou criminoso), 299 (falsidade ideológica), 307 (falsa identidade), 315 (emprego irregular de verbas ou rendas públicas), 317, § 2º (corrupção passiva), 320 (condescendência criminosa), 321 (advocacia administrativa), 323, “caput” (abandono de função), 324 (exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado), 325 (violação de sigilo funcional), 331 (desacato), 340 (comunicação falsa de crime ou de contravenção), 341 (auto-acusação falsa), 351, § 4º (fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança), 358 (violência ou fraude em arrematação judicial) e 359 (desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito), todos com previsão de pena privativa de liberdade ou de multa.

Em tais situações, competirá ao juiz, em primeiro lugar, definir qual a natureza da pena a ser aplicada, passando posteriormente à quantificação da sanção eleita. Essa escolha, como de resto todas as outras, não será livre ao julgador e deverá ser operada a partir do exame das diretivas judiciais insertas no artigo 59 do Código Penal (Princípio da Culpabilidade), com vistas a apurar qual a pena *necessária* e *suficiente* para a *reprovação* e *prevenção* do crime (Princípio da Proporcionalidade). Isso já evidencia, desde logo, o dever da motivação, importante, v.g., para que o acusado saiba porque não foi beneficiado com uma pena de detenção ao invés da pena reclusiva aplicada, aquela que afastaria, de pronto, o regime inicial fechado, de acordo com o artigo 33 do Código Penal.

3. DOSAGEM DA (S) PENA (S) IMPOSTA (S)

Considerando que em nosso sistema as penas principais são somente as privativas de liberdade (prisão simples, detenção e reclusão) e a pena de multa alternativa ou cumulativa, a atividade de quantificação cingir-se-á a elas. A possibilidade de aplicação de pena em substituição (pena restritiva de direitos ou pena de multa substitutiva) dependerá do *quantum* aplicado e a sua conveniência será indicada, modo geral, pelas mesmas diretivas judiciais já citadas. Note-se que a pena restritiva de direitos é autônoma por definição legal (artigo 44 do Código Penal) mas somente possui feição substitutiva, jamais sendo cominada abstratamente.

3.1. A PENA DE MULTA

Embora não impressione pela sistematicidade, a disciplina da fixação concreta da pena de multa decorre basicamente dos artigos 49, 58 e 60 do Código Penal.

Cuida-se de previsão de fixação em dias-multa, observando-se duas etapas: estipulação do número de dias-multa e definição do valor de cada dia-multa⁷. O Código, entretanto, não anuncia com clareza quais os critérios empregáveis para a abordagem de cada uma dessas fases de dosimetria.

Em primeiro lugar, deverá o juiz definir a quantidade de dias-multa, entre os limites previstos de 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, atentando, segundo assente na doutrina e na jurisprudência, para a avaliação da culpabilidade, que decorre do exame das circunstâncias judiciais, e para a questão da proporcionalidade, que diz com a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Em seqüência, o julgador deverá arbitrar o valor de cada dia-multa, transitando entre os limites de um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato e 05 (cinco) vezes esse salário.

Nesta fase da operação, a atenção deverá estar voltada para a situação econômica do réu, ao que se depreende da redação do artigo 60 do Código Penal, sendo conveniente, para tanto, que, durante a instrução criminal, essa questão reste aclarada, quando mais não seja por meio de argüição direta ao réu no interrogatório.

Ainda nessa etapa da aplicação, abre-se a possibilidade de aumento do maior valor até o triplo quando a pena puder ser ineficaz em vista da situação econômica privilegiada do acusado, conforme o parágrafo primeiro do mesmo artigo 60 do Código.

⁷ “Impõe-se ao magistrado, na fixação da pena pecuniária, a observância do critério bifásico, devendo estipular o número de dias-multa, mediante a aplicação dos art. 59 e 68 do CP, e, posteriormente, calcular o valor de cada um deles de acordo com a situação econômica do réu.” (TAMG – ACr. 191.726-2 – 1ª C. – Rel. Juíza Jane Silva – J. 18.04.1995, RJTAMG 58-59/517)

3.2. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O MÉTODO TRIFÁSICO

É conhecido o embate de opiniões entre Roberto Lyra e Nélon Hungria quanto ao critério a ser empregado para a fixação concreta da pena, se em duas ou três etapas, respectivamente.

De um lado, Lyra preconizava que o julgador,

*“ apreciando em conjunto a realidade, segundo os critérios gerais do artigo 42 e atendidas sempre as situações dos arts. 44 e 48 (no caso de concurso de pessoas, atua, também, o art. 45), estabelecerá a pena base, sobre a qual incidirá o aumento ou a diminuição especificados, quer na parte geral, quer na parte especial (art. 50 e seus parágrafos) e a diminuição prevista no art. 6º (...). Quando não ocorrem causas de aumento e diminuição, que são inconfundíveis com as circunstâncias agravantes e atenuantes explícitas e peremptórias e com as decorrentes do art. 42, a quantidade da pena resulta, exclusivamente, do uso da faculdade do art. 42 e do cumprimento obrigatório dos preceitos dos arts. 44 a 48, atendido sempre o art. 49.”*⁸

Com isso, propunha que, em uma primeira fase, o juiz deveria analisar, modo conjunto, as circunstâncias judiciais (atual artigo 59 do Código Penal) e as circunstâncias legais agravantes e atenuantes (atualmente previstas nos artigos 61 a 67), chegando a uma pena-base. Já em uma segunda fase, o juiz aplicaria, sobre a pena encontrada, eventuais causas de aumento ou de diminuição incidentes à hipótese posta. A técnica, em consequência, ficou conhecida como *método bifásico*.

De outro lado, Hungria defendia a posição de que a pena deveria ser fixada em três fases distintas⁹. Primeiramente, o juiz analisaria as circunstâncias judiciais e encontraria uma pena-base; ao depois, sobre a pena encontrada, faria incidir as circunstâncias legais agravantes e atenuantes e chegaria a uma pena provisória; e, ao cabo, novamente sobre o resultado provisório, apreciaria as causas de aumento e de diminuição, previstas tanto na parte geral quanto na parte especial, para alcançar a pena definitiva.

⁸ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: RT, 1942. p. 173.

⁹ *Apud* PAULO JOSÉ DA COSTA JR. *Op. cit.* p. 204.

A maior vantagem da proposição de Roberto Lyra era a diminuição do risco de aplicação de alguma circunstância judicial e/ou legal em *bis in idem*, dada a restrição das fases de aplicação da pena a duas¹⁰.

No reverso da moeda, a operação bifásica dificultaria o controle da atividade judicial dosimétrica porque o juiz, para apurar a pena-base, analisaria conjuntamente as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais agravantes e atenuantes, restando difícil, por exemplo, saber qual o reflexo quantitativo da consideração de uma agravante que porventura viesse a ser afastada pelo Tribunal em sede de apelação.

Já o método de Hungria, convivendo com o risco mais presente do *bis in idem*, mas de fácil verificação e correção, propunha-se a jogar às claras toda a atividade mental do aplicador da pena, passo a passo.

Prevaleceu, dessarte, em nível legislativo, o método trifásico de Hungria, assim descrito adequadamente na Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal (nº 51):

“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 fases, 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; incorpora-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 dos equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa.”

¹⁰ Anota FERREIRA: “A discussão sempre me pareceu estéril. A escolha de um ou de outro método não traz qualquer prejuízo à pena final, que será sempre a mesma desde que se atente para todos os elementos individualizadores. Apenas que o método preconizado por Roberto Lyra me parece ser o mais racional, porquanto faz o juiz economizar uma fase e elimina o risco da ocorrência de um *bis in idem*, com a consideração por duas vezes de uma mesma circunstância.” FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 56.

Daí a redação atual do artigo 68 do Código Penal:

“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.”

É claro que esse dispositivo não encerra todo o procedimento da dosimetria da pena, como já se começou a alinhar, na medida em que não aduz à necessidade anterior de eleição de uma pena quando houver previsão alternativa de cominações e sequer diz da avaliação posterior das alternativas positivadas à pena privativa de liberdade (multa substitutiva, restrição de direitos e *sursis*), o que é de consideração inafastável por constituir direito subjetivo do condenado, desde que presentes os requisitos legais.

3.2.1. A PENA-BASE

Deve ser considerada como o primeiro e grande substrato que agregará os resultados que vierem a ser apurados nas fases posteriores da dosimetria.

De acordo com a lição de Gilberto Ferreira,

*“A palavra base deriva do grego *básis* e literalmente significa a planta do pé. Daí que a palavra sugere a idéia de parte que servirá de apoio a alguma outra coisa, como a planta do pé que serve de apoio ao corpo. E é nesse exato sentido que o Código Penal a usou no art. 59. A pena, encontrada a partir da apreciação das circunstâncias judiciais, entre o mínimo e o máximo fixados em abstrato pela lei, servirá de base para que sobre ela se apliquem as reduções ou aumentos porventura existentes contra ou a favor do réu.”¹¹*

Assim, a pena-base é a pena que surge da consideração inicial do julgador acerca das circunstâncias judiciais estampadas no artigo 59 do Código Penal e sempre com vistas a apurar a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, partindo-se do princípio, é claro, de que tal é possível, segundo o discurso penal dominante.

¹¹ *Idem*, p. 63.

Para o Código Penal de 1969, não obstante a deficiente redação, a pena-base era tida como aquela “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 da pena”.

Embora o legislador não tenha sido mais explícito nessa disciplina, o ponto de partida para essa aferição deverá ser a pena mínima abstratamente cominada, já que qualquer elevação deverá ser fundamentada com a causa determinante, em virtude das garantias que se estendem aos acusados em geral.

Chegou-se a justificar, em certa época, que o dado inicial para a incidência das diretivas judiciais deveria ser o termo médio entre o mínimo e o máximo abstratamente cominados. Nisso foram concordes Nelson Hungria e Roberto Lyra¹², que pretendiam assim afastar o risco de, partindo da pena mínima cominada, ter-se de desconsiderar circunstâncias atenuantes sempre que inexistissem circunstâncias agravantes. No entanto, a *solução* encontrada era nitidamente mais gravosa ao réu. Afastava uma aparente inconsistência do sistema dosimétrico, mas agravava a situação do condenado. Daí a prevalência do entendimento de que o termo inicial é sempre o mínimo legal.

Sustenta-se, de outro lado, que o julgador estará sempre vinculado, nessa fase, aos limites mínimo e máximo previstos no tipo, na medida em que não há qualquer justificativa legal para violá-los.

Mas esses parâmetros não são suficientes. Não esclarece o texto legal de que forma as diretivas judiciais repercutirão nessa atividade ao mesmo passo valorativa e matemática, vale dizer, qual será a nota de influência de cada circunstância examinada sobre a pena mínima prevista no preceito penal secundário e qual será o grau de relevância de cada circunstância em relação às demais.

É preciso saber como resolver questões rotineiras na aplicação da pena-base: em que percentual cada circunstância deve aumentar ou reduzir a pena? Havendo pluralidade de circunstâncias, há alguma situação de preponderância de uma (s) em relação a

¹² Idem, p. 64.

outra (s) ? É possível não aplicar uma circunstância favorável ao acusado sob a justificativa de que existe outra desfavorável que também não será considerada ou vice-versa ?

São aspectos tais que se pretenderá explicar a partir do exame da natureza e das espécies de circunstâncias judiciais.

Em primeiro lugar, as circunstâncias judiciais são assim denominadas porque sua consideração e especialmente valoração estariam vinculadas ao arbítrio judicial, o que não é de todo correto na medida em que a garantia constitucional da individualização da pena¹³ obriga o juiz a considerar todas as circunstâncias verificadas e, de outro lado, a sua valoração não pode conduzir a resultados despropositados, para o que não haveria *fundamentação* pertinente, o que é outra garantia de sede constitucional.

O que importa, realmente, é que as diretivas da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do réu, dos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, e do comportamento da vítima destinam-se a aferir o grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do acusado, como forma de se chegar à pena necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Como a esse grau de reprovabilidade ou censurabilidade se costuma designar culpabilidade (a primeira das circunstâncias previstas), que é o fundamento da aplicação da pena, parece claro que o grande critério é o da avaliação da culpabilidade, sendo as demais diretivas apenas instrumentos a essa finalidade¹⁴.

¹³ CF, Art. 5º, XLVI - A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

¹⁴ Nesse sentido, BOSCHI defende que a avaliação da culpabilidade, pelo exame de cada um de seus elementos constitutivos, deve ser tido como o grande critério para fixação da pena-base, sendo as demais diretivas judiciais fatores auxiliares dessa aferição, até porque, v.g., a circunstância da personalidade guarda relação com a imputabilidade, e os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima dizem com a exigibilidade de conduta diversa. Literalmente: *“as circunstâncias judiciais do art. 59 precisariam doravante ser também posicionadas no processo de graduação da censura como meras coadjuvantes, fornecendo os meios para a aferição e compreensão da multiplicidade de aspectos relacionados com a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a inexigibilidade de outra conduta. (...) Ora, se as circunstâncias judiciais são dados legais para uso auxiliar na graduação da culpabilidade e por isso mesmo não podem concorrer com esta última em nível paritário de importância para permitir a percentualização valiosa ou desvaliosa do conjunto e, daí, conduzir ao grau de censura inicial, segue-se, então, que o legislador, se quisesse, poderia ter dado ao artigo 59 do CP, a redação seguinte, que é, ao fim e ao cabo, como nós a devemos considerar existente: O juiz, atendendo à culpabilidade do agente pelo fato, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis, dentre as cominadas;*

Após – e tudo dentro do contexto do artigo 59 do Código Penal - procede-se ao entrechoque da culpabilidade com a proporcionalidade (consistente na aplicação da pena adequada à repressão e prevenção do crime), extraindo-se a pena-base.

Interessante observar, a essa altura, que muito pouco se tem dito em doutrina e jurisprudência quanto à aplicação prática do princípio da proporcionalidade no procedimento de dosimetria da pena¹⁵. As escassas manifestações sugerem a possibilidade de o juiz, após o exame das circunstâncias judiciais, proceder ao exame da necessidade e suficiência da pena-base encontrada, a partir do que poderá implementar uma correção a maior ou a menor, segundo alguns, ou somente a maior, para outros.

Como afirmou Inácio de Carvalho Neto:

*“ ... não basta a análise minuciosa das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal. Com base nelas o Juiz fixará uma pena-base a priori. A partir daí, verificará se essa pena é necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Não o sendo, ajustá-la-á de forma que cumpra tal requisito. Tal ajuste, naturalmente, não prescinde da necessária fundamentação. Poderá o juiz, portanto, verificando que a pena fixada a priori não é necessária, diminuí-la de modo a que se torne adequada. Poderá também, vendo que a pena a priori estabelecida não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime, aumentá-la até que atinja o grau adequado.”*¹⁶

Já na defesa de posição mais gravosa ao réu, Gilberto Ferreira assenta que, “para fixar a pena necessária e suficiente, o juiz deve sopesar não somente a culpabilidade, mas um algo mais que extrairá das demais circunstâncias. Quer dizer, o juiz avalia a culpabilidade e fixa a quantidade de pena que for proporcional a ela. Depois, se essa pena não for suficiente para reprovar e prevenir poderá acrescentar um *plus* a fim de que aquele objetivo seja atingido.”¹⁷

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos, etc.” BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 231-57.

¹⁵ Nesse sentido observou CARVALHO NETO: “Após o elenco das circunstâncias judiciais, o art. 59 do Código Penal determina que o Juiz estabeleça a pena-base conforme seja **necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**. Este tem sido o elemento do referido dispositivo mais desprezado na doutrina e, sobretudo, na jurisprudência.” CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 57.

¹⁶ *Idem*. p. 57-8.

¹⁷ FERREIRA, Gilberto. *Op. cit.* p. 81.

De sua vez, Zaffaroni e Pierangeli, percebendo a crise das funções declaradas da pena, de retribuição e prevenção do crime, propõem, com pertinência, que as considerações preventivas sobre a necessidade e suficiência somente possam ser utilizadas para a correção a menor da pena-base encontrada a partir do exame das diretivas judiciais:

“Como critério geral, estimamos que a regra última é aquela que permite ordenar as demais: ‘necessário e suficiente para 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 bastante claro que a fórmula legal quer dizer é que os elementos anteriores devem ser considerados para a determinação do grau de reprovação do injusto, que pode ser corrigido a menor por considerações preventivas, isto é, pelos elementos de juízo necessários para o grau de culpabilidade (reprovação), que dariam por resultado um máximo razoável, mais uma correção que poderá diminuir a medida indicada pela culpabilidade, sempre que não seja necessário empregar toda a sua magnitude para obter a prevenção.”¹⁸

3.2.1.1. ESPÉCIES DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

- Culpabilidade

Como observaram Zaffaroni e Pierangeli, “chegamos ao conceito mais debatido da teoria do delito ... em toda a teoria tem estado presente o homem, mas na culpabilidade o enfrentamos mais do que nunca.”¹⁹

O conceito de culpabilidade, afirmou Hassemer, é um grave inconveniente para a teoria do Direito Penal. Discorre o autor:

“O conceito de culpabilidade é uma exceção entre os pressupostos da punibilidade, constituindo um dos instrumentos mais difíceis e obscuros do sistema jurídico-penal. Tanto em seus princípios, como em questões concretas, é discutido e atualmente é difícil marcar por onde transcorrem propriamente as frentes da polêmica. O conceito de culpabilidade alcança as profundezas de nossa experiência cotidiana e constitui, portanto, o conceito jurídico-penal que mais

¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 829.

¹⁹ *Idem. Op. cit.* p. 601

*amplamente se alijou da mesma. Qualquer exposição do conceito jurídico-penal de culpabilidade deve hoje, por conseguinte, começar com precisões.”*²⁰

Talvez essa seja a causa do intenso debate teórico sobre o tema na história do Direito Penal, como se percebe pela breve consideração das teorias desenvolvidas.

Assentou-se, inicialmente, o que se chamou de Teoria Psicológica, segundo a qual a culpabilidade residia em uma ligação de natureza psíquica (psicológica, anímica) que atrelava o sujeito ao fato criminoso, evidenciando-se por duas formas: pelo dolo e pela culpa, geradores da imputabilidade. Essa construção teórica não conseguia explicar, entretanto, questões como a culpabilidade do agente que comete um crime culposos – onde não se pode falar em ligação anímica do agente com o fato – e a incensurabilidade do agente doente mental e do inimputável, onde a ligação psicológica, embora conturbada, existe.

Prosseguiu-se, então, com a Teoria Psicológico-Normativa, a definir que a culpabilidade exige o dolo e a culpa (que são os elementos psicológicos presentes no autor) e a reprovabilidade (consistente em um juízo de valor sobre o fato e independente do dolo e da culpa). Já era possível explicar algumas questões como a conduta do doente mental, que estava ligado animicamente ao fato, mas não se podia formular um juízo de desvalor acerca de seu agir. Entretanto, as críticas não eram escassas porque o dolo e a culpa não poderiam ser considerados elementos da culpabilidade, na medida em que a sua inexistência não elimina simplesmente o juízo de reprovabilidade da conduta (culpabilidade), mas o próprio fato típico.

Chegou-se, enfim, à Teoria Normativa Pura - inspiradora de nossa reforma penal de 1984 - que retira dolo e culpa da conceituação da culpabilidade, eis que categorias pertencentes à conduta, e passa a entender a culpabilidade apenas como a *reprovabilidade da conduta típica e antijurídica*.²¹ Seus elementos são a imputabilidade, o potencial conhecimento do caráter ilícito do fato e a exigibilidade de conduta diversa daquela adotada (possibilidade de comportamento de acordo com o entendimento acerca do ilícito).

Nessa esteira, observaram Zaffaroni e Pierangeli:

²⁰ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 270.

²¹ Cfe. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1988. p. 195.

“Já fornecemos o seu conceito geral: é a reprovabilidade do injusto ao autor. O que lhe é reprovado? O injusto. Por que se lhe reprova? Porque não se motivou na norma. Por que se lhe reprova não haver-se motivado na norma? Porque lhe era exigível que se motivasse nela. Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável, quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito.”²²

Dessarte, a culpabilidade, hoje, após essa marcante transformação teórico-conceitual, diz com o grau de reprovabilidade da conduta do réu, que podia fazer algo distinto do que fez e que, nas circunstâncias em que agiu, lhe era exigível que fizesse.

Conforme René Ariel Dotti, “a culpabilidade é o centro de gravidade da pena, seu fundamento e limite, tanto para sua aplicação, quanto na fase da execução (progressão de regime, etc.), por isso que deve ser fixada **conforme seja necessário e suficiente** (art. 59 do CP), para atender às exigências da retribuição (culpa concreta), proporcionalidade (qualidade e quantidade) e da prevenção (geral e especial)”²³.

- Antecedentes

A conceituação tradicional de antecedentes abarca todos os fatos ou episódios da *vita anteacta* do réu, mas está inevitavelmente cedendo, na seara dogmática, ao do Princípio da Presunção de Inocência (ou Princípio da Não-Culpabilidade, para quem notadamente prefere atribuir importância menor ao instituto), insculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal²⁴, embora ainda exista certa e incompreensível resistência em nível jurisprudencial.²⁵

²² *Idem. Ibidem.*

²³ DOTTI, René Ariel. *O novo sistema de penas. In: Reforma Penal.* São Paulo: Saraiva, 1985. p. 90.

²⁴ Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

²⁵ “*Apelação. Furto. Pena-base. Respondendo o agente a outros processos, um dos quais relativo a roubo, há maus antecedentes sociais, impondo-se que a pena-base fique acima do mínimo. Apelo provido.*” (ACR nº 7000284968, Oitava Câmara Criminal, TJRS, Relator Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28.06.00) “*Habeas Corpus. Prisão preventiva. Maus antecedentes. Manutenção da prisão. A circunstância de o acusado possuir maus antecedentes e até mesmo condenação em crime doloso, sem trânsito em julgado, enseja a manutenção da custódia preventiva. Ordem denegada por maioria, vencido o relator, que a concedia.*” HCO nº 70001806249, Quarta Câmara Criminal, TJRS, Relator Des Gaspar Marques Batista, julgado em 07.12.00)

Diante dessa presunção constitucional de inocência, não se pode mais admitir a consideração de inquéritos policiais ou processos, arquivados ou em andamento, como indicativos de maus antecedentes, sem que exista uma decisão condenatória a fixar a responsabilidade penal do acusado.²⁶

Perguntar-se-á: o que resta? Se nada restasse, não estaríamos diante de um problema, mas de uma consequência natural da evolução do ordenamento jurídico promovida justamente pelo poder constituinte originário. No entanto, o fato é que algumas situações ainda são consideradas como antecedentes de modo justificado, ao menos sob o ponto de vista estritamente legal.

E assim o são os casos de condenação definitiva inábil a gerar reincidência: quando o crime que se está a julgar tiver sido cometido antes do trânsito em julgado da condenação por crime anterior, esta será considerada como mácula aos antecedentes; quando a condenação definitiva existente disser respeito a fato posterior ao que está em exame (portanto um consequente e não antecedente ao crime); e quando entre o cumprimento ou extinção da pena da condenação anterior e o novo crime tiver decorrido mais de 05 (cinco) anos, nos moldes do artigo 64, I, do Código Penal.

Não é preciso dizer, ademais, que sempre que uma situação caracterizar reincidência, não poderá ser também considerada como indicativa de maus antecedentes, pena de incorrer-se em censurável *bis in idem*.

Nesse sentido, aduziu Nelson Ferraz:

*“Quando a mesma circunstância for comum a mais de uma fase da dosimetria, deverá ser utilizada uma só vez, e na última fase em que couber. Assim, em se tratando de réu reincidente, esta circunstância não poderá incidir a título de antecedentes, da primeira fase da dosimetria, mas tão-somente como circunstância legal da segunda fase – art. 61, I, do CP.”*²⁷

²⁶ “Em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, a certidão de denúncia oferecida não pode configurar maus antecedentes.” (TACRIMSP – HC 305.968 – 4ª C – Rel. Juiz Marco Nahum – J. 10.06.97). “Procedimentos em curso, sem decisões definitivas, não podem ser tidos como maus antecedentes, sob pena de se considerar o princípio de presunção de inocência letra morta na Constituição Federal.” (TACRIMSP – AP 1.041.855 – 12ª C – Rel. Juiz Ary Casagrande – J. 17.02.97) “A reiteração criminosa superveniente, ou seja, delito cometido depois do caso sub judice, não implica em maus antecedentes.” (TACRIMSP – AP 1.050.473 – 6ª C – Rel. Juiz Penteado Navarro – J. 21.05.97)

²⁷ FERRAZ, Nelson. *Dosimetria da Pena*. São Paulo: RT 680/319.

- Conduta social

A conceituação de Paulo José da Costa Jr. bem demonstra como a questão tem sido abordada no dia a dia forense e dispensa, por ora, maiores comentários:

“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, rispido, egocêntrico, egoísta, agressivo para com seus colegas de trabalho, ou de escola, ou para com seus companheiros de clube.”²⁸

- Personalidade

Cuida-se da caracterologia individual, resultante da integração dos fatores psicológicos (afetividade, inteligência, pulsões, vontade) e biológicos (morfofisiológicos); aquilo que distingue a pessoa de outra; individualidade consciente²⁹. Ou, segundo Gilberto Ferreira, “é um conjunto de atributos adquiridos ao longo da vida, de tal sorte que, retirados do homem, este deixa de existir como ser humano”³⁰.

Não têm sido poucas as dificuldades apontadas para a avaliação da personalidade, especialmente por um profissional (juiz) sem a habilitação técnico-científica que se faria necessária. Entretanto, continua sendo diretiva utilizada em larga escala nos julgamentos, embora quase que invariavelmente com o emprego de expressões padronizadas, que menos avaliam do que atendem mecanicamente a um *iter* imposto pela lei. Ademais, tem sido fator constante de agravamento da pena (avaliação negativa), mas raramente é avaliada em seus aspectos positivos, ainda que as informações nesse sentido constem dos autos. Voltar-se-á ao tema, com mais vagar, no prosseguimento do estudo.

²⁸ COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.* p. 199.

²⁹ Conforme o Dicionário Escolar da Língua Portuguesa do Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1980.

³⁰ FERREIRA, Gilberto. *Op. cit.* p. 86.

- Motivos do crime

A avaliação das razões que impeliram o agente à prática do crime pode interferir, positiva ou negativamente, na aferição do grau de censurabilidade de sua conduta (culpabilidade, na conceituação da Teoria Normativa Pura).

Segundo José Antonio Paganella Boschi,

“Os motivos determinantes do crime podem ser qualificados ética ou socialmente como positivos ou negativos, nobres ou não. Aquele que age sob os influxos de sentimento altruísta (em defesa do bom nome da pátria contra as ofensas irrogadas por um estrangeiro, por exemplo) há de sofrer censura mais branda em relação àquele que comete um crime por motivo relacionado à vingança, libidinagem, ou jogo ...”³¹

É preciso um certo cuidado, apenas, ao aplicar a pena, para não se incorrer em dupla valoração, uma vez que a motivação do delito, por vezes, integra a moldura típica e, noutras, caracteriza circunstância qualificadora, agravante, atenuante, causa de aumento e de diminuição da pena. É o caso, por exemplo, do homicídio qualificado pelo motivo torpe ou pelo motivo fútil (artigo 121, § 2º, I e II, do Código Penal).

- Circunstâncias do crime

Derivação de *circum* (círculo) e de *stare* (estar), quer significar o que está ao entorno do fato objeto da definição típica, vale dizer, dos aspectos relevantes do cenário em que o delito foi cometido, o modo de sua execução, o tempo de sua duração, a posição do agente e da vítima, e de um em relação ao outro, tudo hábil a agravar ou atenuar a situação do acusado.

É necessário lembrar que tais circunstâncias a que se refere o art. 59 do Código Penal são aquelas que não receberam valoração mais graduada na categoria de circunstâncias legais, causas especiais de aumento ou de diminuição e qualificadoras. Presente qualquer uma dessas categorias, aquela restará excluída, evitando-se o *bis in idem*.

³¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.* p. 219.

- Conseqüências do crime

A extensão das conseqüências do delito, dos danos materiais e morais dele decorrentes induz a um juízo mais brando ou mais severo quanto à reprovabilidade da conduta do réu, interferindo positiva ou negativamente na mensuração do apenamento.

É claro que somente poderão ser considerados os efeitos que extrapolam àqueles que são ínsitos ao tipo, não servindo para agravar a pena, v.g., a deformidade permanente em caso de lesão corporal gravíssima, a morte em caso de homicídio ou a perda patrimonial maior ou menor em caso de furto ou roubo.

- Comportamento da vítima

Cuida-se de circunstância acrescida às diretivas judiciais com a reforma da Parte Geral introduzida pela Lei nº 7.209/84, em função do desenvolvimento dos estudos da Vitimologia, como se infere da Exposição de Motivos (nº 50):

“Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes.”

Assim, quanto mais acentuada for a participação da vítima na eclosão do fato típico e antijurídico, menor será o grau de censurabilidade da conduta do agente, a indicar que a pena proporcional pode ser mais reduzida que em casos comuns.

3.2.1.2. VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Alcança-se, agora, um aspecto da dosimetria da pena que a vagueza do legislador tornou sobremaneira intrincado e que atine à forma de consideração valorativa das operadoras judiciais, ou, em outro dizer, a forma de fixação da pena-base.

Já se afirmou, em primeiro lugar, que o ponto de partida dessa operação deverá ser a pena mínima abstratamente cominada, não se olvidando que os tipos qualificados contêm novos limites de apenamento que devem ser considerados já de início.

Também é preciso relembrar que o entendimento corrente é de que o aplicador está vinculado, nessa fase da dosimetria, aos limites mínimo e máximo previstos no tipo, não podendo extrapolá-los. A questão que se coloca, pois, é de como o juiz deverá *se mover* entre esses limites na aplicação do apenamento básico.

Diante da deficiente disciplina legal, a jurisprudência³² acabou por assentar algumas regras comumente aceitas e que foram bem sintetizadas por Boschi:

“1ª regra) Quando todas as circunstâncias judiciais forem valoradas em favor do réu, a pena-base, por ser mínimo o grau da culpabilidade, deverá ser individualizada no mínimo abstratamente cominado.

2ª regra) Quando algumas circunstâncias judiciais forem valoradas negativamente (ou desfavoravelmente ao réu), a pena-base deverá ser quantificada um pouco acima do limite mínimo cominado.

*3ª regra) Se o conjunto das circunstâncias judiciais for desfavorável, a pena-base, refletindo grau máximo de censura, aproximar-se-á do termo médio.”*³³

A título de esclarecimento, por termo médio se deve entender o resultado da soma entre os limites mínimo e máximo do tipo e a divisão do resultado por dois.

Deve-se, além disso, considerar uma situação de paridade entre todas as circunstâncias no que tange à sua influência no resultado da pena, excluindo-se qualquer nota de preponderância de umas em relação às outras, na medida em que não há suporte legal ou jurídico a admitir qualquer disparidade valorativa.

³² “No processo de individualização da pena, deve o Juiz fixá-la dentro das balizas estabelecidas pela norma definidora do tipo, atentando, nesta operação, para a finalidade da sanção penal, que deve ser necessária e suficiente para a repressão e a prevenção do delito, sem desprezar, outrossim, as demais circunstâncias pertinentes à personalidade do agente, aos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, bem como do comportamento da vítima (CP, art. 59). A fixação do quantum da pena não pode ser efetuada de modo discricionário e livre, mas precedida de um processo de valoração de cada circunstância, de modo a justificar a opção pelo grau determinado, entre o máximo e o mínimo cominado.” (STJ – REsp 93.827 – PR – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 30.06.1997).

³³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.* pp. 225-9.

Finalmente, parece não ser preciso consignar (e só parece) que o julgador deve fundamentar e quantificar cada uma das circunstâncias, de modo racional e responsável, não sendo mais possível se aceitar, no atual estágio de desenvolvimento dos direitos e garantias individuais, a condenação do réu à determinada pena (salvo se for a mínima legalmente prevista, por ausência de prejuízo) com suporte em consideração global das diretivas ou com base em comentário individualizado a partir de fórmulas vagas.

Tais fórmulas têm sido comumente empregadas e podem ser lembradas a partir de considerações como as que indicam personalidade desviada ou conduta social nociva com base tão-somente no fato em julgamento, ou as que definem os motivos como reprováveis e as conseqüências como graves quando não há referência no processo à motivação ou a conseqüências externas ao tipo e o julgador está apenas a dizer que não aprova a conduta do réu e que se compadece com a vítima por seu sofrimento.³⁴

Sentencia Boschi que “a validade da **pesagem** de cada circunstância judicial pressupõe a 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”³⁵.

Na mesma esteira, não se poderá deixar de analisar ou aplicar qualquer das circunstâncias pelo só fato de que existe outra circunstância de valoração diversa que também não será apreciada ou aplicada. Explique-se: o julgador não poderá deixar de reconhecer, por exemplo, o motivo censurável acima da média que induziu o agente a praticar o delito sob a justificativa de que também não operará com a circunstância de o comportamento da vítima ter contribuído para o crime. Cuida-se de direito subjetivo das partes ver fundamentadas todas as circunstâncias, único modo que garante o efetivo controle recursal do ato e que não afronta a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLIV, da CF).

³⁴ “O julgador deve, observando as circunstâncias do caput do art. 59, do CP, atentar para incidência daquelas sobre o caso em tela, procurando apreciar valorativamente cada um daqueles, particularmente as circunstâncias preponderantes, enunciando os critérios fundadores de seu convencimento. A decisão do juiz deve ser fundamentada, sendo-lhe defeso aplicar a pena-base arbitrariamente (ou com remissões genéricas e abstratas). Também não pode, sem o devido esclarecimento de suas razões de decidir, optar por pena alternativa mais severa, fixá-la acima do limite mínimo, optar por regime inicial pior do que o permitido, ou negar a substituição da pena, quando cabível.” (TRF 5ª R – ACr. 1.531/PB – 2ª T. – Rel. Juiz José Delgado – DJU 11.12.1995).

³⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.* p: 192.

3.2.2. A PENA PROVISÓRIA

3.2.2.1 AGRAVANTES E ATENUANTES

Definida a pena-base pelo exame das diretivas judiciais abordadas, deverá o juiz tomar em consideração as *circunstâncias legais agravantes e atenuantes* para encontrar a pena provisória.

As agravantes estão previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal e as atenuantes nos artigos 65 e 66³⁶, sendo de notar que todas têm incidência obrigatória, o que decorre da imperatividade verbal empregada na redação dos artigos-base 61 e 65 (*sempre agravam / sempre atenuam*), sem embargo de que o entendimento maciço da jurisprudência tem sido no sentido de que também nesta segunda fase da dosimetria está o magistrado preso aos limites abstratos do tipo penal³⁷, ao que se voltará no desenvolvimento dessa abordagem.

Ademais, são circunstâncias genéricas, aplicáveis a todos os tipos penais, até por questão topográfica, por integrarem a Parte Geral do Código, e a enumeração é exhaustiva, em face do Princípio da Reserva Legal (artigo 1º do Código Penal e artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal), salvo no que tange à previsão de atenuante genérica pelo artigo 66 do Código Penal.

Na dosimetria, deverão ser consideradas primeiramente as agravantes, não obstante a equivocada redação do artigo 68 do Código Penal, porque do contrário, em caso de a pena-base ter sido fixada no mínimo patamar legal e partindo-se da orientação comumente aceita que não se pode extrapolar os limites abstratos da pena nesta segunda fase da aplicação, as atenuantes não poderiam ser consideradás.

Ao contrário das circunstâncias judiciais, tomadas em grau de paridade umas em relação às outras, as circunstâncias legais agravantes e atenuantes estão

³⁶ Ao contrário das circunstâncias judiciais, as circunstâncias legais não serão analisadas em particular porque tal não é necessário ao desenvolvimento do estudo e seria de certo modo entediante.

³⁷ “Não assiste razão à impetração quando impugna o critério de fixação da pena-base, que não considerara as circunstâncias atenuantes decorrentes da confissão espontânea e da menoridade de vinte e um anos do paciente. Segundo entendimento desta Corte, descabe falar dos efeitos da atenuante se a sanção penal foi fixada no mínimo legal previsto para o tipo.” (STF – HC 75.726 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 06.02.1998)

submetidas, *ex vi lege*, a uma graduação de relevância, em que o legislador optou por considerar preponderantes sobre as demais algumas circunstâncias que, portanto, deverão interferir mais efetivamente na quantificação da pena (artigo 67 do Código Penal)³⁸. Assim o são as circunstâncias que resultam dos motivos determinantes do crime (agravantes do artigo 61, II, “a” e “b”, e atenuante do artigo 65, III, “a”, ambos do Código Penal), da personalidade do agente (leia-se atenuante da menoridade, que estabelece a presunção de personalidade em desenvolvimento, e, para alguns, também as atenuantes da confissão espontânea e da reparação do dano) e da reincidência.

3.2.2.2 VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS

Também nessa quadra da dosimetria, o legislador ordinário brindou-nos com sua vagueza, “prestigiando” o arbítrio judicial, como refere quando convém. O que resta, entretanto, é uma indefinição importante no que tange ao modo de atuação quantitativa das circunstâncias legais agravantes e atenuantes sobre a pena-base, de molde a se alcançar o apenamento provisório.

Nesse sentido, de um lado se apregoa o recurso ao *prudente arbitrio do juiz*, fórmula que em muitas situações se afigura desgastada pelas novas luzes lançadas aos direitos e garantias do cidadão. Já a melhor orientação parte da consideração de que as agravantes e atenuantes são circunstâncias de menor relevância do que as causas de aumento e de diminuição de pena (majorantes e minorantes), e de que o menor percentual destas é de um sexto da pena, para concluir que o efeito quantitativo daquelas não pode de qualquer modo ser superior a essa fração, criando-se portanto um parâmetro entre 01 (um) dia de reclusão ou detenção, mínimo fracionável, e 1/6 (um sexto) da pena-base:

“As circunstâncias atenuantes e agravantes são de pequena importância, são um minus em relação às causas de aumento ou de diminuição. Estas têm sempre percentual fixo. O menor deles é de um sexto da pena (v.g., art. 70 do Código Penal) e o maior, na Parte Geral, é de dois terços (v.g., art. 14, parágrafo único). Assim, sendo as circunstâncias atenuantes e agravantes um minus em relação às

³⁸ Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

causas de aumento ou de diminuição, a diminuição ou o aumento da pena relativos àquelas circunstâncias não podem chegar próximo aos patamares destas causas.”³⁹

Mas a problemática persiste em certa medida porque não há regramento para a estipulação judicial entre esses marcos mínimo e máximo de 01 (um) dia de reclusão ou detenção e 1/6 (um sexto) da pena-base, respectivamente.

Nesse sentido, Boschi defende que o critério orientador deve ser o grau de censurabilidade da conduta do réu que se apurou a partir do exame das diretivas do artigo 59 do Código Penal:

*“Ora, se a despeito da redação dada ao artigo 59 do CP incumbe-lhe (ao juiz) perseguir a pena **final** necessária e suficiente jamais superior ao grau de culpabilidade do agente pelo fato segue-se, então, em nome da unidade e da coerência interna do sistema, que é esse grau de culpabilidade, associado às razões íntimas da agravante ou da atenuante, que presidirá o processo de concreta determinação das quantidades correspondentes às agravantes e atenuantes, sempre respeitados, como salientamos antes, os limites extremos de um dia e de 1/6 de pena-base.”*⁴⁰

Finalmente, tem-se admitido a compensação de circunstâncias agravantes e atenuantes, sem quantificação de cada uma, desde que na operação não esteja envolvida alguma circunstância simples e outra preponderante, que interfere diferentemente no cálculo.

A compensação, portanto, será possível, entre circunstâncias normais (como no caso de o réu cometer o crime com emprego de fogo e de ter reparado o dano antes do julgamento), ou entre circunstâncias preponderantes (imagine-se o réu reincidente e menor).⁴¹

³⁹ Conforme NETO, Inácio de Carvalho. *Op. cit.* p. 91.

⁴⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.* pp. 303-4.

⁴¹ Nesse sentido, a discordância de BOSCHI é contundente: “a recomendação de compensação ou neutralização de agravantes e atenuantes não escapa da crítica, pois desconsidera que o grau da culpa, determinado na primeira fase, impede eventualmente que uma agravante possa simplesmente ser anulada por uma circunstância atenuante. É o que nos parece acontecer, por exemplo, quando a culpabilidade graduada na primeira fase, fundamento e limite da pena, conduzir à fixação da reprimenda em quantidade próxima à do termo médio, como reflexo da absoluta desfavorabilidade das circunstâncias judiciais. Nessa situação, a agravante, de acordo com a proposta que estamos tentando passar ao leitor, deveria produzir quantificação mais severa que a correspondente quantificação da atenuante em concurso, já que, desse modo, se estaria preservando a idéia de

3.2.3. A PENA DEFINITIVA

3.2.3.1. GENERALIDADES

Elegendo o magistrado a(s) pena(s) aplicável(eis), ingressando ao depois no método trifásico e superando as suas duas primeiras etapas, como a fixação da *pena-base*, a partir do exame das diretivas do artigo 59 do Código Penal e do Princípio da Proporcionalidade, e da *pena provisória*, mediante análise das circunstâncias agravantes e atenuantes, precisará tomar em consideração as eventuais causas de aumento e de diminuição de pena, conhecidas como majorantes e minorantes, previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal, para então chegar à perseguida *pena definitiva*.

A identificação das causas de aumento e de diminuição é simples a partir da consideração de que já trazem em si o aumento ou a diminuição pretendidos pelo legislador, tanto em quantidades fixas (um terço, um sexto, a metade e o dobro) quanto em porções variáveis (um a dois terços, um sexto até metade, um sexto a um terço). Isso não ocorre, como vimos, com as agravantes e atenuantes.

É preciso certo cuidado, apenas, para não haver confusão das causas de aumento com as qualificadoras, que também trazem ínsita a questão quantitativa da pena, mas, particularmente, criam tipo novo, com nova previsão de penas mínima e máxima, o que não ocorre com as causas de aumento: o homicídio *qualificado*, por exemplo, tem pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. Nessa situação, o juiz, quando dá início à aplicação da pena, ignora os limites do tipo simples e já conduz sua atividade a partir dos novos limites trazidos pelo tipo derivado do delito qualificado. Não se olvide, entretanto, que o legislador penal incorreu em equívoco em algumas situações, quando denominou de qualificado um delito apenas majorado, a exemplo do artigo 127 do Código Penal, o que, evidentemente, não transmuda a natureza das coisas (bastando ignorar a denominação equivocada), mormente em um meio legislativo como o nosso, em que a imprecisão, por sua habitualidade, já nem desperta a atenção.⁴²

reação segundo o grau da culpa e também a própria harmonia do método trifásico, que colima pena final (e não só a pena-base) necessária e suficiente". Idem. p. 318.

⁴² Segundo GILBERTO FERREIRA, "o legislador classificou as circunstâncias em quatro grupos, levando em consideração o grau de influência exercido em relação à maior ou menor reprovabilidade do fato. No primeiro grupo estão as circunstâncias qualificadoras; no segundo, as causas especiais de aumento ou de diminuição de

De outro lado, entende-se na doutrina e na jurisprudência que as causas de aumento e de diminuição da pena, gerais ou especiais, são as únicas hábeis a violar os limites mínimo e máximo da pena abstratamente cominadas pelo legislador.

3.2.3.2. FORMA DE INCIDÊNCIA DAS MAJORANTES E MINORANTES

As causas de aumento e de diminuição da pena têm como base de cálculo inicial a pena provisória, que pode ou não ser a mesma pena-base, dependendo da existência ou não de agravantes e atenuantes ou até mesmo da forma de incidência, como na hipótese já aventada de compensação.

Mas, havendo mais de uma causa de aumento ou de diminuição, aplica-se na prática o que já se convencionou denominar *efeito cascata*, pelo qual, v.g., a segunda causa de aumento incidirá sobre o resultado da aplicação da primeira sobre a pena provisória, e assim por diante. É o que Damásio denomina *juros sobre juros*⁴³. Embora a questão vá merecer exame mais cuidadoso no último capítulo deste estudo, adiante-se que a justificativa usual para o procedimento é a necessidade de se afastar o risco da *pena zero*, de ocorrência possível se as causas de diminuição fossem aplicadas todas sobre a base de cálculo da pena provisória e não em cascata, em virtude justamente da potencialidade dessas causas de violar o limite mínimo da pena em abstrato. Como modo de uniformização da sistemática, procede-se da mesma forma para as causas de aumento.

Esse efeito cascata, aliado ao fato de que as causas de aumento e de diminuição encerram modificações muito diversas na pena, tanto em quantidades fixas como variáveis, impede a compensação entre as circunstâncias, a exemplo do que se afirmou usual no caso de agravantes e atenuantes, observada a questão da preponderância. Ressalva deve ser feita, obviamente, no caso de a previsão legal de aumento ou diminuição entre duas causas ser idêntica, o que, entretanto, não é comum.

pena; no terceiro, as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes); e no quarto as circunstâncias judiciais". Op. cit. p. 141.

⁴³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 219.

Ainda nessa hipótese de concurso de causas de aumento ou de concurso de causas de diminuição, é preciso atentar para a regra do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal⁴⁴. Embora a redação do dispositivo legal seja um pouco truncada, deve-se atentar que se aplica aos casos em que há mais de uma causa de aumento, aos casos de previsão de mais de uma causa de diminuição ou, evidentemente, aos casos em que ambos os fenômenos ocorrem, *não se tratando*, todavia, daqueles casos em que há uma causa de aumento e uma causa de diminuição.

Atente-se que o legislador limitou essa possibilidade às causas previstas na parte especial do Código Penal, com o que discordamos frontalmente porque não há qualquer justificativa para a adoção de um critério discriminatório em relação às modificadoras previstas na parte geral. Mais do que isso: a consideração do concurso entre majorantes ou minorantes oriundas da parte geral atende mais efetivamente à finalidade da norma em comento. Ao aplicador é possível ampliar o campo de incidência da norma, conferindo-lhe razoabilidade, atendendo à finalidade última que o legislador perseguiu ao editá-la, ainda que com deficiente redação.

Em casos tais, de concurso de causas de aumento ou diminuição (previstas, segundo entendemos, na parte geral ou especial, indiferentemente), abre-se a possibilidade legal de emprego de uma só causa de aumento ou de uma só causa de diminuição, que será, inexoravelmente, a de maior repercussão: se causa de aumento, a que mais aumente; se de diminuição, a que mais diminua. A orientação jurisprudencial mais adequada, parece-nos, é a de que se cuida de direito subjetivo do réu, não obstante o emprego do verbo *poder*. Ademais, aplicada a causa de maior repercussão, a remanescente não poderá ser utilizada para qualquer finalidade – como circunstância legal ou judicial, como tem sido defendido – porque tal desfiguraria por completo o objetivo da regra legal.

Quanto à ordem de incidência, está matematicamente comprovado que é indiferente, mesmo com a aplicação em cascata, sendo possível o emprego das majorantes em primeiro lugar, a exemplo do que se faz na segunda fase com o emprego inicial das agravantes, ou vice-versa.

⁴⁴ Art. 68. (...) Parágrafo Único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Questão de relevo, entretanto, é o norte que deve orientar o julgador para transitar entre os extremos de aumento ou de diminuição das causas com estipulação variável. O recurso ao *prudente arbitrio*, já dissemos, chega a soar mal em muitas situações nos tempos em que vivemos. O critério mais adequado, então, será aquele mesmo empregado para a fixação do *quantum* das agravantes e atenuantes entre os marcos doutrinários e jurisprudenciais de 01 (um) dia de reclusão ou detenção e 1/6 (um sexto) da pena-base: o grau de censurabilidade da conduta do réu, que se apurou pela análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, começo da peregrinação do juiz na busca da pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime e que deve orientá-lo no decorrer do complexo *iter* previsto em lei.⁴⁵

4. ALTERNATIVAS POSITIVADAS À PRISÃO

Cumpridas as etapas sucessivas do sistema trifásico de aplicação da pena eleito pelo Código, resta ao magistrado avaliar a possibilidade de utilização de uma das alternativas legalmente previstas ao encarceramento, que consistem, **pela ordem** do maior ao menor benefício ao réu, em substituição da pena privativa de liberdade por multa, substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e suspensão condicional da pena – *sursis*.

4.1. MULTA SUBSTITUTIVA

Em primeiro lugar, por ser a medida mais favorável ao réu, deverá ser investigada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada por multa, a partir da disposição do artigo 58, parágrafo único, do Código Penal, que deixa clara a relação de independência entre a multa eventualmente prevista no tipo penal e a multa substitutiva que nasce na sentença.

A substituição tradicionalmente foi possível nos casos em que a pena privativa de liberdade aplicada não excedia a 06 (seis) meses (art. 60, § 2º, do Código

⁴⁵ Nesse sentido, BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.* p. 328.

Penal)⁴⁶. No entanto, com o advento da Lei nº 9.714/98, que, dentre uma série de modificações no sistema de penas, acrescentou o parágrafo segundo ao artigo 44 do Código Penal, esse limite de seis meses restou ampliado para 01 (um) ano, até onde, portanto, é possível a substituição da pena privativa de liberdade exclusivamente por multa. Em caso de a pena privativa de liberdade ser fixada em *quantum* superior a 01 (um) ano, sua eventual substituição implicará cumulação da pena de multa com uma pena restritiva de direitos ou cumulação de duas penas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, *fine*).

Devem ser observados, segundo o § 2º do artigo 60 do Código Penal, além da questão quantitativa da pena privativa de liberdade, os requisitos de ordem subjetiva elencados nos incisos II e III do mesmo artigo 44, a saber: a) que o réu não seja reincidente em crime doloso; b) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que a substituição seja suficiente.

O requisito da não-reincidência em crime doloso, entretanto, parece não se sustentar, na medida em que o § 3º do artigo 44 do Código Penal, introduzido pela mesma Lei nº 9.714/98, autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e/ou multa mesmo em caso de reincidência, desde que não específica, disposição que deve prevalecer sobre aquela do § 2º do artigo 60 do mesmo Código, ditado pela Lei nº 7.209/84.

Interessante observar que a expressão “pode”, utilizada tanto no § 2º do artigo 44 quanto no § 2º do artigo 60, não revela a natureza da normatização. A substituição da pena privativa de liberdade por multa, uma vez presentes os requisitos legais, é de direito subjetivo do acusado e não, evidentemente, faculdade do julgador.

Necessário mencionar, ao cabo, o teor da súmula nº 171 do Superior Tribunal de Justiça:

⁴⁶ **Art. 58. (...) Parágrafo Único.** A multa prevista no parágrafo único do art. 44 e no § 2º do art. 60 deste Código aplica-se independentemente de cominação na parte especial.

Art. 60. (...) § 2º. A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.

“Súmula 171. Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.”

Não é esse, parece, o direcionamento da política criminal introduzida pela Lei nº 9.714/98. Ademais, a vedação somente teria sentido se em determinada lei especial houvesse disciplina diversa da substituição da pena privativa de liberdade por multa, a teor do artigo 12 do Código Penal, o que, entretanto, não ocorre nas leis especiais vigentes.⁴⁷

4.2. RESTRIÇÃO DE DIREITOS

Inviabilizada por qualquer razão a aplicação de multa substitutiva (a principal costuma ser a quantidade de pena superior a um ano), o passo seguinte é a tentativa de substituição da pena privativa de liberdade por uma ou mais penas restritivas de direitos previstas no artigo 43 do Código Penal (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana), na esteira do artigo 44 do mesmo diploma repressivo⁴⁸.

Essa possibilidade está bastante mais dilatada a partir da Lei nº 9.714/98, que a permitiu em penas privativas de liberdade de até 4 (quatro) anos, para crimes dolosos, desde que não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, ou em penas privativas de liberdade de qualquer forma quantificadas, para crimes culposos.

A esse requisito objetivo, agora menos rigoroso, são agregados os mesmos requisitos subjetivos atinentes à multa substitutiva, previstos nos incisos II e III do

⁴⁷ **Art. 12.** As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por Lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

⁴⁸ **Art. 44.** As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: **I** – aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; **II** – o réu não for reincidente em crime doloso; **III** – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. § 2º. Na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

referido artigo 44 do Código Penal, consistentes na não-reincidência em crime doloso e nas circunstâncias judiciais favoráveis ao apenado.

Mesmo a reincidência, como se disse quanto à multa, desde que não seja específica (verificada em razão do mesmo tipo de crime), não é óbice intransponível à substituição da pena privativa de liberdade, podendo o juiz operá-la desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável (artigo 44, § 3º).

Esse abrandamento dos requisitos à substituição surge com o objetivo indisfarçável e de certa forma pouco nobre de aliviar a carga do sistema penitenciário, em colapso há muito tempo. Não se pode ver com ingenuidade esse tipo de alteração, mormente em um meio jurídico em que o aumento da repressão é interpretado como solução à criminalidade.

De qualquer forma, a inovação deve ser bem utilizada, evitando-se, na grande maioria dos casos, com o instrumento da substituição, os conhecidos e praticamente irreversíveis malefícios do cárcere. Essa, aliás, a intenção declarada do legislador de 1984, que, na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao item nº 26, consignou:

“Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena do cárcere.”

No entanto, dentro daquela conhecida perspectiva de solução dos problemas sociais pela criminalização de novas condutas e maior apenamento aos crimes já definidos, o risco que se corre é o do agravamento de penas de certos delitos que venham a ter maior repercussão na mídia como forma de evitar a aplicação das “penas alternativas”.

Nesse sentido, adverte Cezar Roberto Bittencourt:

“A ampliação da possibilidade de substituição de pena de até quatro anos, embora a princípio represente a adoção de uma política criminal descarcerizadora, pode trazer embutido em suas entranhas o embrião da velha política criminal funcional vigente em nosso país, digamos, como uma bomba armada de efeito retardado.”

Vejam os seguintes: ninguém ignora que vivemos, nesta década, uma política de exacerbação de penas e endurecimento de regimes, como 'meio de combate à violência e criminalidade', independentemente de qualquer resultado prático. Com algum tempo de vigência dos novos limites para aplicação de penas alternativas, mantendo-se as dificuldades atuais, o que é previsível, ante a ausência de vontade política de combate eficaz à criminalidade, estes novos limites para uso da pena substitutiva, certamente, servirão de 'desculpa' para que se volte a exasperar as penas de muitas infrações penais, com a finalidade de impedir a aplicação das penas restritivas de direitos."⁴⁹

4.3. *SURSIS*

Finalmente, não havendo ensejo à multa substitutiva e sequer à substituição da pena privativa de liberdade por restrição de direitos, cabe indagar da possibilidade de suspensão condicional da pena – *sursis* –, de acordo com as disposições do artigo 77 do Código Penal, impondo-se ao condenado o cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz, na conformidade do disposto nos artigos 78 e 79 do mesmo estatuto.

Nesse sentido, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 02 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 02 (dois) a 04 (quatro) anos, desde que: a) o condenado não seja reincidente em crime doloso; b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; c) não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por multa e/ou restrição de direitos.

Excepcionalmente, nos casos em que o condenado é maior de 70 (setenta) anos ou em que seu estado de saúde justifique a medida, poderá ser suspensa a execução da pena privativa de liberdade não superior a 04 (quatro) anos, por 04 (quatro) a 06 (seis) anos. Cuidam-se dos denominados *sursis etário e humanitário*, respectivamente, conforme previsão do artigo 77, § 2º, do Código Penal.

⁴⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas – análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 71.

Ocorre que, sendo o *sursis* cabível de regra para os casos de pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos e tendo como um de seus requisitos não ser indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, esta cabível em penas de até 4 (quatro) anos, de acordo com a Lei nº 9.714/98, seu campo de aplicação tende a se reduzir às hipóteses em que o magistrado, fundamentadamente, afasta a restrição de direitos por não ser medida suficiente ao alcance dos fins declarados da pena.

CAPÍTULO II

O ANTIGO E O NOVO EM CRIMINOLOGIA E A DOSIMETRIA DA PENA

1. AS BASES DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

1.1. A ESCOLA CLÁSSICA

Embora o crime tenha sido preocupação comum a todas as sociedades, do que nos dá conta a história, não se pode falar em Criminologia propriamente dita antes da Escola Clássica, que pela primeira vez apresentou sistematicidade de estudos nessa seara, embora a expressão *Criminologia* somente tenha sido utilizada bem mais tarde (pelo antropólogo francês Topinard, em 1879, e por Garófalo, integrante da Escola Positiva, em 1885).

Toda essa gama de estudos sistematizados sobre o fenômeno criminal, desenvolvida em diversos países europeus no século XVIII e meados do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica, originou-se, na dicção de Vera Regina Pereira de Andrade, “no marco histórico do Iluminismo e de uma transformação estrutural da sociedade e do Estado, inserindo-se, em seus momentos fundacionais, na transição da ordem feudal e o Estado absolutista (o “Antigo regime”) para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal na Europa, e se desenvolveu ao longo do processo de consolidação desta nova ordem”².

A origem da Escola Clássica pode ser simbolizada pela obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria (nascido em Florença, em 1738). Cuida-se de obra representativa da reação liberal ao desumano panorama penal vigente:

² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. pp. 45/6.

*“Contudo, se as luzes de nosso século já conseguiram alguns resultados, ainda estão muito distantes de terem dissipado todos os prejuízos que alimentávamos. Não houve um que se erguesse, senão fracamente, contra a barbárie das penas que estão em uso em nossos tribunais. Não houve quem se ocupasse em reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quão pouco cuidada em toda a Europa. Pouquíssimas vezes se procurou desarraigá-la, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados há muitos séculos; e raras pessoas procuraram reprimir, pela força das verdades estáveis, os abusos de um poder ilimitado, e extirpar os exemplos bem comuns dessa fria atrocidade que os homens poderosos julgam um de seus direitos. Contudo, os dolorosos gemidos do fraco, que é sacrificado à ignorância cruel e aos ricos covardes; os tormentos terríveis que a barbárie inflige em crimes não provados, ou em delitos quiméricos; a aparência repugnante dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é acrescido pelo suplício mais insuportável para os desgraçados, a incerteza; tantos métodos odiosos, difundidos por toda parte, teriam por força que despertar a atenção dos filósofos, espécie de magistrados que orientam as opiniões humanas.”*⁵¹

Mas, além dessa dimensão de combate à Justiça Penal de então, a obra revela uma postura de reconstrução, propugnando, a partir da abstração do contrato social, onde cada indivíduo cede o mínimo possível de suas liberdades para o alcance do bem comum, mais do que a premissa básica da humanidade das penas, um regime de legalidade que melhor assegure o indivíduo dos abusos do Estado.

Este mesmo cenário foi objeto, modernamente, embora por outra ótica, da competente historiografia de Michel Foucault, em *Vigiar e Punir*:

“A má economia do poder e não tanto a fraqueza ou crueldade é o que ressalta da crítica dos reformadores. Poder excessivo nas jurisdições inferiores que podem – ajudadas pela pobreza e pela ignorância dos condenados – negligenciar as apelações de direito e mandar executar sem controle sentenças arbitrárias; poder excessivo do lado de uma acusação à qual são dados quase sem limites meios de prosseguir, enquanto que o acusado está desarmado diante dela, o que leva os juizes a ser, às vezes severos demais, às vezes, por reação, indulgentes demais; poder excessivo para os juizes que podem se contentar com provas fúteis se são legais e que dispõem de uma liberdade bastante grande na escolha da pena; poder excessivo dado à gente do rei, não só em relação aos acusados, mas também

⁵¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução por T. Guimarães. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1996. p. 12.

*aos outros magistrados; poder excessivo enfim exercido pelo rei, pois ele pode suspender o curso da justiça, modificar suas decisões, cassar os magistrados, revogá-los ou exilá-los, substituí-los por juizes por comissão real. A paralisia da justiça está ligada menos a um enfraquecimento que a uma distribuição mal regulada do poder, a sua concentração em um certo número de pontos e aos conflitos e descontinuidades que daí resultam.”*⁵²

A obra de Beccaria inaugura o pensamento clássico com um cunho essencialmente filosófico, que cederia espaço, mais tarde e ainda na mesma Escola, mas já na esteira da obra de Francesco Carrara (*Programa do Curso de Direito Criminal, 1859*), a uma concepção jurídica acerca do crime, do criminoso e da pena. Conforme Alessandro Baratta, “assistimos a um processo que vai da filosofia do direito penal a uma fundamentação filosófica da ciência do direito penal; ou seja, de uma concepção filosófica para uma concepção jurídica, mas filosoficamente fundada, dos conceitos de delito, de responsabilidade penal, de pena”⁵³.

A Escola Clássica tem assento, em todo o seu desenvolvimento, na investigação acerca da justificativa e da extensão do poder de punir diante dos direitos do cidadão. Parte da consideração de que o objetivo primeiro do Direito Criminal é a contenção dos abusos da autoridade, além do que considera todos os indivíduos, criminosos ou não, substancialmente iguais, portadores de um livre arbítrio segundo o qual podem ou não optar pela senda do crime, donde advém a responsabilidade moral como traço característico da culpabilidade.

De outro lado, toma o crime não como uma entidade fática, mas como um fenômeno jurídico, que deve ser estudado a partir do método lógico-dedutivo. De acordo com Vera Andrade, para os clássicos, “o Direito Penal revelado e verdadeiramente digno de consideração era apenas o que decorria, por dedução lógica, seja de um hipotético contrato social (como em Beccaria), seja da natureza racional do homem ou da lei divina (como em Carrara), pois, em qualquer caso, o Direito não é visto como produto histórico”⁵⁴.

⁵² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – nascimento da prisão*. Tradução por Raquel Ramallete. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 68.

⁵³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 33.

⁵⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. *Op. cit.* p. 48.

1.2. A ESCOLA POSITIVA

Segundo Dias e Andrade, foi inaugurada com a primeira edição de *L'Uomo delinquente*, de Cesare Lombroso, em 1876, em um cenário caracterizado pela falência das expectativas otimistas depositadas nas reformas penais e penitenciárias que o Iluminismo estimulara, as quais, não só não haviam conseguido reduzir a dimensão da criminalidade como esta aumentara e se diversificara, revelando altas taxas de reincidência; além do que se fazia sentir, no domínio das ciências do homem, a atração da filosofia, da lógica e da metodologia próprias do positivismo, cujo êxito na seara das ciências empíricas não parecia conhecer limites.⁵⁵

Ainda contextualizando, Vera Andrade diz da inserção da Escola Positiva no horizonte histórico de transformações nas funções do Estado que apontavam para o intervencionismo na ordem econômica e social, sob a égide de novas ideologias políticas de cunho social ou socialista, de crise do programa clássico no combate à criminalidade, de domínio de uma concepção positivista de Ciência e declínio do jusnaturalismo ao lado do evolucionismo de Darwin e a obra de Spencer.⁵⁶

Assim é que surge um pensamento gestado no método experimental próprio do movimento naturalista do século XVIII, a considerar que o crime não é aquele fenômeno jurídico decorrente do livre arbítrio como propugnavam os clássicos, mas um fato natural e social, um dado ontológico preconstituído à reação social e ao Direito Penal (e daí o método empregado).

Nas palavras de Lombroso, o crime é “um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção”⁵⁷, determinado por fatores biológicos, sobretudo de natureza hereditária, ou por fatores psicológicos (conforme Garófalo) ou ainda por fatores sociológicos (na lição de Ferri).

⁵⁵Cfe. ANDRADE, Manuel da Costa, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p 10.

⁵⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal* *Op. cit.* p. 60.

⁵⁷ *Apud* ALESSANDRO BARATTA. *Op. cit.* p. 39.

De acordo com Baratta,

*“À tese propugnada pela Escola Clássica, da responsabilidade moral, da absoluta imputabilidade do delinqüente, Lombroso contrapunha, pois, um rígido determinismo biológico. A visão predominantemente antropológica de Lombroso (que, contudo, não negligenciava, como erroneamente certos críticos sustentam, os fatores psicológicos e sociais) seria depois ampliada por Garófalo, com a acentuação dos fatores psicológicos (a sua **Criminologia** é de 1905) e por Ferri, com a acentuação dos fatores sociológicos. Na **Sociologia Criminale** (1900), Ferri ampliava, em uma completa e equilibrada síntese, o quadro dos fatores do delito, dispondo-os em três classes: fatores antropológicos, fatores físicos e fatores sociais. O delito era reconduzido, assim, pela Escola Positiva, a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão. O sistema penal se fundamenta, pois, na concepção da Escola Positiva, não tanto sobre o delito e sobre a classificação das ações delituosas, consideradas abstratamente e independentemente da personalidade do delinqüente, quanto sobre o autor do delito, e sobre a classificação tipológica dos autores.”*⁵⁸

A unidade ideológica da Escola Positiva está centrada nas causas do declínio do pensamento clássico, especialmente na necessidade de resgate de uma adequada *defesa social* frente ao fenômeno preconstituído da criminalidade, bem como no resgate da figura do criminoso, um tanto esquecida pela Escola Clássica em sua abstração.

Como assentou Ferri,

*“as afirmações do direito individual em face do Estado, como reação contra os abusos da Justiça Penal antes de Beccaria, chegaram – elas mesmas – ao maior excesso, em virtude da Lei do ritmo histórico, pela qual cada reação ultrapassa os limites da ação que a provocou. O imputado foi considerado como uma vítima da tirania do Estado, e à Ciência Criminal atribuída Carrara a missão de limitar os abusos do poder; do que resultou uma diminuição dos direitos, outro tanto legítimos, da sociedade em face do delinqüente.”*⁵⁹

⁵⁸ Idem. p. 39.

⁵⁹ FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal*. Tradução por Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931. pp. 38-9.

1.3. A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

Embora a questão da *defesa social* tenha sido tratada de modo mais explícito pelos positivistas, inclusive como reação ao insucesso dos clássicos quanto aos resultados do combate ao crime, pode-se dizer que se trata de ideologia comum a ambas as Escolas, embora apregoada a partir de um método investigativo radicalmente diverso.

De acordo com Baratta⁶⁰, tanto a Escola Clássica quanto a Escola Positiva realizaram um modelo de ciência penal integrada, ou seja, um modelo no qual a ciência jurídica e a concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas, sendo que, em ambos os casos, estamos em presença da afirmação de uma ideologia de defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico, que se assenta em uma série de princípios:

Princípio da legitimidade: o Estado, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias), que interpretam a legítima reação da sociedade ao crime, está legitimado a reprimir a criminalidade;

Princípio do bem e do mal: enquanto a sociedade constituída é o bem, o desvio criminal representa o mal;

Princípio da culpabilidade: a reprovabilidade do delito decorre da violação de valores e normas presentes na sociedade mesmo antes do sancionamento pelo legislador;

Princípio da finalidade ou da prevenção: a pena, mais do que apenas retributiva, tem caráter preventivo, criando, como sanção abstrata, uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso e, como sanção concreta, a ressocialização do delinqüente;

Princípio da igualdade: a lei penal é igual para todos e se aplica igualitariamente aos autores dos delitos;

⁶⁰BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* p. 41.

Princípio do interesse social e do delito natural: os interesses protegidos pelo Direito Penal são interesses comuns a todos os cidadãos, sendo que apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos (delitos artificiais).

Embora continue sendo a ideologia-base do pensamento penal dominante nos tempos hodiernos, ainda que com outra roupagem⁶¹, ver-se-á adiante, a induzir uma mudança paradigmática importante, o progresso dos estudos criminológicos a partir do enfoque da sociologia criminal, a contrapor-se à antropologia criminal, especialmente herdada dos positivistas.

2. A MUDANÇA PARADIGMÁTICA EM CRIMINOLOGIA

2.1. O PARADIGMA ETIOLÓGICO

É no seio da Escola Positiva que se dá a gestação do chamado *paradigma etiológico* de Criminologia (do grego *aitia*, causa, e *logos*, tratado), segundo o qual o fenômeno criminal é um dado pré-constituído da realidade social (*delitos naturais*) e passível de ser analisado no que tange a suas causas - evidentemente pela ótica do método naturalista experimental, típico do positivismo -, a partir do que será possível a escolha dos meios “eficazes” para combatê-lo.

⁶¹ Segundo ANCEL, “o termo não é mais empregado somente para servir de veículo à noção antiga de ‘proteção da Sociedade’ ... em sua acepção moderna, a defesa social, antes de tudo, como uma reação contra esse sistema unicamente retributivo. É inclusive neste aspecto que o termo ‘defesa social’ adquire uma dimensão ou, se preferem, uma nova autonomia; é o aspecto que implica uma concepção nova de luta contra a delinquência; é enfim nesse contexto, superando um direito penal como técnica jurídica, que se pressupõe uma política criminal consciente e baseada em fundamento das ciências sociais e da criminologia. Essa política criminal moderna resulta de uma premissa fundamental, ou seja, o crime sendo um fato social e um ato humano, nem tudo termina com a definição legal do delito e cominação da pena: resta compreendê-lo como fenômeno sócio-individual, preveni-lo e interrogar sobre a atitude a tomar em relação ao seu autor, indo além de uma simples qualificação legal. Assim, a história das idéias nos apresenta duas concepções principais, fundamentalmente diferentes, da noção de ‘defesa social’: a) a concepção antiga, defendida ainda por muitos, que a limita à proteção da Sociedade através da repressão do crime; b) a concepção moderna, que encontra sua expressão na excelente fórmula adotada pelas Nações Unidas quando da criação, em 1948, de sua Secção de Defesa Social: **a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes**. Prevenção e tratamento são, poder-se-ia dizer, as duas dimensões que faltavam à concepção tradicional. ANCEL, Marc. *A nova defesa social*. Tradução por Osvaldo Mello. Rio de Janeiro: Forense, 1979. pp. 8-10.

Foi com a eleição do homem criminoso como o centro da atenção da Criminologia que a Escola Positiva passou a estudar as razões que o levam ao desvio, transitando, como já se assentou, por fatores de natureza antropológica, psicológica e social, especialmente a partir das obras de Lombroso, Garófalo e Ferri. Nessa linha de pensamento, a Criminologia é uma ciência causal-explicativa da criminalidade. Como acentuou Francisco Bissoli Filho, “ao contrário do classicismo, o positivismo viu no homem criminoso o protagonista de suas investigações, tendo-o como um ser anômalo, do qual depreendeu os estigmas da criminalidade”⁶².

No mesmo sentido, alinhou Vera Andrade:

*“Dai a tese fundamental de que ser criminoso constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais. Ele apresenta estigmas determinantes da criminalidade. Estabelece-se desta forma uma divisão ‘científica’ entre o (sub)mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma ‘minorias’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais (o ‘mal’) e o mundo, decente, da normalidade, representado pela maioria da sociedade (o ‘bem’). A violência é, desta forma, identificada com a violência individual (de uma minorias), a qual se encontra, por sua vez, no centro do conceito dogmático de crime, imunizando a relação entre a criminalidade e a violência institucional e estrutural.”*⁶³

Cuida-se, na realidade, do paradigma que sustenta o discurso penal dominante da atualidade, que reduz a criminalidade às definições positivadas pelo Direito Penal e se propõe a estudar as suas causas com o objetivo básico de proporcionar meios de defesa social ante o crime (*rectius*, ante o criminoso).

Segundo expõe Jackson C. de Azevêdo:

“Até os anos setenta, a Criminologia permaneceu atrelada ao paradigma etiológico, caudatário do positivismo do século XIX, para o qual só era reconhecido como científico o estudo causal-explicativo dos fatos observados. Para esse modelo, o crime é um fenômeno natural, e a Criminologia uma ciência causal-explicativa do ‘crime’

⁶² BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização – dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 42.

⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na Ciência e no senso comum. In: *Rev. Seqüência*, Florianópolis, nº 30, pp. 24-36.

e do 'criminoso' que se vale do método experimental e das estatísticas criminais para explicar as causas do crime e prever os meios para evitá-lo.”⁶⁴

Ainda segundo Vera Andrade, “sendo uma criação europeia, este paradigma permanece ainda hoje na Europa como o modelo tradicional de Criminologia que, seja nas perspectivas de ordem biopsicológica, sociológica ou multifatorial, se encontra comprometido, como vimos, com a ideologia dominante na Dogmática Penal: a ideologia da defesa social”⁶⁵.

Do postulado determinista, anota Salo de Carvalho,

*“com conseqüente negação do livre arbítrio decorrente do atavismo antropológico, a pena será considerada medida de higienização social. Se o delinqüente representa um organismo disfuncional no interior de uma sociedade sã, unívoca e consensual, a resposta do Estado à transgressão da norma deve ter uma fundamentação terapêutica (...) O ideal positivista no que se refere à temática do **quantum** legal da pena é a sua indeterminação, legando ao juiz, e principalmente ao corpo administrativo clínico, o estabelecimento da medida terapêutica comparável àquela sanção imposta aos inimputáveis – medida de segurança.”⁶⁶*

2.2. O PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL

Enquanto a Europa em geral permanece atrelada aos velhos laços da defesa social e da etiologia, a Criminologia passa a experimentar, em solo norte-americano, uma guinada completa, que não se pode dizer seja um aperfeiçoamento dos pensamentos de outrora, mas uma verdadeira reviravolta, gestada especialmente no ventre da Sociologia Criminal, com o advento do *labelling approach*, também denominado paradigma do controle, da definição ou da reação social (*social reaction approach*), ou, ainda, enfoque do etiquetamento ou teoria da rotulação.

⁶⁴ AZEVÊDO, Jackson C. de. *Op.cit.* p. 31.

⁶⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal.* *Op. cit.* p. 199.

⁶⁶ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 139.

O horizonte de estudos em que o *labelling approach* se situa é, segundo Baratta, em grande medida dominado por duas correntes da sociologia americana, estreitamente ligadas entre si: o **interacionismo simbólico**, decorrente da psicologia social e da sociolinguística de George H. Mead - segundo o qual a realidade social é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem - e a **etnometodologia**, inspirada pela sociologia fenomenológica de Alfred Schutz, que assenta que a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma *construção social*, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos.⁶⁷

O momento fundacional desse novo paradigma é a edição de *Outsiders* (1963)⁶⁸, de Howard S. Becker, em que a vertente do interacionismo é bastante clara: “são os grupos sociais que criam a *deviance* ao elaborar as normas cuja violação constitui a *deviance* e ao aplicar estas normas a pessoas particulares, estigmatizando-as como desviantes”⁶⁹.

O ponto de partida, conforme acentuam Dias e Andrade, é o

*“de que a deviance não é uma qualidade ontológica da acção, mas antes o resultado duma reacção social e que o delinquente apenas se distingue do homem normal devido à estigmatização que sofre. Daí que o tema central desta perspectiva criminológica seja precisamente o estudo do processo de interacção, no termo do qual um indivíduo é estigmatizado como delinquente. Este deixa, assim, de ser o protagonista do campo da criminologia, sendo sub-rogado pelos outros, que adscrevem, estigmatizam, manipulam e degradam. Dito noutros termos, são as instâncias de reacção e controlo que passam a constituir o principal objeto de estudo do labeling... A identidade, o self, não é um dado, uma estrutura sobre a qual actuam as ‘causas’ endógenas ou exógenas, mas algo que se vai adquirindo e modelando ao longo do processo de interacção entre o sujeito e os outros.”*⁷⁰

⁶⁷ Cfe. BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* p. 87.

⁶⁸ DIAS e ANDRADE observam que “*Outsiders* tem, porém, atrás de si a obra de muitos precursores que, ao longo de algumas décadas, vinham convergindo em torno do quadro de idéias que hoje integram o *labelling*”, mencionando F. Tannenbaum (*Crime and the Community*, 1938) e Lemert (*Social Pathology*, 1951), além de contemporâneos de Becker, como H. Garfinkel (*On Conditions of Successful Degradation Ceremonies*, 1956), J. Kitsuse (*Societal Reaction to Deviant Behavior – Problems of Theory and Method*, 1960), E. Goffman (*Asylums*, 1961) e E. Erikson (*Notes on the Sociology of Deviance*, 1962). *Op. cit.*, p. 50-1.

⁶⁹ *Apud* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE. *Op. cit.* p. 50.

⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.* p. 49-50

Assim, para o *labelling*, o comportamento tido como criminoso em determinada sociedade e momento histórico não é uma conduta negativa *per se* ou uma realidade pré-constituída à reação social, mas sim o resultado da rotulação, bem negativo distribuído a certas pessoas mediante processos formais e informais de definição e seleção.

Como assinala Vera Andrade, “uma conduta não é criminal ‘em si’ (qualidade negativa ou nocividade inerente), nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a ‘definição’ legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a ‘seleção’ que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.”⁷¹

O processo todo começa com a opção política do Estado, a partir do embate de suas forças internas, estimuladas por influências também externas, pelas condutas que devem ser objeto da tipificação legal, pela escolha dos bens jurídicos que à sociedade, naquele momento histórico e com aquela “anatomia”, importa preservar. O caráter fragmentário do Direito Penal determina, em linha de princípio, a sua intervenção somente para tutelar os bens jurídicos mais importantes e contra ofensas mais graves.

Fruto dessa opção conjuntural extremamente volátil, o delito não possui um conceito ontológico, não é um ente natural ou jurídico autônomo, mas se configura a partir do alvitre de quem detém o poder de decisão.

De acordo com Maria Lúcia Karam, não há diferença ontológica entre os fatos definidos como crimes e outros fatos sociais, senão a questão objetiva de que aqueles foram alvo de uma opção política do Estado. *In verbis*:

“A definição a respeito de quais dentre estes fatos socialmente negativos ou situações conflituosas serão objeto de proibições ou mandatos na órbita penal dar-se-á através de intervenção legislativa, na primeira etapa do processo de criminalização, traduzindo não mais do que uma decisão política do Estado, o delito enquanto fato socialmente negativo ou expressão de uma situação conflituosa ontologicamente não se diferenciando de outros fatos ou

⁷¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*. Op. cit. p. 28.

situações desta natureza assim não qualificados. (...) Fazendo-se por decisão política do Estado, a seleção dos interesses ou direitos, individuais, coletivos ou institucionais – identificáveis como bens jurídicos – a serem objeto da tutela penal e a definição das condutas deles afetadoras a serem qualificadas como delitos, naturalmente, atendem aos interesses e valores dominantes em um dado momento histórico e em uma dada formação social, instrumentalizando o exercício do poder, em sua expressão punitiva, de forma a proporcionar uma disciplina social que resulte funcional para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global daquela dada formação social. Esta seleção e definição de bens jurídicos e de condutas deles afetadoras a que se dará um tratamento penal estão vinculadas e são determinadas pelas características básicas da formação social onde se desenvolve tal manifestação de poder do Estado – fator da organização e do equilíbrio global daquela formação social –, inexistindo, portanto, uma conceituação ontológica do delito – um ‘delito natural’ –, presente em todo tempo ou em todo lugar, o delito sim se definindo, substancialmente, por seu tratamento normativo historicamente determinado.”⁷²

Vale dizer, o *status* social do delinqüente pressupõe o efeito da atividade seletiva das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, que possuem

⁷² KARAM, Maria Lúcia. Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 29. pp. 331/2.

No mesmo sentido, TAVARES: “Os juristas geralmente se ocupam do Direito Penal como direito legislado, constituído de um conjunto de normas incriminadoras e algumas regras gerais destinadas à sua aplicação. O Direito Penal, no entanto, deve ser compreendido no contexto de uma formação social, como matéria de prática social e política, como resultado de certo processo de elaboração legislativa, onde a estrutura jurídica se afirma em suas relações com as forças sociais hegemônicas, atuantes no Parlamento. Hoje, pode-se dizer que a norma incriminadora não é um ente meramente abstrato e neutro, como pensava Kelsen, como forma exclusiva de imposição de deveres para a satisfação da ação própria de sancionar, mas o sucesso da interação dos interesses que se manifestam no processo de sua elaboração. Desconsiderar esse aspecto material da formação da norma será condenar a formulação jurídica a um jogo de mero exercício lógico, sem qualquer validade para as necessidades sociais de seus reais destinatários.” TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, lançamento. p. 75.

De acordo com ilustração de OLIVEIRA, “Antígona, quando enterrou seu irmão morto na luta fratricida, contrariando o édito de seu outro irmão, Creonte, o tirano de Tebas, que ‘proibia fosse dada sepultura aos traidores da pátria’, agia de forma perfeitamente adequada aos fins da vida e aos mais altos valores sociais, como o do respeito aos mortos. Pretendia inumar seu irmão de forma digna, em nome dos valores familiares e da respeitabilidade do ser humano, mesmo depois de morto, princípios contidos na lei inscrita pela divindade na consciência dos homens, muito antes mesmo da proclamação dos éditos dos príncipes.” OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O Direito Penal e a intervenção mínima. *Revista da Ajuris*, nº 69. p. 111.

Ao cabo, relembre-se a lição de CARVALHO: “dirão alguns que a lei penal tipifica aqueles comportamentos que ofendem mais à moralidade média. Será verdade? Vejamos o que nos causa maior desagrado: a ofensa à honra (injúria), a ofensa ao corpo (lesão leve), ou a ofensa ao patrimônio (uma pessoa com grave ameaça que subtraia um relógio – roubo)? Evidentemente que a ordem de desagrado é em primeiro lugar a honra, após o corpo e depois o patrimônio. Quais as penas? Detenção de um a seis meses ou multa (art. 140 do CP); detenção de três meses a um ano (art. 129); reclusão de quatro a dez anos (art. 157), respectivamente. Surge uma questão básica: quem pratica o roubo, ou seja, a subtração de coisa móvel mediante grave ameaça? Evidentemente que é o pobre. Os outros dois delitos os não-pobres praticam, o de roubo não! Para quem foi feito o dispositivo legal com tamanha pena?” CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. 5. ed. Niterói: Luam, 1997. p. 27.

verdadeira função constitutiva de criminalidade, não adquirindo esse *status* aquele que, apesar de ter realizado idêntico comportamento punível, não é alcançado pela ação dessas agências.

Dentro dessa perspectiva seletiva e de verdadeira constituição da criminalidade pelas agências oficiais encarregadas do controle penal (legislação, Polícia, Ministério Público, Justiça Criminal e estabelecimentos penais), surge, nos horizontes traçados pelo *labelling*, a distinção entre *criminalização primária* e *secundária*, em que a primeira decorre naturalmente da ação do legislador em tipificar os delitos enquanto a segunda é produzida pela rotulação de determinado indivíduo como delinqüente pelas instâncias específicas da Polícia, Ministério Público, Justiça Criminal e estabelecimentos penais.

A noção de crime como produto de normas (criação do crime) e produto de poder (aplicação do rótulo) define a lei (e o processo de rotulação) como causa do crime, rompe o esquema teórico do positivismo e dirige o foco para a relação entre estigmatização criminal e carreira criminosa: a criminalização primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência).⁷³

E todo esse processo rotulatório está inserido em um sistema de seleção e controle bem mais amplo e informal, induzido por instituições como a família, a escola e o mercado de trabalho.

Daí a sempre citada diferenciação de Baratta:

*“Os criminólogos tradicionais examinam problema do tipo ‘quem é criminoso?’, ‘como se torna desviante?’, ‘em quais condições um condenado se torna reincidente?’, ‘com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?’. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no **labelling approach**, se perguntam: ‘quem é definido como desviante?’, ‘que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?’, ‘em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?’ e, enfim, ‘quem define quem?’”⁷⁴*

⁷³ Cfe. SANTOS, Juarez Cirino do. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 14.

⁷⁴ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* p. 88.

A mudança de paradigma, como se vê, é significativa: não mais a criminalidade que afeta a sociedade como alvo de estudo, mas a criminalização produzida por esta mesma sociedade, por seus mecanismos de controle e seleção. Passa-se a perceber o real papel operado pelo sistema repressivo na construção de carreiras criminosas e consolidação de identidades de desvio.

Mais do que isso, conforme refere Maria Lúcia Karam, o processo de criminalização, ao tempo em que censura a conduta de poucos, legitima a dos demais:

*“Esta crença na reação punitiva é fruto de uma perversa fantasia. Quando se fala em combate à impunidade, quando se pedem penas mais rigorosas, quando se apela para a necessidade de maior aparelhamento, de maior eficiência do sistema penal, esquece-se e oculta-se que, na realidade, tal sistema só opera (e só pode operar) marginalmente, em um número reduzidíssimo de casos. A quantidade infinita de crimes, que permanece desconhecida ou impune, não é resultado de questões conjunturais ou de uma eventual deficiência operacional. A excepcionalidade da concretização da reação punitiva é, ao contrário, uma das regras básicas da atuação do sistema penal, baseando-se a lógica de seu funcionamento na seleção de um ou outro autor de condutas conflituosas ou socialmente negativas, definidas como crimes, para que, preso, processado ou condenado, seja identificado e, assim, passe a desempenhar o papel de criminoso, enquanto os demais seguem desempenhando seus papéis de cidadãos respeitadores da lei, de cidadãos de bem.”*⁷⁵

É ilusório – aduz Jackson de Azevêdo – “querer estudar (e combater) o binômio positivista ‘crime-criminoso’, sem compreender os processos de criminalização engendrados na Sociedade que faz do sistema penal, tal como ele é, um dos instrumentos para produzir e reproduzir as relações sociais e econômicas de desigualdade e privilégios”.⁷⁶

⁷⁵ KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 06. p. 118. Prossegue explicando a autora: “Provocando o isolamento, a estigmatização e a submissão inútil, profundo e desumano sofrimento da prisão daqueles que vão cumprir o papel de criminosos, o sistema penal faz destes poucos selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando, assim, como um poderoso realimentador da criminalidade, isto quando não é a própria reação punitiva a criadora da criminalidade e da violência por ela gerada, como ocorre em relação à chamada criminalidade de negócios ilícitos, em que o processo de criminalização, produzindo a ilegalidade do mercado de determinados bens e serviços de grande demanda, igualmente produz a inserção nesse mercado de grandes organizações criminosas e da conseqüente violência que, por esta condição de ilegalidade, necessariamente acompanha tal modalidade de atividade empresarial (é o caso, p. ex., da produção e comercialização de drogas ilícitas.”

⁷⁶ AZEVÊDO, Jackson C. de. *Op. cit.* p. 23.

Em todo esse processo, o *labelling* acentua a diferenciação entre *regras* e *meta-regras*, entendendo pelas primeiras as normas sociais gerais, como as normas éticas e as jurídicas, enquanto que pelas últimas compreende as leis e os mecanismos atuantes sobre o intérprete ou aplicador do direito⁷⁷. As meta-regras, também denominadas *basic rules* ou *second code*, aparecem como a questão científica decisiva no processo de filtragem da população criminosa, sendo responsáveis, em última análise, pela distorção da distribuição social da criminalidade, ou seja, pela distância entre a criminalidade reconhecida e a latente.⁷⁸

A “funcionalidade” desse *second code* foi apropriadamente descrita por Vera Andrade:

“... para além de uma eficácia seletiva conformadora do conteúdo normativo da lei (cabendo-lhe suprir as vaguesas e ambigüidades), o second code judicial tem uma eficácia seletiva conformadora, reelaboradora e recriadora dos próprios fatos a processar e a sancionar como crimes. Isto significa que a eficácia dos mecanismos de seleção se manifesta na atividade jurisdicional ao longo da multiplicidade de decisões que incumbem aos juizes e tribunais. seja na fixação dos fatos, na sua valoração e qualificação jurídico-penal, individualização, escolha e quantificação da pena. (...) Assim, seja na discricionariedade para fixação da verdade processual dos fatos, seja na discricionariedade permitida pela vagueza ou ambigüidade da linguagem da lei (especialmente verticalizada no caso dos chamados elementos normativos do tipo, como ‘honestidade’, ‘obscenidade’ etc.); pela ausência de parâmetros precisos na definição dos tipos penais (especialmente nos chamados tipos abertos como os crimes culposos, omissivos impróprios etc.) e para a

⁷⁷ A fundamentação nada mais é do que uma construção racional que, embora não encerre notas de falsidade, também não reflete os verdadeiros fatores que influenciaram/determinaram o julgador no ato de decidir. Nesse sentido, BRUM afirmou que o julgador “é condicionado por sua cultura jurídica, suas crenças políticas, filosóficas e religiosas, sua inserção sócio-econômica e todos os demais fatores que forjaram e integraram a sua personalidade. Esse complexo condicionamento será decisivo no ato de sentenciar, já que a primeira necessidade do juiz – ser humano que é – constitui-se em atender a sua própria consciência. Ora, atender a sua consciência e, simultaneamente, às desencontradas aspirações da comunidade jurídica constitui tarefa somente exequível na dimensão retórica do direito.” BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980. p. 85.

⁷⁸ Cfe. BARATTA, que, ademais, ressalta que “a incidência de regras, princípios e atitudes subjetivas sobre o momento da ‘concretização’ do direito, por ação dos operadores jurídicos, há muito está no centro de interesse das correntes antiformalistas e realistas da jurisprudência ... o conceito das ‘regras de aplicação’ não fica limitado às regras ou aos princípios metodológicos conscientemente aplicados pelo intérprete (as agências oficiais, os juizes), mas se transforma no plano das leis e dos mecanismos que agem objetivamente na mente do intérprete, e que devem ser pressupostos para os fins de uma explicação sociológica da divergência entre a delinqüência reconhecida e a delinqüência latente ... as regras sobre aplicação (basic rules, meta regras) seguidas, conscientemente ou não, pelas instâncias oficiais do direito, e correspondentes às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade no sentido comum, estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseadas sobre relações de poder (e de propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção.” *Op. cit.* p. 105-6.

individualização e fixação da pena em geral (especialmente nas hipóteses de perdão judicial, tentativa, concurso formal e continuado etc.); seja pelas lacunas ou antinomias do ordenamento jurídico, a interpretação judicial postula necessariamente a mediação das normas derivadas dos second codes dos juizes, normas de natureza e impacto reconhecidamente seletivo.”⁷⁹

A derrocada teórica dos princípios que estearam a ideologia da defesa social – ainda de franca vigência no dia a dia do controle penal – é visível e foi bem apanhada por Baratta, ao examinar as diversas teorias que, de alguma forma, contribuíram para a mudança paradigmática já evidenciada⁸⁰. Interessa-nos, aqui, os efeitos do *labelling approach* sobre dois desses princípios.

Em primeiro lugar, o novo paradigma estabeleceu severa negação ao *Princípio da Finalidade ou da Prevenção*, segundo o qual a pena, mais do que apenas retributiva, tem caráter preventivo, criando, como sanção abstrata, uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso e, como sanção concreta, ressocializando o delinqüente. A questão, ao novo enfoque, é bem diversa e abala seriamente essa função declarada da pena, já que a criminalização primária e secundária, e especialmente esta, marcam indelevelmente o indivíduo como delinqüente e produzem a consolidação de sua identidade desviante, lançando-o em uma carreira criminal praticamente inevitável, já que a marca que agora lhe acompanha impede sua reinserção na sociedade considerada normal. O indivíduo torna-se, na perspicaz expressão de Francisco Bissoli Filho, *refém de seu próprio passado*⁸¹.

De outro lado, restou infirmado o *Princípio da Igualdade* (a lei penal é igual para todos e se aplica igualmente aos autores dos delitos), uma vez que o processo de seleção é absolutamente desigual, a começar pela carga ideológica que subjaz às definições legais que estabelecem a criminalização primária até a atividade específica das instâncias oficiais de controle que produzem a criminalização secundária e etiquetam com certa constância sempre a mesma espécie de público.

⁷⁹ ANDRADE, Vera. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. *Op. cit.* pp. 272/3.

⁸⁰ Ao longo da obra referida, BARATTA procura assentar que as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva estabeleceram uma negação ao princípio da legitimidade; que a teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia negaram o princípio do bem e do mal; e que a teoria das subculturas criminais infirmaram o princípio da culpabilidade

⁸¹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Op. cit.* p. 217.

3. A DOSIMETRIA DA PENA COMO VÉRTICE DE UM PROCESSO ROTULATÓRIO

A partir da definição de criminalização secundária fornecida pelo *labelling approach*, no sentido da criminalização produzida por determinadas agências de controle penal (Polícia, Ministério Público, Justiça Criminal e sistema penitenciário), no momento da definição do cidadão como delinqüente, o que vem a consolidar uma identidade desviante e provavelmente a lançar o identificado em uma carreira criminal, o procedimento da aplicação e individualização da pena passa a ser o mecanismo central dessa rotulação.

Com efeito, é com o apenamento do acusado que toda a força da norma que estabelece a criminalização primária recairá sobre a situação fática e sobre o autor desse fato definido como crime, calcando-lhe a pecha de condenado e lançando-lhe às mãos do aparato da execução penal, não menos cruel.

Sendo assim, e considerando a inafastabilidade desse procedimento na atual fase do desenvolvimento social, o que se examinará com mais vagar na última quadra do estudo, a solução, ao que parece, é procurar, dentro do possível e do razoável, estabelecer alguns pontos de ajuste desse mecanismo, que, logo se concluirá, está a funcionar a partir do limitado paradigma etiológico, justificador da ideologia penal dominante, e ainda não atentou para os novos horizontes que estão a se abrir para a Criminologia.

3.1. A FRAGILIDADE DE UM MÉTODO ASSENTADO EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS LIMITADAS E ESTIGMATIZANTES

Procurar-se-á demonstrar, primeiramente, na esteira das noções dogmáticas alinhadas no primeiro capítulo, que todo o procedimento de dosimetria da pena está centrado no grau de censurabilidade da conduta do acusado que se afere a partir das circunstâncias judiciais inscritas no rol do artigo 59 do Código Penal, passando-se, ao depois, para o questionamento de algumas dessas categorias-base à luz do enfoque do etiquetamento, que se reputa inegável em seus fundamentos essenciais.

3.1.1. A CENTRALIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NO PROCESSO INDIVIDUALIZATÓRIO

Empregando critérios “mais abrangentes e precisos”⁸², o legislador de 1984 disciplinou o *iter* a ser percorrido pelo aplicador da pena a partir da aferição da culpabilidade do acusado com base nas diretivas judiciais dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e das conseqüências do crime, bem como do comportamento da vítima.

Mas deixou claro que tais operadoras não deveriam ter incidência apenas na definição da pena-base, e sim na busca da pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, vale dizer, na busca da pena definitiva.

Está correto afirmar, então, que a conclusão acerca do grau de reprovabilidade da conduta do réu (culpabilidade) deve orientar o juiz durante todo o percurso que vai da pena-base até a fixação da pena definitiva – sem falar em momentos anteriores e posteriores a esse percurso, como ocorre na escolha prévia entre penas alternativamente cominadas e na decisão posterior sobre o regime inicial de cumprimento de pena ou sobre multa substitutiva, restrição de direitos e *sursis* -, sendo o seu norte sempre que a disciplina legal não o orientar diversamente.⁸³

Assim é que se pode constatar uma série de situações em que essas circunstâncias que se convencionou dizer judiciais terão influência decisiva na eleição e quantificação da pena, o que é importante reafirmar de forma sistemática para que depois se possa ter a noção do alcance das críticas que serão inarredavelmente formuladas a partir do paradigma da reação social.

⁸² Exposição de Motivos da Nova Parte Geral, nº 49.

⁸³ Nesse sentido, BOSCHI, com base em lição do Desembargador gaúcho Ladislau Fernando Rohnelt, assentou que a influência das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP estende-se ao longo de todo o trabalho judicial de determinação da pena, sem ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, porque o juiz, nas etapas seguintes, não repristina a avaliação de cada circunstância judicial, mas limita-se a se apoiar no grau de culpabilidade determinado pelo seu conjunto. *Op. cit.* p. 305.

- Eventual escolha entre penas alternativamente cominadas

O legislador penal brasileiro não estabeleceu qualquer critério para a eleição entre uma ou mais das penas alternativamente propostas (já se disse que essa hipótese é exceptiva em nosso sistema penal, o que se vê pelos delitos exaustivamente elencados no item 2.1 do primeiro capítulo), devendo o juiz, até mesmo por absoluta inexistência de outro recurso a utilizar, servir-se da verificação do grau de censurabilidade da conduta do acusado, mediante o exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, embora, a rigor, esse exame somente viesse a ser feito posteriormente, após a escolha da(s) pena(s) aplicável(eis) e para sua quantificação.⁸⁴

Isto significa, obviamente, atentar para o Princípio da Proporcionalidade inserto no mesmo dispositivo. Assim, *v.g.*, concluindo o juiz que não é por demais reprovável a conduta do autor do furto, réu primário que inclusive agiu por motivo ponderável e em circunstâncias favorecidas pelo comportamento da vítima, não causando a esta maiores prejuízos, em face mesmo do pequeno valor da *res furtiva*, optará pela pena detentiva ao invés da reclusiva prevista (o que desde já afasta a possibilidade de regime inicial fechado, conforme artigo 33 do Código Penal), e/ou diminuirá o *quantum* da pena de um a dois terços, ou aplicará somente a pena de multa, escolhas, evidentemente, realizadas com vistas a um apenamento proporcional ao delito.

- Fixação do número de dias-multa

Da mesma forma, a inexistência de critério positivado para a fixação do número de dias-multa (o artigo 60 do Código Penal menciona apenas o critério da situação econômica do réu, que respeita, obviamente, ao valor de cada dia-multa) conduz o juiz ao mesmo e único caminho fundado da consideração das conclusões sobre o grau de censura da conduta do acusado.

⁸⁴ A esse respeito, BOSCHI assinala: “Essa opção preliminar, como é fácil deduzir, não pode, então, ser produto do acaso, não deve refletir os humores do juiz nem deve ficar condicionada às circunstâncias específicas de determinado momento. Embora não haja na lei penal dispositivo expresso, preside-a, como parece curial, o princípio da proporcionalidade das penas, que funciona integrado com o princípio reitor da culpabilidade, de modo que a reação do Estado não acabe sendo mais prejudicial que o dano causado pela falta ou que, pelo reverso, sendo insuficiente, atue como estímulo à prática de novas infrações.” *Op. cit.* p. 182.

- Fixação da pena-base

Cuida-se da função primordial das operadoras judiciais, que definirão o primeiro patamar de pena entre os limites mínimo e máximo abstratamente previstos no tipo, conforme já se examinou.

Não é preciso acentuar que, nessa etapa do apenamento, a consideração positiva ou negativa de qualquer circunstância terá um efeito bem mais amplo do que a mera fixação da pena-base, de vez que sobre esta incidirão as operações posteriores do método trifásico, potencializando o efeito quantitativo de cada diretiva examinada/considerada.

- Valoração de agravantes e atenuantes

O resultado do exame das circunstâncias judiciais também deverá ser utilizado para a valoração das circunstâncias legais agravantes e atenuantes entre os limites jurisprudenciais de 01 (um) dia de detenção ou reclusão e 1/6 (um sexto) da pena-base, explicitados na primeira seção deste estudo. O efeito dessa quantificação também será potencializado quando existirem causas de aumento e/ou de diminuição a operarem na terceira fase da dosimetria e sobre a pena provisória encontrada.

- Valoração de causas variáveis de aumento e diminuição

A definição de um *quantum* de aumento ou de diminuição nas hipóteses de majorantes ou minorantes de teor variável será da mesma maneira orientada pela reprovabilidade da conduta do réu que se apura pelas circunstâncias judiciais.

Nesse sentido, a jurisprudência ressalva apenas algumas hipóteses especiais, em que alinha outros critérios para essa fixação, como no caso de crime continuado, em que o critério comumente adotado é o número de crimes; de concurso formal, em que se atenta para o número de vítimas; e de tentativa, em que se verifica a trajetória percorrida no *iter criminis* rumo à consumação.

- Fixação do regime inicial de cumprimento da pena

Além da observância das regras contidas no *caput* do artigo 33 do Código Penal (que compatibiliza a pena de reclusão com os três regimes existentes e exclui a opção pelo regime fechado quando a pena é detentiva) e nas três alíneas do parágrafo 2º do mesmo artigo (que atribui relevo à questão quantitativa da pena e à reincidência), deverá o juiz observar os critérios previstos no artigo 59 para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena, de acordo com o § 3º do mesmo artigo 33.

- Substituição da pena privativa de liberdade por multa ou pena restritiva de direitos

Por disposições expressas insertas nos artigos 60, § 2º, e 44, III, a substituição da pena privativa de liberdade não superior a 01 (um) ano por multa e a substituição da pena privativa de liberdade não superior a 04 (quatro) anos – salvo qualquer pena se o crime for culposo – por pena(s) restritiva(s) de direitos dependem da avaliação positiva das seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, motivos e circunstâncias do crime.

Essa análise, conjuntamente com as demais diretivas das conseqüências do crime e do comportamento da vítima, já foi realizada por ocasião do apenamento básico, continuando a interferir nesta fase posterior à dosimetria propriamente dita, em que se examinam as alternativas positivadas à pena reclusiva ou detentiva.

- Concessão de *sursis* e fixação do período de prova

As mesmas circunstâncias que orientam a substituição da pena privativa de liberdade por multa ou restrição de direitos dizem da viabilidade de suspensão condicional da pena, a teor do artigo 77, II, do Código Penal, que, além disso, exige que o condenado não seja reincidente em crime doloso e que não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, que é medida seguramente mais branda.

E, por não haver critério estabelecido à fixação do período de prova do *sursis* entre as margens de 02 (dois) a 04 (quatro) anos (*sursis* comum) ou de 04 (quatro) a 06 (seis) anos (*sursis* etário ou humanitário), da mesma avaliação precedente fará uso o magistrado, fixando o prazo em que a execução da pena ficará em suspenso para a observação da conduta do condenado, mediante o cumprimento das condições legais e judiciais fixadas.

3.1.2. A ESTIGMATIZAÇÃO PROMOVIDA PELAS CATEGORIAS-BASE DOS ANTECEDENTES, DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE

Apontadas as várias e cruciais funções das diretivas judiciais – *rectius*, do juízo de reprovabilidade da conduta do réu que delas advém – no procedimento concreto de dosimetria da pena, funções das quais algumas são de especial expressividade porque a interferência na primeira ou na segunda etapa do sistema trifásico é potencializada pela repercussão na(s) fase(s) subsequente(s), já se fazem oportunas algumas colocações críticas acerca de determinadas circunstâncias e a partir do já referido enfoque do etiquetamento, da rotulação ou da reação social, com o que será possível antever as conseqüências da futura proposta de desconsideração de tais circunstâncias no procedimento dosimétrico.

Atente-se, inicialmente, para a questão dos **antecedentes**. Como já foi acentuado, com o advento da Constituição Federal de 05.10.88, que assentou o Princípio da Presunção de Inocência (artigo 5º, LVII), restou inviabilizada, ainda que do ponto de vista estritamente dogmático, a utilização como antecedentes negativos de inquéritos ou processos em andamento, sem que exista uma decisão condenatória transitada em julgado a assentar a responsabilidade penal do réu. Como a existência dessa decisão muitas vezes gera o fenômeno da reincidência - e então não se poderá utilizá-la para apontar maus antecedentes porque significaria *bis in idem* -, o que se tem utilizado como indicativo de maus antecedentes são aquelas condenações definitivas que não são hábeis a gerar reincidência, vale dizer, (1) quando o delito em julgamento for anterior ao trânsito em julgado daqueloutra decisão; (2) quando aquela condenação definitiva disser respeito a fato posterior ao que está em julgamento, constituindo um conseqüente e não um antecedente; e (3) quando entre o cumprimento ou extinção da pena da condenação anterior e o novo crime tiver decorrido mais de 05 (cinco) anos, ocorrendo a chamada “prescrição da reincidência”.

A tendência restritiva, porém, não cessa por aí. A terceira hipótese mencionada também vem sendo alvo de críticas, ao argumento de que, se a própria reincidência (o *major*) prescreve em 05 (cinco) anos, não já justificativa plausível para que os antecedentes (o *minus*) não pereçam pelo decurso do mesmo prazo, sob pena de promover-se a eternização desse rótulo⁸⁵.

Estar-se-ia, ao contrário, retornando ao berço do paradigma etiológico, já que “o modelo advogado pela Escola Positiva é o da perpetuidade, pois o cometimento de um delito representa mácula na vida do indivíduo e deve acompanhá-lo até a morte. A prática de novo delito indicaria que a medida terapêutica foi falha, impondo nova e diversa medicina”⁸⁶.

Dessarte, embora ainda exista alguma incompreensível resistência no sentido de considerar procedimentos ou processos em andamento como antecedentes negativos, operando-se uma verdadeira condenação prévia, quando a ulterior pode nem existir, o fato é que os maus antecedentes estão sendo reconhecidos atualmente a partir da constatação de existência de condenação definitiva anterior e que não seja hábil a gerar a reincidência.

Exige-se condenação definitiva. Com essa única exigência, entretanto, estende-se sobre a atividade do magistrado um véu de coerência e legitimidade que tudo parece resolver, já que, afinal, está sendo atendido um moderno princípio de sede constitucional e humanizador do Direito Penal.

⁸⁵ Nesse sentido, BOSCHI: “Ao contrário da reincidência, a circunstância judicial dos antecedentes não está delimitada temporalmente pela lei (art. 64 do CP). Pensamos que, por uma questão de lógica, o lapso de cinco anos contados da data do cumprimento ou extinção da pena, que, segundo o artigo 64 do CP, faz desaparecer os efeitos da reincidência, deve ser estendido também aos antecedentes para expurgar os efeitos da não-primariedade. Se o decurso do tempo arreda a reincidência e fulmina a própria punibilidade, a não ser nas exceções constitucionais (art. 5º, XLIV, da CF), por que – seria o caso de indagarmos –, o acusado que foi definitivamente condenado por outro fato, deve ser qualificado eternamente como não-primário e conseqüentemente de maus antecedentes?” *Op. cit.* p. 208.

No mesmo diapasão, já concluiu o Superior Tribunal de Justiça: “Direito Penal. Reincidência. Antecedentes. O art. 61, I, do 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 cinco anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, evidencia-se a 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.” (STJ, 6ª T, HC nº 2.227-2, de 18.12.92, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ 29.03.93)

⁸⁶ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p. 142.

O que não se tem cogitado, em geral, é que, não bastassem todos os perversos efeitos do complexo processo de rotulação do acusado quando da primeira condenação (criminalização secundária, no dizer do *labelling approach*), o mesmo fato praticado rende agora mais frutos de intragável paladar ao seu autor, maximizando os efeitos de um novo processo de criminalização secundária, sem que se atente, no mínimo, para a inegável verdade de que por trás de tudo está a falácia das funções declaradas da pena⁸⁷, notadamente a recuperação do criminoso, que, enfim, voltou a delinquir.

Pior: todo esse processo que rotula e agride o indivíduo costuma superar as suas defesas e o pouco que normalmente lhe resta de auto-estima, gerando uma auto-rotulação e criando uma forte propensão à sedimentação de uma verdadeira carreira criminal.

O auge do processo de rotulação, parece-nos, reside justamente nesse ponto: o indivíduo assume o rótulo e passa a atuar de acordo com sua nova identidade. Cada vez mais, em consequência, está aberto o caminho para que as instâncias oficiais de controle facilmente o selecionem e para que todo o ciclo se repita, sempre mais grave e menos reversível.

E essa marca é extremamente agressiva, não somente no processo dosimétrico, alvo do presente estudo, mas em toda a atuação do sistema de controle penal, como bem ressaltou Francisco Bissoli Filho:

“desde o seu ingresso no sistema penal até a execução da pena, o indivíduo detentor de antecedentes ou reincidente criminal será tratado diferencialmente, não somente em função da programação normativa contida no Direito Positivo brasileiro (influência explícita), mas também em razão do second code, que orienta os operadores jurídico-penais a considerar esse tipo de indivíduo mais danoso à sociedade que os demais (influência implícita). A marca estigmática influirá em todo o trâmite processual, pois conduzirá a investigação policial, orientará a decretação da prisão cautelar, a

⁸⁷ O discurso tradicional sobre as funções da pena parece inabalável mesmo diante do colapso do sistema penitenciário. SHECAIRA e CORRÊA JR. destacam que “o fim ou finalidade da imposição da sanção penal não deve, portanto, se esgotar no castigo somado à restauração da ordem jurídica (retribuição) como pretendem alguns. Subsistem, portanto, e, até em razão da legislação pátria, a finalidade retributiva e preventiva (art. 59, caput, do CP), contendo esta última a ressocialização do delinqüente.” SHECAIRA, Sérgio Salomão, CORRÊA JR, Alceu. *Pena e Constituição – aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: RT, 1995. p. 44.

*concessão da liberdade provisória, a formação da opinio delicti pelo órgão do Ministério Público, a velocidade de andamento do processo, a atuação da defesa, a formação do convencimento final pela autoridade judiciária e o tratamento no interior do sistema penitenciário, especialmente no que concerne aos benefícios.*⁸⁸

No processo de decisão do julgador, ademais, os antecedentes constituem fator de maior relevância, como já acentuou Nilo Bairros de Brum:

*“Geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu...”*⁸⁹

Transmutando o enfoque de análise para a circunstância judicial da **conduta social**, cuja conceituação rotineira já foi anotada anteriormente, vê-se que pouco ou nada se altera. Além de se tratar de circunstância largamente empregada nos processos dosimétricos, mesmo que dos autos normalmente pouco se consiga extrair a respeito, até por isso mesmo a aproximação de sua análise com a dos antecedentes é surpreendente.

Nesse sentido, os efeitos da ideologia da defesa social – especialmente pela ótica inicial de que a proteção do interesse público, da sociedade constituída, do “bem”, justifica “pequenos” ataques aos direitos e garantias individuais – são nefastos: desde que já não se pode utilizar procedimentos ou processos em andamento para a configuração de maus antecedentes, em face de princípio expresso pela nova ordem constitucional, a “solução” para não se ignorar os registros criminais do acusado – ignorá-los causa verdadeiros arrepios a muitos operadores – é utilizá-los para desqualificar a sua conduta social ou para dizer dos desvios de sua personalidade. Muda-se o título, mas não se “perde” o elemento para a agravamento da pena. Afinal, quanto maior a pena, maior a proteção que se confere à sociedade, a exemplo do que invariavelmente tem pensado o próprio legislador penal.⁹⁰

⁸⁸ BISSOLI FILHO, Francisco. *Op. cit.* p. 216.

⁸⁹ BRUM, Nilo Bairros de. *Op. cit.* p. 73.

⁹⁰ HASSEMER, Wilfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 8, p. 43: “...há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. Quero dizer com isso que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador –

Cuida-se, com efeito, de prática bastante freqüente, em que se alude especialmente à conduta social desfavorável do réu com fundamento em seus registros criminais (se os possui, é porque não se comporta adequadamente na vida em sociedade), notadamente procedimentos por atos infracionais (Estatuto da Criança e do Adolescente), inquéritos e processos em andamento.

Novamente, os efeitos repetitivos e intermináveis da prática de um fato que em princípio se tem como criminoso, ainda que inexista condenação definitiva, a calcar pesado rótulo em seu suposto autor, cada vez mais o expondo de maneira inequívoca ao êxito dos processos de seleção pelos mecanismos oficiais.

Ao cabo, sobre a circunstância judicial da **personalidade** do acusado, lamentavelmente, não se pode realizar um esboço mais agradável. Em primeiro lugar pela extrema dificuldade de sua aferição, conforme já anotou Gilberto Ferreira:

“A realidade nua e crua desse nosso país terceiro-mundista é a de que o juiz, efetivamente, não tem condições de avaliar cientificamente a personalidade do criminoso. Primeiro, porque ele não tem um preparo técnico em caráter institucional. As noções sobre psicologia e psiquiatria as adquire como autodidata. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo. Como se sabe, o juiz brasileiro vive assoberbado de trabalho. Terceiro, porque, como não vige no processo penal o princípio da identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque em razão das deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade.”⁹¹

Mas a questão é tão complexa que sua dificuldade de apreciação sequer pode ser circunscrita ao *juiz brasileiro*. Nenhum julgador, em verdade, poderia eficazmente se desincumbir desse fardo.

Nesse sentido, Salo de Carvalho, referindo-se à diversidade de acepções da personalidade e à complexidade de sua avaliação, afirmou que “se ao juiz é

que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de ‘reação simbólica’ que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma ‘reação puramente simbólica’, que acaba se refletindo no próprio Direito Penal como meio de controle social.”

⁹¹ FERREIRA, Gilberto. *Op. cit.* p. 88.

difícil (diríamos impossível) concretizar a tarefa imposta pela lei, uma breve revisão bibliográfica transdisciplinar revelará verdadeira impossibilidade técnica do jurista proceder tal averiguação e, conseqüentemente, dela retirar os efeitos legais”⁹².

De outro lado, as considerações que se realizam acerca da personalidade – quase que invariavelmente a olhos leigos pelo julgador – levam em conta fatos isolados da vida do acusado, muitas vezes, inclusive, aqueles que não foram “aproveitados” para a conclusão pelos maus antecedentes, mas, de qualquer forma, fatos que não estão sendo objeto do julgamento e que são utilizados para apor uma marca secundária ao indivíduo (*impulsivo, agressivo, desajustado* etc), que, agregada à definição principal de delinqüente, tornam inevitável o auto-etiquetamento, determinando quase que necessariamente o retorno desse indivíduo ao caminho de nova conduta ilícita e novo e mais fácil recrutamento pelo sistema.

3.2. A INCONSISTENTE ROTULAÇÃO PELA REINCIDÊNCIA

As considerações acima alinhadas são obviamente mais palpáveis quando se fala em reincidência, a partir da qual a condenação definitiva anterior, em certas circunstâncias (basta atentar para o teor dos artigos 63 e 64 do Código Penal e do artigo 7º da Lei das Contravenções Penais), produz efeitos severos sobre o apenamento do novo delito e também sobre o cumprimento da pena que venha a ser imposta, evidenciando, mais do que em qualquer outra situação, a dupla punição do réu por um só fato - o que fere a essência do sistema punitivo em seu princípio elementar do *ne bis in idem* - e a impossibilidade de cumprimento da função declarada da pena de ressocializar o criminoso, já que o próprio estigma imposto o acompanhará, inicialmente como reincidência e depois de certo prazo como maus antecedentes, pela vida toda, impedindo que um dia deixe de ser uma pessoa “diferente” das demais.

O peso dessa rotulação pode também ser compreendido a partir da enumeração das situações em que a reincidência tem influência expressa em nosso sistema: na aplicação da pena (artigos 61, I, e 67 do Código Penal), na concessão e revogação da

⁹² CARVALHO, Salo. *Op. cit.* p. 47.

suspensão condicional da pena (artigo 77, I), na substituição das penas (artigo 44, II, e 60, § 2º, do CP) e na sua diminuição (artigos 155, § 2º, 170, 171, § 2º, e 180, § 5º, do CP), na concessão e revogação do livramento condicional (artigo 83, I, II e V, e 86, do CP), na prescrição penal (artigo 110, *caput*, e 117, VI, do CP), na fixação do regime inicial de cumprimento da pena (artigo 33, § 2º, “b” e “c”, do CP), como causa especial de aumento de pena e como qualificadora de delito (artigo 19, § 1º, do Decreto-lei nº3.688/41 e artigo 10, § 3º, IV, da Lei nº 9.437/97), como elemento de tipo contravencional (artigo 25 do Decreto-lei nº3.688/41), na reabilitação criminal (artigo 95 do CP), na transação penal (artigo 76, § 2º, I, da Lei nº 9.099/95), no exercício do direito de apelação em liberdade (artigo 594 do Código de Processo Penal), na prisão do réu pronunciado (artigo 408, § 2º, do CPP), na suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº 9.099/95), como hipótese para a decretação da prisão preventiva (artigo 313 do CPP), como óbice à concessão da liberdade provisória mediante fiança (artigo 323, III, do CPP), na saída temporária (artigos 123, II, da Lei de Execução Penal), no indulto e na comutação de penas (influência rotineira nos decretos lançados a cada ano).⁹³

4. A INAFASTABILIDADE DO PROCEDIMENTO DE DOSIMETRIA DA PENA

A partir do pouco que se assentou e do que talvez ainda se possa extrair acerca da instabilidade da sistemática atual de dosimetria da pena em nosso ordenamento jurídico, talvez já não seja evitável uma sensação de insegurança de parte de operadores jurídicos e cidadãos em geral, todos clientes em potencial dessa estrutura penal de tão marcantes características.

Isso decorre, de um lado, da deficiente disciplina legal e conseqüente margem de arbítrio alargada do julgador, o que, contudo, não seria mal maior não fosse o fato de que nem aquela legislação nem essa prática têm atentado suficientemente para os direitos e garantias individuais assentados em solo constitucional recentemente revigorado.

De outra sorte, ademais, a sensação de insegurança, a quem percebe o *modus operandi* do sistema, decorre do processo praticamente cíclico e ininterrupto de

⁹³ Cfe. BISSOLI FILHO, Francisco. Op. cit. pp. 100-107.

criminalização do indivíduo selecionado, que após rotulado terá imensas dificuldades em desviar-se do caminho da nova delinquência, já que em outros caminhos não se lhe permitirá passagem; indivíduo a quem a sociedade regularmente constituída (o controle social) vai distribuir o produto negativo da criminalidade, o que se fará de forma semelhante à distribuição dos bens positivos, mas em sentido inverso, dirigida normalmente aos extratos sociais menos favorecidos; indivíduo que, com o rótulo, estará mais vulnerável à atuação das meta-regras que atuam com vigor no processo decisório e será mais facilmente selecionado e novamente “marcado”.

O que fazer diante desse quadro de inquietação? Solução pronta seguramente não existe, mas está aberto o espaço para a construção juridicamente fundada e que atente adequada e indiscriminadamente para os interesses do homem, começo e fim da aventura do Direito.

O que se pretende assentar, a essa altura, é o fato de que não satisfaz, isoladamente, o discurso de cunho desconstrutivo, que em boa medida foi tomado de empréstimo até o momento, uma vez que, não obstante as suas verdades, que não são poucas, o atual estágio de desenvolvimento (?) do Estado e da sociedade civil não prescinde da utilização do sistema de penas e da correlata sistemática de individualização.

Sobre a problemática da pena privativa de liberdade em si e da falácia de suas funções declaradas, notadamente a prevenção do delito através da ressocialização do apenado, nada se dirá, até porque, quando contra-argumentos razoáveis já não existem, nem é preciso falar.

Mas, enquanto as mazelas da sociedade não são minimamente resolvidas ou atenuadas, o sistema oficial, convenientemente (para ele), continuará interpretando a criminalidade como uma questão de cunho eminentemente penal e cobrará da esfera penal uma “solução”. E embora a “solução” não seja possível nessa órbita, que a muito custo apenas estabiliza algumas relações, mas não soluciona os problemas, será necessária, no mínimo, uma resposta aos autores de delitos de maior gravidade. A questão que se coloca para enfrentamento é justamente a natureza e a extensão dessa resposta, o que adiante se discutirá.

4.1. CRÍTICA PARCIAL AO LABELLING APPROACH

Nesse sentido é que a desconstrução/deslegitimação promovida pelo *labelling approach* merece, em contraponto aos merecidos aplausos, alguns pequenos apontamentos, porque não se pode olvidar que existem situações em que a intervenção (ainda que em alguns casos uma intervenção meramente neutralizadora), será necessária, diante da gravidade dos fatos ocorridos, que de outro modo podem se repetir, especialmente pela inércia do Estado em adotar providências de base capazes realmente de resolver grande parte do problema da criminalidade.

Vale dizer, há condutas que realmente são graves e seriam assim consideradas independentemente da definição legal. Segundo Baratta, as teorias do labelling,

“reduzindo, como se viu, a criminalidade à definição legal e ao efetivo etiquetamento, exaltam o momento da criminalização e deixam fora da análise a realidade de comportamentos lesivos de interesses merecedores de tutela, ou seja, aqueles comportamentos (criminalizados ou não) que aqui denominamos comportamentos socialmente negativos, em relação às mais relevantes necessidades individuais e coletivas.”⁹⁴

A limitação do enfoque exclusivamente para o caráter seletivo e constitutivo da criminalidade pelas instâncias oficiais encarregadas do controle penal – ainda que esse fenômeno nos pareça indiscutível – não cria o suporte necessário ao trato daqueles fatos realmente agressivos, por si, aos mais relevantes bens jurídicos.

Consideradas, pois, essas condutas socialmente negativas e havendo tipificação como delitos, será necessária a intervenção do mecanismo penal-repressivo. E disso decorre a necessidade de que essa intervenção, agressiva mas necessária, seja conduzida a partir da consideração dos direitos e garantias individuais, estampados na Carta Política.

Em estudo mais recente, reafirmou Baratta:

⁹⁴ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* p. 98.

“... é necessário dispor de programas de ações justas e eficazes para controlar os seguintes fenômenos: - as situações problemáticas ou de violações dos direitos fundamentais imputadas a comportamentos de indivíduos; - os processos de criminalização; - as consequências individuais e sociais das violações dos direitos, assim como dos processos de criminalização. Isso corresponde à tripla tarefa que a política criminal deveria assumir seguindo a direção mais avançada e crítica da criminologia.”⁹⁵

4.2.CONVIVÊNCIA ENTRE O DISCURSO DE DESCONSTRUÇÃO DA TEORIA DA REAÇÃO SOCIAL E O DISCURSO CONSTRUTIVO-GARANTIDOR

Será justamente a partir da constatação dessa necessidade - e especialmente do reconhecimento de que nessas situações a intervenção do sistema repressivo deve ser orientada pelo respeito aos valores e princípios constitucionalmente assegurados -, que o discurso desconstrutivo desenvolvido abrirá certo espaço a algumas colocações derivadas de um garantismo criminologicamente fundado.

Nessa seara garantidora, obviamente, não se poderá deixar de referir algumas posturas legitimantes do garantismo de Luigi Ferrajoli, que procurou repensar o conceito de validade da norma, deslocando a análise do enfoque dos seus requisitos formais de produção (que não identificam mais do que existência jurídica ou vigência) para a sua compatibilidade com as disposições maiores da Constituição.⁹⁶

⁹⁵ BARATTA, Alessandro. *La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*. In Revista Brasileira de Ciências Criminas, nº29. São Paulo:RT, 2000. p. 43 (grifamos). *“... es necesario disponer de programas de acciones justas y eficaces para controlar los siguientes fenómenos: - las situaciones problemáticas o de violaciones de los derechos fundamentales imputados a comportamientos de individuos; - los procesos de criminalización; - las consecuencias individuales y sociales de las violaciones de los derechos, así como las de los procesos de criminalización. Ello corresponde a la triple tarea que la política criminal debería asumir siguiendo la dirección más avanzada y crítica de la criminología.”*

⁹⁶ Aponte-se o comentário de FERRAJOLI a respeito: *“Esta concepção puramente formal da validade é, a meu ver, fruto de uma simplificação, que, por sua vez, deriva de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado Constitucional de Direito a que nos referimos. O sistema das normas sobre a produção das normas – estabelecido geralmente, nos nossos ordenamentos, em nível constitucional – não se compõe efetivamente só de normas formais sobre a competência ou sobre o procedimento de criação das leis. Esse sistema inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de diversas formas limitam e vinculam o Poder Legislativo, vedando-lhe ou impondo-lhe determinados conteúdos. Por isso uma norma – por exemplo uma lei que viole o princípio constitucional da igualdade – embora formalmente existente ou vigente, pode ser inválida e portanto susceptível de anulação, por contrariar uma norma substancial sobre a sua produção.”* Apud CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 77.

À luz dessa compreensão do garantismo, o critério de validade da norma será o de sua harmonização ou não com os valores que são plasmados nas cartas de direitos fundamentais.⁹⁷

A norma será existente e estará em vigor desde que satisfaça as condições formais atinentes ao processo legislativo, mas somente será válida se satisfizer as condições para sua validade substancial, o que se afere por seu conteúdo à ótica dos comandos constitucionais, ultrapassando-se ao largo a noção de validade formal.⁹⁸

De modo geral, essa visão garantidora está assentada, basicamente, na distinção e independência entre os conceitos de justiça, vigência, validade e eficácia da norma, como já assentou Sérgio Cademartori:

“a) uma norma é ‘justa’ quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico);

b) uma norma é ‘vigente’ quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;

c) uma norma é ‘válida’ quando está imunizada contra vícios materiais: ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;

d) uma norma é ‘eficaz’ quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgão de aplicação).”⁹⁹

Em uma perspectiva mais ampla, a legitimação do Estado, destarte, é mais do que formal, decorrente de sua subordinação à lei, mas, de modo especial, é também substancial, que se revela na tutela dos direitos fundamentais de seus cidadãos.¹⁰⁰

⁹⁷ Idem. p. 13.

⁹⁸ Segundo BOBBIO, “quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites entre os quais pode ser exercido. Assim como o exercício do poder de negociação ou do poder jurisdicional são limitados pelo Poder Legislativo, o exercício do Poder Legislativo é limitado pelo poder constitucional. À medida que se avança de cima para baixo na pirâmide, o poder normativo é sempre mais circunscrito. Pense-se na quantidade de poder atribuída à fonte de negociação em comparação com a atribuída à fonte legislativa. Os limites com que o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos diferentes: a) relativos ao conteúdo; b) relativos à forma.” BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1991. p. 53.

⁹⁹ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. *Op. cit.* pp. 79/80.

¹⁰⁰ Nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoria del garantismo penal*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2000. pp. 856-7.

Pertinente, nessa questão, e já com recorte penal, a observação de André Copetti:

“No campo penal, especialmente em relação à definição de condutas como delitos e à associação a elas de penas que importem em restrição de liberdade, muito mais se exige a validade substancial da lei do que em referência a outros ramos de manifestação do poder estatal, pois em sede penal a possibilidade de infringência dos direitos fundamentais de primeira geração é potencialmente maior, pela magnitude da violência da manifestação executiva estatal e pelas conseqüências das medidas sancionatórias impostas. Ora, se leis inválidas existem, impõe-se aos juizes e juristas, numa ótica garantista, uma constante atividade crítica do Direito vigente, objetivando a filtragem das invalidades do sistema normativo. Para tanto, o juízo de validade substancial das leis é um juízo que se realiza na prática operativa do juiz e nas manifestações doutrinárias dos juristas, tendo como base o princípio da estrita legalidade. Neste quadro, o juiz terá que superar a sua tradicional posição de ‘boca da lei’, pois a ele confere-se um poder dispositivo que lhe permite censurar as leis inválidas.”¹⁰¹

Não se pretende, dada a especificidade do tema, uma reprodução das lições do garantismo, sendo suficiente a sua lembrança como instrumental pertinente aos objetivos que se persegue com o estudo.

Importante, além disso, a referência à questão da validade da norma enquanto compatível com os valores e princípios constitucionais e à questão da legitimidade do Estado, modo substancial, a partir da proteção efetiva dos direitos fundamentais.

A desconsideração dos direitos elementares do ser humano tem sido prática tão corriqueira que já corre o risco de começar a passar despercebida a nossos olhos e à nossa consciência, que, a muito custo, mas de modo salutar, tem conseguido preservar minimamente a capacidade de indignação com a violência – em seu mais largo sentido – à pessoa humana.

Segundo Ferrajoli:

¹⁰¹ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 145.

“Temos visto como o modelo penal garantista, ainda quando recebido na Constituição italiana e em outras Constituições como parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, se encontra amplamente desatendido na prática, tanto se se considera a legislação penal ordinária como se se atenta para a jurisdição ou, pior ainda, para as práticas administrativas policiais. Esta divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores comporta o risco de fazer daquele uma simples fachada, com meras funções de mistificação ideológica do conjunto. A orientação que já há algum tempo se conhece pelo nome de ‘garantismo’ nasceu no campo penal como uma resposta ao crescente desenvolvimento da citada divergência, assim como às culturas jurídicas e políticas que a tem assegurado, ocultado e alimentado, quase sempre em nome da defesa do estado de direito e do ordenamento democrático.”¹⁰²

E não é outra a impressão de Bobbio:

“...inclusive o mais perfeito sistema de garantismo não pode encontrar em si mesmo sua própria garantia e exige intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos de defesa dos direitos que ainda quando se encontram normativamente declarados nem sempre estão efetivamente protegidos.”¹⁰³

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 851 (grifamos): *“Hemos visto cómo el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto se si considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas policiales. Esta divergencia entre la normatividade del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simples fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto. La orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de ‘garantismo’ nació em el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático”.*

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. In Sérgio Cademartori, *op. cit.* Prólogo: *“...incluso el más perfecto sistema del garantismo no puede encontrar en sí mismo su propia garantía y exige la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos que aun cuando se encuentren normativamente declarados no siempre están efectivamente protegidos.”*

CAPÍTULO III

O GARANTISMO CONSTITUCIONAL E A INAFASTABILIDADE DO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO: ADEQUAÇÃO INTRA-SISTÊMICA

1. A PERTINÊNCIA DA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL: NORMAS DE INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, DA VIDA PRIVADA, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS E DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Pretende-se realizar, a partir de agora, um exame relativamente detido das normas insculpidas no **artigo 5º, X e XLVI, da Constituição Federal**³, que atinem, de um lado, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, e, de outro, à individualização da pena, com vistas, inicialmente, a verificar a sua natureza jurídica – direito ou garantia, princípio ou regra -, o que tornará possível a fixação de algumas conseqüências de cada definição.

Em um segundo momento, procurar-se-á classificar essas normas quanto à sua eficácia e aplicabilidade, especialmente a partir das linhas gerais traçadas por José Afonso da Silva, passando-se, então, à avaliação do seu grau de eficácia e de suas condições de aplicabilidade.

1.1. NATUREZA JURÍDICA

³ **Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **X** – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; **XLVI** – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

1.1.1. DIREITOS OU GARANTIAS ?

Uma análise que se pretenda minimamente eficiente de tais normas constitucionais perpassa pelo desvelo de sua natureza primeira, definindo-se-as entre as categorias dos direitos ou das garantias, com freqüência sub-utilizadas de modo indiferente.

Os direitos, é cediço, revelam-se na faculdade de praticar ou não praticar certos atos e dizem diretamente com bens jurídicos determinados, ao passo que as garantias constituem a segurança que se estabelece em favor de um ou mais direitos, a tutela com que a lei circunda alguns direitos, o manto maior que lhes protege e que lhes permite transitar com maior liberdade no campo da eficácia.

Segundo a lição de Rui Barbosa,

“Embora seja verdade que não se encontrará em qualquer Constituição parte ou cláusula especial que esclareça quanto ao alcance da locução “garantias constitucionais”, a acepção é óbvia, desde que se separe, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que exprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que vêm a atuar em defesa dos direitos. Feito isso, pode-se concluir acertadamente que as primeiras ditam os direitos e as demais instituem as garantias.”¹⁰⁵

Na mesma esteira, Jorge Miranda esclarece:

“Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ Apud PAULO BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 486.

¹⁰⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV. Coimbra, 1988. p. 88-89.

Sem as garantias constitucionais, os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas. De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não existissem, pois, as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos.¹⁰⁷

Ocorre que o atual texto constitucional é obscuro, trazendo um *Título II* denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e o subdividindo em 05 (cinco) Capítulos que nada referem acerca das garantias: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, “Dos Direitos Sociais”, “Da Nacionalidade”, “Dos Direitos Políticos” e “Dos Partidos Políticos”.

Onde encontrar, pois, as garantias ? Haveria o legislador constituinte pretendido relegar a sua noção a segundo plano ? Os direitos estabelecidos encontrariam uma ressonância social tão favorável que as garantias seriam despiciendas ? Por certo que não. As garantias, como já se pôde perceber, assumem relevo no resguardo da eficácia dos mais variados direitos e, mesmo que não tenham sido nominadas como tais, possuem uma realidade inegável e estão disseminadas pelo texto da Constituição, especialmente em seu artigo 5º.

Está claro, dessarte, que o direito traz em seu ventre um bem jurídico objetivamente considerado e que a garantia é a segurança que irá resguardar a eficácia de um direito (protegendo em última análise o sujeito de direito). Segundo Canotilho, as garantias se evidenciam “quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade”¹⁰⁸.

A primeira norma de que cogitamos (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e da imagem das pessoas,...”) expressa claramente um **direito**, até porque a garantia correlata está prevista na seqüência do mesmo dispositivo constitucional (“...assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”).

¹⁰⁷ Cfe. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 488.

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina. p. 390.

No entanto, a norma atinente à individualização da pena possui natureza substancialmente diversa, constituindo-se em uma **garantia** relativa à aplicação da pena, preservando e protegendo, em última análise, o direito de liberdade.

Cumpra observar, apenas, que a norma de individualização da pena, que constitui uma das diversas facetas do devido processo legal, ao tempo em que preserva o indivíduo, fixando o modo de proceder do Estado no exercício de seu *jus puniendi*, legitima essa função do Estado; assenta a possibilidade de o Estado, atendendo ao que as normas infraconstitucionais (conformes à Constituição) estabelecem como sendo o devido processo legal, sancionar o indivíduo, de modo a transferir, através do julgador, para o *quantum* da pena concretizada, todas as circunstâncias relevantes do fato criminoso praticado.

Cuida-se, pois, de via de duas mãos. No embate entre direito e garantia, defina-se com segurança pela **garantia**. Mas no que tange à natureza dessa garantia, ou, mais propriamente, ao seu destinatário, há que se ter cuidado com as afirmações precipitadas. Se é certo que o indivíduo se resguarda com a norma, não é menos certo que o Estado com ela também se legitima.

Assim, se o cidadão pode exigir que o Estado apenas lhe sancione de forma individualizada, o Estado, a seu lado, tem o direito de estabelecer a sanção com observância de todas as circunstâncias que se sobrelevem do fato delituoso, desimportando o resultado dessa operação, se uma pena leve ou mais contundente, já que a individualização da pena – devido processo legal para a espécie - foi realizada.

1.1.2. REGRAS OU PRINCÍPIOS ?

José Joaquim Gomes Canotilho define a Constituição como um *sistema normativo aberto de regras e princípios*: é um *sistema normativo* porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas; é um *sistema aberto* por ser flexível às concepções cambiantes da verdade

e da justiça; é, finalmente, um *sistema de regras e princípios* porque as normas do sistema tanto podem se revelar sob a forma de **regras** como sob a forma de **princípios**.¹⁰⁹

A norma, pois, é gênero, que se revela na especialidade de regras e princípios. Em uma noção inicial, é possível afirmar que as **regras** são normas que prescrevem uma exigência *de modo imperativo*, sem flexibilidade a exceções, ao passo em que **princípios** são normas que determinam a otimização de um direito ou de um bem jurídico, mas nada proíbem, permitem ou exigem em termos absolutos, já que têm sempre em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica. Na dicção do mesmo constitucionalista:

*“... os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: **applicable in all-or-nothing fashion**); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.”¹¹⁰*

Além dessas notas que dizem com a forma de atuação de cada uma das categorias - já que a distinção entre regras e princípios não é tarefa simples -, é possível que se examine a questão segundo alguns critérios determinados:

Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado, ao tempo em que as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;

¹⁰⁹ Cfe. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* p. 1123.

¹¹⁰ *Idem.* p. 1125-6.

Grau de determinabilidade: os princípios, em sendo vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.

Caráter de fundamentalidade: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico.

Proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente formal.

Natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, então, uma função normogénica fundamentante.¹¹¹

Transportando com certo cuidado essas noções para a sede dos dispositivos constitucionais que estão sendo examinados, pode-se concluir que se está diante de **princípios constitucionais**, e não de meras regras.

Em primeiro lugar, cuidam-se de normas que encerram elementos com grau de abstração considerável, a exemplo da indeterminação inicial dos conceitos de individualização da pena, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, que deverão sofrer a mediação concretizadora da legislação infraconstitucional superveniente ou mesmo da que tenha sido objeto de recepção pela nova ordem constitucional.

De outro lado, são normas que assumem, indiscutivelmente, posição fundamental na estruturação do ordenamento jurídico, o que se evidencia inclusive pela dicção do próprio constituinte, que as arrolou entre os direitos fundamentais, representando, em última análise, o fundamento das regras sobre tais matérias.

¹¹¹ Idem. p. 1034.

1.2. EFICÁCIA E APLICABILIDADE

1.2.1 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À APLICABILIDADE E EFICÁCIA

A partir do enfoque de abordagem utilizado, está claro que as normas objeto do presente exame revelam a grandeza dos princípios constitucionais, ultrapassando as fronteiras limitadas das meras regras. Além disso, enquanto a primeira encerra relevante direito de sede constitucional, a outra constitui-se em uma das garantias fundamentais à proteção de um dos principais direitos da pessoa humana, o de liberdade.

Não é preciso dizer que essa classificação, *per se*, já evidencia traços muito relevantes de eficácia jurídica, pelo que, nesse momento, é necessário que se adentre na questão específica da **aplicabilidade e eficácia** dessas normas, para o que se terá como norte a lição de José Afonso da Silva, objetiva, segura e que goza de grande aceitação entre os operadores do direito.

Aplicabilidade significa a qualidade do que é aplicável. Em sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos, já que isso seria uma perspectiva sociológica, atinente à eficácia social, mas apenas de sua potencialidade de aplicação. E uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. De outro lado, **eficácia** é a capacidade da norma de atingir os objetivos previamente fixados como metas, ou, no dizer de J. H. Meirelles Teixeira, “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”¹¹².

Em verdade, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais não são realidades distanciadas, mas se evidenciam praticamente como aspectos do mesmo fenômeno, sendo a eficácia vista como potencialidade, ao passo em que a aplicabilidade é desvelada como realizabilidade, praticidade.

¹¹² *Apud* JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999. p.66

A premissa inicial é a de que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia, já que todas irradiam efeitos jurídicos, significando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição.

O que se pode admitir, isto sim, é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifeste na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária complementar executória, prevista ou requerida.¹¹³

Assim, se todas as normas constitucionais possuem certo trânsito no mundo jurídico em termos de eficácia, a diferenciação que se pode estabelecer diz com o grau dessa eficácia. Por isso podem ser discriminadas em três grandes categorias: **normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.**

As normas de eficácia plena são aquelas que têm a possibilidade de produzir todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição. São, portanto, de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre as questões objeto de sua regulamentação.

Já as normas de eficácia contida (ou restringível) também podem produzir a totalidade de seus efeitos desde a sua vigência, mas prevêm meios ou conceitos que permitem que a sua eficácia venha a ser contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. São, portanto, também de aplicabilidade direta, imediata, mas cuja integralidade pode ser subtraída por norma posterior. Se a contenção, por lei restritiva, não ocorrer, a norma permanecerá de aplicabilidade integral.

Por fim, as normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que não produzem a totalidade de seus efeitos essenciais com a sua entrada em vigor, já que a normatividade que encerram precisa ser complementada pelo legislador ordinário ou por outro órgão de Estado. São, então, de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

¹¹³ Cfe. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* pp. 81/82.

Por certo que as normas que estabelecem as garantias à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas e à individualização da pena não se enquadram na primeira categoria (eficácia plena), porque será inevitável uma melhor explicitação em nível infraconstitucional, já que sua normatividade não estabelece o regramento completo acerca das questões versadas.

A primeira daquelas normas, parece-nos, deve ser tida como de eficácia contida, uma vez que a proteção constitucional à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas deverá ser esclarecida e mesmo limitada pela legislação reguladora, até para que não exista, no uso de um direito sem limites, invasão à esfera jurídica das outras pessoas, como já acentuou José Afonso da Silva:

*“ O sistema de contenção da eficácia das normas constitucionais exposto acima tem sua razão de ser fundada nos fins gerais e sociais do Estado moderno. Mas este, ao limitar a autonomia dos sujeitos privados, visa, essencialmente, a tutelar a liberdade de todos, de modo a que o exercício dos direitos por uns não prejudique os direitos dos demais. ”*¹¹⁴

Já a norma relativa à individualização da pena integra-se à categoria das normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, eis que a sua normatividade precisa ser complementada pelo legislador ordinário para que os necessários pormenores venham à lume.

Essas linhas classificatórias, contudo, podem ser subdivididas para que as normas de eficácia limitada compreendam as **normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos** e as **normas declaratórias de princípio programático**¹¹⁵.

Aquelas que integram o primeiro grupo servem para que o constituinte trace esquemas gerais como início da estruturação de órgãos, entidades ou institutos, visando a que o legislador ordinário os estruture em definitivo, em atividade integrativa da eficácia da norma.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit. p. 114.*

¹¹⁵ *Idem*, pp. 86-7

Nas palavras de José Afonso da Silva, “o legislador constituinte reconhece a conveniência de disciplinar certa matéria relativamente à organização das instituições constitucionais, mas, ao mesmo tempo, por razões várias, e até de pressão, limita-se a traçar esquemas gerais (princípios, como começo) sobre o assunto, incumbindo ao legislador ordinário a complementação do que foi iniciado, segundo a forma, os critérios, os requisitos, as condições e as circunstâncias previstos na norma mesma”¹¹⁶.

Essas normas constitucionais de princípio institutivo podem ser *facultativas* ou *impositivas*. Serão facultativas ou permissivas quando se limitam a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada. Serão impositivas as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa.¹¹⁷

Já as chamadas normas constitucionais de *princípio programático* são aquelas através das quais o legislador constituinte traça princípios para serem cumpridos por seus órgãos – executivos, legislativos e jurisdicionais – visando à realização dos fins sociais do Estado. São esquemas genéricos a serem desenvolvidos pelo legislador ordinário e a serem postos em prática pelos órgãos do Estado.

Diante dessa sub-classificação, a norma constitucional de individualização da pena deve ser tida como norma de princípio institutivo, já que o constituinte estruturou em linhas gerais um instituto jurídico, relegando ao legislador ordinário a tarefa da regulação detalhada. E é norma seguramente impositiva, como se extrai de sua própria redação.

1.2.2. GRAU DE EFICÁCIA

Considerando que toda norma constitucional possui eficácia, em maior ou menor escala, é preciso reconhecer àquelas que são alvo de nosso estudo uma alargada potencialidade de aplicação, até a medida do possível, de acordo com os elementos

¹¹⁶ Idem. p. 125.

¹¹⁷ Idem. pp.126/7.

autônomos que encerram, não se olvidando, ademais, do fato objetivo de que nossa Carta Política alinhou disposição expressa no sentido da aplicabilidade imediata de normas que tais (art. 5º, § 1º).¹¹⁸

Segundo Luis Roberto Barroso, “ainda quando se afigure pouco lógica a existência de uma regra afirmando que as normas constitucionais são aplicáveis, parece bem a sua inclusão no texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência”¹¹⁹.

Insista-se, ao cabo, na necessidade de que normas como as que se examinou sejam integradas de vez ao dia a dia das lides do Direito. “Toda constituição é feita para ser efetivamente aplicada. Nasce com o destino de reger a vida de uma nação, construir uma nova ordem jurídica, informar e inspirar um determinado regime político-social.”¹²⁰

Na lição de Konrad Hesse,

*“Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda.”*¹²¹

E, de acordo com Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição

“deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à

¹¹⁸ Art. 5º. (...) § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 146.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 225.

¹²¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. pp. 19-23.

Constituição e garante um bem de vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.”¹²²

2. DECORRÊNCIAS DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL E DO ENFOQUE DO ETIQUETAMENTO

O fenômeno evidente da rotulação como técnica de ação do sistema penal vigente induz a considerações no sentido da eliminação ou, não sendo esta possível como regra, da minimização dos efeitos deletérios da criminalização secundária sobre a pessoa do acusado.

Nesse sentido, o instrumental de cunho garantidor, esteado nas normas constitucionais que orientam e determinam todo o sistema, é particularmente útil para assentar algumas possibilidades de correção intrasistêmica de alguns desvios importantes, como adiante se tentará evidenciar.

2.1. DESCONSIDERAÇÃO DE DIRETIVAS JUDICIAIS E LEGAIS

A partir dos argumentos alinhados sobre o caráter limitado e estigmatizante das circunstâncias judiciais dos antecedentes, da conduta social e da personalidade – e nessa esteira da circunstância legal agravante da reincidência, espécie qualificada do gênero antecedentes -, já seria possível concluir pela conveniência de sua irrestrita desconsideração no trilhar da dosimetria da pena. Mas com o exame da natureza jurídica, eficácia e aplicabilidade da norma constitucional de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, aquela conveniência transmudou-se em necessidade.

¹²² *Apud* KONRAD HESSE. *Op. cit.* p. 22.

Evidenciou-se, com efeito, que se cuida de um direito de sede constitucional inserto em um princípio constitucional, o que conduz a duas ordens de constatações: a) cuida-se de preceito de inegável importância que, constituindo direito, sobreleva-se à sua roupagem protetiva, a garantia; b) apresentando-se como princípio, ultrapassa natureza limitada das regras e assume papel de centralidade no ordenamento jurídico. Em virtude de ambas as assertivas, a indução necessária diz com a importante carga de eficácia que se deve emprestar ao preceito.

De outro lado, cuidando-se de norma constitucional de eficácia contida, mister afirmar-se a sua entrada em vigor juntamente com a Constituição, independentemente de lei integrativa (o que, não obstante a obviedade, precisa sempre ser repetido), e sua aplicabilidade até o limite do possível, ao menos enquanto não tiver sua eficácia restringida pela ação do legislador infraconstitucional.

É claro que não se poderá sucumbir à tentação de adotar a postura simplista de afirmação de inconstitucionalidade das normas que restringem ou venha a restringir a referida inviolabilidade da esfera particular do indivíduo, até porque as normas de eficácia contida já sugerem a atuação legislativa de restrição.

Mas não é incorreto afirmar que, a partir da inserção desse comando na Carta Política, a legislação que atuará na contenção da eficácia deverá partir de um substrato lógico que evidencie a necessidade de determinada contenção. Vale dizer, em primeiro lugar, a proteção constitucional deve ser priorizada na medida do possível; se e somente se houver necessidade de restrição de eficácia, o legislador poderá e deverá fazê-lo.

Isso, contudo, não é o que ocorre na seara da aplicação da pena. Todo o fundamento criminológico desenvolvido depõe contra essa necessidade. Não há porque, como se afirmou, punir o indivíduo pela prática de um fato a partir de suas características pessoais e não das do fato.

Assim, todo indivíduo tem o irrestrito direito de adotar a conduta social que entender pertinente e se auto-afirmar nessa sociedade com as feições da personalidade que lhe pareçam mais adequadas aos objetivos de sua existência. Se essas opções implicarem violação de direitos de outros indivíduos, estará oportunizada a ação do

direito. Se a ofensa disser respeito a bens jurídicos penalmente tutelados, legitima-se a ação do sistema repressivo. Mas se não houver afronta à esfera de direitos dos demais indivíduos, a tolerância e o pluralismo estão assegurados, a liberdade de ação é a tônica e o Estado não pode adotar qualquer atitude recriminatória¹²³.

E menos ainda quando este Estado já está a desenvolver a atividade inegavelmente brutal – embora ainda necessária - de aplicar a pena, o que a largos passos já instabiliza sua legitimidade, na esteira do afirmado por Ferrajoli:

*“o direito penal, ainda quando cercado de limites e garantias, conserva sempre uma intrínseca brutalidade que torna problemática e incerta sua legitimidade moral e política. A pena, qualquer que seja a forma em que se a justifique e circunscreva, é com efeito uma segunda violência que se acrescenta ao delito e que está programada e é acionada por uma coletividade organizada contra um indivíduo.”*¹²⁴

Pretender realizar um informe criminológico de um processado, uma investigação completa de seu modo de viver, como já ensinou Zaffaroni, “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”¹²⁵.

¹²³ Já afirmou o desembargador gaúcho Marco Aurélio Moreira de Oliveira: “A vida é o elemento central das nossas preocupações, e a felicidade é a finalidade precípua que nós, na vida social e organizada, temos como elemento fundamental. Vivemos para sermos felizes. Triste ... me perdoem talvez um pouco pela divagação ... mas triste mesmo é o Estado que estabelece normas restritivas em excesso. Triste é o Estado em que vive o cidadão que, quando sai pela manhã, de sua casa, já se sente atemorizado, com medo de lhe ser atribuído algum delito, ou pelo menos algum deslize. Ao sair de casa para o nosso trabalho, devemos fazê-lo com alegria na alma, com a tranqüilidade de estarmos sendo protegidos pela sociedade organizada, e não como alguém permanentemente suspeito perante o Estado. E permitam-me a ousada, mas verdadeira, afirmativa. Não devemos reverências permanentes a ninguém, nem mesmo aos donos do poder. Tanto é assim que as regras e a ordem jurídica (e isso os grandes filósofos do Direito estabelecem) se destinam fundamentalmente à proteção do mínimo ético. Isto é, acima deste mínimo ético, o homem vive em liberdade, cheio de alegria, de vontade de viver. (...) O Direito Penal existe apenas para reger o mínimo do mínimo ético. Isso significa dizer que o Direito Penal só deve atuar quando constatar estrita necessidade. O Direito Penal não pode servir como se fosse uma entidade atemorizadora do homem, e só pode agir, só pode ser aplicado, quando presente o princípio da necessidade, isto é, quando os valores fundamentais da vida, dentro da proteção jurídica do mínimo ético, sentirem-se concretamente ameaçados.(...) **A minha moralidade é minha; ninguém vai tocar nela;** a não ser que eu agrida o direito de outra pessoa, infringindo a velha lição de Rui Barbosa: ‘Minha liberdade termina onde começa a liberdade alheia’. Até lá, disponho de plena liberdade.” OLIVEIRA, Marco Aurélio Moreira de. O princípio da intervenção mínima no Direito Penal. *Revista da AJURIS*, edição especial julho/99, pp. 221-4 (grifamos).

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 21: “el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo.”

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 830.

Não é outra a decorrência do fenômeno chamado de “secularização”, indutor de uma cisão importante entre o saber eclesiástico e as doutrinas filosóficas laicas¹²⁶ e que por isso afastou do Direito Penal as considerações de ordem moral, próprias de um modelo jusnaturalista teleológico que abria campo *para a intervenção jurídica na esfera do pensamento, criminalizando e punindo indivíduos por convicções, idéias, pensamentos e opções pessoais*.¹²⁷

Por essa ótica, abandona-se a concepção da violação como pecado e decorrente do mero “ser”, e o Direito Penal passa a valorar a conduta proibida em si, em razão da lesão efetiva ou potencial verificada. Não está mais ao alcance do sistema repressivo oficial a atuação legítima com vistas a defender determinada moral.

Nas palavras de Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho:

*“Com a negação do fundamento teista do direito penal pelas correntes doutrinárias contratualistas, opera-se uma irreversível lesão na espinha dorsal da estrutura repressiva. Se o homem era punido por aquilo que era (quia peccatum), seguindo a fórmula de que o desvio deveria ser refutado conforme o grau de periculosidade/perversidade do seu autor. – a conduta é ontologicamente má -, o pensamento laicizado direciona os aparatos formais de controle social à punição da conduta do infrator que resultou dano, exterior e perceptível, a um terceiro envolvido no conflito. De uma concepção substancialista (mala in se), o direito penal da modernidade opta por um modelo formal (mala prohibita) de construção categórica do delito, sua comprovação e conseqüente punição.”*¹²⁸

¹²⁶ Segundo SALO DE CARVALHO, “é mister ressaltar a importância que adquire o princípio da secularização como informador e modelador de toda a estrutura principiológica e normativa, estando a este subordinado, inclusive, o princípio da legalidade. O rompimento dos vínculos entre direito e moral, como afirmamos ao longo da exposição, é conditio sine qua non na formação de um modelo constitucional garantista de direito penal e processual penal. Discordamos de Zaffaroni quando afirma ser o princípio da secularização garantia metajurídica. Entendemos que o princípio foi incorporado em nossa realidade na Constituição Federal de 1988 sob o signo dos princípios da inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, X); do resguardo da liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV); da liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI); da liberdade de convicção filosófica e política (art. 5º, VIII); e da garantia de livre manifestação do pensar (art. 5º, IX). Em realidade, a amplitude e o alcance do princípio é superior ao da sua gênese histórica iluminista, representando atualmente verdadeira pedra angular da democracia e ferramenta pródiga de legitimação/deslegitimação de toda atividade do poder estatal, seja legiferante, administrativa e/ou judicial. É requisito de legitimidade e de verificação dos graus de justiça e validade do sistema”. Op. cit. p. 174.

¹²⁷ Segundo CARVALHO, Amílton Bueno, CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 4

¹²⁸ Idem. *ibidem*.

Nesse novo e fértil solo, não faltará espaço somente para a crítica à consideração da conduta social ou da personalidade, mas também e de modo peculiar em relação aos antecedentes e sua derivação, a reincidência. Novamente lembramos Salo de Carvalho, quando afirma que “o instituto dos antecedentes afronta, em absoluto, o princípio da secularização, já que, agregado à circunstância conduta social, reforça ainda mais a culpabilidade de autor, em detrimento da culpabilidade de fato”¹²⁹. Não mais é lícito, definitivamente, aprisionar o homem nos equívocos de seus atos passados.

Volta-se, a todo o momento, às conclusões da teoria da reação social, no sentido do etiquetamento produzido pelas instâncias encarregadas do controle penal, notadamente, nesse particular, a Justiça Criminal, que, mais do que condenar pelo fato, o que já seria rótulo indelével, condena pelo ser¹³⁰, marcando o indivíduo com verdadeira brutalidade, praticamente determinando a sua auto-identificação como criminoso, com a pecha que lhe invade e mina a sua última defesa, a auto-estima.

No aspecto específico dos antecedentes, a questão se agrava pelo caráter perpétuo que normalmente se lhes agrega, olvidando-se da vedação constitucional às penas perpétuas, ou, em outras palavras, dos princípios da humanidade e da racionalidade das penas. Nesse sentido, anotaram Zaffaroni e Pierangeli:

“A exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica consequência, não haja delitos que possam ter penas ou consequências penais perpétuas. Se a pena de prisão não pode ser perpétua, é lógico que tampouco pode ser ela a consequência mais branda do delito. Isto resulta claro quanto às consequências acerca da reincidência, que o art. 64 limita em cinco anos. De outro modo, se estaria consagrando a categoria de cidadãos de segunda, ou uma capitis diminutio inaceitável no sistema democrático ou republicano. Por mais grave que seja um delito, a sua consequência será, para dizê-lo de alguma maneira, que o sujeito deve pagar a sua culpa, isto

¹²⁹ CARVALHO, Salo. *Op. cit.* p. 45.

¹³⁰ Nesse sentido, anota VERA ANDRADE: “...enquanto a Dogmática Penal estabelece o universo do Direito Penal do fato como referente para a ação do sistema penal e garantia do indivíduo sem distinções, a Criminologia se assenta na defesa da sociedade contra o indivíduo diferente, o indivíduo perigoso, sentando as bases para um (contra) Direito Penal do autor e a estigmatização de certos indivíduos. Enquanto do saber jurídico o sistema recebe o instrumental conceitual para delimitar as decisões judiciais em torno da conduta do autor em relação ao fato-crime e o discurso da legitimação pela legalidade; do saber criminológico recebe o instrumental conceitual para decisões judiciais e penitenciárias fundadas na pessoa do autor e o discurso de legitimação científico-utilitarista, isto é, da defesa social contra a delinquência.” ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. *Op. cit.* p. 256;

é, que numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não admite que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo marcado, assinalado, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo.”¹³¹

Dito isso, já é possível estabelecer uma síntese das objeções possíveis e razoavelmente fundadas às categorias da personalidade, conduta social, antecedentes e reincidência: a) objeção do ponto de vista constitucional, em face das normas examinadas; b) objeção pela ótica da deletéria rotulação denunciada pelo *labelling approach*; c) objeção em razão do marco principiológico da secularização.

Existem, outrossim, abordagens mais objetivas e não menos interessantes. Note-se que um dos postulados maiores do processo de dosimetria da pena é a vedação ao *bis in idem*, à dupla valoração de circunstâncias que puniria o acusado duas vezes pela mesma razão. É mecanismo nefasto cuja censura é ponto de convergência de opiniões, embora se cuide de prática absolutamente comum no dia a dia do foros, inclusive por descuido dos aplicadores. No entanto, com a consideração dos antecedentes (entendidos no sentido “moderno” de condenação definitiva anterior) e da reincidência para fins de agravamento da situação do acusado, pratica-se o mais evidente *bis in idem* e contra isso poucas vezes se erguem, a exemplo de André Copetti:

“Estas referências a anteriores delitos em nada se ligam ao fato posterior, somente sendo relevantes pela convenção legal estabelecida em torno de uma presumida periculosidade do agente que, na grande maioria das vezes, é averiguada através de exames psicológicos ou psiquiátricos que não duram mais que uma hora, bem como pelos contatos que o juiz mantém com o processado. (...) Sob o aspecto meramente jurídico, conduzem estas referências a situações delituosas anteriores a um plus de punição, atingindo frontalmente o princípio do ne bis in idem, fundamental no momento da aplicação da pena. Ao aumentar-se a pena do delito posterior pela existência da circunstância agravante da reincidência, em realidade se está punindo novamente a situação anterior já sentenciada. A agravação da pena do delito posterior é dificilmente explicável em termos racionais, e a estigmatização que sofre a pessoa prejudica a sua reincorporação social.”¹³²

¹³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 786.

¹³² COPETTI, André. *Op. cit.* p. 194.

Procuramos alinhar, anteriormente, as insuperáveis dificuldades do julgador em aferir a personalidade do acusado e dela extrair conclusões positivas ou negativas. No entanto, o que se pretende ressaltar agora é que, mesmo que essa avaliação fosse possível, seria ilegítima, já que agressiva a garantias constitucionais e ao princípio da secularização, além de inegável e extremamente estigmatizante.

Essa realidade é mais presente se considerarmos que, das 08 circunstâncias judiciais previstas, a primeira (culpabilidade) é tida como o resultado da aferição proporcionada pelas demais e a última (comportamento da vítima) jamais poderá agravar a situação do réu, senão beneficiá-lo ou não interferir na dosimetria, donde restam apenas 06 circunstâncias potencialmente lesivas ao condenado nesse procedimento.

Tais circunstâncias são hábeis, aos olhos da doutrina e jurisprudência dominantes, a elevar a pena-base desde o patamar mínimo abstratamente previsto no tipo até o termo médio entre aquele mínimo e o máximo. Com a proposta de exclusão de três dessas circunstâncias – embora não se pretenda estabelecer um raciocínio matemático e por isso mesmo precário – o fato inegável é que apenas as três circunstâncias cuja validade não pode ser questionada, à luz da teoria de base proposta, não poderão ter o condão de elevar a pena-base àquele mesmo patamar correspondente ao termo médio entre o mínimo e o máximo previstos no preceito secundário do tipo penal.

Até onde a pena-base poderá ser elevada? É difícil dizer em termos fracionários ou percentuais, mas jamais até aquele termo médio adotado na *praxe* forense, uma vez que apenas a avaliação dos motivos do crime, de suas circunstâncias e conseqüências é inegavelmente limitada para elevar, v.g., a pena de um homicídio qualificado de 12 (doze) anos (mínimo) para 21 (vinte e um) anos de reclusão (termo médio).

Ademais, o efeito quantitativo da exclusão dessas circunstâncias é considerável e toma corpo quando os números são potencializados nas fases posteriores da dosimetria da pena, calculadas sobre os resultados primeiramente apurados, como já se viu.

Consideremos o exemplo de um réu condenado pela prática do delito de roubo, em concurso de agentes e com o emprego de arma (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal). O réu tem contra si todas as 06 (seis) circunstâncias judiciais que lhe são

potencialmente lesivas, donde o grau de reprovabilidade de sua conduta (a culpabilidade) é elevado, além de ser reincidente. Uma pena privativa de liberdade que se pode dizer razoável na praxe forense partiria de uma pena-base em 07 (sete) anos de reclusão, que é o termo médio entre o mínimo de 04 (quatro) e o máximo de 10 (dez) anos de reclusão abstratamente cominados; em seguida, haveria o aumento de 01 (um) ano e 02 (dois) meses em virtude da reincidência (circunstância agravante preponderante), alcançando-se uma pena provisória de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão; ao cabo, essa pena sofreria a majoração de 04 (quatro) anos e 01 (um) mês em razão das causas de aumento configuradas (aumento de metade por serem duas as majorantes e em virtude do juízo absolutamente negativo que deriva da avaliação das circunstâncias judiciais), resultando em uma pena definitiva de **12 (doze) anos e 03 (três) meses de reclusão**.

Tomemos agora a mesma situação fática e desconsideremos as circunstâncias judiciais da conduta social, da personalidade e dos antecedentes, bem como a circunstância legal agravante da reincidência. Considerando que das 06 (seis) circunstâncias judiciais desfavoráveis antes consideradas apenas 03 (três) agora serão relevadas, é razoável que a pena-base, que restou fixada em 03 (três) anos além do mínimo, agora seja fixada em algo como 01 (um) ano e 06 (seis) meses além dele. Assim, a pena-base poderá ser de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do que será também a pena provisória diante da desconsideração da circunstância agravante da reincidência e da inexistência de outras modificadoras em nível de apenamento provisório. Por fim, a majoração pelas causas de aumento já não poderá ser fixada em metade da pena provisória, uma vez que, não obstante sejam duas as majorantes, o grau de reprovabilidade da conduta, apurado pelo exame de apenas 03 (três) diretivas judiciais, não pode ser tido como demasiadamente elevado. Razoável, pois, a majoração em 2/6 da pena provisória (já que o mínimo majorável é de 1/6 e são duas as causas de aumento), com o que a pena provisória seria aumentada em 01 (um) ano e 10 (dez) meses, alcançando-se a pena definitiva de **07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão**.

Os números são expressivos e deixam antever que não se está procurando fazer uma investigação desprovida de sentido prático. Uma condenação que de regra alcançaria um total aproximado de 12 (doze) anos e 03 (três) meses de reclusão agora encontra seu termo final em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, o que implica redução de 04 (quatro) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

O que mais importa, entretanto, não é a redução em si, embora significativa, mas o fato de que agora a pena é reflexo de um processo individualizatório que, embora ainda agressivo, está orientado pela disciplina constitucional e tem em mira minimizar os efeitos do etiquetamento que se perfectibiliza em seu próprio ventre.

Além dos números, ademais, existem vários outros aspectos agregados e conseqüentes. Cogite-se, modo exemplificativo, da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Na primeira hipótese, a pena de 12 (doze) anos e 03 (três) meses de reclusão induz, *per se*, ao regime inicialmente fechado, nem sendo preciso justificar a opção pelo regime no fato da reincidência reconhecida (artigo 33, § 2º, “a”, do CP). Já no segundo caso, a pena de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, de um réu cuja reincidência não está sendo considerada para qualquer efeito, será cumprida em regime inicial semi-aberto (artigo 33, § 2º, “b”). E a diferença prática quanto aos regimes, quer no que tange aos estabelecimentos prisionais, quer no que pertine aos direitos do apenado, sequer precisa ser anotada. Também não é preciso ressaltar a intensidade da rotulação do condenado em um e outro caso, notadamente nessa fase da execução da pena.

2.2. INCIDÊNCIA IRRESTRITA DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

Temática não menos interessante diz com a resistência generalizada em reconhecer às circunstâncias legais atenuantes a capacidade de trazerem a pena-base aquém do mínimo abstratamente cominado. É entendimento assente na doutrina e na jurisprudência¹³³ que esse fenômeno somente pode ocorrer na terceira fase de aplicação da pena, quando já se perquire acerca das causas de aumento e de diminuição da pena.

Compartilhando desse entendimento, observou Gilberto Ferreira:

“... a primeira coisa a ser considerada é que o legislador, ao estabelecer limites mínimos e máximos o fez em obediência ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF, e 1º do Código Penal). Tal circunstância, portanto, se constitui em garantia individual, na

¹³³ “1. A atenuante da menoridade do agente não pode ser considerada para efeito de redução da pena fixada em seu grau mínimo. 2. Fixada a pena privativa de liberdade no mínimo legal, inviável cogitar de qualquer redução em razão de circunstâncias atenuantes legais ou judiciais. 3. *Habeas-corpus* indeferido.” (*Habeas Corpus* nº 73615-7/SP, STF, Rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 07.05.96, DJU 06.09.96).

*medida em que assegura às pessoas uma pena que não superará os moldes pré-estabelecidos. Também deve ser considerado que o legislador, declaradamente, tem medo do arbítrio judicial e, por isso, lhe traça limites para o exercício do poder discricionário. Assim, em momento algum é dado ao juiz na fixação da pena ultrapassar os limites previamente previstos. Mas quais são esses limites? São os constantes do tipo penal e aqueles objeto das chamadas causas especiais de aumento e ou de diminuição de pena, mencionados tanto na parte geral quanto na parte especial. Por isso que o juiz não pode, ao estabelecer a pena-base, ou ao apreciar as circunstâncias legais, reduzir a pena aquém ou elevá-la acima dos limites previstos no tipo. Não fosse dessa maneira, o princípio da legalidade estaria burlado...”*¹³⁴

É preciso, entretanto, separar as coisas.

A proposta que se alinhará de incidência irrestrita de circunstâncias atenuantes, inclusive aquém da pena mínima abstratamente cominada, não autoriza e menos ainda determina a consideração analógica de circunstâncias agravantes mesmo quando o resultado numérico ultrapassar a pena máxima prevista no tipo. Essa prática afrontaria o Princípio da Reserva Legal, erigido naturalmente em sede constitucional. Mas o raciocínio não é válido *a contrario sensu*. Ocorre que esse princípio foi historicamente instituído para salvaguardar o indivíduo dos excessos e da voracidade do Estado, inicialmente a voracidade fiscal, tendo estado presente na Magna Carta de 1215, através da máxima *no taxation without representation*. Não é invocável, portanto, em hipótese alguma, para fins de obstar a conquista de benefícios lícitos pelo cidadão, donde não tem o menor sentido a sua referência para impedir a incidência de circunstâncias atenuantes.¹³⁵

A matéria, lamentavelmente, foi sumulada, em passado recente, pelo Superior Tribunal de Justiça (súmula 231): “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”. No mesmo tribunal, entretanto, houve importante precedente em contrário, da lavra do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro¹³⁶.

¹³⁴ FERREIRA, Gilberto. *Op. cit.* p. 103.

¹³⁵ Nesse particular, sem prejuízo da irrestrita admiração ao trabalho e ao seu autor, discordamos de BOSCHI quando afirma a violação ao princípio da legalidade (*Op. cit.* pp. 310/11). Ocorre que o conceito de legalidade não pode ser contido aos estreitos limites da normatização ordinária reguladora do processo dosimétrico. A legalidade começa e termina pela observância aos valores plasmados na Constituição, onde estão asseguradas as garantias que já foram alvo de exame, neste estudo, em sua natureza jurídica, eficácia e aplicabilidade.

¹³⁶ Consta da ementa: “*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,*

A questão poderia ter uma resposta fundada na consideração de que o artigo 59 do Código Penal determina a consideração de todas as circunstâncias do delito, independentemente do efeito quantitativo dessa consideração. Ou, melhor ainda, na constatação de que o artigo 65, *caput*, do mesmo estatuto, dispõe que as circunstâncias que arrola **sempre atenuam** a pena, ao passo que, em contrapartida, não há qualquer disposição expressa impedindo seja a pena fixada em patamar inferior ao limite mínimo abstratamente cominado.

Mas esses são argumentos menores que não têm alcançado afirmação ou reconhecimento, sendo oportuno, talvez, procurar assentar essa possibilidade no dispositivo constitucional de individualização da pena, o qual se constitui em garantia constitucional, em forma de princípio constitucional, além do que se trata de norma de eficácia limitada mas declaratória de princípio institutivo, características determinantes de relevante carga de eficácia e de aplicabilidade imediata até os limites do possível.

Impõe-se, pois, a individualização da pena na sua mais larga acepção e possibilidade, a consideração de todas as circunstâncias que se desprendem do fato criminoso e somente delas. E não se dirá a consideração das circunstâncias que se revelam a partir da pessoa do réu porque tal, como se examinou, destoa daqueloutra norma constitucional examinada – protetiva da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas -, sendo necessária essa compreensão conjunta.

Assim, individualizar a pena, imposição constitucional, é considerar e valorar, positiva ou negativamente pela ótica do acusado, todas as circunstâncias que envolvem o fato definido como crime e nada mais além delas.

Desconsiderar, dessarte, circunstâncias atenuantes, ao argumento de que não têm elas aptidão para trazer a pena aquém do mínimo – o que sequer está expresso na normatividade ordinária – é afrontar diretamente a garantia constitucional de individualização

conferindo ao juiz, conforme o critério do artigo 68 do 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 significa desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59 do CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime.” (REsp. nº 68.120-0, MG)

da pena, disposição relevante (garantia protetiva ao direito de liberdade), central (princípio e não mera regra), razoavelmente eficaz e auto-aplicável (norma constitucional de eficácia limitada declaratória de princípio institutivo).

Na esteira das constatações da teoria da reação social, demais disso, a desconsideração de fatores que podem reduzir a pena imposta ao réu implica etiquetamento adicional sem qualquer justificativa plausível; significa dele subtrair as já reduzidas chances de sofrer a imposição de um rótulo suportável, em processo altamente nocivo e cruel.

Vê-se, pois, a estreiteza de argumentos corriqueiros como aquele que afirma a invasão, pelo julgador, da competência legislativa, por romper os parâmetros fixados.

Não há rompimento, contudo. Há observância. Observância estrita. Aplicação incondicional de todas as circunstâncias atenuantes verificadas (não é isso que impõe o artigo 65, *caput*, do Código Penal?). Mais: atendimento à Constituição Federal. Lembrança da condição humana do condenado e reconhecimento de que a imposição de um fardo ainda mais pesado pode significar-lhe uma sentença realmente definitiva, que o condenará a seguir sua vida por esses caminhos da criminalidade que tanto censuramos (nós, os homens *de bem*).

2.3. VEDAÇÃO À CRIAÇÃO JUDICIAL DE PENAS NA TERCEIRA ETAPA DO MÉTODO TRIFÁSICO

Deve-se, nesse quadra do estudo, trazer à evidência situação que surge no *iter* final do sistema trifásico de aplicação da pena. Após a definição da pena-base (a partir das diretivas do artigo 59 do Código Penal) e da pena provisória (com a incidência das circunstâncias legais agravantes e atenuantes), passa-se à terceira fase da dosimetria, com vistas a se chegar à pena definitiva, para o que se procede à aplicação das causas de aumento e de diminuição, que podem ser as mais diversas.

Na pluralidade de causas de aumento, aplica-se a primeira sobre a pena provisória, apura-se um resultado parcial, sobre ele opera-se a incidência de outra causa

de aumento e assim sucessivamente, se necessário. É o que se costuma denominar “efeito cascata”, onde cada nova operadora incide sobre o resultado da operação imediatamente anterior.

A grande justificativa para esse procedimento diz respeito às causas de diminuição, com vistas a evitar o risco de se chegar a uma pena zero, situação realmente possível se os percentuais legais de várias causas de diminuição da pena forem sendo aplicados sempre sobre a mesma base de cálculo (a pena provisória ou essa pena já alterada pela incidência das causas de aumento).

Parece que sequer é preciso consignar que a agressão à garantia constitucional da individualização da pena é evidente. Individualizar a pena, já foi anotado, é considerar todas as circunstâncias que se evidenciam a partir do fato criminoso e somente elas. Nada mais pode ter reflexo quantitativo ou qualitativo no apenamento. Cuida-se de direito subjetivo dos acusados em geral, resguardado por garantia constitucional.

Para o fim de afastar uma aparente inconsistência do sistema, denunciada pela possibilidade de pena zero – que na verdade não passa de uma inaceitabilidade ideológica, já que se o resultado é zero deve-se concluir pela desnecessidade de qualquer sanção ao acusado –, aplica-se a pena a partir de um sistema extremamente agressivo à posição do réu, na medida em que dito “efeito cascata”, fazendo cada causa de aumento operar sobre o resultado de operações anteriores, eleva obviamente a pena final e definitiva.

A prática é daninha e sempre encontrou justificativa em duas ordens de fatores: *a)* inexistência de impedimento legal; *b)* inevitabilidade por outro modo do risco da pena zero.

Pois bem, com a consideração adequada da garantia e regra da individualização da pena, o impedimento já existe e é dos maiores, já que tem abrigo constitucional. De outro lado, ou tente-se por outros caminhos afastar a possibilidade de que a pena chegue ao resultado zero ou conviva-se com essa possibilidade. O que não se pode admitir, por evidente, é que o réu seja penalizado pelo que indiscutivelmente não deve, mas

simplesmente porque existe uma grave falha na construção do mecanismo de cálculo do apenamento.

E note-se que a solução seria extremamente simples. O risco de que a pena seja nenhuma quando já se condenou o réu diz respeito ao modo de incidência das causas de diminuição de pena, bastando uma singela alteração legislativa à redação do artigo 68 do Código Penal para disciplinar que essa incidência se dê em operações sucessivas (em cascata), mantendo a incidência das causas de aumento sempre sobre a mesma base de cálculo.

Não bastasse o argumento decorrente da garantia constitucional individualizatória, não se pode perder de vista o Princípio da Reserva Legal, estampado no artigo 1º do Código Penal e erigido a sede constitucional: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal). No particular, *nulla poena sine lege*.

Está evidente que a prática de capitalização de penas na derradeira etapa do processo cria penas. Qualquer exemplo corriqueiro nos demonstra isso.

Consideremos a hipótese de um réu casado e condenado pelo delito de atentado violento ao pudor praticado contra sua empregada doméstica. Imaginemos que circunstâncias judiciais desfavoráveis tenham determinado uma pena-base em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão, que também se tornou a pena provisória por não concorrerem circunstâncias legais agravantes e atenuantes. A aplicação “em cascata” das duas causas de aumento (agente casado e empregador da vítima), previstas em percentual fixo de um quarto, resultaria em uma pena definitiva de 08 (oito) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, ao passo em que a aplicação de ambas as majorantes fixas sobre a pena provisória redundaria em uma pena final de 07 (sete) anos e 09 (nove) meses de reclusão.

O exemplo é singelo e foi construído não somente para demonstrar a **criação judicial de penas**, o que é intuitivo, mas para dizer dos importantes efeitos secundários que podem advir de uma pena ilegal e injustamente maior do que a devida, como, nesse caso, a imposição de um regime inicial fechado de cumprimento de pena no primeiro caso e de um regime semi-aberto no segundo.

O impacto, pois, não só em termos quantitativos, é importante e seguramente será causa de maximização dos efeitos rotulatórios da decisão condenatória, bastando que se recorde, a título exemplificativo, da diferença gritante entre cumprir uma pena em uma penitenciária ou em uma colônia agrícola ou estabelecimento similar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O procedimento atual de dosimetria da pena é funcional e permite ao mesmo tempo uma dose razoável de liberdade para que o julgador transite pelos parâmetros legislativos da pena - e por vezes fora deles - e uma fiscalização efetiva pelas partes no que tange a seus vários traços, especialmente o reflexo quantitativo de cada circunstância tomada em consideração.

No entanto, cuida-se de sistemática largamente orientada pelo paradigma etiológico, de matriz positivista, que se assenta na possibilidade de exame do fenômeno criminal como dado pré-constituído à realidade social, passível de ser analisado pelo método naturalista-experimental, no que atine às suas causas, com vistas à escolha dos respectivos meios eficazes de combate.

Ignora, em conseqüência, as conclusões do paradigma da reação social no sentido da atividade seletiva e co-constitutiva de criminalidade desempenhada pelas agências oficiais de controle penal, o que se opera por meio da rotulação de indivíduos selecionados pelo sistema, marca indutiva da consolidação de uma identidade desviante, inclusive ao olhos do próprio rotulado, e, em conseqüência, co-indutiva da própria reincidência. Ignora também, nesse particular, a ação das meta-regras, leis e mecanismos ligados às relações de poder da sociedade que, seguidos conscientemente ou não, atuam objetivamente na pessoa do intérprete, permitindo a reprodução sempre constante da ideologia penal dominante.

Nessa esteira, as circunstâncias judiciais da conduta social, da personalidade e dos antecedentes (leia-se também reincidência) são os caminhos principais pelos quais esse processo de seletividade e etiquetamento se realiza, o que se agrava pela constatação inevitável do papel central desempenhado pelas diretivas judiciais no processo dosimétrico (eventual escolha de penas alternativas, fixação do número de dias-multa, fixação da pena-base, valoração de agravantes e atenuantes, valoração de causas variáveis de aumento e diminuição, fixação do regime inicial de cumprimento da pena, substituição da pena privativa de liberdade por multa ou por pena restritiva de direitos, concessão de *sursis* e fixação do período de prova).

Considerando que não se pode prescindir da aplicação da pena, ao menos para aqueles “comportamentos socialmente negativos” a que alude Baratta e que a teoria da rotulação de modo geral não considera, o procedimento dosimétrico deve ser adequado, com inspiração no garantismo de Luigi Ferrajoli, para que ao menos sejam observadas as normas constitucionais atinentes à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e à individualização da pena.

Essas normas, examinadas com vistas ao desvelo de sua natureza jurídica, revelam-se como princípios constitucionais, e não meras regras, encerrando um direito relevante, no primeiro caso, e revelando uma garantia ao direito de liberdade, no segundo. Já pela ótica da eficácia e aplicabilidade, são normas, respectivamente, de eficácia contida e de eficácia limitada (esta declaratória de princípio institutivo), revelando importante carga eficaz que impele à sua aplicação até os limites do possível.

Resultado final desse exame e das conclusões sobre o fenômeno da rotulação é, em primeiro lugar, a proposta de desconsideração generalizada das circunstâncias da conduta social, da personalidade e dos antecedentes (incluída a reincidência), que a um só tempo (a) destoam da proteção constitucional à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, (b) obviam a atividade constitutiva de criminalidade perpetrada pelas agências encarregadas do controle penal: legislação, Polícia, Ministério Público, Justiça Criminal e estabelecimentos penais, e (c) afrontam o princípio da secularização, resultante do rompimento histórico dos vínculos entre Direito e moral.

Em segundo lugar, também é resultado impositivo deste estudo a proposta de incidência irrestrita de circunstâncias legais atenuantes, ainda que com o efeito de reduzir a pena provisória para aquém do limite mínimo abstratamente cominado, já que a tanto nos conduz a garantia constitucional de individualização da pena, determinante da consideração, no processo dosimétrico, de todas as circunstâncias que derivam do fato definido como crime. Com esse procedimento, evidentemente, estar-se-á reduzindo em boa medida o estigma proveniente da condenação, inclusive porque, em muitas situações, será possível, a partir de uma pena privativa de liberdade mais consentânea com o fato praticado, a aplicação de penas substitutivas (multa ou restrição de direitos) ou a concessão de *sursis*.

Ao cabo, não se pode mais admitir a criação judicial de penas na derradeira etapa do método trifásico de dosimetria, o que tem sido absolutamente comum quando, na pluralidade de causas de aumento, aplica-se cada nova operadora sobre o resultado da operação imediatamente anterior (“efeito cascata”), criando-se uma espécie de capitalização de penas com vistas à evitar a possibilidade de uma pena igual a zero. É flagrante a afronta à garantia constitucional da individualização da pena, nos moldes em que conceituada, bem como evidente é a maximização dos já nefastos efeitos rotulatórios de uma condenação, notadamente quando o *plus* de condenação impede a adoção de alternativas à privação da liberdade.

Não se ignora que, com essas propostas, não se alcançará o afastamento do fenômeno perverso do etiquetamento, mas também não se duvida que a sua minimização em diversas searas em que tal seja possível seria uma vitória inicial importante, sem falar que nesse passo estariam sendo criadas as condições propícias para que os integrantes da cena jurídica e especialmente judiciária tomassem consciência sobre essas questões e sobre a importância de suas funções nesse avanço que já não se pode postergar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCEL, Marc. *A nova defesa social*. Trad. Osvaldo Mello. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

ANDRADE, Maria Margarida de. *Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Dogmática jurídica – esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Seqüência*. Florianópolis: UFSC nº 30, p. 24-36, jun. 1995.

AZEVEDO, Jackson C. de. *Reforma e “contra”-reforma penal no Brasil – uma ilusão ... que sobrevive*. Florianópolis: OAB/SC, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. Processo penal y realidad em la imputación de la responsabilidad penal. La vida y el laboratorio del Derecho. *Revista General de Derecho*, Valencia, nº 531, p. 6655-667, dic. 1988. Separata.

_____. La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 29, jan-mar 2000, p. 26-52.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 11.ed. São Paulo: Hemus, 1996.

BERGALLI, Roberto. Garantismo penal? Como, por qué y cuándo? Señores penalistas: la polémica está servida! *Doctrina Penal*. Buenos Aires, nºs 49/52.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização – dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas – análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANIBAL, Carlos Roberto Lofego. Pena aquém do mínimo – uma investigação constitucional-penal. *Ajuris*. Porto Alegre, nº 77, pp. 82-92.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. Niterói: LUAM, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASTILHO, Ela Wiecko de. *Os rumos da Reforma Penal*. A filosofia do anteprojeto. In Seminário de Reforma do Código Penal. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1999.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1984.

DOTTI, René Ariel. *O novo sistema de penas*. In: Reforma Penal. São Paulo: Saraiva, 1985

FAYET JR., Ney e CORRÊA, Simone Prates Miranda (org). *A sociedade, a violência e o Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoria del garantismo penal*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 851

FERRAZ, Néelson. *Dosimetria da Pena*. RT 680/319.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal*. Tradução por Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 8, p. 43.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas – o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói: Luam, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 6, p. 118.

_____. Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 29, p. 331/2.

LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: RT, 1942.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1988.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia jurídica*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O princípio da intervenção mínima no Direito Penal. *Revista da Ajuris*, edição especial julho/99, p. 221-4

OLMO, Rosa del. *Estigmatización y conducta desviada*. Venezuela:Univesidad de Zulia, 1973.

PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 3.ed. Florianópolis: OAB/SC, 1999.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e Constituição – Aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, lançamento.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Tradução por Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito – interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas - a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.