

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**FÁBIO BERGAMIN CAPELA**

**EM BUSCA DE UMA QUANTIDADE RAZOÁVEL DE PENA: AS FUNÇÕES DA  
PENA E SEUS CRITÉRIOS INDIVIDUALIZANTES**

**CURITIBA**

**2013**

**FÁBIO BERGAMIN CAPELA**

**EM BUSCA DE UMA QUANTIDADE RAZOÁVEL DE PENA: AS FUNÇÕES DA  
PENA E SEUS CRITÉRIOS INDIVIDUALIZANTES**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito do Estado, Linha de Pesquisa: Direito, poder e controle, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.**

**Orientadora:  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Katie Silene Cáceres Argüello**

**CURITIBA**

**2013**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**FÁBIO BERGAMIN CAPELA**

### **EM BUSCA DE UMA QUANTIDADE RAZOÁVEL DE PENA: AS FUNÇÕES DA PENA E SEUS CRITÉRIOS INDIVIDUALIZANTES**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: **Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Katie Silene Cáceres Argüello**

Membro: **Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos**

Membro: **Prof. Dr. Maurício Stegemann Dieter**

Curitiba, 30 de janeiro de 2013.

*Dedico este trabalho àquele que me ensinou  
através do exemplo os valores do amor,  
alegria, compaixão, generosidade e  
perseverança: meu pai e melhor amigo,  
Firmino Dias Capela (in memoriam).  
Muitas saudades.*

*Também à minha futura sobrinha/afilhada  
Júlia que trará muita alegria a toda a família*

## **AGRADECIMENTOS**

À minha mãe e minha irmã pela compreensão de minhas constantes ausências.

Agradeço à Professora Doutora Katie Silene Cáceres Argüello por ter despertado em mim o interesse crítico pelo tema e ter aceitado de forma sempre muito gentil me orientar na realização deste trabalho.

Aos amigos Lorena, Priscila, João e Laíse, pela contribuição na pesquisa.

*A pena como tal não existe; existem somente  
sistemas de punição concretos e práticas  
penais específicas.*

(RUSCHE, 2004, p.19)

## RESUMO

Este trabalho teve como referencial teórico os movimentos do saber criminológico. Objetivou-se identificar no plano teórico as reais funções da pena e no plano prático suas técnicas de individualização. Somente com o abandono do paradigma etiológico do crime, que se expressa também nas funções declaradas da pena pelas teorias retributivista e prevencionista, com o conseqüente acolhimento das informações derivadas do discurso crítico, notadamente da teoria agnóstica/negativa da pena, do abolicionismo, do etiquetamento e da criminologia crítica, é que se consegue compreender verdadeiramente quais são as funções reais da sanção privativa de liberdade na sociedade. Foi constatado por meio da pesquisa empírica que as condenações são a maioria dentre as sentenças criminais e que a pena é dosada equivocadamente segundo diretrizes marcadas pelo positivismo e pelo direito penal de autor, sendo aplicada e executada desvinculada de qualquer compromisso real de melhoramento da sociedade. A estigmatização dos considerados delinquentes é uma marca presente em todas as etapas da dosimetria penal. Os elementos utilizados para a dosimetria da pena reproduzem o ciclo vicioso em que o réu é inserido quando da primeira condenação, engendrando-o cada vez mais nas instituições totais de controle social. O condenado é reificado e passa a ser alvo de cálculos matemáticos na maioria das vezes sem qualquer critério balizador. A pena é distribuída de forma desigual na sociedade, sendo reservada aos marginalizados.

**Palavras-chave:** Criminalização. Funções declaradas e reais da pena. Pesquisa empírica. Varas Criminais. Sentenças.

## ABSTRACT

The present work was based on the theoretical references of the criminological movement. This work aims at identifying the penalty functions concerning the theoretical plan and its individualization techniques concerning the practical plan. We can only truly understand the real functions of the freedom deprivation sanctions within our society if we abandon the crime etiologic paradigm, which is also expressed in the penalty functions declared by the retribution and prevention theories, consequently accepting the information deriving from the critical discourse, mainly from the penalty agnostic/negative theory, abolitionism, labeling approach and critical criminology. Through empirical research, it was proved that most of the criminal sentences are convictions and that penalties are mistakenly dosed pursuant to the directives marked by positivism and the author penal rights, applied and disentailed from any commitment to real social improvement. Stigmatizing those who are considered criminals is a mark that is present in all the penal dosimetry steps. The elements used for penalty dosimetry reproduce the vicious circle the defendant is inserted the first time he is convicted, thus being more and more involved by the social control of total institutions. The convicted is reified and becomes a mathematics calculation target that most of the time has no appraisal criteria. Penalty is unevenly distributed in our society, being reserved to those who are marginalized.

**Key-words:** Criminalization; Penalty declared and real functions; Empirical research; Criminal courts; Sentences.



## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

GRÁFICO 1 - TOTAL DE SENTENÇAS .....	91
GRÁFICO 2 - TOTAL DE SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS.....	92
GRÁFICO 3 - TOTAL DE SENTENÇAS - EXCLUÍDAS AS DE PRESCRIÇÃO E MORTE .....	93
GRÁFICO 4 - SENTENÇAS - 1. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	95
GRÁFICO 5 - SENTENÇAS - 2. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	96
GRÁFICO 6 - SENTENÇAS - 3. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	97
GRÁFICO 7 - SENTENÇAS - 4. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	98
GRÁFICO 8 - SENTENÇAS - 5. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	99
GRÁFICO 9 - SENTENÇAS - 6. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	100
GRÁFICO 10 - SENTENÇAS - 7. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	101
GRÁFICO 11 - SENTENÇAS - 8. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	102
GRÁFICO 12 - SENTENÇAS - 9. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	103
GRÁFICO 13 - SENTENÇAS - 10. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	104
GRÁFICO 14 - SENTENÇAS - 11. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	105
GRÁFICO 15 - SENTENÇAS - 13. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	106
GRÁFICO 16 - SENTENÇAS - 14. <sup>a</sup> VARA CRIMINAL.....	107
GRÁFICO 17 - SENTENÇAS - 1. <sup>o</sup> TRIBUNAL DO JÚRI .....	108
GRÁFICO 18 - SENTENÇAS - 2. <sup>o</sup> TRIBUNAL DO JÚRI .....	108
GRÁFICO 19 - SENTENÇAS - VARAS CRIMINAIS DE COMPETÊNCIA GERAL (1. <sup>a</sup> a 11. <sup>a</sup> e 14. <sup>a</sup> ) .....	109
GRÁFICO 20 - SENTENÇAS - VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (13. <sup>a</sup> ) .....	109
GRÁFICO 21 - SENTENÇAS - TRIBUNAIS DO JÚRI (1. <sup>o</sup> e 2. <sup>o</sup> ) .....	110
GRÁFICO 22 - DISTRIBUIÇÃO DAS SENTENÇAS DE ACORDO COM O SEXO DO MAGISTRADO .....	113
GRÁFICO 23 - RÉUS - HOMENS E MULHERES.....	114
GRÁFICO 24 - SENTENÇAS - RÉUS DO SEXO MASCULINO E FEMININO ....	115
GRÁFICO 25 - VOLUME TOTAL DAS AÇÕES DE ACORDO COM A PARTE AUTORA.....	115
GRÁFICO 26 - SENTENÇAS PARTE AUTORA - QUERELANTE.....	116
GRÁFICO 27 - SENTENÇAS PARTE AUTORA - MINISTÉRIO PÚBLICO .....	117

GRÁFICO 28 - CONDENAÇÕES - ESPÉCIE DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE .....	121
GRÁFICO 29 - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.....	123
GRÁFICO 30 - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS APONTADAS COMO DESFAVORÁVEIS.....	128
GRÁFICO 31 - CULPABILIDADE INERENTE AO TIPO PENAL .....	130
GRÁFICO 32 - PERSONALIDADE NECESSITA DE EQUIPE TÉCNICA? .....	145
GRÁFICO 33 - PERSONALIDADE "VOTADA PARA O CRIME" .....	145
GRÁFICO 34 - MOTIVO INERENTE AO TIPO PENAL .....	148
GRÁFICO 35 - CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL.....	151
GRÁFICO 36 - RECONHECEU AGRAVANTE? .....	167
GRÁFICO 37 - QUANTOS AGRAVANTES?.....	167
GRÁFICO 38 - QUAIS AGRAVANTES? .....	168
GRÁFICO 39 - TOTAL DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS .....	180
GRÁFICO 40 - RECONHECEU-SE ATENUANTE?.....	183
GRÁFICO 41 - QUANTAS ATENUANTE?.....	183
GRÁFICO 42 - QUAIS ATENUANTES APLICADAS?.....	184
GRÁFICO 43 - TOTAL DE CONDENAÇÕES .....	185
GRÁFICO 44 - APLICOU A SÚMULA 231 DO STJ? .....	188
GRÁFICO 45 - TOTAL DAS CONFISSÕES E ANÁLISE DA SÚMULA 231.....	189
GRÁFICO 46 - PENA DEFINITIVA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.....	191
GRÁFICO 47 - APLICOU-SE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA?.....	191
GRÁFICO 48 - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA APLICADA.....	192
GRÁFICO 49 - REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.....	194

## LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 - GRAU DE ALTERAÇÃO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL .....	127
QUADRO 2 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CULPABILIDADE .....	130
QUADRO 3 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL ANTECEDENTES .....	133
QUADRO 4 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONDUTA SOCIAL.....	141
QUADRO 5 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PERSONALIDADE.....	144
QUADRO 6 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL MOTIVO .....	147
QUADRO 7 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CIRCUNSTÂNCIAS.....	150
QUADRO 8 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSEQUÊNCIAS .....	151
QUADRO 9 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL COMPORTAMENTO DA VÍTIMA.....	155

## LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - OCUPAÇÃO DOS PAIS DOS MAGISTRADOS DE ACORDO COM O RAMO DA JUSTIÇA .....	112
TABELA 2 - DISTRIBUIÇÃO DE CONDENAÇÕES POR TIPO DE INJUSTO ...	119
TABELA 3 - CONFISSÕES E A APLICAÇÃO DA SÚMULA 231 DO STJ .....	190

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>1 DISCURSOS (DES)LEGITIMANTES DA PENA</b> .....	17
1.1 DISCURSO OFICIAL DA TEORIA DA PENA .....	19
1.1.1 Absoluta ou retribucionista .....	20
1.1.2 Preventiva, relativa ou utilitarista .....	25
1.1.2.1 Prevenção especial .....	27
1.1.2.2 Preventivas gerais .....	35
1.1.3 Ecléticas .....	40
1.2 DISCURSO CRÍTICO DA TEORIA DA PENA .....	41
1.2.1 Teoria negativa/agnóstica da pena de <i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i> .....	43
1.2.2 Abolicionismo .....	48
1.2.2.1 O abolicionismo de <i>Michel Foucault</i> .....	50
1.2.2.2 O abolicionismo de <i>Louk Hulsman</i> .....	54
1.2.2.3 O abolicionismo de <i>Thomas Mathiesen</i> .....	58
1.2.2.4 O abolicionismo de <i>Nils Christie</i> .....	62
1.2.3 A teoria da rotulação em <i>Howard Becker</i> .....	66
1.2.4 O movimento da criminologia crítica .....	71
1.2.4.1 O etiquetamento e o direito penal de autor .....	81
<b>2 PESQUISA EMPÍRICA</b> .....	83
2.1 CRITÉRIOS GERAIS DA PESQUISA .....	91
2.1.1 Invertendo-se a lógica da presunção de inocência .....	91
2.1.2 Radiografia das condenações por Varas analisadas .....	93
2.1.3 Quem condena mais, o homem ou a mulher? .....	113
2.1.4 Os maiores "clientes" do sistema punitivo são homens .....	114
2.1.5 Parte autora .....	115
2.1.6 Distribuição de condenações por tipo de injusto .....	119
2.1.7 Espécie de pena privativa de liberdade .....	121
2.2 PENA INDIVIDUALIZADA? SEUS ASPECTOS PRÁTICOS .....	121
2.2.1 Primeira fase: a fixação da pena-base .....	122
2.2.1.1 Culpabilidade .....	128
2.2.1.2 Antecedentes .....	132

2.2.1.3	Conduta social.....	139
2.2.1.4	Personalidade.....	142
2.2.1.5	Motivo.....	146
2.2.1.6	Circunstâncias.....	149
2.2.1.7	Consequências.....	150
2.2.1.8	Comportamento da vítima.....	155
2.2.1.9	Drogas.....	155
2.2.2	Segunda fase: a fixação da pena provisória.....	165
2.2.2.1	Agravantes.....	166
2.2.2.2	Atenuantes.....	182
2.2.2.3	A vetusta Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.....	186
2.2.3	Terceira fase: a fixação da pena definitiva.....	190
2.2.4	Regime inicial de cumprimento de pena.....	192
	<b>À GUIA DE CONCLUSÃO.....</b>	<b>195</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>206</b>
	<b>DOCUMENTOS CONSULTADOS.....</b>	<b>213</b>
	<b>ANEXO - FORMULÁRIO DE PESQUISA.....</b>	<b>217</b>

## INTRODUÇÃO

A simples leitura do título desta dissertação demonstra a intenção de homenagear Nils Christie pelo seu reconhecido livro "Uma quantidade razoável de crime", assim como Zaffaroni fez em seu "Em busca das penas perdidas" em relação ao "Penas perdidas" de Louk Hulsman.<sup>1</sup>

O presente trabalho teve a preocupação de se afastar do paradigma etiológico do delito, com a ideia de que o crime não existe em si, ele torna-se o que quiser ser modelado para atender a específicos fins (declarados ou não).

Realmente, o delito não é uma qualidade de uma conduta, mas sim o resultado de uma definição por meio das instâncias de controle social. E essa definição, como é notório, recai de modo desigual nos estratos sociais. Ainda que as infrações jurídico-criminais tenham a pretensão abstrata de ser ubíquas (ou seja, de ocorrer em todas as classes sociais), a possibilidade de escapar a uma definição jurídico-penal cresce à medida que se sobe na hierarquia social.

Com efeito, Bauman denuncia que o Estado encarcera realmente os pobres em razão também de não serem consumidores a gerar interesse para o mercado. Essa criminalização se dá pelo policiamento que se dedica especificamente a tal classe social, vigiando-a, disciplinando-a, servindo as agências de controle social como veículos de exclusão para manter os miseráveis fora da sociedade na medida em que são consumidores falhos numa sociedade de consumidores.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Respeitada a devida diferença de importância acadêmica desses trabalhos citados com o que ora se apresenta.

<sup>2</sup> "O 'problema do pobre', outrora considerado questão social, tem sido em grande medida redefinido como uma questão de lei e ordem. Há uma clara tendência à 'criminalização' da pobreza, como comprova a substituição da 'subclasse' por termos como classe 'baixa', 'trabalhadora' ou 'destituída'. (Em oposição a estes termos, 'subclasse' insinua uma categoria 'abaixo', que está do lado de fora, não das outras classes, mas do sistema de classes como tal, isto é da sociedade). O propósito primário, definidor, da preocupação do Estado com a pobreza, não está mais em manter os pobres em boa forma, mas em policiar os pobres, mantendo-os afastados das ações malélicas e dos problemas, controlados, vigiados, disciplinados. As agências para lidar com os pobres e desocupados não são uma continuação do 'Estado social', salvo pelo nome, elas são em tudo os últimos vestígios do panóptico, de Jeremy Bentham, ou uma versão atualizada dos abrigos para pobres que precederam o advento do Estado de bem-estar. Essas instituições são muito mais veículos de exclusão que de inclusão; são ferramentas para manter os pobres (isto é, os consumidores falhos numa sociedade de consumidores) fora, e não dentro". (BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citladi Rovirosa-Madrado. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p.52).

Roberto de Aguiar, do mesmo modo, distinguindo o poder formal do poder real, esclarece que o direito tem a pretensão declarada de fazer crer que a sanção garante a eficácia da norma do poder formal, porém ela, na verdade, garante é a sobrevivência dos que elaboram as próprias normas. Não é o Estado que garante por meio da pena a eficácia da norma, é a pena que por meio de sua violência garante a manutenção do Estado manipulado segundo os interesses de determinados grupos que dominam o poder real.<sup>3</sup>

Assim, buscou-se entender no plano teórico quais seriam as reais funções da pena e no plano prático as técnicas de quantificação da sanção como um dos componentes do processo de criminalização operadas pelos agentes de controle social, em especial, os juízes.

Qual seria a exata quantidade de dor recomendada para cada caso concreto? Qual espécie de sanção mais se adequaria ao que se pretende para cada condenado? Existem critérios a balizar de forma racional a individualização da pena?

Tendo como norte tais perguntas, o trabalho se dividiu em duas partes: a primeira dedicada a alguns movimentos da criminologia com o propósito de formar uma base teórica a possibilitar o ingresso na segunda parte do trabalho, voltada, esta sim, à análise da pesquisa empírica realizada nas Varas Criminais do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba.

A primeira etapa do trabalho se subdividiu em duas partes: *funções declaradas ou manifestas da pena e funções reais ou latentes da pena*.

Inicialmente foram analisadas as *funções declaradas* da pena segundo o *discurso oficial*: teorias absoluta (retributivista) e relativa (preventiva em suas espécies especial e geral, positiva e negativa). Procurou-se traçar as características essenciais destas correntes e, na sequência, deslegitimá-las com apoio no *discurso crítico* das *funções reais* da pena, reveladas na segunda etapa da primeira parte do trabalho.

---

<sup>3</sup> "À primeira vista a sanção pode ser encarada como um instrumento para tornar eficaz a aplicação das normas de um poder formal, por isso é que se diz que a sanção garante a eficácia da norma. Mas a sanção não garante somente a eficácia da norma, ela garante a sobrevivência do grupo que elabora as normas. Não é o Estado que garante, por via da sanção, a eficácia da norma, é a sanção que garante, por via de sua violência, a sobrevivência do Estado enquanto expressão do grupo ou grupos detentores do poder real". (AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. 3.ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1990. p.61).



A abordagem do *discurso crítico* foi feita seguindo o roteiro de, inicialmente, comentar a teoria negativa/agnóstica da pena para então passar ao movimento abolicionista; na sequência, à teoria do etiquetamento foi dedicada a devida atenção para aí então se chegar à criminologia crítica. Destas foi retirada uma série de informações empiricamente constatadas na pesquisa prática realizada neste trabalho.

À investigação empírica foi dedicada toda a segunda parte da dissertação. Tal pesquisa teve como objeto 750 sentenças coletadas de forma aleatória em 15 Varas Criminais do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba.

Foram utilizados diversos critérios tentando extrair o maior número de subsídios importantes a este trabalho, dentre outros: percentuais de condenações no geral e em cada uma das varas estudadas; condenações segundo o sexo do réu e também do magistrado sentenciante; identificação de qual o tipo de injusto mais recorrente; análise de cada uma das circunstâncias judiciais e a representatividade de cada uma; quantidade de alteração da pena decorrente do reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável; identificação de qual espécie e qual a quantidade de droga que justifica o aumento da pena-base; qual a agravante e qual a atenuante mais constatadas; verificação do percentual de reconhecimento de reincidência; quantidade de confissões em que por se aplicar a Súmula 231 de Superior Tribunal de Justiça não foi atenuada a pena provisória, não obstante a confissão tenha sido utilizada para fundamentar a condenação; qual a recorrência do delito na forma tentada e qual o regime de início de cumprimento de pena mais aplicado etc.

Em razão de tais critérios é que se justificou a separação da segunda parte em duas etapas: a primeira, dedicada às conclusões de acordo com as indagações gerais feitas no formulário de pesquisa, restringindo-se a segunda etapa ao estudo da individualização da pena e suas balizas.

Assim, a relevância da abordagem proposta é evidenciada pelo imperativo de, tomando em consideração que não se pode compreender a criminalização se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), conseguir, num segundo momento, enfrentar a compatibilização ou não dos critérios eleitos pelo legislador, no que se refere à dosimetria penal concretizada no sistema penal brasileiro, às teorias que abordam o direito penal segundo o discurso crítico.

## 1 DISCURSOS (DES)LEGITIMANTES DA PENA

O Estado, por meio de suas agências de controle, exerce violência de forma seletiva, à vista de que a criminalização, em especial a secundária, possui destinatários certos e aprioristicamente selecionados segundo o critério da identificação da classe despossuidora dos meios de produção.

Sob esse aspecto, o qual evidencia a inexistência do chamado "bem comum", percebe-se que o Estado manifesta seu poder punitivo como forma de expressão da ideologia dos grupos que o dominam.

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Essa seleção penalizante se chama *criminalização* e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de *agências* que formam o chamado *sistema penal*.<sup>4</sup>

Conforme nos ensina Baratta, citando Rusche:

A história do sistema punitivo – escreve Rusche – é mais que a história de um suposto desenvolvimento autônomo de algumas "instituições jurídicas". É a história da relação entre as "duas nações", como a chamava Disraeli, das quais são compostos os povos: os ricos e os pobres.<sup>5</sup>

A pena, sob essa perspectiva e nesta sociedade desigual, cristaliza e reproduz no estrato social mais baixo a estigmatizadora diferenciação de *status* dos sujeitos, espelhando a heterogênea relação material existente entre o capital e a força de trabalho assalariada.

---

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.43.

<sup>5</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002. p.171.

## Segundo Pavarini:

No extrato (*sic*) mais baixo da escala social, a função seletiva do sistema se transforma em função marginalizante: as normas do direito são não apenas aplicadas seletivamente, refletindo as relações desiguais existentes, mas o sistema das penas exercita também uma função seletiva de produção e reprodução de desigualdade e de obstaculização da mobilidade social. Ao mesmo tempo, encobrem-se outros comportamentos socialmente danosos, fazendo com que a seletividade guarde, como inevitável efeito colateral, o encobrimento de uma ampla ilegalidade criminal que resta impunida.<sup>6</sup>

A par de tais considerações, mostra-se indissociável a análise das teorias que pretendem fundamentar o crime e das que têm por fim legitimar as penas.

Com efeito, discorrendo sobre as teorias da pena, Albrecht consigna:

Enquanto as teorias da criminalidade perguntam regularmente sobre condições para a ocorrência de desvio social, as teorias da pena, que na maioria dos casos partem de um modelo de criminalidade etiológico-individualizante, tratam sempre da geral justificação da pena. Neste ponto, o conceito de "teoria penal" é, antes conducente a erro, porque é dirigido, primariamente, à legitimação teórica da pena e da punição (estatal) e não reflete criticamente a pena. Teorias da pena não são teorias sobre a pena, mas são fórmulas de fundamentação para a pena.<sup>7</sup>

As fórmulas de fundamentação para a pena, em verdade, e é como neste trabalho optou-se por denominá-las, tratam de discursos ideológicos que têm por finalidade legitimar a existência das sanções penais, como manifestação de controle social.<sup>8</sup>

É neste ponto que se mostra crucial a advertência de Juarez Cirino dos Santos no que concerne à distinção que se deve traçar entre o discurso oficial (funções declaradas ou manifestas) e o discurso crítico (funções reais ou latentes) da pena.

---

<sup>6</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.141.

<sup>7</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos; Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p.62.

<sup>8</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008.

A análise da pena criminal não pode se limitar ao estudo das funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal; ao contrário, este estudo deve rasgar o véu da *aparência* das funções *declaradas* ou *manifestas* da ideologia jurídica oficial, para identificar as funções *reais* ou *latentes* da pena criminal, que podem explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades divididas em classes sociais antagônicas, fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, que define a separação *força de trabalho/meios de produção* das sociedades capitalistas contemporâneas. De um modo geral, as formas ideológicas de controle social possuem uma dimensão *real* pela qual cumprem a função de reproduzir a realidade, e uma dimensão *ilusória* pela qual ocultam ou encobrem a natureza da realidade reproduzida. No caso da pena criminal, as funções *declaradas* ou *manifestas* constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena; ao contrário, as funções *reais* ou *latentes* encobertas pelas funções *aparentes* da pena criminal, constituem o objeto da pesquisa da teoria criminológica da pena.<sup>9</sup>

Tendo como norte o diapasão discursivo realçado pelo professor Juarez Cirino dos Santos é que serão desenvolvidos os próximos parágrafos, na medida em que inicialmente serão tecidas considerações acerca do discurso oficial das teorias que pretendem legitimar a pena para, na sequência, passar às funções reais da pena (discurso crítico).

## 1.1 DISCURSO OFICIAL DA TEORIA DA PENA

Segundo o discurso oficial (funções declaradas ou manifestas), as teorias que legitimam a privação da liberdade se dividem em absolutas (retribucionistas) e relativas (preventivas).

Enquanto para as absolutas a legitimidade externa da pena é apriorística, no sentido de que não é condicionada por finalidades extrapunitivas (desvinculadas de fins), para as relativas, diferentemente, dita legitimidade é condicionada pela sua adequação ou não à finalidade perseguida, externa ao próprio direito.

---

<sup>9</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.460/461.

### 1.1.1 Absoluta ou retribucionista

Para esta teoria, a essência da pena criminal reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime e nisso se esgota.

Assim, a culpabilidade do autor, que é um mal, deve ser compensada mediante a imposição de outro mal: a pena. Para tal teoria, a justificação dessa compensação de males não se encontra ligada a nenhum fim próprio da pena, mas apenas à realização de um ideal de Justiça. Desse modo, a pena literalmente não serve para nada, pois ela é o seu próprio fim.

Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias: "Tal essência e natureza é função exclusiva do facto que (no passado) se cometeu, é a *justa paga* do mal que com o crime se realizou, é o *justo equivalente* do dano facto e da culpa do agente"<sup>10</sup>.

E nisto também se verifica um dos pontos distintivos entre as teorias absoluta e relativa. Enquanto esta última olha para frente (prevenção futura seja ela geral ou especial), a absoluta olha para o passado (mera compensação do que já ocorrera), como forma de retrospectiva do fato punível. Com o mesmo ponto de vista, Martins observa: "A pena olha para o passado, para o facto realizado e faz a compensação: *malum passionis propter malum actionis*"<sup>11</sup>.

A teoria absoluta tem origem no idealismo alemão, sobretudo com a teoria da retribuição ética ou moral de Kant, que considera a lei penal um imperativo categórico, um mandato da justiça, independente de qualquer fim em específico.

Segundo Kant:

A pena jurídica (*poena forensis*), que difere da pena natural (*poena naturalis*), pela qual o vício leva em si seu próprio castigo e à qual o legislador não olha sob nenhum aspecto, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter um outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade; deve, sim, ser sempre contra o culpado pela única razão de que delinuiu.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p.45.

<sup>11</sup> MARTINS, A. Lourenço. **Medida da pena – finalidades – escolha**: abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.66.

<sup>12</sup> KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. 3.ed. São Paulo: Ícone, 1993. p.176.

Prossegue o filósofo:

O malfeitor deve ser julgado digno de punição antes que se tenha pensado em extrair de sua pena alguma utilidade para ele ou para seus concidadãos. A lei penal é um imperativo categórico; e infeliz aquele que se arrasta pelo caminho tortuoso do eudemonismo para encontrar algo que, pela vantagem que se possa tirar, descarrega-se do culpado, em todo ou em parte, das penas que merece segundo o provérbio farisaico: "Mais vale a morte de um só homem que a perda de todo um povo"; porque, quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra.<sup>13</sup>

Assim, para Kant a quantidade justa da punição tem a mesma medida que o ato praticado, conforme o princípio da igualdade. Seja qual o for o mal infligido por um sujeito contra outro cidadão, saberá que na mesma medida será infligido aquele.

"Há somente o direito de talião (*jus talionis*) que possa proporcionar determinadamente a qualidade e a quantidade da pena, porém com a condição bem entendida de ser apreciada por um tribunal (não pelo juízo privado)"<sup>14</sup>.

Dessa forma, se o crime for um homicídio, haverá o criminoso também de morrer, pelo simples imperativo categórico da punição aliada à justa medida da pena firmada pelo princípio da igualdade da lei de talião, mas, sempre, pelo mando de um juiz sentenciante e jamais pelo juízo e pelas mãos dos particulares. Daí o famoso trecho kantiano em que o autor demonstra que:

O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça.<sup>15</sup>

Posteriormente, conforme ensina Lourenço Martins, a ideia retribucionista da pena é desenvolvida também por Hegel, que a desdobra no sentido dialético, visto que "o direito negado pelo crime é reafirmado pela pena, sendo esta a negação da

---

<sup>13</sup> KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. 3.ed. São Paulo: Ícone, 1993. p.176.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p.177.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p.178.

negação do direito e como restabelecimento ou renovação deste, anulando o crime (a negação da negação gera a afirmação)"<sup>16</sup>.

A crítica que pode se feita à teoria retribucionista, dentre várias, é a de que ela não fundamenta a necessidade da pena, pelo contrário, apenas a pressupõe como um imperativo categórico.

Com efeito, conforme assevera Jorge de Figueiredo Dias:

Como teoria dos fins da pena, porém, a doutrina da retribuição deve ser negada. Logo porque ela não é (verdadeiramente não quer ser, nem pode ser) uma teoria dos fins da pena. Ela visa justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como entidade independente de fins, como entidade que, no dizer de Maurach, louvado na lição de Hegel, existe na sua *zeckgelöste Majestät*, na sua majestade dissociada de fins. A partir daqui é só um jogo de palavras desinteressante saber se a concretização de uma ideia – no caso, a ideia da Justiça – não é, também ela, um "fim"; ou se como tal devem antes ser consideradas só finalidades empírico-sociais: quando se pergunta pelo fim da pena indaga-se de efeitos relevantes na e para a vida comunitária.<sup>17</sup>

Continua o mestre lusitano arrematando:

Uma pena retributiva esgota o seu sentido no *mal* que faz sofrer ao delinquente como compensação ou expedição do mal do crime; nesta medida é uma doutrina puramente social-negativa, que acaba por se revelar não só estranha a, mas no fundo inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinquente e de restauração da paz jurídica da comunidade afectada pelo crime; inimiga, em suma, de qualquer actuação preventiva e, assim, da pretensão de controlo e domínio do fenómeno da criminalidade.<sup>18</sup>

Com efeito, a pena não tem, segundo a ideia retribucionista, qualquer pretensão de restauração de paz, o que, por consequência, não afeta (diminui) a "criminalidade".

---

<sup>16</sup> MARTINS, A. Lourenço. **Medida da pena – finalidades – escolha**: abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.67.

<sup>17</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p.47/48.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.48/49.

Como deixa claro Roxin, os retribucionistas não dizem por que se deve punir, mas tão somente que "se impuserdes – sejam quais forem os critérios – uma pena, com ela tereis de retribuir um crime"<sup>19</sup>.

Portanto, deixa sem resposta a pergunta decisiva de saber sob qual pretexto a culpa humana autoriza o Estado a castigar. A teoria da retribuição fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, *quanto ao conteúdo*, ao poder punitivo do Estado. Ela não impede que se inclua no Código Penal qualquer conduta, e que, caso se verifiquem os critérios gerais de imputação, tal conduta seja efetivamente punida.

"As teorias absolutas assentam no pressuposto do livre arbítrio, ou seja, será culpado o sujeito que podendo motivar-se pelo respeito da norma optou por delinquir"<sup>20</sup>. E aqui é justamente onde se faz outra crítica à teoria retribucionista, pois ela pressupõe que o homem seja livre, dotado de livre arbítrio na execução de suas condutas e, por isso, passível de uma culpa a lhe ser imputada e, por consequência, reprovada por uma pena.

Ocorre que dito livre-arbítrio não pode ser comprovado cientificamente e, por isso, também a culpa não possui respaldo nas ciências da natureza; logo, não substitui objeto algum a compensar-se pela pena. Assim, o legislador justifica a pena sobre uma mera suposição.

Como ensina o Cirino dos Santos: "Retribuir, como método de expiar ou de compensar *um mal* (o crime) com *outro mal* (a pena), pode corresponder a uma *crença* – e, nessa medida, constituir um *ato de fé* -, mas não é democrático, nem científico"<sup>21</sup>.

Não há nada que prove que um mal anule o outro mal, muito pelo contrário, para a sociedade, na verdade, gera-se um produto da soma dos dois males. Por isso, com efeito, apenas mediante um ato de fé, pode-se acreditar em tal concepção.

---

<sup>19</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998. p.17.

<sup>20</sup> MARTINS, A. Lourenço. **Medida da pena – finalidades – escolha**: abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.68.

<sup>21</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.463.



Na mesma toada são os comentários críticos de Albrecht:

Uma culpabilidade que se relaciona ao individual poder de agir diferente no momento do fato, não seria demonstrável.

[...].

Hoje, um direito estatal de retribuição compensadora da criminalidade não se deixa mais deduzir de um princípio de compensação da culpabilidade comprometido somente com a ideia de Justiça, construída sem finalidade. A sentença judicial não seria mais dedutível de forma metafísica, mas subordinada aos princípios da *Constituição do Estado civil-democrático*. A pretensão absolutista estaria perdida. O Juiz seria, de agora em diante, legitimado por um poder do Estado que, pelo menos segundo a letra da Constituição, emana do povo. *Um direito à retribuição não poderia, portanto, existir.*<sup>22</sup>

Dessa forma, a teoria retribucionista da pena não passa de uma ideia tecnocrática do poder punitivo Estatal, como atividade passível de efetivação no mundo prático e, portanto, nessa medida, distinta das meramente ideológicas, que constituem apenas discursos retóricos voltados ao mascaramento dos verdadeiros objetivos da administração criminal da miséria.

Na medida em que, segundo Cirino dos Santos:

A sobrevivência histórica da pena *retributiva* – a mais antiga e, de certo modo, a mais popular *função* atribuída à pena criminal – parece inexplicável: a pena como *expição* da culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidas para *purificar* a alma do condenado; a pena como *compensação* da culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo.<sup>23</sup>

Poderia o direito penal ser instrumento de vingança, alimentando, assim, o irracionalismo vingativo para a efetivação do controle social?

Respondendo a tal indagação, Zaffaroni rebate:

A resposta a estas perguntas depende do direito penal que estivermos tratando. O direito penal do Estado autoritário não tem inconveniente em admitir tais meios. O direito penal de um Estado de Direito, que aspira a formar cidadãos conscientes e responsáveis, ao contrário, tem o dever de

---

<sup>22</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos; Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p.65.

<sup>23</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.462.

evidenciar todo o irracional, afasta-lo e exhibi-lo como tal, para que seu povo tome consciência dele e se conduza conforme a razão. O direito penal que faça isto mostrará uma autêntica aspiração ética e libertadora; o outro será um puro instrumento de dominação.<sup>24</sup>

Consequência disso é o reconhecimento de que o Estado democrático e laico não pode sancionar, sob pretexto de vingança, o pecado, o vício.

Pachukanis já dizia que a pena não é mera retribuição e sim, uma forma de reparação proporcional ao dano, expressada por cálculos aritméticos de dias, meses, ou seja, determinado tempo de privação da liberdade. Esta seria a ideia da reparação equivalente. Tempo de pena equivalente ao ato praticado.<sup>25</sup>

E mais, essa reparação equivalente seria a única com que se preocupa o público, a opinião pública. Não interessa para onde vai o condenado, fazer o que e em que condições. A única preocupação da opinião pública é com a sentença, momento em que se dosa qual o tempo de pena e se espera que seja por período que equivalha à gravidade do delito.<sup>26</sup>

### 1.1.2 Preventiva, relativa ou utilitarista

A teoria preventiva volta seu foco de atenção ao futuro, diferentemente da absoluta ou retributiva pela qual sempre se olha para o passado, para o delito cometido e a devida culpabilidade do delinquente. Altera-se aqui, portanto, o princípio unificador da culpabilidade, para o princípio unificador da periculosidade, a ser evitada, neutralizada ou "curada" pela pena criminal.

É ainda denominada relativa por referir-se a uma finalidade diversa da pena (relativa a alguma coisa), no que também difere da absoluta, a qual é independente de qualquer finalidade.

---

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.99.

<sup>25</sup> PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p.130.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.131.

Esta teoria não deixa de considerar a pena criminal como um mal ao apenado, mas vai muito além disso, tendo-a como instrumento criminal voltado à atuação no mundo e, por isso, não bastante em si mesma, na mera característica retributiva, destituída de sentido social-positivo. Justificando-se, assim, na utilização do mal da pena para prevenção ou profilaxia criminal, pois seria esta a finalidade precípua de toda a política criminal.

Dessa maneira, a pena deve ter por objetivo servir de exemplo à sociedade e ao próprio delinquente para que obedeçam às leis.

A teoria utilitarista pode ser classificada segundo dois critérios básicos: um que diz respeito à perspectiva dos destinatários da prevenção (geral ou especial), dependendo do fato de que a função preventiva volte-se apenas à pessoa do delinquente ou a todos os cidadãos em geral; e outro que se refere à natureza das prestações da pena, se positivas ou negativas.

Além disso, quando combinadas entre si, têm-se então quatro tipos de teorias utilitaristas, relativas ou preventivas da pena: *(I.a) a preventiva especial positiva*, em que se busca a correção do apenado, conferindo à pena a função de agir especificamente sobre o delinquente com o objetivo ("positivo") de ressocializá-lo, reintegrá-lo, repersonalizá-lo, reeducá-lo, reindividualizá-lo, reincorporá-lo, enfim, todo o leque chamado por Zaffaroni de "ideologias **re**"<sup>27</sup>; *(I.b) a preventiva especial negativa*, em que se visa à neutralização da periculosidade do apenado, incapacitando-o especificamente, com a sua eliminação definitiva ou provisória da sociedade; *(II.a) a preventiva geral positiva*, por meio da qual se visa à integração do corpo social, já que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída, produzindo o "efeito de *confiança*", o de *'aprendizagem'* (resultante da demonstração dos custos do facto punível) e o de *'integração verdadeira e própria'* (resolução do conflito social suscitado pelo crime)"<sup>28</sup>; *(II.b) a preventiva geral negativa*, pela qual se pretende intimidar a coletividade com a cominação das penas em abstrato, dissuadindo-a da transgressão normativa por meio do exemplo ou da ameaça.

---

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.126.

<sup>28</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p.51.

### 1.1.2.1 Prevenção especial

Trata a pena como um projeto disciplinar ora positivo, de reeducação do apenado, ora negativo, de eliminação e neutralização do "perigoso", que, frise-se, não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível, dos condenados.

Figueiredo Dias identifica um denominador comum nas teorias da prevenção especial da pena, seria a concepção da sanção criminal como "um instrumento de actuação preventiva sobre a pessoa do delinquente com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes"<sup>29</sup>. Nessa medida, seria a própria prevenção da reincidência.

A prevenção especial se apoia basicamente na periculosidade individual do apenado, buscando sua neutralização (eliminação). E, quando se alcança este fim, garante-se a integridade do ordenamento jurídico em relação a um determinado sujeito (agente do delito). Assim, tem como ideia essencial a concepção de que a pena justa é a pena necessária.

Juarez Cirino dos Santos, por sua vez, destaca que a função de prevenção especial da pena "é atribuição legal dos sujeitos da *aplicação* e da *execução* penal"<sup>30</sup>. Isto porque, numa primeira etapa, ao realizar a dosimetria da pena, o juiz fixa o programa de prevenção especial, individualizando a reprimenda na proporção necessária e suficiente à prevenção do delito; ao passo que, num segundo momento, o programa de prevenção especial, já estabelecido na sentença criminal pelo magistrado, é levado a cabo pelos técnicos da execução da pena – "os chamados *ortopedistas da moral*, na concepção de Foucault"<sup>31</sup> – com a finalidade de realizar "a *harmônica integração social* do condenado (art. 1.º, LEP)"<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p.54.

<sup>30</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.464.

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> *Ibid.*, p.465.

## Prevenção especial positiva

A teoria da prevenção especial positiva da pena parte do pressuposto de que o sujeito delinquente é um indivíduo detentor de uma patologia que o torna perigoso para o restante da sociedade. Nessa medida, seria a pena o instrumento pelo qual se buscaria o tratamento do homem criminoso, que apenas teria transgredido as normas jurídicas criminais em decorrência de uma doença, pessoal, de índole psicológica, moral, educacional, social.

Competiria, assim, aos magistrados a fixação do plano de "recuperação" do apenado, enquanto aos psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e demais funcionários da "ortopedia moral" do estabelecimento prisional, caberia a função de execução do aduzido programa "ressocializante", com fim de que aquele que delinuiu, por ser doente, não delinqua mais. Com isso, materializa-se o antigo brocado: "*punitur, ne peccetur*" (punido, para que não peque).<sup>33</sup>

A teoria da prevenção especial positiva não seria, portanto, nada mais do que uma tentativa de legitimação do poder punitivo Estatal, atribuindo-lhe uma função afirmativa de melhoramento do próprio infrator, ora pelo modelo moral, ora pelo modelo médico-policial, ressaltando, assim, sua índole terapêutica.

Mas, como é sabido, as ideologias "re" não produzem o resultado que é prometido ou, ao menos, é vendido como sendo o que se busca, ainda que arditosamente. Como diz Mathiesen: "No sólo podemos decir, con la mayor certeza, que la cárcel no rehabilita sino que ella de hecho *inhabilita*"<sup>34</sup>.

Para Figueiredo Dias, aqueles que defendem referida função da pena pretendem:

[...] dar à prevenção individual a finalidade de alcançar a *reforma interior (moral)* do delinquente, uma sua autêntica metanoia – aquilo que bem poderia designar-se como a emenda do criminoso, lograda através da sua adesão íntima aos valores que conformam a ordem jurídica.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.465.

<sup>34</sup> MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Buenos Aires: Ediar, 2003. p.100.

<sup>35</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p.54.

Ou, noutra perspectiva também preventiva, não a emenda moral, "mas verdadeiramente no *tratamento* das tendências individuais que conduzem ao crime, exactamente no mesmo plano em que se trata um doente e, por isso, segundo um modelo estritamente *médico* ou *clínico*"<sup>36</sup>.

Assim, as penas adquirem o papel de adequação e protagonismo no cenário das medidas técnicas necessárias à efetivação da função terapêutica da defesa social, com características higiênico-preventivas, terapêutico-repressivas, cirúrgico-eliminatórias, dependendo do tipo de delinquente – ocasionais, passionais, habituais, loucos ou natos – e dos fatores sociais, psicológicos e antropológicos do crime.

Alerta Claus Roxin que as teorias preventivas especiais positivas nem ao menos logram uma delimitação temporal das penas, uma vez que para alcançarem os objetivos que proclamam, deveriam estabelecer "tratamentos" que prosseguissem até que se desse a correção definitiva do apenado, mesmo que para tanto a duração da pena fosse indefinida. "Numa palavra: a teoria da prevenção especial tende, mais que um direito penal da culpa retributivo, a deixar o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal"<sup>37</sup>

A deslegitimidade das ideologias "re" é tamanha que possivelmente os que ainda a defendem o fazem como argumento de serem sustentadas apenas para que não se recaia num retribucionismo irracional que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração.

Ademais, como é sabido, as próprias ideologias "re" são uma contradição na medida em que o Estado se propõe a incutir no apenado os valores e as regras da sociedade segregando-o justamente dela, colocando-o numa outra microssociedade de valores e regras bastante distintas.

A prisão possui uma cultura própria, um conjunto de regras próprio, sendo que os detentos vivem debaixo dele e eles mesmos aplicam sanções aos que o descumprem.

Acerca justamente desse "código carcerário" Juan José Caballero Romero, citado e traduzido por Paganella Boschi, elencou cinco grupos de princípios fundamentais:

---

<sup>36</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p.54.

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998. p.21.

a) cada interno deve levar a vida sem imiscuir-se na vida do outro, embora subordinado ao dever de ser leal a seu grupo; b) deve evitar perder a cabeça mas, se isso acontecer, em hipótese alguma está autorizado a pedir ajuda aos funcionários da penitenciária; c) deve honrar a palavra, trocando obséquios ou favores; d) deve saber aguentar as frustrações; e) finalmente, deve tratar seus guardiões (os agentes penitenciários) com receio, dando sempre razão aos presos nos conflitos que surgirem.<sup>38</sup>

Embora tenha como objeto de pesquisa os cárceres espanhóis, ainda assim pode-se entender que se trata de um conjunto de princípios comuns a todas penitenciárias.

O estabelecimento total prisão é um ambiente de privações de toda espécie, de opressão, fragilidade, violência e criminalização. E o pior, sabe-se que o cárcere dos séculos passados fazia a mesma coisa que os atuais, com os mesmos problemas, mesma contradições, tudo igual.

Como registra Paganella Boschi:

O ingresso na penitenciária produz a redução do indivíduo ao seu estado inicial mediante a destruição de seu senso de identidade e de auto-estima. Já não tem mais a liberdade que tinha "na rua", perde a família, o emprego e, não raro, a propriedade de seus bens. Na prisão é vítima de abuso sexual e sofre todas as violações que dizem com a sua intimidade, dando ensejo ao aparecimento de distúrbios sexuais e de conduta, enfermidades físicas e mentais, estas de tipo depressivos, que se aproximam de uma verdadeira dissolução da personalidade. Fala-se, inclusive, em psicose carcerária! Esse termo, há muito tempo, é empregado para designar os distúrbios mentais no interior das instituições totais.<sup>39</sup>

Do mesmo modo Zaffaroni:

Os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade. Em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios. Assim, a prisonização é feita para além da sentença, na forma de pena corporal e eventualmente de morte, o que leva ao paradoxo a impossibilidade estrutural da teoria. Quando uma instituição não cumpre sua função, por regra não deve ser empregada. Na realidade paradoxal do

---

<sup>38</sup> *Apud* BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.116.

<sup>39</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.116/117.

continente latino-americano, as penas não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventista especial positiva. A circunstância de que sequer seja mencionada tal possibilidade prova que a prevenção especial não passa de um elemento do discurso.<sup>40</sup>

### **Prevenção especial negativa**

Para a teoria da prevenção especial negativa, a dita "correção" dos delinquentes seria uma mera utopia e, portanto, a prevenção especial só poderia dirigir-se à intimidação individual ou à segregação do criminoso, podendo-se, então, falar em neutralização da periculosidade daqueles que delinquem.

Dessa maneira, volta-se o olhar para o futuro, assim como já o fazia a preventiva especial positiva; todavia, aqui, não mais com um viés ressocializante, mas, sim, com uma perspectiva de defesa social, atemorizando o delinquente até que ele não mais repita a prática de delitos ou separando-o do convívio social (eliminando-o).

Como ensina o professor Cirino dos Santos, a prevenção especial negativa de neutralização do criminoso, fundada no pressuposto de que a privação de liberdade do apenado produz segurança social, demonstra-se evidente, visto que a dita:

[...] incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão – e, assim, a neutralização do condenado seria uma das funções manifestas ou declaradas cumpridas pela pena criminal.<sup>41</sup>

Segundo Zaffaroni:

[...] para a prevenção especial negativa, a criminalização também visa a pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à causa de um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.126.

<sup>41</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.465.

<sup>42</sup> ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p.127.



As ideologias "re", próprias da prevenção especial positiva, fracassaram (ou nunca passaram de mero discurso encobridor das reais finalidades da pena) e, nessa medida, a neutralização da especial negativa surge somente como pena atroz, imposta por uma seleção arbitrária.

Arremata Zaffaroni que, nesse viés a pena criminal configura-se eficaz, obtendo, sem dúvida alguma, êxito, uma vez que "a morte e os demais impedimentos físicos são eficazes para suprir condutas posteriores do mesmo sujeito"<sup>43</sup>.

Nessa medida é que surge a teoria do Direito Penal do Inimigo proposta por Jackobs, que se utiliza de referida característica neutralizante da prevenção especial negativa, para propor a extinção, a qualquer custo, dos inimigos do Estado: estes supostamente teriam rompido com o Pacto Social e, por isso, seriam considerados "não-pessoas" a serem extirpadas do convívio social, sem a observância dos princípios e das regras limitadores do poder punitivo, visto que tais garantias seriam devidas apenas àqueles que não demonstraram querer o "distrato" social.<sup>44</sup>

Por isso, alerta Zaffaroni:

Ao nível teórico, a ideia de uma sanção jurídica é incompatível com a criação de um mero obstáculo mecânico ou físico, porque este não motiva o comportamento, mas apenas o impede, o que fere o conceito de pessoa (art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e art. 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), cuja autonomia ética lhe permite orientar-se conforme o sentido. Por isso, a mera neutralização física está fora do conceito de direito, pelo menos em nosso horizonte cultural. Como no discurso anterior – do qual é complemento originário – o importante é o corpo social, ou seja, o correspondente a uma visão corporativa e organicista da sociedade, que é o verdadeiro objeto de atenção, pois as pessoas não possam de meras células que, quando defeituosas ou incorrigíveis, dedem ser eliminadas. A característica do poder punitivo dentro desta corrente é a sua redução à coerção direta administrativa: *não há diferença entre esta e a pena, pois as duas procuram neutralizar um perigo atual.*<sup>45</sup>

Assim como a teoria retributiva, as teorias preventivas especiais não possibilitam uma delimitação do poder punitivo do Estado quanto ao seu conteúdo.

---

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.127.

<sup>44</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b.

<sup>45</sup> ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p.128.

Expõe Roxin:

[...] não se trata apenas de sermos todos culpáveis, mas de todos necessitarmos de nos corrigir. É certo que, segundo esta concepção, o esforço terapêutico-social do Estado deve dirigir-se de antemão apenas contra os inadaptados à sociedade; mas o ponto de partida continua a ser suficientemente perigoso.<sup>46</sup>

É possível que um determinado grupo político que atinja o domínio do poder Estatal, a pretexto de que estaria a tratar penalmente de pessoas "socialmente inadequadas", submeta seus inimigos políticos ao poder punitivo.

E também:

[...] se se dirige apenas aos 'associais' em sentido tradicional, como mendigos, vagabundos, vadios, prostitutas e outras pessoas indesejáveis para a comunidade, irão entrar na esfera do direito penal de grupos de pessoas cujo tratamento como criminosos dificilmente se pode fundamentar com base numa ordem jurídico-penal como a que possuímos, dirigida ao facto isolado.<sup>47</sup>

Ou seja, abertamente legitimar-se-ia um direito penal de autor, típico de regimes autoritários e nazifascistas, nos quais se pune o sujeito pelo que ele é, ou deixou de ser, mas não pelo que ele fez, ou deixou de fazer. Nessa medida, portanto, completamente avesso à noção de Estado Democrático de Direito.

Outra objeção que frequentemente se coloca às teorias preventivas especiais é o de que, em crimes mais graves, não haveria de se impor uma pena quando não houvesse mais perigo de repetição da delinquência.

O exemplo trazido por Roxin como mais contundente é o daqueles sujeitos que assassinaram milhares de pessoas inocentes em campos de concentração, alguns matando com extrema crueldade e por motivos sádicos. Estão eles, hoje, na sua maioria, vivendo de maneira discreta e plenamente integrados à sociedade; não havendo que se falar, portanto, em "ressocialização" alguma, muito menos em perigo de uma eventual reincidência pela qual deveriam ser intimidados e protegidos. Deveriam eles, então, permanecer impunes?<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998. p.21.

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> *Ibid.*, p.21/22.

Ou, a par desse viés histórico, nos crimes de sangue (e naturalmente qualquer outra espécie delitativa) praticados por motivos e situações que não se voltarão mais a se repetir, porque ninguém exclui a punibilidade de tais crimes?

Nessas situações, como se vê, as teorias preventivas especiais não são hábeis a fundamentar a necessidade da pena criminal. E também não explicam o que fundamenta o direito de o Estado impor a determinadas pessoas consideradas desviantes, diferentes, anômalas, um modo de viver como considerado "o correto", "o normal".

Assim, a ideia de correção, embora seja um fim da pena, de modo algum traz em si sua justificativa. Diferentemente do que pensa a maioria dos seus adeptos.

As exigências do direito penal não podem ser de tal ordem a ponto de forçar qualquer indivíduo a mudar seus valores. Deve-se respeitar o direito à diferença.

Por isso, afirma Roxin:

Mais importante é perguntar: o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter a tratamento pessoas contra a sua vontade pessoas adultas? Porque não hão de poder viver conforme desejam os que fazem à margem da sociedade – quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos dos seus concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias? Tais perguntas parecem levemente provocadoras. Mas com elas apenas se prova que a maioria das pessoas considera como algo de evidente o facto de reprimir violentamente o diferente anómalo. Todavia, saber em que medida existe num Estado de Direito competência para tal, eis o verdadeiro problema que a concepção preventivo-especial não pode à partida resolver, porque cai fora do seu campo de visão.<sup>49</sup>

Dessa maneira, segundo Claus Roxin, as teorias da prevenção especial não são capazes de fundamentar o direito penal, porque não podem delimitar os seus pressupostos e consequências, visto que não explicam a punibilidade de crimes sem risco de repetição e porque a ideia de adaptação social coativa, mediante pena, não se legitima por si própria, precisando de uma legitimação jurídica que se baseia em outros tipos de considerações.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998. p.22.

<sup>50</sup> *Id.*

Além disso, numa leitura proveniente da Criminologia Crítica<sup>51</sup>, pode-se observar que a função preventiva especial negativa seria tecnocrática, ou seja, possível de efetivação prática, pois a pena lograria, em regra, a capacidade de neutralização dos apenados; ao passo que a dita função preventiva especial positiva seria apenas ideológica, com intenção de legitimar o discurso daqueles que dominam o poder de punir, já que impossível de efetivação prática, na medida em que a pena criminal, violenta por essência, não conseguiria, ordinariamente, "ressocializar" os apenados.

### 1.1.2.2 Preventivas gerais

A prevenção geral fundamenta-se no livre-arbítrio do homem, pois se preocupa em convencer a partir da ideia de intimidação ou da utilização do medo e pela ponderação da racionalidade humana.

Portanto, as doutrinas da prevenção geral alicerçam-se na pena como instrumento político-criminal utilizado com o fim de afetar psicologicamente, de forma geral, os membros de uma comunidade, para que eles não pratiquem crimes. Essa dominação é legitimada pelo poder coator da lei.

Pode-se, dizer, modernamente, que a prevenção geral anda nos trilhos da coação psicológica que tem por finalidade criar nos potenciais criminosos um motivo contundente que o afaste do crime.

---

<sup>51</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002; CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Tradução de Silvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005; GIORGIO, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2010; RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e controle social**. Tradução de Gizlene Neder. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004; SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; SOZZO, Massimo (Coord.). **Reconstruyendo las criminologias críticas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006; WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova geração da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). Tradução de Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Prevenir seria contramotivar com argumentos convincentes sobre o mal da pena legitimadora da ordem vigente e mantenedora da paz jurídica.

Claus Roxin fundamenta que a concepção da prevenção geral continua presente em nossos dias, quando o Código Penal conduz a generalidade da população ao comportamento conformativo com as leis – por exemplo, com medidas de aumento da pena para embriaguez ao volante. Também quando do Projeto do Código Penal Alemão de 1962, em que se lia a expressão: "força moderadora dos costumes"<sup>52</sup>.

As doutrinas da prevenção geral estão intimamente ligadas à função do direito penal, qual seja: tutelar os bens jurídicos. Por isso, o direito penal deve atuar preventivamente diante da comunidade, seja com ameaça de punibilidade, seja com punição efetiva.<sup>53</sup>

### **Prevenção geral positiva**

A doutrina da prevenção geral positiva confunde o direito com a moral, pois confere às penas funções de integração social mediante o reforço geral da fidelidade ao Estado, firmando-se, assim, como doutrina legalista e estatalista, conformadora das condutas, a partir da concepção do direito penal como "orientador da moral" e "educador coletivo".

Zaffaroni traduz a doutrina da prevenção geral positiva como aquela que fundamenta a criminalização, "não, porém para dissuadi-los pela intimidação, e sim como valor simbólico produtor de consenso, e, portanto, reforçador de sua confiança no sistema social geral"<sup>54</sup>.

A partir da realidade social, essa teoria se sustenta em dados reais que a anterior. Segundo ela, uma pessoa seria criminalizada porque com isso a opinião pública é normatizada ou renormatizada, dado ser importante o consenso que sustenta o sistema social. Como os crimes de "colarinho branco" não alteram o consenso enquanto não forem percebidos como conflitos delituosos,

---

<sup>52</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998. p.23.

<sup>53</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p.50.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.121/122.

sua criminalização não teria sentido. Na prática, tratar-se-ia de uma ilusão que se mantém porque a opinião pública a sustenta, e convém continuar sustentando-a e reforçando-a porque com ela o sistema penal se mantém: ou seja, o poder a alimenta para ser por ela alimentado.<sup>55</sup>

Sintetiza Figueiredo Dias que a prevenção geral positiva gera efeito positivo de confiança ou de aprendizagem, quando da demonstração das consequências puníveis do crime. Ele confirma que a pena é a forma de o Estado se manter e reforçar a confiança da comunidade nas normas penais, como tutela dos bens jurídicos.<sup>56</sup>

### **Prevenção geral negativa**

Figueiredo Dias percebe a prevenção geral negativa como a teoria que concebe a pena como forma de intimidação, feita pelo Estado, aos indivíduos a partir da observação do sofrimento imposto ao delinquente.<sup>57</sup>

Cirino dos Santos, por sua vez, diz ser a função declarada ou manifesta de prevenção negativa intimidadora pela ameaça penal. Ele reafirma que este é o discurso real do direito penal, ou seja, discurso garantidor da ordem social capitalista responsável pelo desequilíbrio entre meios de produção e força de trabalho, reproduzindo, assim, as desigualdades sociais.<sup>58</sup>

Já Zaffaroni ensina que a prevenção geral negativa pretende dissuadir os que não cometem crimes a, de fato, não os cometerem, em razão dos ideais de custo-benefício; ou seja, da aplicação da pena, mas também com uma função utilitária antiética da criminalização de condutas.<sup>59</sup>

Zaffaroni ainda apresenta a gradação dos efeitos da criminalização exemplarizante: primeiro, comenta quanto aos delitos com finalidade lucrativa, afirmando que a punibilidade será para os vulneráveis ao cometimento daquela delinquência, o

---

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.122.

<sup>56</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p.50-52.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p.50.

<sup>58</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.492/493.

<sup>59</sup> ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p.117-120.

que apenas reforçaria, ou melhor, serviria de estímulo ao aperfeiçoamento criminal, pois o "vulnerável delinquente" iria "estabelecer maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência"<sup>60</sup>.

Portanto, a intenção da prevenção geral negativa não seria atingida, já que a pena não iria persuadir ao não cometimento do delito, mas provocaria maior elaboração da artilosidade criminoso.

Em segundo lugar, ele comenta que para crimes mais graves como os de colarinho branco ou de terrorismo, tampouco a prevenção geral negativa serviria para dissuadir contra o crime, pois os autores desses delitos têm tendência ao fanatismo, não considerando a ameaça da pena; pelo contrário, percebem-na como estímulo, visto que são eles os sicários, mercenários, administradores de empresas delituosas. Zaffaroni confirma que as punições do Estado – Direito Penal – são exemplos de terror com penas cruéis e indiscriminadas, a exemplo da ditadura de 1968, com o Ato Institucional n.º 5.<sup>61</sup>

Em um terceiro momento, Zaffaroni até demonstra acreditar que nos delitos de menor gravidade a "criminalização primária" pode exercer influência sobre alguma pessoa, pois as pessoas, de acordo com esta teoria, evitariam as condutas antijurídicas por temor à lei penal. Contudo, segundo o mestre argentino, este discurso "confunde o feito do direito em geral e toda ética social com o poder punitivo"<sup>62</sup>; esquecendo, assim, que o maior número das pessoas não pratica ações lesivas por princípios éticos, jurídicos e afetivos, e não por temor à lei – a ética não provém da lei penal, necessariamente. Para Zaffaroni, não é a prevenção geral negativa que dissuade as pessoas ou conserva a sociedade; trata-se, sim, de uma ilusão do penalismo que identifica direito penal com cultura.

Segundo Zaffaroni, o fim do discurso da teoria da prevenção geral negativa é trágico, pois no plano político e teórico, quando se esgotar o catálogo de consequências penais negativas capazes de ameaçar alguém, a suposta saída será a pena de morte; ato cruel e comprovador de que o Estado, com seu direito penal, esqueceu-se que

---

<sup>60</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.117.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p.118.

<sup>62</sup> *Id.*

sua função essencial é a de preservação da vida e não a de assassino legitimado.<sup>63</sup> Portanto, de acordo com o discurso da prevenção geral negativa, as pessoas servem como meio a serviço de um Estado intimidador e alienado à existência da pessoa humana; responsável pela perpetuação das injustiças sociais, já que, por exemplo, durante as crises econômicas, aumenta as penas para os mais prejudicados, a saber: os desprovidos de tudo.

A lógica da discussão faz o delito perder sua essência de lesão jurídica para convertê-lo em um indício de inimizade com a cultura que o estado quer homogeneizar ou com a moral que deseja impor. Fica a descoberto seu caráter verticalista, hierarquizante, homogeneizador, corporativo e, por conseguinte, contrário ao pluralismo próprio do estado de direito e à ética baseada no respeito pelo ser humano como pessoa.<sup>64</sup>

Paganella Boschi informa que a pena como prevenção já era preocupação dos gregos. Os partidários da teoria da prevenção geral negativa afirmavam ser a punição um mal necessário para que não houvesse reincidência de crimes, além de servir de alerta para todos evitarem o caminho delituoso. Portanto, nesse sentido, "castiga-se para que a sociedade, como um todo, puna o ofensor, permaneça em estado de alerta e reforce seu sentimento de confiança no direito"<sup>65</sup>.

Por mais evidente que possam parecer os fins preventivos gerais da pena, alguns questionamentos são apontados pelos críticos mais atentos.

Primeiro, no que diz respeito à fundamentação do direito de punir, as teorias preventivas gerais padecem do mesmo mal das teorias retributivista e preventivas especiais; ou seja, não esclarecem a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar, permanecendo, dessa forma, em aberto o âmbito da "criminalidade" punível.

Nessa esteira, ainda, assim como as teorias preventivas especiais podem levar a um tratamento terapêutico-social indeterminado, as doutrinas preventivas gerais podem conduzir a um estado de terror social, ultrapassando a medida do possível numa

---

<sup>63</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.119.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p.121.

<sup>65</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.112.



ordem jurídico-democrática. Isto porque quem pretender intimidar mediante a pena tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível.

E, quanto a esses dois aspectos, é que se levanta o caráter meramente ideológico da teoria preventiva geral negativa, apontando-a como impossível de efetivação prática para os usuários habituais do sistema criminal. Ao passo que, proclama o viés eminentemente tecnocrático da teoria preventiva geral positiva, advogando-a como produto natural da vida em sociedade, que tem a sanção como necessária e hábil à manutenção, pela reafirmação, dos valores sociais que mantêm a sociedade coesa.

Mas, é exatamente dessa concepção que surge a terceira e mais contundente crítica às teorias preventivas gerais: como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração a outros?

Dessa forma, um ser humano nunca deve ser considerado apenas como meio a fins alheios ou, pior, posto dentre os objetos dos direitos das coisas, visto que a essência de sua própria personalidade, natureza ôntica como membro da espécie humana, o protege disto.

Com efeito, as teorias preventivas gerais encontram-se sujeitas às objeções muito semelhantes às postas em face das teorias preventivas especiais e retributiva: não podem fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas consequências; são político-criminalmente discutíveis e carecem de legitimações que estejam em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.

### 1.1.3 Ecléticas

As teorias ecléticas buscam aliar a exigência de retribuição jurídica da pena com as concepções preventivas gerais e especiais. De certa maneira, tenta-se discursivamente conjugar a expiação (compensação da culpabilidade) com a retribuição (pelo injusto penal).

De acordo com estas visões, a pena justa é aquela que melhor garante a prevenção geral e a prevenção especial, com compreensão e aceitação dessas funções tanto pela sociedade quanto pelo delinquente. De maneira que sua qualidade de

"justa" derivaria diretamente da possibilidade que a pena proporcionaria ao criminoso de lograr sua expiação e, ao mesmo tempo, reconciliar-se com a sociedade.

No entanto, com propriedade, alerta Roxin:

É certo que a teoria unificadora se baseia em ter correctamente que cada uma das concepções contêm pontos de vista aproveitáveis que seria erróneo converter em absolutos. Mas a tentativa de sanar tais defeitos justapondo simplesmente três concepções distintas tem forçosamente de fracassar, já que a mera adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reacção apto para qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem em absoluto entre si, antes se multiplicam, o que não só é teoricamente inaceitável como muito grave do ponto de vista do Estado de Direito. Se esta anomalia não foi ainda posta em evidência prática, isso deve-se a que os tribunais têm amplamente em conta decisões valorativas constitucionais e as exigências de razão sócio política, sem aproveitarem o amplo espaço de manobra que lhes é oferecido pela teoria unificadora. Precisamente por isso, as questões fundamentais jurídico-penais discutem-se hoje na sua maioria sem relação alguma com as teorias da pena, que deste modo ameaçam perder a sua actualidade prática.<sup>66</sup>

Figueiredo Dias esclarece ainda que, além das teorias ecléticas que buscam aliar as três vertentes essenciais dos fins da pena (retribuição, prevenção especial e prevenção geral), há outras, igualmente unificadoras, mas que desprezam os objetivos retribucionistas e privilegiam apenas as concepções preventivas (especial e geral)<sup>67</sup>

## 1.2 DISCURSO CRÍTICO DA TEORIA DA PENA

A pena privativa de liberdade, segundo o discurso declarado, o qual se encontra alicerçado na ideologia da classe dominante, funda-se no conceito de que as condições de vida no cárcere devem ser sempre piores que as condições de vida dos estratos mais baixos dos trabalhadores livres o que, já na origem, demonstra que "nenhuma das teorias da punição, nem a absolutista nem a teleológica, está

---

<sup>66</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998. p.26.

<sup>67</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p.60.

apta a explicar a introdução de certos métodos de punição no interior da totalidade do processo social"<sup>68</sup>.

Rusche e Kirchheimer são taxativos em afirmar:

Para efeito de adotar uma abordagem mais profícua para a sociologia dos sistemas penais, é necessário despir a instituição social da pena de seu viés ideológico e de seu escopo jurídico e, por fim, trabalhá-la a partir de suas verdadeiras relações.

[...].

A pena não é nem uma simples consequência do crime, nem o reverso do crime, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente seja de sua concepção jurídica, seja de seus fins sociais.

[...].

Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondam às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições, e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais.<sup>69</sup>

Com efeito, o sistema penal como forma de controle social nada mais faz senão espelhar-se nas relações materiais de produção (base econômica).

E é nessa servidão sistêmica aos interesses da economia (leia-se: interesse dos que detêm poder econômico) que se alicerçam os pilares das técnicas punitivas; relação esta que é encontrada quando se busca uma análise honesta acerca de quais são as verdadeiras (reais) funções da pena.

Seguindo o modelo já exposto acima, passa-se neste momento, então, às considerações a respeito do que o Professor Cirino dos Santos denomina funções reais ou latentes da pena<sup>70</sup>, as quais revelam, por meio de um discurso crítico, quais seriam os verdadeiros papéis da sanção criminal a atestar sua deslegitimidade.

---

<sup>68</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e controle social**. Tradução de Gizlene Neder. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. p.17/18.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p.19/20.

<sup>70</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.460/461.

## Segundo Zaffaroni:

O poder estatal concede às suas instituições *funções manifestas* que são expressas, declaradas e públicas. Trata-se de uma necessidade republicana; um poder orientador que não expresse para que é exercido não pode submeter-se ao juízo de racionalidade. Porém, em geral, essa função manifesta não coincide por completo com o que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas *funções latentes* ou reais.<sup>71</sup>

As instituições totais, dentre elas o cárcere, caracterizam-se por ser locais fechados e, por conseguinte, isolam e separam seus cativos da sociedade livre.

Ocorre que tal segregação resulta mais aparente do que real, já que o cárcere nada mais faz senão manifestar os modelos sociais/econômicos de organização constatados na própria sociedade livre.

Para melhor ilustração das ideias que representam expressão do discurso crítico e atestam as finalidades reais da pena, será feita uma separação entre algumas principais teorias, mas sempre lembrando que elas não estão compartimentalizadas, ao contrário, imbricam-se.

O caminho será iniciado pela teoria negativa/agnóstica de Zaffaroni, passando pelos abolicionistas Michel Foucault, Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie. Na sequência será abordada a teoria da rotulação em Howard Becker para, então, chegar-se ao movimento da criminologia crítica. Ao final, mas ainda dentro da criminologia crítica, será analisada a ideia de direito penal de autor sob o viés da teoria do etiquetamento.

### 1.2.1 Teoria negativa/agnóstica da pena de *Eugenio Raúl Zaffaroni*

A teoria negativa/agnóstica idealizada por Zaffaroni está pautada em dois arquétipos teóricos bem distintos: estado de polícia e estado de direito.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.88.

<sup>72</sup> "Não é possível examinar o conceito de pena sem examinar bem mais de perto a função política do direito penal, o que não é factível sem aprofundar a ideia de estado de polícia e de estado de direito" (*Ibid.*, p.93).

Sinteticamente, como polícia significa administração ou governo, estado de polícia seria aquele regido por decisões do governante, no qual uma classe social decidiria o que é melhor e expressaria tal vontade por meio de leis, exigindo-se, com isso, a submissão de todos aos interesses deste segmento social. Neste estado, portanto, existiria uma justiça substancialista, pois representativa dos anseios da classe hegemônica. Imperaria o paternalismo, ensinando e castigando os súbitos para que haja conformação aos ditames hierarquicamente superiores, chegando-se, até mesmo, a tutelar as ações autolesivas das pessoas.<sup>73</sup>

Por sua vez, o modelo ideal de estado de direito é concebido como sendo aquele em que a vontade a imperar seria a da maioria, sem se desprezar os anseios das minorias, sendo que ambas, maioria e minoria, têm de se conformar às regras previamente estabelecidas. Neste modelo, a justiça seria procedimental; todos são iguais, pois todos têm consciência para saber compreender o que é melhor e o que é possível. Tendo como norte a fraternidade, tal estado preza para que as decisões de conflitos afetem o menos possível a existência de cada e sua esfera personalista.<sup>74</sup>

O marco, então, da teoria negativa/agnóstica reside precisamente nesta permanente tensão entre o estado de polícia e o estado de direito, sendo que o primeiro quer a todo custo se expandir e o segundo luta para deter estas forças do primeiro que existem em seu próprio interior.

E é neste ponto que tal teoria é enaltecida pelo Professor Cirino dos Santos:

O objetivo de *conter* o poder punitivo do *estado de polícia* intrínseco em todo *estado de direito*, proposto pela teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal – produzida pela inteligência criativa de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e de NILO BATISTA, comprometidos com a democratização do sistema punitivo na periferia do sistema político/econômico globalizado –, justifica a teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal como teoria crítica, humanista e democrática do Direito Penal, credenciada para influenciar projetos de política criminal e a prática jurídico-penal na América Latina. Afinal definir pena como *ato de poder político*, atribuir à pena o mesmo fundamento jurídico da *guerra* e rejeitar como *falsas* as manifestações *manifestas* ou *declaradas* da pena criminal significa ruptura radical e definitiva com o discurso de *lei e ordem* do poder punitivo.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.93/94.

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.474.

A teoria negativa/agnóstica despreza as teorias jurídicas positivistas alicerçadas nas funções declaradas da pena, pois acredita que sejam falsas ou não generalizáveis, e mostra, com a intenção de limitar o estado de polícia, suas funções ocultas e reais.

Não se transpõe este atoleiro com uma nova teoria punitiva, mas sim apelando para uma teoria negativa ou agnóstica da pena: deve-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou não generalizáveis) em torno de funções manifestas. Adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar. A questão é como obter um conceito de pena sem apelar para as suas funções manifestas. A este respeito não é tampouco viável a tentativa de fazê-lo através de suas funções latentes, porque estas são múltiplas e nós não as conhecemos em sua totalidade.<sup>76</sup>

Com efeito, a teoria negativa/agnóstica idealizada por Zaffaroni entende a pena como um ato de poder, explicável politicamente e não juridicamente.<sup>77</sup>

Para chegar a essa constatação, o mestre argentino recupera o conceito de pena formulado por Tobias Barreto ainda no século XIX.

Segundo Tobias Barreto:

O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político.  
[...].  
Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra.  
Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o facto de que ela tem sido muitas vezes applicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que ha de mais alheio á vida jurídica.<sup>78</sup>

Como já disse Nilo Batista, "Tobias Barreto se antecipava extraordinariamente às concepções jurídicas concorrentes no Brasil de sua época"<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.98.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p.108.

<sup>78</sup> BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**: publicação posthuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892. p.177/178.

<sup>79</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.19.

Portanto, quando se atesta que a pena não possui conteúdo jurídico e sim político, seus laços são estreitados com a guerra, na medida em que ambas têm como fim infligir dor aos inimigos.

Sim, pois "a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara e nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes"<sup>80</sup>.

É a esse respeito que adverte Salo de Carvalho:

Entendida como realidade política, a pena não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do direito.<sup>81</sup> Pena e guerra se sustentam, portanto, pela distribuição da violência e imposição incontrolada de dor. Não obstante seu caráter incontrolável, desmesurado, desproporcional, e desregulado reivindica, no âmbito das sociedades democráticas, limite.<sup>82</sup>

Toda a punitividade da sanção criminal pode ser condensada em um discurso bélico, ou seja, na guerra contra o crime. Ressalte-se que na guerra não existem leis, ou melhor, existe a lei da guerra, segundo a qual tudo é permitido para aniquilar o inimigo.

A teoria aqui em comento fixa suas bases no binômio negativa e agnóstica, sendo seus conceitos diversos.

A ideia de ser *negativa* a teoria refere-se à rejeição às funções declaradas da pena veiculadas por meio do discurso oficial.

"Trata-se de um *conceito de pena que é negativo* por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtida por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador e nem no administrativo direto)"<sup>83</sup>.

Com efeito, as leis e suas sanções, no caso a criminal, não são isentas, muito embora tente-se atestar sua neutralidade em vista de sua pretensa abstração.

---

<sup>80</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.99.

<sup>81</sup> Não deve ser confundida a concepção da pena como negação do direito com a ideia hegeliana de crime como negação do direito. Enquanto esta legitima a pena em consequência à prática de um não direito (crime), aquela atesta a deslegitimidade da sanção ante sua ausência de fundamentação jurídica.

<sup>82</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.145.

<sup>83</sup> ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p.99.

O Estado exerce sua violência por meio do Direito, mormente o Penal, como forma de conformação de todos aos interesses dos que o dominam: a classe possuidora dos meios de produção.

Essa mesma classe que domina o Estado faz com que ele seja a representação e o guardião de seus interesses. Faz com que o Estado seja a força (i)legítima da violência para que seja imposto seu discurso de aparente e vendável consenso como forma de manutenção do poder.

Pretender conservar um poder exercido mediante um discurso falso, quando se sabe que este legítima – e sustenta – um poder diverso exercido por outros, que custa vidas humanas, que degrada um grande número de pessoas (tanto aquelas que o sofrem quanto as que o exercem) e que se trata de uma constante ameaça aos âmbitos sociais de auto-realização, é, a todas as luzes, eticamente reprovável.<sup>84</sup>

Vender o falso consenso como algo existente na realidade tem como mote encobrir a essência da sociedade que é a conflituosidade de interesses entre as classes que a compõem.

Assim, a teoria negativa nada mais faz senão retirar este véu que tenta encobrir as funções reais da pena.

Também existe o outro elemento, qual seja, agnosticismo. "É *agnóstico* quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la"<sup>85</sup>. Ou seja, não interessa para tal teoria saber identificar alguma finalidade real ou latente à pena.

Aqui reside talvez o embaraço deste elemento teórico muito bem apontado pela honestidade acadêmica do Professor Cirino dos Santos:

[...] o componente agnóstico do conceito, como renúncia de cognição das funções reais ou latentes do sistema penal, na medida em que indica desinteresse científico sobre realidades ocultas por detrás da aparência das instituições sociais, parece romper com a tradição histórica da Criminologia Crítica – nesse caso em contraste com a inegável natureza crítica do trabalho intelectual dos autores, que explicam a repressão penal pela seletividade fundada em estereótipos desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, marginalização etc.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.75.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p.99.

<sup>86</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.475.



Com efeito, a identificação das funções reais da pena é consequência necessária da aplicação do aporte da criminologia crítica na investigação dos verdadeiros interesses da classe dominante a usar a sanção corporal como mais um dado para compor a estrutura social de forma mais rentável possível economicamente.

### 1.2.2 Abolicionismo

Com frequência se estudam as teorias que buscam encontrar fundamentos para legitimar a existência da sanção criminal sem se atentar para uma indagação que deve preceder a tudo isso: por que se deve punir? É com esta pergunta que se preocupa o movimento abolicionista.

Com efeito, todas as ideologias sobre a pena pressupõem sua existência sem que antes se discuta se realmente se deve encarcerar. Desprezar a indagação anterior isola qualquer possibilidade de reflexão sobre as alternativas à própria prisão.

Dessa forma, paralelamente à avaliação das teorias da pena, importante discutir a matriz teórica que nega a atividade estatal sancionadora: *o abolicionismo penal*. O movimento abolicionista, tendência atual dos movimentos de política criminal alternativa, fornece importantes elementos ao debate sobre a contração do sistema penal/carcerário, apresentando propostas concretas que visualizam desde a sua eliminação à construção de alternativa aos regimes punitivos de apartação.<sup>87</sup>

Pois bem, em verdade, o abolicionismo não se interessa por uma política criminal alternativa, mas sim com uma alternativa à própria política criminal.

Segundo Zaffaroni:

O abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.132.

<sup>88</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.89.

Ainda que exista pouco consenso entre os autores deste movimento, algumas ideias podem ser elencadas como comuns.

Os processos penais deixam de lado a vítima enquanto se legitima a intervenção total do Estado, como preservador dos bens jurídicos "indispensáveis".

A intervenção do sistema penal agrava os conflitos porque impede que se chegue a qualquer resposta que não seja punitiva. Em alguns casos a própria existência do sistema penal agrega riscos e danos para os envolvidos, como no caso de consumo de drogas e de abortamento, em que os potenciais imputados devem se ocultar e realizar seus comportamentos criminalizados em maiores situações de risco, recordando-se, com isso, uma das características do estado de polícia de Zaffaroni, qual seja, a tutela criminal até mesmo das ações autolesivas.

A tudo isso ainda se devem agregar a violência policial e a ilusão generalizada de que os problemas realmente se resolvem mediante a intervenção das agências de controle.

A prisão, como já dito, reproduz a criminalização, sendo que é inegável que não houve qualquer progresso quanto aos castigos implementados desde longínquos tempos, e que as reformas iluministas já denunciavam. A prisão continua sendo apenas uma alternativa à tortura e à pena de morte.

O sistema penal não possui coerência, pois é colocado a andar somente por andar e ninguém sabe para onde se conduz, porque a lógica do castigo impede que o sistema penal possa solucionar realmente algum conflito.

Neste ponto é que o movimento abolicionista se debruça: eliminação da prisão, a qual somente produz e reproduz sofrimento.

Esse movimento não monopolizado pelo direito pode ser assim compreendido, segundo Edson Passetti:

O abolicionismo penal não é propriedade de juristas, doutrinas, político-ideológicos, tampouco de considerações conclusivas de ilibados pensadores dizendo a quem, o quê e o porquê do abolicionismo estar vinculado a isto ou aquilo. Um abolicionista penal libertário está conectado a um fluxo de resistências ininterrupto, associativo e capaz de transtornar certezas e acomodações, principalmente as respaldadas em profecias contemporâneas, elaboradas tanto por intelectuais condutores de consciência quanto por diretores de procedimentos impessoais.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> PASSETTI, Edson. Louk Hulsman e o abolicionismo libertário. In: KOSOVSKI, Ester; BATISTA, Nilo. **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p.67.

Ainda que de difícil agregação ante a diversidade discursiva, serão analisados a seguir alguns autores do movimento abolicionista.

#### 1.2.2.1 O abolicionismo de *Michel Foucault*

Conforme adverte Zaffaroni, "embora não possa ser considerado um abolicionista no sentido dos demais autores", "Michel Foucault foi, sem dúvida, um abolicionista"<sup>90</sup>.

Ou, como diz Salo de Carvalho, ressaltando a importância de Foucault: "O enfoque foucaultiano gera radical mudança no discurso da criminologia crítica, legando fundamentos importantes ao desenvolvimento das demais políticas abolicionistas"<sup>91</sup>.

Foucault, embora não apresente lineamentos de ações abolicionistas ou mesmo estratégias possíveis, como se fornecesse uma caixa de ferramentas, os teóricos deste movimento inevitavelmente apropriam-se das ideias apresentadas pelo mestre francês, como um pensamento contínuo, aberto, em que se sustenta que a análise da punitividade deve ser contextualizada constantemente com as relações de poder, desconfiando sempre da ideologia dominante de seu tempo.

Por tais motivos é que realmente pode-se entender Foucault como um teórico sim da criminologia, em especial em seu "Vigiar e punir".

Conforme registra Anitua, "falar do castigo sem mencionar Foucault é como falar do inconsciente sem mencionar Freud, tamanha é a importância deste autor e sua obra"<sup>92</sup>.

A princípio, parece que Foucault pretendia com "Vigiar e punir" denunciar os aspectos negativos do sistema penal vigente. Com efeito, para isso debruçou-se

---

<sup>90</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.101.

<sup>91</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.133.

<sup>92</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008. p.644.

sobre o projeto de Jeremy Bentham de prisão ideal – o panóptico –, encontrando nele uma espécie de poder denominado poder disciplinar.

Bentham foi um jurista e filósofo político do Iluminismo, e seu projeto de prisão era visto de modo geral com uma curiosidade histórica até que Foucault fizesse dele o foco de seu estudo genealógico. Ele o viu como uma admirável ilustração, um diagrama, para uma nova maneira de conceber o poder. Em vez de basear-se na figura de um soberano, como o monarca, esse novo tipo de poder era anônimo e mecânico. Em vez de funcionar por meio de restrições externas e violência espetacular, operava mediante a internalização de um olhar discreto, vigilante. Em vez de esconder e reunir seus sujeitos, tentava torná-los visíveis e separá-los uns dos outros.

A prisão, esta região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora entretanto filha de seus pensamentos. Ela lhe era agradecida por isso.<sup>93</sup>

A provocativa afirmação de Foucault nesta primeira obra importante de seu período genealógico é que, embora o panóptico como tal não tenha sido construído, seus elementos essenciais passaram a caracterizar uma nova forma de poder: o poder disciplinar. Esses estão presentes no projeto e na construção de numerosas instituições e espaços da sociedade moderna, como escolas, hospitais, fábricas e prisões. Ou, como relata Zaffaroni: "A sociedade militariza-se e o delito passa a ser considerado um dano ao soberano. Assim, vão surgindo – ou generalizando-se – o que Foucault denomina de 'instituições de sequestro' (prisão, manicômio, asilo, hospital, escola etc.) e a polícia"<sup>94</sup>.

Portanto, vive-se numa sociedade disciplinar em que o poder é exercido mediante uma vigilância difusa e anônima.

---

<sup>93</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 40.ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p.242.

<sup>94</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.62.

Atualmente o poder disciplinar assume forma tecnologicamente mais sofisticada nas câmeras fotográficas, códigos de barra eletrônicos, telefonemas monitorados e aparelhos de celular, mas os princípios operativos permanecem os mesmos.

Em "Vigiar e punir" Foucault analisa as maneiras como sujeitos criminalizados são constituídos em redes de poder/saber.

Em primeiro lugar, as práticas na prisão manipulam e moldam concretamente seus corpos por meio de regimes de exercício, regras minuciosamente detalhadas, vigilância constante, dieta e horários estritos. Hábitos e padrões de comportamento são destruídos e reconstruídos de novas maneiras.

Em segundo lugar, os corpos dos detentos são classificados e examinados cientificamente. "O corpo supliciado se insere em primeiro lugar no cerimonial judiciário que deve trazer à luz a verdade do crime"<sup>95</sup>.

Embora as tipologias dos primórdios da criminologia possam ter sido descartadas, os princípios de observação e avaliação prevalecem. Os prisioneiros são casos a ser estudados cientificamente, bem como corrigidos institucionalmente.

Veja-se que o objetivo do poder disciplinar não é reprimir os interesses ou desejos dos prisioneiros, mas construí-los como "normais"<sup>96</sup>. Ele não submete os corpos à violência externa da mesma maneira que o poder pré-moderno mutilou o corpo de Damiens.<sup>97</sup> O poder coercitivo é internalizado e o prisioneiro torna-se seu próprio vigia. Embora no passado o corpo tenha sido também associado ao poder e à ordem social, Foucault afirma que o poder disciplinar nesse sentido é, em essência, um fenômeno novo, moderno.

---

<sup>95</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 40.ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p.37.

<sup>96</sup> Para aprofundamento da matéria com pesquisa empírica no Brasil, ver: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2003.

<sup>97</sup> A famosa descrição detalhada da tortura e execução públicas feitas no início de "Vigiar e punir" é de Robert Damiens, condenado por regicídio em 1757. Foucault dá todos os detalhes horripilantes, tomados de relatos de testemunhas oculares, de como Damiens foi torturado com tenazes em brasa, enxofre, chumbo derretido, óleo fervente e resina ardente, e de como seu corpo foi depois puxado e esarteado por quatro cavalos (FOUCAULT, *op. cit.*, p.9-13).

[...] esse 'poder ideológico' é que, pelo menos em parte, vai ficar em suspenso e será substituído por uma nova anatomia política em que o corpo novamente, mas numa forma inédita, será o personagem principal. E essa nova anatomia política permitirá recuzar as duas linhas divergentes de objetivação que vemos se formar no século XVIII: a que rejeita o criminoso para 'o outro lado' – o lado de uma natureza contra a natureza; e a que procura controlar a delinquência por uma anatomia calculada das punições. Um exame de nova arte de punir mostra bem a substituição da semiotécnica punitiva por uma nova política do corpo.<sup>98</sup>

Ao contrário de outras formas de coerção física, ele não mutila o corpo do criminalizado, mas molda-o de maneiras mais profundas e detalhadas.

Sob a humanização das penas, o que se encontra são todas essas regras que autorizam, melhor, que exigem a 'suavidade', como uma economia calculada do poder de punir. Mas elas exigem também um deslocamento no ponto de aplicação desse poder: que não seja mais o corpo, com o jogo ritual dos sofrimentos excessivos, das marcas ostensivas no ritual dos suplícios; que seja o espírito ou antes um jogo de representações e de sinais que circulem discretamente, mas com necessidade e evidência no espírito de todos. Não mais o corpo, mas a alma, dizia Mably. E vemos bem o que se deve entender por esse termo: o correlato de uma técnica de poder. Dispensam-se as velhas 'anatomias' punitivas. Mas teremos entrado por isso, verdadeiramente, na era dos castigos incorpóreos.<sup>99</sup>

Como ensina Cirino dos Santos:

Essa é a tática da disciplina, segundo Foucault, a técnica de construir aparelhos de eficácia ampliada, com corpos localizados, atividades codificadas e aptidões formadas, agindo como a engrenagem subordinada de uma máquina: a coerção permanente e o treinamento progressivo produzem a docilidade e a utilidade das forças individuais. A disciplina das forças, pela coerção individual e coletiva dos corpos, é o reverso técnico do pacto social: constitui o poder disciplinar como "contra-direito", oposto à teoria do contrato, que explica as relações de domínio/subordinação da sociedade capitalista.<sup>100</sup>

Ao privar os internos de liberdade, a prisão moderna não pune apenas: ela produz criminalização.

---

<sup>98</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 40.ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p.98/99.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p.97.

<sup>100</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.79/80.

Vera Malaguti Batista explica a relação ideológica existente entre Rusche e Foucault em "Vigiar e punir":

Foi Michel Foucault quem fez a leitura das disciplinas em Rusche para projetar esse livro dos anos 1930, atualizado nos anos 1960, para o futuro, para a torturante contemporaneidade, como diria Loïc Wacquant. Ao contrário da esquerda dos anos 1970 que ampliou o poder punitivo na ilusão de *punir os poderosos*, Foucault entendeu precocemente as novas estratégias de controle social. Só com sua formação marxista, a partir do livro de Rusche e especificamente naquela visão sobre a disciplina na prisão na economia política do corpo, é que Foucault pôde desvendar aquela microfísica do poder. Ele analisa o poder exercido como estratégia nas instituições disciplinares. Para além da luta de classes, ele trabalha com uma rede de relações tensas: dispositivos, manobras, táticas, técnicas e funções.<sup>101</sup>

O poder não está garantido pelo discurso formulado nas leis, mas sim pelo poder disciplinar de Foucault, que se expressa em todas as técnicas de controle social e disciplinamento. Este poder disciplinar é o que produz os desviados.

#### 1.2.2.2 O abolicionismo de *Louk Hulsman*

Hulsman pode ser considerado como um dos idealizadores do movimento abolicionista.

Anitua apresenta breve relato biográfico de Hulsman a respeito de sua experiência em campos de concentração:

Louk Hulsman também sofrera na própria carne os efeitos da expansão máxima do sistema punitivo, levada a termo pelo regime nazista. Em 1944, ele foi preso com sua família pela polícia colaboracionista e enviado para a Alemanha num trem, do qual conseguiu escapar, ingressando em seguida na resistência. É revelador que este elemento se repita na vida de vários abolicionistas e pacifistas, que insistiam nos alcances da mediação e do restabelecimento da paz, como o próprio Johann Galtung. Em contrapartida, os melhores representantes das teorias justificacionistas da sua geração haviam estado do outro lado das grades nos campos de concentração.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p.93/94.

<sup>102</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008. p.697.

Um dos grandes interlocutores do movimento abolicionista no Brasil, em especial de Hulsman, é Edson Passetti, o qual diz:

O abolicionismo penal de Louk Hulsman é um ensaio de existência libertária, desafiador como uma ação direta, instigador e instaurador de uma maneira contemporânea de resistir (no sentido foucaultiano de resistência ativa, inovadora e liberadora) de habitar uma linha de fuga (no sentido deleuziano de que tudo começa com uma fuga, pelo que é inventivo).<sup>103</sup>

O sistema penal opera na irracionalidade, porque somente se vale de sua própria lógica, como a astrologia e a teologia. Nesse sentido, o pensamento burocrático de implementação do sistema penal é essencialmente repressivo e o sofrimento da prisão é preço que o encarcerado deve pagar por um ato a que a justiça fria definiu por um balanço desumano, fazendo uma nova vítima. "O sistema penal é especificamente concebido para fazer mal"<sup>104</sup>.

Segundo Hulsman, chamar um fato de "crime" já limita a possibilidade de outras linhas, identificando somente o estilo punitivo como consequência.<sup>105</sup>

Com a eliminação da qualificação comum de "delito" para situações tão diversas, Hulsman queria indicar que a comunidade aborda os eventos criminalizados e os trata como problemas sociais. Isso permitiria ampliar o leque de respostas possíveis, não se limitando à resposta punitiva, que, ao longo da história, não somente não resolveu nada, como também criou mais problemas. O próprio sistema penal converteu-se, na atualidade, em um desses graves e violentos problemas.

Hulsman também entende o "criminoso" como algo construído pela sociedade, sendo que a pessoa que ocupa seletivamente este papel não pode ser encarada como a "outra" e sim como parte igual e integrante do conjunto social.

---

<sup>103</sup> PASSETTI, Edson. Louk Hulsman e o abolicionismo libertário. In: KOSOVSKI, Ester; BATISTA, Nilo. **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p.74.

<sup>104</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2.ed. Niterói: Luam, 1997. p.88.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p.100.



Adverte Hulsman, falando sobre o caráter seletivo do sistema penal:

No entanto, as pessoas envolvidas em eventos "criminais" não parecem formar uma categoria à parte por si mesmas. Aqueles que são oficialmente rotulados como "criminosos" constitui apenas uma pequena parte dos que estão implicados em fatos que legalmente permitem a criminalização, a grande maioria se constituindo de homens jovens provenientes dos setores mais desfavorecidos da população.<sup>106</sup>

Hulsman propõe a utilização de formas conciliadoras entre vítima e criminalizado, colocando-os cara a cara, em substituição ao sistema penal.

O sistema penal impõe um único tipo de reação aos acontecimentos que entram em sua competência formal: a reação punitiva. Entretanto, é muito mais raro do que se pensa que a pessoa atingida realmente queira punir alguém pelo acontecimento que sofre.<sup>107</sup>

Ou seja, o sistema penal é muito mais punitivo do que interessa e deseja a própria vítima.

Hulsman coloca em xeque a existência da pena, visto que ela exclui da cena um dos maiores interessados: a vítima.

Veja-se que com a inclusão da vítima por meio de formas conciliatórias de solucionar possível conflito, o "direito" de punir do Estado estaria descartado, porém ainda restariam algumas medidas coercitivas para utilização conciliatória entre vítima e criminalizado.

Falei algumas vezes em abolir a pena. Quero me referir à pena tal qual é concebida e aplicada pelo sistema penal, ou seja, por uma organização estatal investida do poder de produzir um mal sem que sejam ouvidas as pessoas interessadas. Questionar o direito de punir dado ao Estado não significa necessariamente rejeitar qualquer medida coercitiva, nem tampouco suprimir totalmente a noção de responsabilidade pessoal. É preciso pesquisar em que condições determinados constrangimentos – como a

---

<sup>106</sup> HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan: Nu-Sol/PUC-SP, 2004. p.43.

<sup>107</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2.ed. Niterói: Luam, 1997. p.84.

internação, a residência obrigatória, a obrigação de reparar e restituir, etc... – têm alguma possibilidade de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social, fora do que constituem uma intolerável violência na vida das pessoas.<sup>108</sup>

Interessante também que Hulsman se preocupa com consequências ao sistema burocrático que a abolição das penas pode gerar, em especial nas agências de controle.

Conforme explica, suprimir o sistema penal não teria como consequência a eliminação ou redução dos membros da magistratura ou do ministério público, pois poderiam estes ser absorvidos pelas vagas nas áreas cíveis, para, inclusive, alívio de alguns deles, para os quais a tarefa de estigmatizar semelhantes em tempo completo não deve ser causa de regozijo.<sup>109</sup>

Hulsman, muito atento ao sofrimento de seus semelhantes, os quais para ele são todos seres humanos, acreditava, em essência, que abolir o sistema pena seria apenas um passo para evitar esse sofrimento em muitos indivíduos, um passo que permitiria uma aproximação da realidade social sem utopias negadoras, que era como ele avaliava as justificativas de um sistema penal liberal e humanista.

Tal consciência era tamanha em Hulsman que ele, contrariamente a alguns que se inquietam também com os problemas da justiça, não entendia que se deveria colocar na prisão os sonegadores fiscais, os que remetem seus lucros para o exterior ou mesmo poluem o meio ambiente.

Apesar de compartilhar da indignação dos que denunciavam a existência de pesos diferentes de acordo com a categoria social visada, ainda assim, para ele, a máquina penal continuaria a ser também um mau, qualquer que fosse o julgamento, moral ou social, que se poderia ter sobre determinado comportamento. "Da minha parte, creio que, nos campos ainda não criminalizados, se deveria evitar a qualquer preço a criminalização"<sup>110</sup>.

E no que dizia respeito, então, à necessidade de se tratar igualmente a todos, sem distinção de segmento social, preferia Hulsman que "se estendessem àqueles

---

<sup>108</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2.ed. Niterói: Luam, 1997. p.86/87.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p.90/91.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p.121.

que costumam ser chamados de 'delinquentes pés-de-chinelo' os procedimentos conciliatórios que existem para os 'grandes' no Ministério das Finanças"<sup>111</sup>.

### 1.2.2.3 O abolicionismo de *Thomas Mathiesen*

Para Zaffaroni, "Mathiesen pode ser considerado o estrategista do abolicionismo", sendo que ele "vincula a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista, sua proposta parece aspirar não apenas a abolição do sistema penal, como também a abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade"<sup>112</sup>.

Thomas Mathiesen estava convencido da necessidade e da plausibilidade de os cárceres serem abolidos e de que a sociedade podia se organizar de forma tal que as prisões não tivessem mais razão de ser. Essa meta seria alcançada, sem um ponto final, em diferentes etapas e apelando sempre à racionalidade comunicativa.<sup>113</sup>

Em um artigo seu publicado no Brasil com o nome "a caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível?"<sup>114</sup>, Mathiesen, ao se indagar se o abolicionismo poderia não ser atingível, como uma utopia, concluiu, com apoio em Sebastian Scheerer, que nunca houve uma transformação social significativa na história que não tenha sido considerada irreal, estúpida ou utópica pela grande maioria dos especialistas, mesmo antes do impensável se tornar realidade.<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2.ed. Niterói: Luam, 1997. p.121.

<sup>112</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.99.

<sup>113</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008. p.704.

<sup>114</sup> MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? **Verve**, São Paulo, n.4, p.80-111, 2003.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p.82.

Segundo Mathiesen, existiram vários eventos ocorridos na história nos quais as ideias de transformação inicialmente sempre eram tachadas de suspeitas ou impensáveis, como, por exemplo, ocorreu com a abolição da escravatura, a queda do Império Romano e o desmantelamento da União Soviética. Em todos estes casos, as situações dadas como verdades já estavam tão arraigadas que mudanças drásticas foram reputadas inicialmente como verdadeiras heresias.<sup>116</sup>

Na sequência Mathiesen confessa que sabe que as condições e circunstâncias para a abolição das sanções penais podem ser diferentes das dos exemplos citados, porém:

[...] o exemplo, ao menos, mostra que é possível, sob certas condições, ter um sistema penal desintegrado e de modo extremamente rápido. É importante observar isto neste momento de crise, no qual o desencantamento e a noção do "sonho impossível" se espalha pelo menos no que diz respeito às prisões modernas. É importante num momento em que precisamos rever mais de perto as abolições passadas para aprendermos mais sobre as condições da abolição. Nós sabemos muito mais sobre as condições que sustentam os sistemas do que sobre aquelas que favorecem sua mudança radical.<sup>117</sup>

Para uma melhor ilustração, Mathiesen traz à baila outro exemplo, o da Inquisição espanhola. O mestre narra que por séculos organizou-se uma caça à bruxas, com estruturação de justiça, execuções, tudo amparado em livros que atestavam a "verdade", qual seja, a existência real de bruxas. Com efeito, regras foram estabelecidas, liturgias formadas, uma rede de inteligência organizada e autores forneciam não somente elementos teóricos sobre como identificá-las, como também as formas de se proceder às execuções.<sup>118</sup>

Ocorre que no início do século XVII pensamentos liberais começaram a "penetrar" na *la Suprema* – que era a autoridade central do Santo Ofício em Madri –, a ponto de determinar-se que fosse procedida a uma investigação entrevistando-se mais de 1.800 pessoas na região basca, o que resultou em 11.200 páginas de anotações.

---

<sup>116</sup> MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? **Verve**, São Paulo, n.4, p.82, 2003.

<sup>117</sup> *Id.*

<sup>118</sup> *Ibid.*, p.84-86.

Ao final concluiu-se que não havia bruxas nem enfeitados até que se começasse a falar e escrever sobre eles. Em 1614 a *la Suprema*, então, determinou a suspensão dos trabalhos inquisitórios.<sup>119</sup>

A impressão de Mathiesen é que "uma mudança cultural importante aconteceu no interior da Inquisição e a atravessou"<sup>120</sup>.

A mudança cultural na Inquisição, vitória de uma parte de uma cultura alternativa e a compreensão dentro do sistema, foi, portanto, uma condição suficiente para a abolição. Hoje em dia, uma mudança cultural no sistema penal e uma mudança na direção de um senso de responsabilidade pessoal por parte daqueles que lá trabalham é muito necessária. Mas não seria uma condição suficientemente plena porque o sistema penal atual, elaborado por políticos, é muito mais dependente no contexto geral daquilo que chamamos de "opinião pública" e meios de comunicação de massa.<sup>121</sup>

Em outro trabalho, no livro traduzido para o espanhol com o título "*Juicio a la prision*"<sup>122</sup>, Mathiesen diz que invés do recrudescimento das penas, deveria, antes, olhar-se para a vítima e aumentar o apoio em seu favor, bem como para o criminalizado. Ou seja, traça estratégia para o caminho abolicionista, devendo a pena ser substituída por conjunto de tarefas divididas em duas frentes, uma para a vítima e outra para o criminalizado.

Segundo Mathiesen, o Estado deveria possibilitar uma compensação econômica (material, automática e total) em favor das vítimas, bem como outra compensação simbólica:

*En primer lugar, una compensación material automática y total. Automática, en el sentido de que debe ser efectuada inmediatamente; y total, en el sentido de que debe ser utilizada por entero y en toda la gama de delitos. En vista de la pobreza de los delincuentes, una compensación de ese tipo tendría que ser deber del estado. Resulta admirable que estados socialdemocráticos avanzados como Noruega y Suecia introdujeran el seguro automático desde no hace mucho tiempo. Ahora bien, este seguro*

---

<sup>119</sup> MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? **Verve**, São Paulo, n.4, p.87/88, 2003.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p.88.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p.89.

<sup>122</sup> MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Buenos Aires: Ediar, 2003.

*contra el delito rige desde el nacimiento del beneficiario, pero la cuestión de la aseguración en sí misma ha quedado librada a la iniciativa privada del individuo. Poco dinero, como parte del paquete impositivo, sería suficiente para cubrir los costos.*<sup>123</sup>

Por sua vez, a simbólica se caracterizaria em: *"nuevos ritos de tristeza y dolor, recursos para elaborar o sobreponerse a lo sucedido, nuevas formas de suministrar lo que puede llamarse una 'compensación de status', vale decir, una compensación por la dignidad perdida"*.<sup>124</sup>

E conclui: *"Muchas de las víctimas se contentarán con la compensación económica; otras querrán mucha compensación social y, además, un apoyo social en alguna de las formas sugeridas aquí"*.<sup>125</sup>

No que se refere à outra frente de tarefas, ou seja, na que incidiria sobre o sujeito criminalizado, Mathiesen, propõe que a guerra contra o crime deveria tornar-se em uma guerra contra a pobreza, em termos gerais, indica uma lista de providências: moradias decentes, programas de trabalho, de educação e tratamento, mas não baseados na força e – mais importante – uma mudança na política sobre drogas. Legalizando as drogas, disponíveis sob condições sanitárias e supervisionadas, neutralizaria o mercado ilegal e reduziria drasticamente a quantidade de crimes relacionados às drogas. Por si mesma, percorreria um longo caminho em direção ao esvaziamento de nossas prisões.

Uma mudança em nossa política sobre drogas também atingiria o centro do crime organizado da droga, que é dependente das forças do mercado. Em outras palavras, efetivamente ameaçaria e liquidaria o poder dos figurões que hoje em dia não terminam na prisão, porque ela é sistematicamente reservada para os pobres.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Buenos Aires: Ediar, 2003. p.262.

<sup>124</sup> *Id.*

<sup>125</sup> *Id.*

<sup>126</sup> *Ibid.*, p.263/264.

*La situación material de estas personas puede ser modificada significativamente por medio de aportes materiales relativamente sencillos y modestos. El simbolismo de esos aportes y su lugar en la sociedad requieren una mayor creatividad.*<sup>127</sup>

Mathiesen esclarece que o direcionamento de políticas sociais aos sujeitos vulneráveis e a descriminalização das drogas reduziriam drasticamente a necessidade do sistema penal.

*"Ciertamente el trabajo con la víctima y el trabajo con el delincuente demostrará ser más eficaz que la cárcel, de tal modo que podemos prever una mayor reducción de la cárcel,, y posiblemente su abolición"*<sup>128</sup>.

#### 1.2.2.4 O abolicionismo de *Nils Christie*

Christie não é um abolicionista facilmente enquadrável nessa denominação. Sua proposta não se oporia a um outro tipo de leis ou normas consensuadas, e de julgamentos e rituais participativos, caso isso reconduzisse para a redução ou eliminação da dor e da violência. Todavia, ele seria, sem dúvida, um crítico radical da forma que o sistema penal conhecido adotou.<sup>129</sup>

Realmente, pelo que se extrai de seus livros "A indústria do controle do crime"<sup>130</sup> e "Uma razoável quantidade de crime"<sup>131</sup>, Christie não era contrário à ideia de existência de uma Justiça formalmente instituída, mas sim à Justiça conforme ela se realiza atualmente, a qual vê como única forma de consequência para a prática de fatos rotulados como delituosos o sistema penal, ou seja, a punição. A Justiça, ao

---

<sup>127</sup> MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Buenos Aires: Ediar, 2003. p.264.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p.267.

<sup>129</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008. p.709.

<sup>130</sup> CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>131</sup> CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2011.

contrário, deveria ser fomentadora do encontro entre vítima e criminalizado, da solução consensuada.<sup>132</sup>

Em especial em "Uma razoável quantidade de crime", Christie reclama maior protagonismo da vítima, limitando a ideia de terror tão alarmado na atualidade<sup>133</sup>. O desconhecimento entre as pessoas, o anonimato da vida moderna, autoriza que a categoria linguística "crime" se estenda a toda e qualquer espécie de comportamento e, com isso, aumente a imposição de castigos, implementação de dores, esquecendo-se de outras formas, estas sim, de fortalecimento da paz.<sup>134</sup>

Para Christie, somente por meio da reconciliação é que se poderia alcançar a paz. Assim, ele propõe que este processo seja composto de duas partes. Na primeira seria colocada a questão da compensação para as vítimas e na segunda a mediação direta entre as partes envolvidas no conflito.<sup>135</sup>

É bom que se alcance a verdade; fica fácil saber o que aconteceu quando ofensores, frequentemente ricos e poderosos, deparam com vítimas muito pobres. Mas apenas verdade e desculpas não bastam. O problema básico da desigualdade se mantém, depois que um certo entendimento comum da história se estabeleceu. A questão da compensação também deve ser abordada, mas não é incomum que seja ignorada nesses processos. Depois de ter dito a verdade, o rico ofensor vai para sua confortável casa, enquanto o ex-prisioneiro volta para a miséria material.<sup>136</sup>

A prisão é um sofrimento carente de sentido. Exclui a possibilidade de iniciativa das partes até para o diálogo, alimenta o desprezo pela pessoa. Na prisão se perdem a personalidade e a sociabilidade. Pensa-se que quem está na prisão, lá está por ter merecido, sem entender que o conceito de delito é relativo, pois varia no tempo e no espaço, além de ser uma construção social. Na realidade, é evidente que é a lei que cria o "delinquente".

---

<sup>132</sup> CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998; CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2011.

<sup>133</sup> Sobre o impacto da ideia de terror, leia-se SCHEERER, Sebastian. Terror. In: FÖPPEL, Gamil (Coord.). **Novos desafios do direito penal no terceiro milênio**: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.197-202.

<sup>134</sup> CHRISTIE, **Uma razoável...**, *op. cit.*

<sup>135</sup> *Ibid.*, p.146.

<sup>136</sup> *Id.*



Atos não são, eles *se tornam* alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a estes atos. A distância social tem uma importância particular. A distância aumenta a tendência de atribuir a certos atos o significado de crimes, e às pessoas o simples atributo de criminosas.<sup>137</sup>

Ocorre que, para Christie, infelizmente, as pessoas têm a noção de crime seja algo dado pela realidade. E mais, que está sendo vendido na atualidade o medo, pois "fomos levados à situação social em que se criou uma mera *impressão* de criminalidade em alta" e alerta que "esta impressão gera todo tipo de consequências sociais"<sup>138</sup>.

Ademais, para que a ideia de medo surta o efeito necessário na população é necessário que o inimigo não seja doce e pacífico, mas sim mau e perigoso, além de forte. "Forte o suficiente para render honras e deferência ao herói que retorna para a casa da guerra. Mas não tão forte que impeça o herói de retornar"<sup>139</sup>. Para isso, tem-se utilizado cada vez mais rótulos extremamente indeterminados como "máfia" e "crime organizado" na identificação deste imaginário e crescente inimigo. "Sua extraordinária vagueza os torna úteis como *slogans* para representar todo tipo de força do mal"<sup>140</sup>.

Porém, conforme nos mostra Christie, os rotulados como "criminosos" pelo controle social em sua maioria são apenas "acionistas do nada, não têm propriedades, talvez nem uma rede social e, assim, não têm sequer honra"<sup>141</sup>.

Por tais razões, Christie defende uma contenção da expansão das instituições penais:

Reduzamos as condições que criam comportamentos inaceitáveis; da mesma forma, limitemos o tamanho do aparato penal e, particularmente, façamos o máximo para reduzir o volume da inflição de dor. Nessa conjuntura, uma quantidade razoável só pode ser alcançada se caminharmos na direção oposta daquela que se observa hoje em dia.<sup>142</sup>

---

<sup>137</sup> CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.13.

<sup>138</sup> CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2011. p.31.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p.69.

<sup>140</sup> *Id.*

<sup>141</sup> CHRISTIE, **A indústria...**, *op. cit.*, p.56/57.

<sup>142</sup> CHRISTIE, **Uma razoável...**, *op. cit.*, p.159/160.

Até mesmo porque, conforme já dito acima no comentário de Anitua, para Christie, a pena é uma inflição desnecessária de sofrimento.

A ministração de dor, como dito, é uma atividade em descompasso com outros valores acalentados. Do ponto de vista ético, uma sociedade com pequena quantidade de inflição de dor é, portanto, preferível a uma outra com grande quantidade. A tortura e a morte já foram vistas como óbvias formas de punição. Hoje em dia, estão banidas na maioria dos países da nossa cultura. A inexistência da tortura e da pena capital pode ser vista como as joias da coroa *in absentia* do nosso sistema penal. Sua ausência é nosso orgulho. O encarceramento, contudo, está próximo da aniquilação da vida. Significa o confisco da *maior parte* do que se costuma considerar vida.<sup>143</sup>

Christie também dedica-se a verificar o crescimento vertiginoso, mormente nos EUA, das taxas de encarceramento, destinando alguns capítulos em sua "A indústria do controle do crime" a tal assunto.

Atesta que a grande onda de encarceramentos ocorreu nos EUA principalmente a partir da década de 70 do século passado, porém o que sucedeu, em verdade, não foi o aumento na prática de delitos e sim a implementação de uma política criminal austera de aprisionamentos em massa.

No que se refere à prática de delitos, ocorreu até mesmo o contrário, afirma Christie: "O número de vítimas caiu. Além disso, e contrariamente às crenças populares sobre a criminalidade nos Estados Unidos, o número de delitos graves relatados à polícia também mostra um pequeno decréscimo"<sup>144</sup>.

O que justifica esse aumento gigantesco no volume de prisões é que o controle do crime é um produto que apresenta rentabilidade alta seja na construção de presídios, na venda de equipamentos de segurança e nos lucros que a mídia tem com a diversidade de anúncios de itens.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2011. p.156.

<sup>144</sup> CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.93.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p.95-100.

A esta altura já devo estar sendo óbvio, por isso vou ser breve: prisões significam dinheiro. Muito dinheiro. Em construções, em equipamentos e em administração. Isto é assim, independentemente de se tratar de prisões privadas ou públicas. As empresas privadas estão envolvidas de uma ou outra forma em todos os sistemas ocidentais.<sup>146</sup>

Prossegue Christie, ao final, comentando também que o Estado gasta muitos recursos públicos no controle social. Sendo que chega a suspeitar se algum dia alguém vai questionar que tais contas são muito caras.

Duvido. Quem pensa em dinheiro no meio de uma guerra? A guerra contra as drogas, a guerra contra a violência, a guerra contra a pornografia, a necessidade urgente de garantir o controle nas ruas e a propriedade – estas são situações arquetípicas, onde não cabe preocupação com dinheiro.<sup>147</sup>

Em conclusão, pode-se dizer que Christie, portanto, centra sua argumentação em fundamentos éticos, orientados a reduzir o espaço da esfera penal, como sofrimento injustificadamente imposto às pessoas de modo intencional.

### 1.2.3 A teoria da rotulação em *Howard Becker*

Um dos principais referenciais teóricos da teoria do etiquetamento (rotulação ou *labeling approach*), além de Lemert, é Howard Becker, em especial, pelo seu livro "Outsiders"<sup>148</sup>, que deita suas raízes nas ideias da interação simbólica de MEAD.

Superando o paradigma etiológico, Becker afirma que "desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele"<sup>149</sup>, ou seja, "uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um infrator". Uma vez que "o desviante é

---

<sup>146</sup> CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.101.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p.214.

<sup>148</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p.27.

alguém a quem este rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal"<sup>150</sup>.

Com efeito, a conduta considerada desviada é um efeito da reação social aplicada aos que considera estranhos (outsiders). E é essa reação social que propicia leis que identificam as pessoas consideradas criminosas. A identificação gera a diferenciação entre o que é considerado criminoso e o que não é.

Os grupos tentam impor suas normas, mas nem todos os grupos têm igual poder. A norma depende de a quem se ofende e de como este relaciona-se com o ofendido. As majorias impõem suas normas às minorias.

O grau em que um ato será tratado com desviante depende também de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele. Regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas que a outras. Estudos de delinquência juvenil deixam isso muito claro. Meninos de áreas de classe média, quando detidos, não chegam tão longe no processo legal como meninos de bairros miseráveis. O menino de classe média tem menos probabilidade, quando apanhado pela polícia, de ser levado à delegacia; menos probabilidade, quando levado à delegacia, de ser autuado; e é extremamente improvável que seja condenado e sentenciado. Essa variação ocorre ainda que a infração original da norma seja a mesma nos dois casos.<sup>151</sup> De maneira semelhante, a lei é diferencialmente aplicada a negros e brancos. Sabe-se supostamente que um negro que atacou uma mulher branca tem muito maior probabilidade de ser punido que um branco que comete a mesma infração; sabe-se um pouco menos que um negro que mata outro negro tem menor probabilidade de ser punido que um branco que comete homicídio. Este, claro, é um dos principais pontos de análise que SUTHERLAND faz do crime de colarinho-branco: delitos cometidos por empresas são quase sempre processados como causa civil, mas o mesmo crime cometido por um indivíduo é usualmente tratado como delito criminal.<sup>152</sup>

A norma se aplica de modo diferente, dependendo do poder que tenha para impô-la.

---

<sup>150</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.22.

<sup>151</sup> Isso porque a criminalização secundária é distinta da primária. Enquanto esta busca, pela sua pretensa abstração, demonstrar isenção de valores (o que sabe-se ser falacioso), fica claro na criminalização secundária que o direito penal tem como alvo categoria muito bem identificável a depender das variantes econômica, social e de cor de pele.

<sup>152</sup> BECKER, *op. cit.*, p.25.

Com efeito, afirma Becker:

Aqueles grupos cuja posição social lhes dá armas e poder são mais capazes de impor suas regras. Distinções de idade, sexo, etnicidade e classe estão todas relacionadas a diferenças em poder, o que explica diferenças no grau em que grupos assim distinguidos podem fazer regras para outros.<sup>153</sup>

Portanto, "para ter sucesso no etiquetamento é necessário ter o poder de criar as normas e de fazê-las entrar em ação no caso concreto"<sup>154</sup>.

Sob tal perspectiva, Becker tem em referência dois momentos da rotulação nas quais entra em cena a variável do poder. Num primeiro momento existe a criação das normas e sua imposição e no segundo a aplicação dessas normas já criadas.

Nos dois selecionam-se condutas em abstrato e pessoas em concreto para lhes impor etiquetas que implicarão uma recusa mais geral, além de configurar uma "carreira delinquencial". Estas duas seleções são chamadas de "criminalização primária" e "criminalização secundária", respectivamente.

Nessa tarefa de seleção ganha relevo o papel dos "empreendedores morais", aqueles que colocam em funcionamento todo um aparelho ou empresa mediante verdadeiras "cruzadas" eleitas para elaborar lei penal ou proibicionismo. Esses gritos são também os que dão a voz de alarme diante de outras condutas que, embora possam ser proscritas, são, até esta campanha de pânico moral, toleradas. É isso o que move indivíduos, policiais e juízes a aplicarem efetivamente a etiqueta de desviado a determinados sujeitos.<sup>155</sup>

O protótipo do criador de regras, mas não a única variedade, como veremos, é o reformador cruzado. Ele está interessado no conteúdo das regras. As existentes não o satisfazem porque há algum mal que o perturba profundamente. Ele julga que nada pode estar certo no mundo até que se façam regras para corrigi-lo. Opera com uma ética absoluta; o que vê é total e verdadeiramente mal sem nenhuma qualificação. Qualquer meio é válido para extirpá-lo. O cruzado é fervoroso e probo, muitas vezes hipócrita.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.30.

<sup>154</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008. p.592.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p.592/593.

<sup>156</sup> BECKER, *op. cit.*, p.153.

O cruzado moral, no entanto, está mais preocupado com fins do que com os meios. Quando se trata de redigir regras específicas (tipicamente na forma de legislação a ser proposta a uma Assembleia estadual ou ao Congresso Federal), ele com frequência recorre ao conselho de especialistas. Advogados e juristas muitas vezes desempenham esse papel. Agências governamentais em cuja jurisdição o problema recai podem ser também o conhecimento necessário, como a Agência Federal de Narcóticos, no caso do problema da maconha.<sup>157</sup>

A "carreira delinquencial" considera inúmeras variáveis (economia, família, estudos etc.). Esta análise é abstrata, não leva em conta que existem fatores que têm significação distinta segundo o momento.

O termo "carreira" implica uma série de fases ou etapas em que o indivíduo ocupa diferentes posições até chegar ao final.

As fases ou processos principais da "carreira delinquencial", *grosso modo*, são:

1.º Prática de um único ato rotulado como criminoso: alguém que já tenha sido condenado por algum crime patrimonial é presumivelmente suspeito por qualquer outro delito da mesma natureza que tenha sido cometido e não encontrado ainda seu autor. "Assim, a detenção por um ato desviante expõe uma pessoa à probabilidade de vir a ser encarada como desviante ou indesejável em outros aspectos"<sup>158</sup>.

Para ser rotulado como criminoso só é necessário cometer um único crime, isso é tudo a que o termo formalmente se refere. No entanto a palavra traz consigo muitas conotações que especificam traços auxiliares característicos de qualquer pessoa que carregue o rótulo.<sup>159</sup>

O primeiro ato considerado desviante faz com que o sujeito seja presumido como autor de outros atos que se seguirem. Neste círculo vicioso de começo sem fim a reincidência, como critério também de aumento de pena, ocupa igualmente papel de destaque, uma vez que auxilia a engrenagem da criminalização, deixando o criminalizado por mais tempo no cárcere, além de marcar de forma ainda mais indelével o estigma do "delinquente". A reincidência contribui para que o condenado aceite

---

<sup>157</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.155.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p.43.

<sup>159</sup> *Id.*

que já não faz mais parte do grupo social que merece a liberdade na medida em que o diferencia de todos os demais: ele possui uma marca que os demais não têm.

2.º Desenvolvimento de motivos e interesses desviados: ninguém prossegue em um comportamento considerado desviado se não significa algo, se não tem uma utilidade.

Becker utiliza o caso dos usuários de maconha, analisando como uma pessoa se inicia. Neste caso, independente da motivação para o uso, ainda que o sujeito faça uso apenas recreativo já é rotulado, estigmatizado.<sup>160</sup>

3.º O momento mais importante: é quando se produz a reação social e esta reação é reiterada, daí se assinala o sujeito como desviado. As coisas mudam, então o seu "ser social" é afetado na medida em que a identificação como desviante é a atribuição de um novo *status* que tem a característica do *status* fundamental. Becker diz que o *status* desviado é um *status* principal e acima de tudo ele passa a ser olhado com estigma (ladrão, toxicodependente etc.) e irá interpretar todas as suas ações de acordo com o *status* ao qual foi rotulado. Dada essa reação do público, existem pessoas que se retraem ao comportamento convencional. A reação do público pode incentivar ou pode reprimir.<sup>161</sup>

4.º Momento no qual uma pessoa começa a mudar o conceito que tem de si mesma e começa a assumir o rótulo de desviada.

Começa a assumir este papel, a aceitar interiormente o rótulo ao qual venha sendo designada. É nesse momento que a reação social produz o efeito daquilo que anuncia.<sup>162</sup>

5.º Nesta fase o "delinquente" entra na cultura desviada: começa a se identificar como membro de um grupo de pessoas para as quais este comportamento considerado desviado pela maioria é aceitável e, por isso, lhe dão reconhecimento.

Uma vez chegado a este ponto é muito mais difícil o retorno, pois passa o "delinquente" a encontrar apoio, legitimação, reconhecimento.

---

<sup>160</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.51-68.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p.69-87.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p.44-46.

Um passo final na carreira de um desviante é o ingresso num grupo desviante organizado. Quando uma pessoa faz um movimento definido para entrar num grupo organizado – ou quando percebe e aceita o fato de que já o fez –, isso tem forte impacto sobre sua concepção de si mesma. Certa vez uma viciada me contou que o momento em que se sentiu realmente viciada foi aquele no qual percebeu que não mais tinha nenhum amigo que não fosse viciado em drogas.<sup>163</sup>

#### 1.2.4 O movimento da criminologia crítica

A década de 60 do século XX caracterizou-se, por assim, dizer, num momento de ruptura, surgindo vários movimentos sociais, em especial em relação à questão criminológica.

Muito embora com algumas diferenças<sup>164</sup>, tais movimentos foram agrupados sob a denominação "criminologia crítica", "nova criminologia", "criminologia radical" ou também "criminologia marxista". Percebe-se que, com isso, foram feitas referências a algumas fontes teóricas que informaram seus autores.<sup>165</sup>

Nessa perspectiva, tais autores não devem ser lidos de forma estanque, visto que as ideias de uns, ainda que com perspectivas talvez um pouco distintas, em verdade, não são dissociadas, ao contrário, estão não só relacionadas como também se completam, sendo, por vezes, a ideia de um o fundamento para a análise do outro.

---

<sup>163</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.43.

<sup>164</sup> Podem-se identificar, ao menos, entre a *criminologia crítica* e a *criminologia radical* algumas diferenças de perspectivas. Segundo Elbert, para a *criminologia crítica* é preciso mudar a relação social de luta de classes produzindo, com isso, justiça na sociedade, o que ocorreria somente com a vigência de um sistema socialista, que terminaria com a opressão, extinguindo o problema do crime, uma vez eliminado o fator criminógeno fundamental: o próprio sistema capitalista. Os autores desse movimento se esforçaram em elaborar modelos alternativos, redutores, instâncias de diálogo etc., como programas de políticas concretas para resolver problemas práticos, enquanto se prossegue na luta pela mudança de todo o sistema. Já para os autores da *criminologia radial* (denominação que se generalizou sem distinção de matizes) privilegiaram aquelas formulações que pretendiam a supressão do sistema penal como marco de mudança de estruturas sociais, renegando toda a alternativa ao programa intermediário e declarando uma oposição frontal ao sistema (ELBERT, Carlos Alberto. **Manual básico de criminologia**. Buenos Aires: Eudeba, 1998. p.105/106).

<sup>165</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008. p.657.



Diversos autores podem ser aqui elencados, dentre eles, Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Jock Young, Loïc Wacquant, Alessandro Baratta, Massimo Pavarini, Dario Melossi, Vincenzo Ruggiero, Alessandro de Giorgio, Lola Aniyar de Castro, Rosa Del Olmo, Sebastian Scheerer, Peter-Alexis Albrecht, Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares e Vera Malaguti Batista, além, claro, dos acima analisados Howard Becker, Eugenio Raúl Zaffaroni, Michel Foucault, Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie.

Por isso, muito embora Howard Becker tenha sido apresentado em separado linhas atrás, sua teoria do etiquetamento também foi absorvida como fundamento teórico para a criminologia crítica, o que é claramente perceptível.

Assim como Anitua<sup>166</sup>, expostas essas considerações, será feita opção pela denominação mais usada, qual seja, criminologia crítica.

Tal movimento criminológico nasceu, como já dito, na década de 1960, em países capitalistas desenvolvidos, como parte de uma linha evolutiva da sociologia crítica, retomando aspectos da teoria marxista para explicar o fenômeno social, não tendo caráter fechado e nem ortodoxo e, em especial, preocupando-se em não representar o pensamento da estrutura de poder já estabelecido.

Talvez umas das maiores contribuições para a perspectiva criminológica marxista tenha sido feita por Georg Rusche e Otto Kirchheimer, mormente em "Punição e estrutura social"<sup>167</sup>.

No que se refere à Rusche, Anitua comenta:

Sua vida constitui um mistério até que, em 1980, Dario Melossi dedicasse uma investigação – de doutorado nos Estados Unidos – para rastrear sua trajetória e assim explicar melhor a curiosidade de sua obra. Melossi descobriu que Rusche se suicidou após ter levado uma vida de peripécias, escapando das perseguições e sofrendo constantes recusas, entre elas a do próprio Instituto de Investigações Sociais que Horkheimer dirigiu em Frankfurt e depois em Columbia – talvez o homossexualismo do autor aqui analisado tivesse "motivado" essa recusa.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008. p.657.

<sup>167</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e controle social**. Tradução de Gizlene Neder. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

<sup>168</sup> ANITUA, *op. cit.*, p.619.

O fato é que talvez o auge da escola crítica, do ponto de vista da análise criminal, tenha sido escrito por Rusche e concluída por Kirchheimer: "Punição e estrutura social"<sup>169</sup>, a qual foi inicialmente publicada com prefácio justamente de Max Horkheimer. E é nesse momento dentro da teoria crítica que é atingida a maturidade criminológica e analisado como objeto do conhecimento não mais o "delinquente" e sim, os mecanismos de controle social e da criminalização.

O conhecimento jurídico desses dois autores desenvolveu-se a partir de várias pesquisas sobre o estudo do crime e da forma de integração política do indivíduo na sociedade capitalista da época. Essas pesquisas tiveram como ponto de partida a crítica da escola positivista à sociologia criminal-liberal do capitalismo e, finalmente, ao direito penal entendido em suas mais avançadas concepções clássicas de defesa social.

rusche e kirchheimer expõem que certas declarações do direito penal não são cumpridas ou não alcançam seu objetivo; o estatuto penal não é o mesmo para todos e nem é pré-concebido e sim é gerado por diferentes estruturas (sociais e econômicas) institucionalizadas.<sup>170</sup>

Direito penal tende a deslegitimar-se, favorecendo, nesse processo, os interesses das classes dominantes, neutralizando-se suas condutas típicas penais, vinculadas à existência da acumulação capitalista, e paralelamente ou quase necessariamente aplicando o processo de etiquetamento nas classes mais baixas.

É importante ressaltar que:

O estudo de Rusche e Kirchheimer em *Punishment and social structure* (1968) objetiva romper a relação abstrata da criminologia tradicional entre *crime e prisão* – interna à superestrutura –, propondo uma relação histórica concreta entre *mercado de trabalho e punição*, vinculada a base econômica à superestrutura de controle da formação social. A punição, definida normalmente como "epifenômeno" do crime – o fenômeno que define as formas e intensidade daquela –, ou como reação oficial de *retribuição* e de *prevenção* do crime, é colocada em perspectiva nova: *todo sistema de produção descobre punições que correspondem às suas relações produtivas*.<sup>171</sup>

---

<sup>169</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e controle social**. Tradução de Gizlene Neder. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p.17-19.

<sup>171</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.61.

Com efeito, conceitos do mercado de trabalho e do sistema penal têm uma contribuição extraordinária para o estudo das prisões. Assim como em Foucault, os referidos autores mostram a relação histórica entre a prisão e a fábrica, sendo essencial a compreensão sobre a instituição correcional.

A redução do trabalho forçado nas últimas décadas do século XIX foi em grande parte resultado da oposição de trabalhadores livres. Essa oposição sempre foi forte, mas recebeu um novo estímulo com o desaparecimento gradual das áreas de fronteira. Onde quer que as organizações da classe trabalhadora fossem fortes o suficiente para influenciar as políticas do governo, elas foram bem-sucedidas na obtenção da abolição completa de todas as formas de trabalho carcerário (Pensilvânia, 1897, por exemplo) causando muito sofrimento aos prisioneiros, ou pelo menos obtendo restrições consideráveis ao trabalho carcerário, como o trabalho sem máquinas modernas, indústrias carcerárias convencionais em vez de modernas, ou trabalho para o governo, em vez de para o mercado livre.<sup>172</sup>

Na sociedade capitalista a pena depende do desenvolvimento do mercado de trabalho: o número da população carcerária e seu tratamento no interior das prisões dependem do aumento ou diminuição da mão de obra disponível no mercado de trabalho e das necessidades que o capital tiver dela.

Em geral, "os sistemas punitivos concretos estarão subordinados às formas de produção concretas"<sup>173</sup>. Assim, o mercado de trabalho é o critério determinante do cárcere, podendo ser verificado em duas questões básicas: em períodos de abundância de mão de obra à disposição, o sistema penal se reveste de perspectiva altamente punitiva (lei e ordem, por exemplo), já nos períodos em que aumenta a demanda por mão de obra disponível, a política criminal se preocupa em defender e preservar a vida dos fornecedores de mão de obra.

Para tanto, o indivíduo deve ser convertido em um "prisioneiro bom", e este estado é alcançado por meio do controle.

Rusche e Kirchheimer ilustram a relação intrínseca entre ocupação (mercado) e crime reportando-se a Marx, na medida em que se concorda que nada além do

---

<sup>172</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e controle social**. Tradução de Gizlene Neder. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. p.185.

<sup>173</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008. p.620.

mínimo deve ser fornecido aos presos. Ao considerar os custos de reprodução da força de trabalho como fator determinante dos salários, Marx observa que a economia política trata com o trabalhador somente em sua capacidade como trabalhador, sendo que ela (economia política) não leva em conta o ocioso, o membro da classe trabalhadora que se encontra excluído do processo de produção. O vilão, o arruaceiro, o mendigo, o desempregado, o miserável, o esfomeado e o criminoso ocupado em trabalho carcerário são tipos que não existem para ela, existindo apenas para os olhos do médico, do juiz, do coveiro e do agente carcerário, como fantasmas fora de seus corpos.<sup>174</sup>

Rusche e Kirchheimer, e talvez esta tenha sido uma de suas maiores contribuições para a criminologia, atestam que as formas específicas de punição de uma época correspondem ao estágio do desenvolvimento econômico do momento:

É evidente que a escravidão como forma de punição é impossível sem uma economia escravista, que a prisão com trabalho forçado é impossível sem a manufatura ou a indústria, que fianças para todas as classes da sociedade são impossíveis sem uma economia monetária.<sup>175</sup>

Essa perspectiva de análise das relações de mercado de trabalho, sistema punitivo e cárcere, podendo ser denominada enfoque materialista ou político econômico, também é alvo, na sequência, de estudos de Baratta<sup>176</sup>, de Pavarini e Melossi<sup>177</sup> e de Cirino dos Santos<sup>178</sup>.

Com efeito, "todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção"<sup>179</sup>.

---

<sup>174</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e controle social**. Tradução de Gizlene Neder. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. p.152.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p.20.

<sup>176</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002. p.186-196.

<sup>177</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2010. p.209-233.

<sup>178</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.87-109; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.499-515.

<sup>179</sup> RUSCHE, *op. cit.*, p.20.

Assim, o Direito Penal da era da globalização pode caracterizar-se (sobretudo) pela prisionização em massa dos marginalizados.<sup>180</sup>

Os reconhecidamente "inimigos" do sistema penal e do estado de polícia (encarcerados ou não) constituem um "exército de reserva", os quais até então não haviam cumprido nenhuma função econômica (não sendo consumidores, nem empregadores, nem geradores de impostos), passam, com isso, a ganhar nova dimensão, visto que é possível que a massa, carcerária ou não, dos "clientes do sistema penal" gere a construção de unidades prisionais administradas sob o regime privado, acarretando mais renda para os detentores dos meios de produção, movimentando a economia, criando empregos e, principalmente, estabilizando o índice de desempregado.

Com isso, os alvos da criminalização secundária, finalmente, passam a cumprir uma função econômica no sistema capitalista.

Young nos diz que com o aumento do número de criminalizações houve, conseqüentemente, um crescimento no número de detenções, representando, assim, um aumento exponencial da quantidade de pessoas no sistema da justiça criminal. Daí, como característica da lógica burocrata, as instituições totais, dentre elas a polícia, decidiram criar atalhos como forma também de "eficiência" na meta do "serviço encarcerador". O atalho nada mais é senão a preparação de suspeitos dentro de uma determinada classe estigmatizada.<sup>181</sup>

Mas é talvez a seletividade ou "amostragem" aumentada em relação a clientes prospectivos que se torna mais interessante. No tocante à suspeita, a polícia deixou de suspeitar de indivíduos e passou a suspeitar de categorias sociais. Por exemplo, quanto a parar e revistar: é mais efetivo suspeitar das categorias consideradas mais propensas a cometer infrações (e.g. negros, irlandeses, homens jovens da classe operária) do que suspeitar de indivíduos. Joga-se o arrastão em águas de resultados mais prováveis e ricos, em vez de se tentar a sorte de achar a "maçã no cesto",

---

<sup>180</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova geração da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). Tradução de Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.261-321; WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p.104-108..

<sup>181</sup> YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002. p.74.

isto é, de efetuar prisões procedendo na base de indivíduo por indivíduo (ver Young, 1995a). A velha evocação "prenda os suspeitos de sempre" se transforma em "prenda as categorias de sempre": suspeita individual para a ser suspeita categórica.<sup>182</sup>

Portanto, a criminologia crítica indica que as relações materiais entre as classes sociais (infraestrutura) explicam o sistema penal (superestrutura). A "criminalidade" não pode ser explicada isoladamente e sim em seu contexto social de luta de classes.

Com efeito, vê-se que o enfoque da criminologia crítica é bastante distinto do da criminologia da reação social, pois, aplicando-se as bases sociológicas de Becker, conforme já dito, deixa-se de perguntar quem é criminoso e passa-se a perguntar primeiro quem é considerado desviado, bem como quem é o que etiqueta desta forma, como faz e o porquê. Ou como diz Baratta, a criminologia crítica é "o novo paradigma criminológico"<sup>183</sup>. Nessa perspectiva, "o estudo da causalidade, ou das causas do crime, se torna o estudo dos processos interativos entre as agências e seus clientes, sendo estes últimos, sozinhos, indignos de atenção específica *per se*"<sup>184</sup>.

Segundo Baratta – um dos maiores expoentes, senão realmente o maior, da análise crítica dos estudos do *labeling approach* na criminologia –, as direções na orientação da pesquisa dos teóricos podem ser duas:

Uma direção conduziu ao estudo da "identidade" desviante, e do que se define como "desvio secundário", ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de "criminoso" (ou também de "doente mental") sobre a pessoa em quem se aplica a etiqueta; a outra direção conduz ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e a indivíduos, no curso da interação e, por isto, conduz também para o problema da distribuição do poder de definição, para o estudo dos que detêm, em maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controle social.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002. p.74.

<sup>183</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002. p.85.

<sup>184</sup> RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e mercados**: ensaios em anticriminologia. Tradução de Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.3.

<sup>185</sup> BARATTA, *op. cit.*, p.89.

Em razão da criminologia crítica, o objeto de pesquisa e atenção deixou de ser o "delinquente" e começou a ser as instâncias que "criam" e "administram" a criminalização (agências de controle). Passou-se do estudo da criminalidade para o estudo da criminalização.

Ficou claro, segundo Becker, que a maneira pela qual as sociedades e suas instituições reagem diante de um fato é mais determinante para defini-lo como delitivo ou desviante do que a própria natureza do fato, como ensinava outrora o positivismo.

Segundo a perspectiva interacionista<sup>186</sup>, o crime não é uma qualidade intrínseca da conduta, senão uma qualidade atribuída a ela por meio de complexos processos de interação social, processos altamente seletivos e discriminatórios.

O *labeling approach*, conseqüentemente, supera o paradigma etiológico tradicional, problematizando a própria definição da criminalização. Esta – se diz – não é como um pedaço de ferro, um objeto físico, senão o resultado de um processo social de interação (definição e seleção): existe somente nos pressupostos normativos e valorativos, sempre circunstanciais, dos membros de uma sociedade. Não interessam as causas da desviação (primária), senão os processos de criminalização.

Por ele, o interesse da investigação se desloca do infrator e seu meio para aqueles que o definem como infrator, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e as carências do indivíduo. Este não é senão a vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma do controle.<sup>187</sup>

Comprova-se que diante de fatos similares podem advir reações sociais diversas, ou anormalidade pela rotulação de desviante ou não existência de reação alguma.

---

<sup>186</sup> Sobre interacionismo afirma Molina que "a realidade social é construída sobre a base de certas definições e sobre o significado atribuído a elas mediante complexos processos sociais de interação. Por isso, o comportamento humano é inseparável da interação social e sua interpretação não pode dispensar referida mediação simbólica" (MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. Tradução de Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morete García e Davi Tangerino. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.326).

<sup>187</sup> *Ibid.*, p.325/326.

Assim, de acordo com Baratta:

A distinção entre os dois tipos de comportamento depende menos de uma atitude interior intrinsecamente boa ou má, social ou anti-social, valorável positiva ou negativamente pelos indivíduos, do que da definição legal que, em um dado momento distingue, em determinada sociedade, o comportamento criminoso do comportamento lícito.<sup>188</sup>

É claro que a rotulação do desvio não atende a algo casual, mas sim a interesses concretos de produção e reprodução do poder.

A criminalização constitui um bem negativo, distribuído desigualmente, ainda que não de modo arbitrário. Ou seja, selecionam-se como delinquentes – ao menos de forma prioritária – os indivíduos que pertencem às classes marginalizadas, seja porque o direito penal está estabelecido para proteger, sobretudo, os interesses das classes detentoras dos meios de produção, seja em virtude da forma de funcionamento e da operatividade prática das instâncias de controle social, desde a escola e passando pela polícia e pela justiça.

Nas palavras de Katie Argüello:

Deslinda-se em definitivo o caráter desigual do sistema penal, o qual, por um lado, pune certos comportamentos ilegais (das classes subalternas) para encobrir um número bem mais amplo de ilegalidades (das classes dominantes), que ficam imunes ao processo de criminalização; e, por outro, aplica de modo seletivo sanções penais estigmatizantes, especialmente a prisão, incidindo no status social dos indivíduos que fazem parte dos setores mais vulneráveis da sociedade, os quais, dessa maneira, permanecem impedidos de ascender socialmente.<sup>189</sup>

São indubitáveis as contribuições da criminologia crítica, sob o enfoque do etiquetamento, para a compreensão do processo de criminalização.

Ocorre que Shecaira chega a dizer que diversas legislações brasileiras foram idealizadas pela acolhida da perspectiva crítica, dentre elas, elenca a Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) em razão da criação de institutos como a transação

---

<sup>188</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002. p.85/86.

<sup>189</sup> ARGÜELLO, Katie. Do estado social ao estado penal: invertendo o discurso da ordem. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.129/130.



penal e a suspensão condicional da pena, a Lei n.º 9.714/98 que inseriu a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos no Código Penal, bem como a progressividade do cumprimento da pena privativa de liberdade.<sup>190</sup>

Segundo Shecaira, "A Reforma de 1984, trazida pelas Leis n.ºs 7.209/84 e 70210/84, inaugurou em nosso ordenamento uma ampla modificação que acolheu as ideias centrais do *labelling*"<sup>191</sup>.

Muito embora pudesse ser muito bom se isso realmente fosse verdade, sabe-se que referidos comandos normativos não são fruto da implementação da criminologia crítica ou radical.

Ao contrário, pode-se ver que a Lei n.º 7.210/84 serve à reprodução do sistema punitivo vigente na medida em que coloca o trabalho carcerário como facultativo, porém o exige para a concessão de qualquer benefício carcerário, progressão de regime, permissão de saídas temporárias e outros. Ou seja, tudo o que Rusche, Kirchheimer, Foucault, Baratta, Pavarini, Melossi e Wacquant condenaram é visto no processo de execução penal brasileiro, mormente na relação do trabalho carcerário com a manutenção do sistema produtivo da sociedade capitalista.

Concordar com Shecaira é reduzir por demais a teoria do etiquetamento.

"As normas penais que compõem o Direito Penal", e nestas estão incluídas as elencadas por Shecaira, nos ensina Cirino dos Santos "são as matrizes legais da violência institucional concretizada no processo de criminalização, como conjunto de práticas ou de procedimentos policial, judiciário e prisional delimitados e determinados por aquelas matrizes legais"<sup>192</sup>.

Quiçá realmente um dia consiga-se que as proposições de perspectiva crítica (ou radical) da criminologia encontrem ressonância não somente na legislação (se é que isso seria possível), mas em especial na consciência das pessoas que lidam com o sistema punitivo.

---

<sup>190</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.268-276.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p.268.

<sup>192</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.102.

Como forma de reduzir a desigualdade de classes no processo de criminalização e como forma de limitar as consequências da marginalização penal da execução penal, a criminologia radical, nos diz Cirino dos Santos, propõe:

- a) no processo de criminalização, (1) a *penalização* da criminalidade econômica e política das classes dominantes, com ampliação do sistema punitivo e (2) a *despenalização* da criminalidade típica das classes e categorias sociais subalternas, com contração do sistema punitivo e substituição de sanções estigmatizantes por não-estigmatizantes;
- b) no processo de execução penal, mediatizada pela mais ampla extensão das medidas alternativas da pena e pela abertura do cárcere para a sociedade, a abolição da prisão: se o crime é resposta pessoal de sujeitos em condições sociais adversas, a correção do criminoso – e a prevenção do crime – depende do desenvolvimento da consciência de classe e da reintegração do condenado nas lutas econômicas e políticas de classe.<sup>193</sup>

#### 1.2.4.1 O etiquetamento e o direito penal de autor

Por fim, pode-se dizer que o enfoque da teoria do etiquetamento também tem como consequência o reconhecimento da distinção do *direito penal de autor* em contraposição ao *direito penal do ato*.<sup>194</sup>

Para o *direito penal de autor*, a essência do delito reside justamente nas características do autor, sendo este sempre considerado inferior às demais pessoas.

Essa inferioridade pode ser vista sob dois enfoques, um de natureza moral e outro de natureza mecânica. A inferioridade de natureza moral constitui uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico. Já a de natureza mecânica vem a ser o reconhecimento de um estado de perigo por parte do autor. A primeira assume a função de divindade pessoal e a segunda, a de divindade impessoal.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.131/132.

<sup>194</sup> Para essa teoria, o crime seria a representatividade da prática de um comportamento que produz (ou tenta produzir) uma lesão jurídica. Este comportamento derivaria de uma decisão autônoma de um sujeito capaz e de possível censurabilidade. Ocorre que este discurso ignora por completo a seletividade da criminalização secundária.

<sup>195</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.131.

Por esta concepção a criminalização não ocorre sobre o ato praticado como violador do sistema jurídico e sim, sobre determinados sujeitos pertencentes a um grupo mais débil. O delito teria, assim, apenas um significado sintomático, uma vez que "o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor"<sup>196</sup>.

Nessa perspectiva, o autor, por ostentar essa inferioridade, seja moral ou mecânica, seria alguém perigoso, algo nocivo para a "sociedade higienizada" e por isso deveria ser punido ou neutralizado.

Portanto, é como se passasse a coibir não o comportamento de subtrair um objeto e sim o de ser um furtador, não o de matar alguém e sim o de ser homicida. Ocorre que esta abordagem tem como consequência a criminalização de conceitos de vida (má vida), selecionando-se indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados, usuários de drogas, desempregados etc.

---

<sup>196</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.131.

## 2 PESQUISA EMPÍRICA

De posse do aporte teórico apresentado na primeira parte deste trabalho, na qual restaram denunciadas as funções reais da pena, abandonando-se as oficiais e declaradas, é que se mostra possível a abordagem prática da pesquisa realizada.

Buscou-se investigar num objeto de análise compreendido por 750 sentenças penais não só as pistas evidentes das críticas antes formuladas como, em especial, tentar constatar na fase da dosimetria penal das decisões condenatórias reminiscências das ideologias que informam e conformam as sanções penais.

Para tanto, parece apropriado, ainda que brevemente, tecer alguns comentários sobre a técnica de dosagem legal das sanções privativas de liberdade.

No que concerne à individualização das penas, vê-se que ela atravessa dois momentos bem distintos quanto à criminalização.

Num primeiro momento se tem a *criminalização primária*, que consiste na eleição em abstrato de determinados comportamentos por parte das agências políticas de controle social (legislativo e executivo), estabelecendo, com isso, incriminação e punição às (certas) pessoas que realizarem tal conduta.

Já, na *criminalização secundária*, obedecendo-se e aplicando-se os mandamentos da primária, as agências secundárias de controle social (policiais, ministério público, advogados, juízes e agentes penitenciários) exercem a punição em pessoas em concreto.

Ocorre que não existe identidade completa entre os dois níveis de criminalização, uma vez que "a criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável"<sup>197</sup>, dando azo, então, àquilo que se denominou cifra oculta.

Nos dois momentos de criminalização selecionam-se condutas em abstrato e pessoas em concreto para lhes impor rótulos.

---

<sup>197</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.43/44.

Nessa perspectiva é que o presente trabalho se restringe à criminalização secundária, em especial, ao momento judicial de fixação da pena em concreto ao condenado.

*Grosso modo*, pode-se dizer que tal tarefa leva em consideração as circunstâncias<sup>198</sup> elencadas legislativamente como importantes para, obedecendo-se o que prevê o Código Penal, art. 68<sup>199</sup>, num processo consistente em três fases distintas, individualizar-se uma pena privativa de liberdade ao condenado.

Ainda quando estava em vigência a redação original da Parte Geral do Código Penal, existiam duas orientações a respeito do número de fases da dosimetria penal e suas consequências. Ante a não adoção expressa por qualquer das teorias, duas mais importantes se manifestavam claramente: a bifásica e a trifásica, de Roberto Lyra e Nelson Hungria<sup>200</sup>, respectivamente.

Pela teoria bifásica, existiriam apenas duas fases na dosimetria penal. Na primeira se levariam em consideração tanto as circunstâncias judiciais como as circunstâncias agravantes e atenuantes, razão pela qual a pena, nesta primeira fase, não poderia ficar aquém do mínimo. E na segunda fase incidiriam as causas de aumento e diminuição, as quais, por sua vez, poderiam elevar a pena além do máximo ou reduzir aquém do mínimo.

Pela teoria trifásica, a aplicação da pena deveria passar necessariamente por três fases; na primeira fase seriam consideradas somente as circunstâncias judiciais, sendo que as agravantes e atenuantes deveriam ser analisadas na segunda etapa. Na terceira fase se analisariam as causas de aumento e diminuição.

---

<sup>198</sup> Diferenciam-se *circunstâncias* de *elementares*. Considera-se *elementar* todo componente essencial do tipo de injusto, sem o qual ele desaparece (atipicidade absoluta) ou se transforma em outro tipo penal (atipicidade relativa). Já, diz-se que *circunstância* seria todo dado secundário e eventual agregado à figura típica, cuja ausência não tem nenhuma influência sobre sua existência. Somente agravaria ou abrandaria a sanção penal.

<sup>199</sup> "Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento."

<sup>200</sup> Para uma melhor compreensão sobre referidas teorias, veja BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.177-185.

A Lei n.º 7.209/84, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, acolheu expressamente a teoria trifásica.

Em primeiro lugar, identificam-se os limites abstratos da pena. Para isso, deve-se saber se o crime é simples, qualificado ou privilegiado. Depois passa-se às fases da dosimetria da pena.

Assim, dentro da ortodoxia penal, numa primeira fase, de posse do limite mínimo previsto em abstrato, aplicam-se as circunstâncias denominadas judiciais previstas no Código Penal, art. 59<sup>201</sup>, e o resultado desta operação é o que se chama de pena-base.

Pois bem. Na segunda etapa aplicam-se, se existentes no caso concreto, as agravantes e atenuantes elencadas no Código Penal, arts. 61<sup>202</sup>, 62<sup>203</sup>, 65<sup>204</sup> e 66<sup>205</sup>, chegando à pena provisória.

---

<sup>201</sup> "Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Caso se trate de condenação referente a drogas, além do art. 59 acima transcrito, também se aplica o previsto na Lei n.º 11.343/06, art. 42:  
Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

<sup>202</sup> "Circunstâncias agravantes  
Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:  
I - a reincidência;  
II - ter o agente cometido o crime:  
a) por motivo fútil ou torpe;  
b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;  
c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;  
d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;  
e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;  
f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;  
g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;  
h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;  
i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;  
j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;  
l) em estado de embriaguez preordenada."

<sup>203</sup> "Agravantes no caso de concurso de pessoas  
Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que:  
I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;  
II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

Na terceira fase toma-se a pena provisória e a ela se aplicam, também se existentes no caso concreto, as causas de aumento e de diminuição de pena, as quais estão espalhadas seja na parte geral ou na parte especial do Código Penal ou mesmo na legislação extravagante.

Na sequência, dentre outras providências, o sentenciante também deve fixar o regime inicial de cumprimento de pena.

A par dessa técnica positivista, o trabalho empírico a seguir exposto foi idealizado e cumprido por meio da catalogação de 750 sentenças criminais de mérito distribuídas entre 15 Varas Criminais do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Paraná.

Sabe-se da significativa dificuldade, em especial epistemológica, que a área jurídica tem em assimilar resultados decorrentes de pesquisas empíricas, diferentemente de outras áreas.

Ainda assim, o trabalho tem como referencial o arcabouço teórico ilustrado na primeira parte deste trabalho, com o objetivo de entender os critérios realmente aplicados pelos atores jurídicos, no caso magistrados, no momento tão importante da dogmática jurídica, que é a dosimetria de uma pena privativa de liberdade.

---

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa."

<sup>204</sup> "Circunstâncias atenuantes

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou."

<sup>205</sup> "Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei."

Ou seja, após o reconhecimento da prática de um fato punível o juiz sentenciante passa a dosar a qualidade e quantidade de pena a ser aplicada ao réu individualizadamente. Por isso, o recorte do trabalho se deu especialmente no ato jurídico no qual se indica a sanção penal, qual se seja, a sentença.

Outros recortes também necessários dizem respeito ao espaço territorial onde se coletariam as sentenças, bem como à delimitação do tempo em que foram elas proferidas.

Assim, decidiu-se realizar a coleta de dados nas Varas Criminais do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba<sup>206</sup> em razão da representatividade que possui no Estado do Paraná por ser sua capital<sup>207</sup>.

As Varas objeto da pesquisa totalizam 15, sendo elas: da 1.<sup>a</sup> Vara Criminal a 11.<sup>a</sup> Vara Criminal, as 13.<sup>a</sup> e 14.<sup>a</sup> Vara Criminal (sendo a 13.<sup>a</sup> especializada em violência doméstica) e o 1.<sup>o</sup> e o 2.<sup>o</sup> Tribunais do Júri. Decidiu-se por excluir a 12.<sup>a</sup> Vara Criminal, pois é especializada em crimes contra a criança e o adolescente e por isso a maior parte dos feitos corre em segredo de justiça. Excluíram-se também as 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> Varas de Delitos de Trânsitos à vista de que a maciça maioria das decisões lá proferidas é de homologação de transações, concessões de suspensão condicional do processo, bem como as respectivas declarações de extinção da punibilidade, o que não iria contribuir para o intento deste trabalho, que é verificar, em especial, como tem sido realizadas as dosimetrias de pena.

As sentenças foram proferidas entre março de 2011 e dezembro de 2012 e coletadas de forma aleatória o número de 50 em cada uma das 15 Varas, totalizando, assim as 750.

---

<sup>206</sup> Esclareça-se que a Comarca da Região Metropolitana de Curitiba possui, além do Foro Central onde foram coletados os dados necessários para a presente pesquisa, também oito Foros Regionais localizados nas cidades de Pinhais, Bocaiúva do Sul, Colombo, Almirante Tamandaré, Campina Grande do Sul, Fazenda Rio Grande, Campo Largo e Piraquara.

<sup>207</sup> Muito interessante foi o trabalho realizado por Vinícius Machado que teve objeto de pesquisa símile ao aqui debatido, porém nas Varas Criminais do Distrito Federal. Extremamente recomendável é a sua leitura: MACHADO, Vinicius. **Individualização da pena**: o mito da punição humanizada. Florianópolis: Modelo, 2010.



Foram colhidas as sentenças apenas que resolviam o mérito propriamente dito da pretensão punitiva estatal, ou seja, absolviam, condenavam ou condenavam parcialmente, excluindo-se as demais que resolviam questões incidentes ao processo penal.

Para cada uma das sentenças coletadas, foi guardada uma cópia em arquivo PDF.

Na sequência elaborou-se um formulário, o qual segue no apêndice, com vários dados de todas as sentenças coletadas, além de necessários para as conclusões adiante traçadas, também para verificar o registro e a autenticidade da base em questão.

Indicou-se a Vara onde fora coletada a sentença, o número dos autos, ano da propositura da ação penal e o nome do juiz sentenciante. A conclusão da sentença quanto ao julgamento da pretensão punitiva (se condenatória, absolutória ou condenatória parcialmente<sup>208</sup>), bem como se a sentença procedeu à absolvição tendo em conta a extinção da pretensão punitiva pela prescrição ou morte do agente (causas mais verificáveis) ou se foi pelo reconhecimento da ausência do fato punível. Esses dados forneceram conclusões quanto ao percentual de condenações em todas as Varas, em conjunto e individualmente, assim como o comparativo entre as Varas em que o julgamento se dá por um juiz togado e as decisões do Conselho de Sentença dos Tribunais do Júri.

Também procedeu-se à coleta do sexo do condenado para a constatação da existência ou não de percentuais de condenação de acordo com este critério.

Houve o apontamento acerca do autor da ação penal (se ministério público ou querelante) para a identificação não só da representatividade de cada um deles nas ações objeto de sentença como também para a constatação de condenações a depender deste critério.

---

<sup>208</sup> Condenação parcial para os fins que a se destinam neste trabalho foram consideradas todas aquelas sentenças em que, muito embora se tenha condenado o réu, a pretensão punitiva não fora acolhida integralmente, seja porque alguma das circunstâncias requeridas não foram reconhecidas ou mesmo porque o magistrado procedeu a uma nova qualificação jurídica dos fatos deduzidos em juízo (*emendatio libelli*).

No que se refere à dosimetria<sup>209</sup>, em específico, antes de fazer a distinção entre as três fases da dosimetria penal, decidiu-se por identificar por qual tipo de injusto o réu foi condenado, identificando-se, assim, o percentual de cada um dos delitos nas condenações.

Em seguida, identificou-se se a pena a que o réu fora condenado era de reclusão, detenção ou prisão simples.

Nomeadamente na primeira fase da individualização da pena colheu-se o dado se a sentença havia estabelecido a pena-base (resultado da operação desta etapa) acima ou não da pena mínimo em abstrato, qual o mínimo em abstrato, bem como a quantidade de circunstâncias judiciais reconhecidas como desfavoráveis e a pena-base fixada. Com isso, conseguiu-se chegar a algumas conclusões, dentre elas, a quantidade de sentenças em que a pena-base é fixada acima do mínimo legal, em média quantas circunstâncias judiciais se reconhecem como desfavoráveis nestas sentenças em que a pena-base fica acima do mínimo legal e, principalmente, qual o grau de aumento que os magistrados têm geralmente considerado para cada circunstância desfavorável, até mesmo para que, neste último caso, fosse conseguido identificar ou não algum critério.

Para cada circunstância elencada no Código Penal, art. 59, foi apresentado um item, sendo que em três delas (culpabilidade, motivo e consequências) indicou-se se o fato utilizado é ou não inerente ao tipo de injusto. Com isso, conseguiu-se constatar quais as circunstâncias judiciais são geralmente mais acolhidas para agravar a pena-base do condenado, além de saber se para aquelas três o mesmo fato enquadrado já havia sido sopesado para a própria condenação.

No campo da personalidade buscou-se identificar a quantidade de sentenças em que se fez uso de frases em que se reconhecia que o réu tinha "personalidade voltada para o crime", além de tentar-se verificar o percentual de sentenças condenatórias em que esta circunstância deixou de ser analisada em razão da ausência de laudo pericial realizado por profissionais técnicos da área (psicólogos e (ou) psiquiatras).

---

<sup>209</sup> Naquelas sentenças em que havia mais de um réu ou mesmo mais de um crime utilizou-se o mesmo critério de eleição do primeiro réu ou o primeiro crime para fim de amostragem.

Caso a condenação tenha ocorrido por crimes previstos na Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006), indicou-se, conforme prevê o art. 42 da lei em questão, se foi aumentada a pena-base em razão da espécie de droga apreendida e (ou) sua quantidade. Com isso, tentou-se identificar quais substâncias são entendidas pelo Judiciário como sendo mais "perniciosas", bem como a existência ou não de alguma padronização no que concerne ao tratamento dado à quantidade da droga apreendida.

Ainda no campo da espécie de droga apreendida, com o intuito de facilitar a coleta de dados, buscou-se identificá-la por meio de marcação em um rol entendido como sendo daquelas que têm um maior número de apreensões, além da inserção também das consideradas "novas drogas sintéticas" (Oxi, "Crocodilo", 2-CB "nexus" e "Sucesso").

No que concerne à segunda fase da dosimetria penal, o primeiro item refere-se ao registro de quantas e quais as agravantes e atenuantes mais recorrentes.

Foi inserido no formulário de pesquisa um campo de extrema importância na sequência: a indagação se fora ou não aplicada a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (expressa ou tacitamente). Com isso, além de se constatar o percentual de condenações em que a pena-provisória (resultado da operação desta segunda fase) ficou limitada ao mínimo legal ainda que existente atenuantes, conseguiu-se constatar, dentro do número de condenações embasadas em confissões, qual o percentual em que a pena do réu não fora reduzida por esta circunstância, muito embora ela tenha sido utilizada para formar o juízo de convencimento pela sua condenação.

Na terceira fase da dosimetria, constatou-se se a pena definitiva (resultado da operação desta etapa) foi fixada acima do mínimo legal ou não, bem como se houve o reconhecimento de alguma causa de diminuição de pena e, em caso positivo, se foi pela tentativa.

Por último, destacou-se o regime inicial de cumprimento de pena aplicado, reconhecendo-se o mais constante.

Assim, o trabalho empírico buscou identificar a forma como tem se procedido na prática à dosimetria da pena, formando um diagnóstico por amostragem não somente das condenações como também do resultado do cruzamento dos dados inseridos no formulário de pesquisa.

## 2.1 CRITÉRIOS GERAIS DA PESQUISA

### 2.1.1 Invertendo-se a lógica da presunção de inocência

A Constituição da República no art. 5.º, LVII, acolhe expressamente o corolário da presunção de inocência do réu. Portanto, todo réu possui em seu favor a presunção de que não cometera determinado fato punível; presunção esta que cede mediante a lúdima comprovação em contrário.

Disciplinando conseqüentemente tal princípio, estabelece o Código de Processo Penal, art. 386, VII, que todas as vezes em que não houver provas suficientes para a condenação, deve-se absolver o réu.

Para que se possa, então, condenar, é necessário que se rompa a barreira de tal presunção, o que somente é possível quando o julgador estiver absolutamente seguro a respeito da culpabilidade do acusado, pois, qualquer hesitação, deve conduzir à absolvição. Esse cenário poderia levar à conclusão de que, no universo de sentenças que resolvem o mérito da pretensão punitiva, a absolvição seria a maioria.

Porém, não foi o que se observou da pesquisa. Das 750 sentenças, 443 foram de condenação, 40 condenações parciais e 267 absolvições, representando, respectivamente 59,1%, 5,3% e 35,6%.

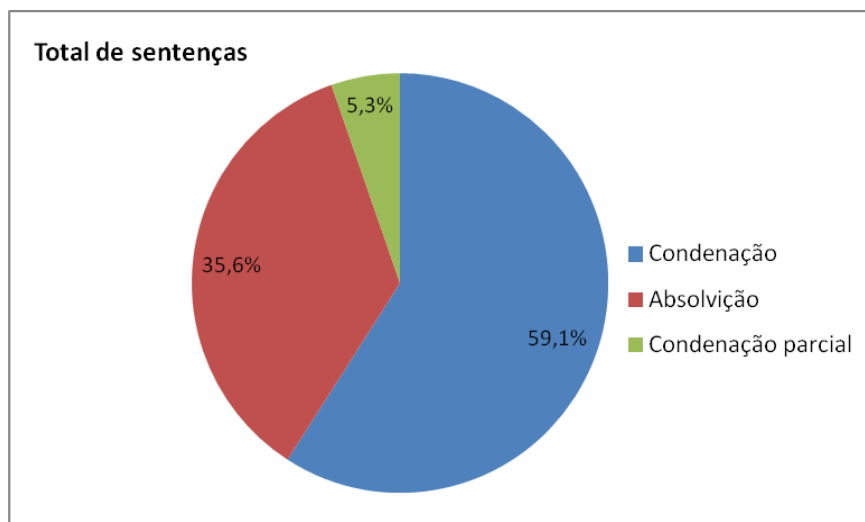


GRÁFICO 1 - TOTAL DE SENTENÇAS  
FONTE: TJ/PR

Das 267 sentenças absolutórias, 49,2%, ou seja, 132 ocorreram pelo reconhecimento da extinção da punibilidade seja em razão da prescrição, seja pela morte do réu antes que fosse proferida sentença.

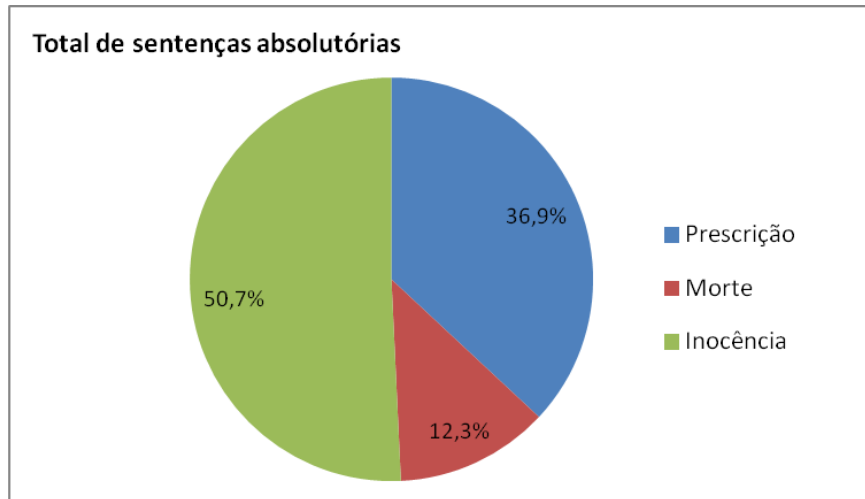


GRÁFICO 2 - TOTAL DE SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS  
FONTE: TJ/PR

Subtraindo-se do total de sentenças absolutórias as que reconheceram a morte ou a prescrição, restaram apenas 136 absolvições em que, analisando-se propriamente os elementos do fato punível, o réu foi declarado inocente, por insuficiência de provas ou não.

Veja-se que 12,3% das absolvições ocorreram em razão da morte do agente. Das 750 sentenças, em 33 o réu morreu antes de ser julgado, o que representa extraordinariamente mais de 4% dos casos.

O sistema punitivo produz mortes antes mesmo dos julgamentos formais, isso sem contar nas mortes que ocorrem com os que são inseridos nas instituições totais do cárcere.

Ficou assim a tabela apenas das sentenças que condenaram, total ou parcialmente, ou inocentaram réu:

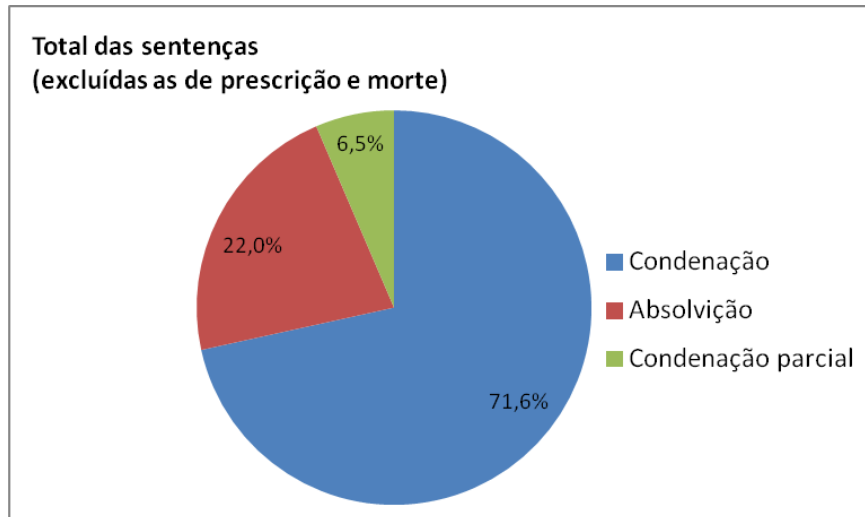


GRÁFICO 3 - TOTAL DE SENTENÇAS - EXCLUÍDAS AS DE PRESCRIÇÃO E MORTE  
 FONTE: TJ/PR

Levando-se em consideração, tanto as parciais como as totais, as condenações representam, portanto, 78% das sentenças contra 22% das absolvições, invertendo-se totalmente a lógica da ideia que se tem acerca da consequência processual da presunção de inocência.

Portanto, das 750 sentenças coletadas, 483 referem-se a condenações, sendo este o número de dosimetrias penais analisadas no presente trabalho.

### 2.1.2 Radiografia das condenações por Varas analisadas

A par da última constatação geral do quadro de sentenças coletadas, interessante é a apresentação individual do percentual de condenações em cada uma das 15 Varas analisadas.

Abaixo será apresentada uma sequência de gráficos estatísticos de cada uma das Varas separadamente, sendo indicados três gráficos para cada uma delas.

O primeiro gráfico representa o comparativo total das 50 sentenças coletadas aleatoriamente em cada uma das unidades jurisdicionais, dividindo-se em *sentenças condenatórias* (aquelas em que a pretensão deduzida em juízo pelo órgão acusador foi acolhida em sua íntegra), *sentenças absolutórias* (aquelas em que o réu foi

declarado absolvido, quer por ter sido reconhecido inocente, quer mesmo por estar presente alguma causa extintiva de punibilidade, por exemplo, prescrição ou morte do agente) e *condenações parciais* (aquelas em que, muito embora se tenha condenado o réu, a pretensão punitiva não fora acolhida integralmente, ou porque alguma das circunstâncias requeridas não foram reconhecidas ou mesmo porque o magistrado procedeu a uma nova qualificação jurídica dos fatos deduzidos em juízo, ainda assim houve condenação com aplicação consequente de sanção penal).

O segundo gráfico refere-se às sentenças absolutórias somente. Neste buscou-se identificar a razão da absolvição, ou seja, se foi em razão do decurso do tempo (*prescrição*), *morte* do agente ou se chegou a se analisar se realmente o fato ocorreu e se o réu tinha sido seu autor concluindo-se pela absolvição (*inocente*).

O terceiro gráfico diz respeito somente às sentenças que chegaram a analisar a questão de se o réu era realmente culpado ou não, ou seja, desta contagem foram subtraídas as decisões de reconhecimento da prescrição ou morte do agente (extinção da punibilidade).

No que se refere aos dois Tribunais do Júri, é apresentado apenas um único gráfico para cada, pois neste caso em todas as sentenças absolutórias o réu foi declarado inocente pelo Conselho de Sentença. Não que inexistam extinções da punibilidade pela morte do agente ou prescrição. A questão é que as sentenças que acolhem essas questões são proferidas pelo Juiz Presidente do Tribunal antes de se chegar ao julgamento pelos jurados, portanto, não fazem parte do objeto de estudo deste trabalho, cujo foco é verificar também a representatividade dos veredictos do Conselho de Sentença.

Vejamos.

- 1.ª Vara Criminal:

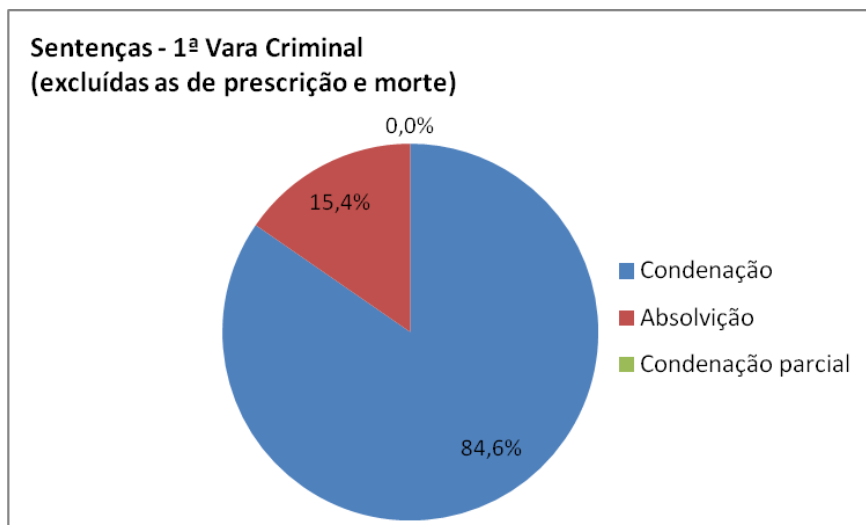
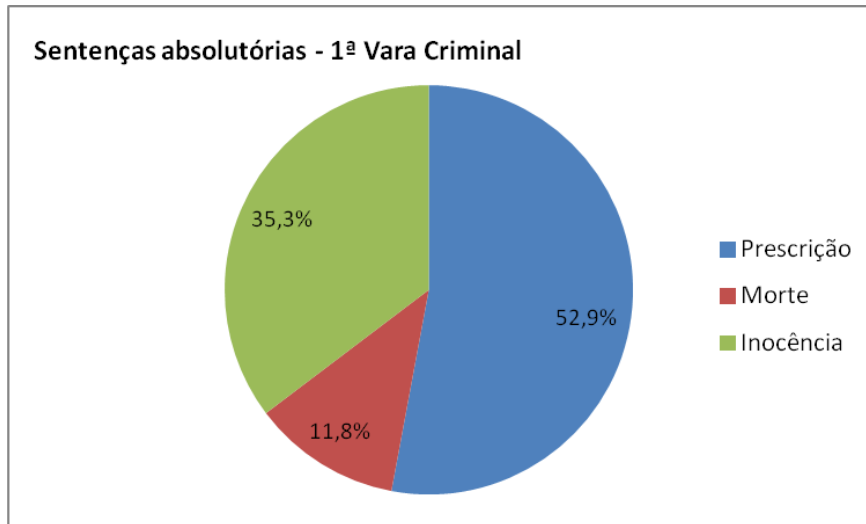
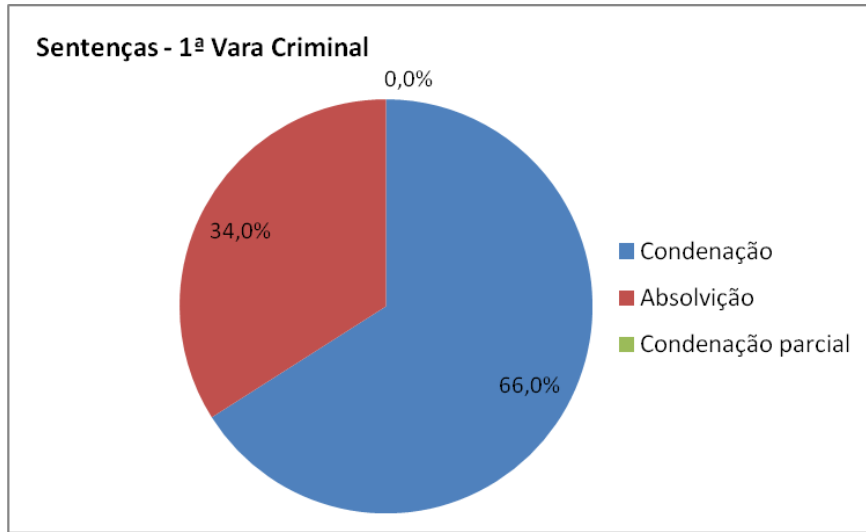


GRÁFICO 4 - SENTENÇAS - 1.ª VARA CRIMINAL  
 FONTE: TJ/PR



▪ 2.<sup>a</sup> Vara Criminal:

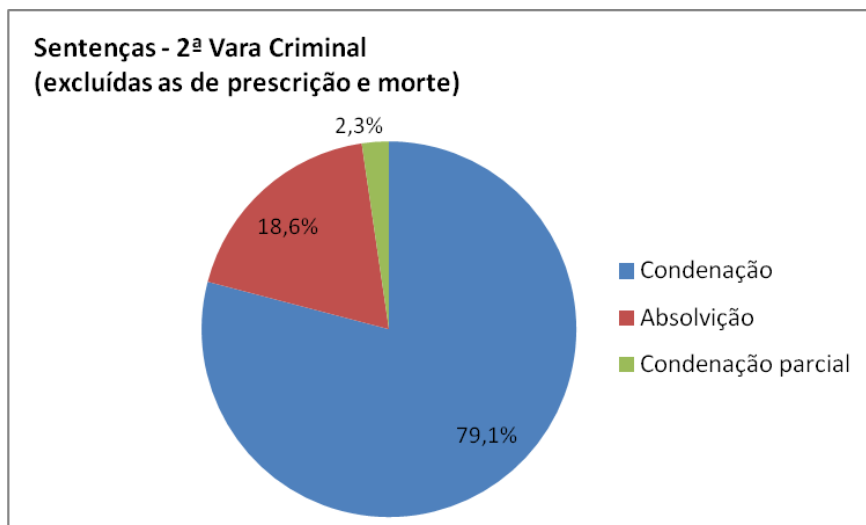
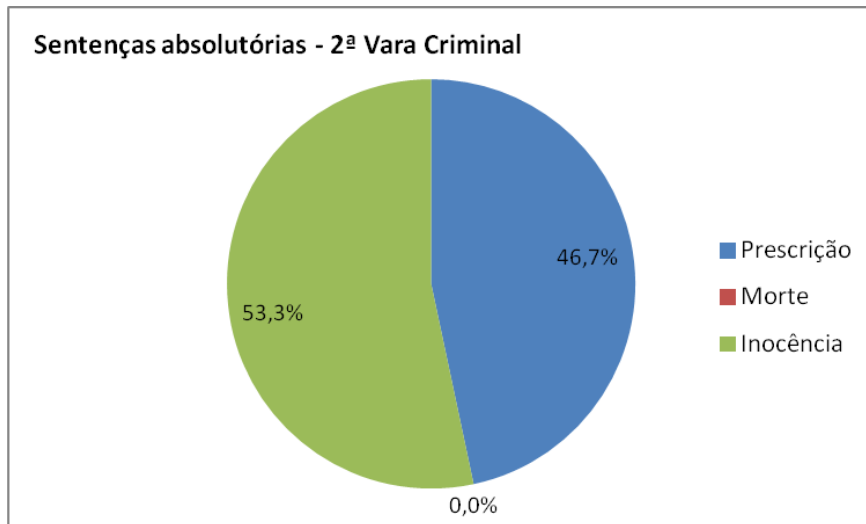
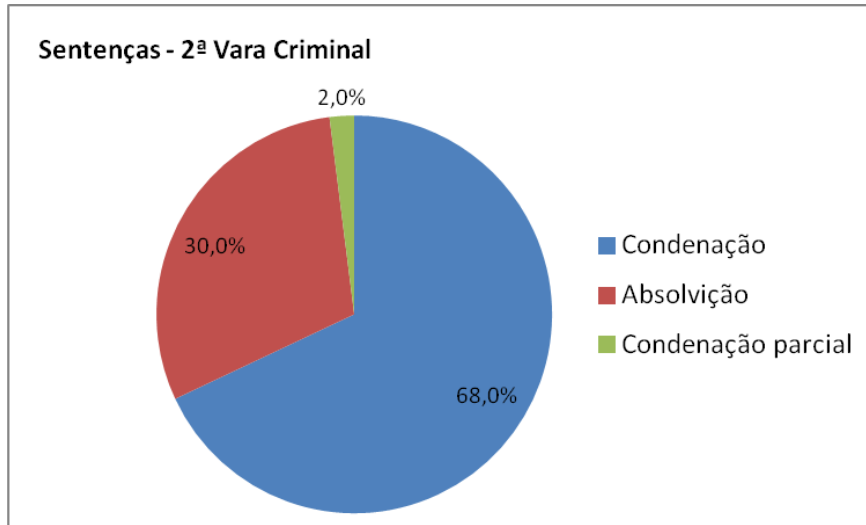


GRÁFICO 5 - SENTENÇAS - 2.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
 FONTE: TJ/PR

▪ 3.<sup>a</sup> Vara Criminal:

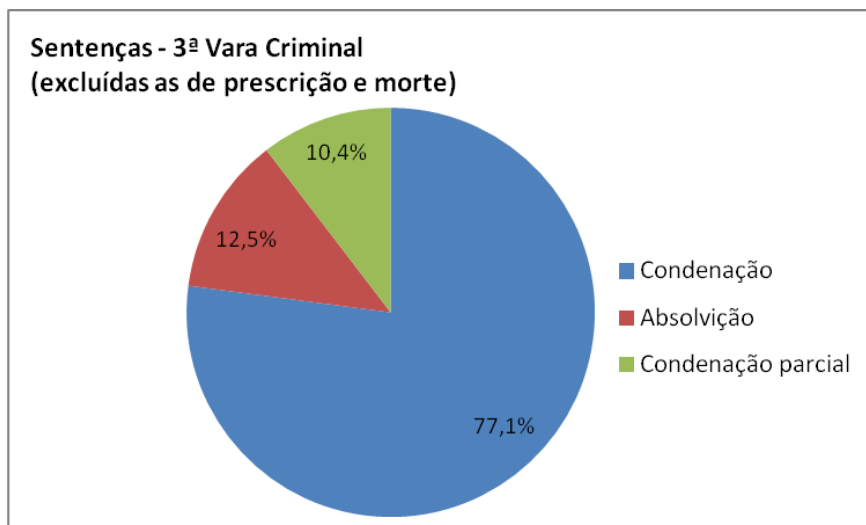
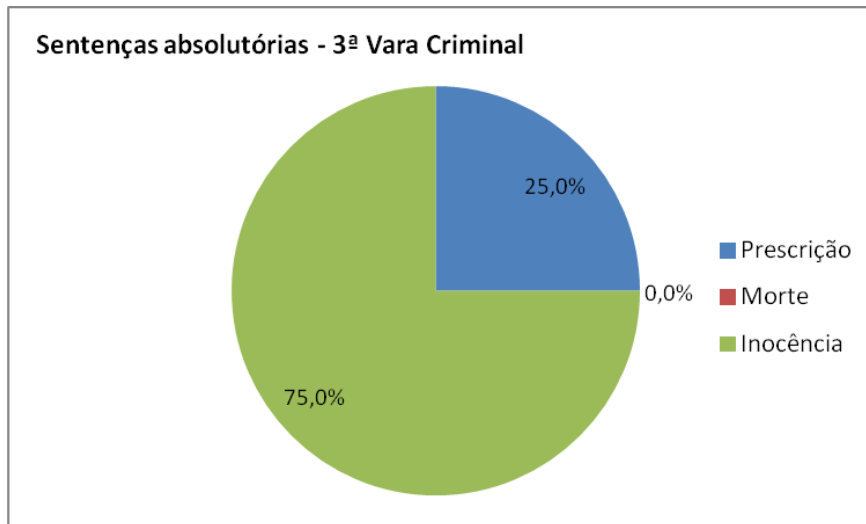
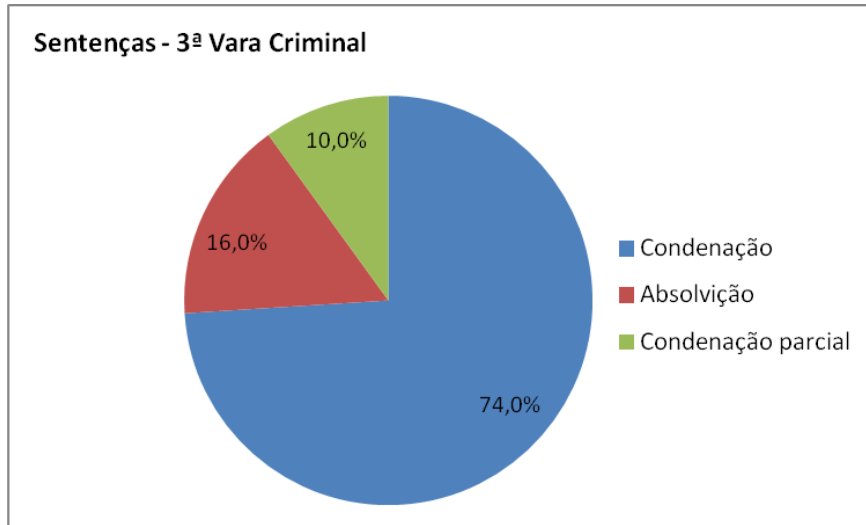


GRÁFICO 6 - SENTENÇAS - 3.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
FONTE: TJ/PR

▪ 4.<sup>a</sup> Vara Criminal:

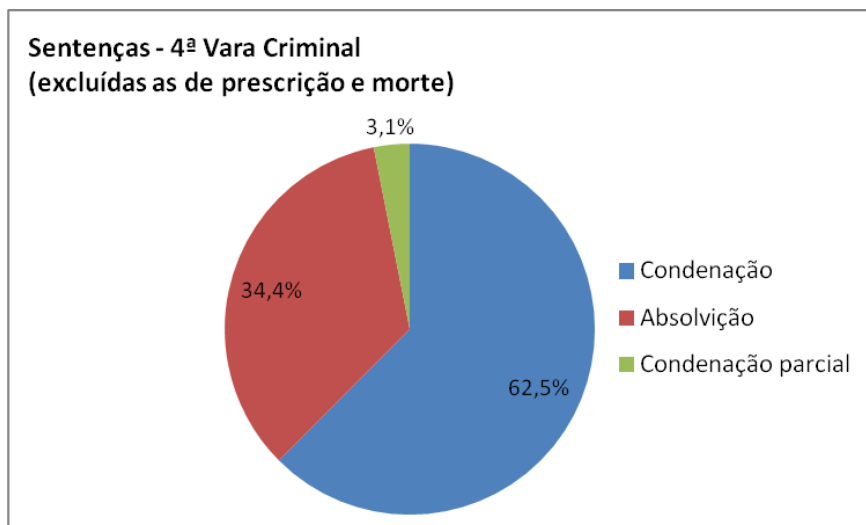
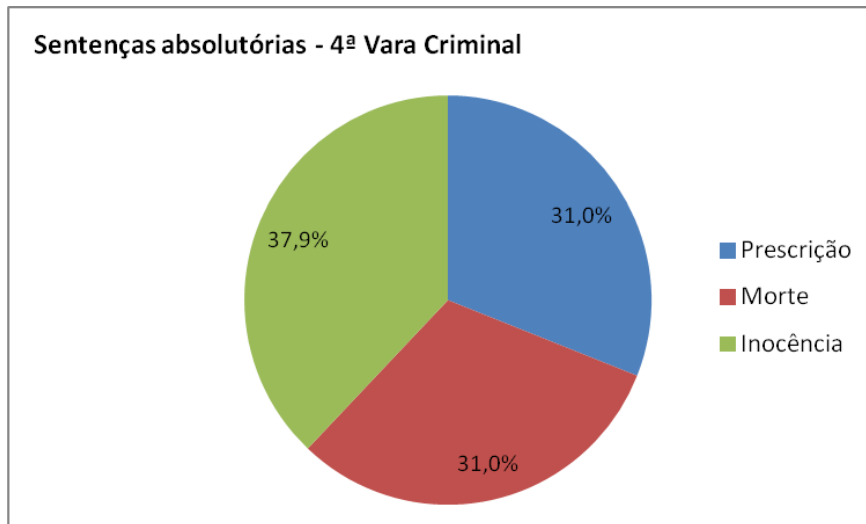
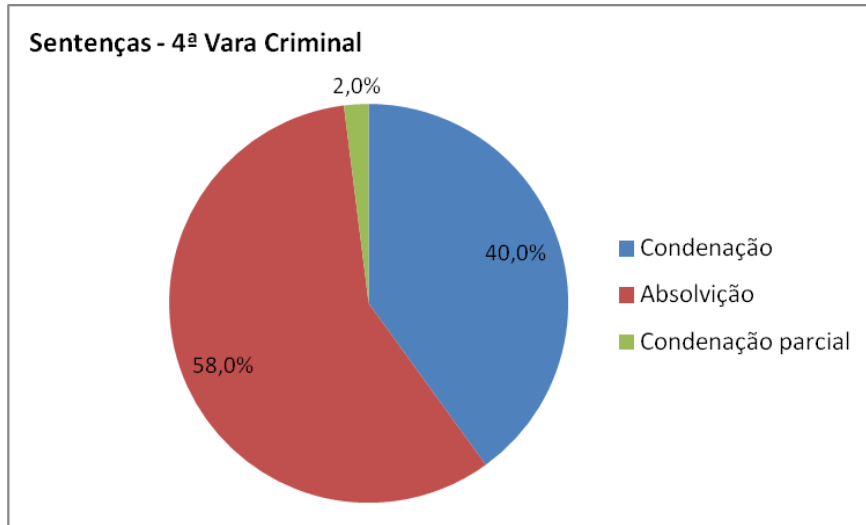


GRÁFICO 7 - SENTENÇAS - 4.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
 FONTE: TJ/PR

▪ 5.<sup>a</sup> Vara Criminal:

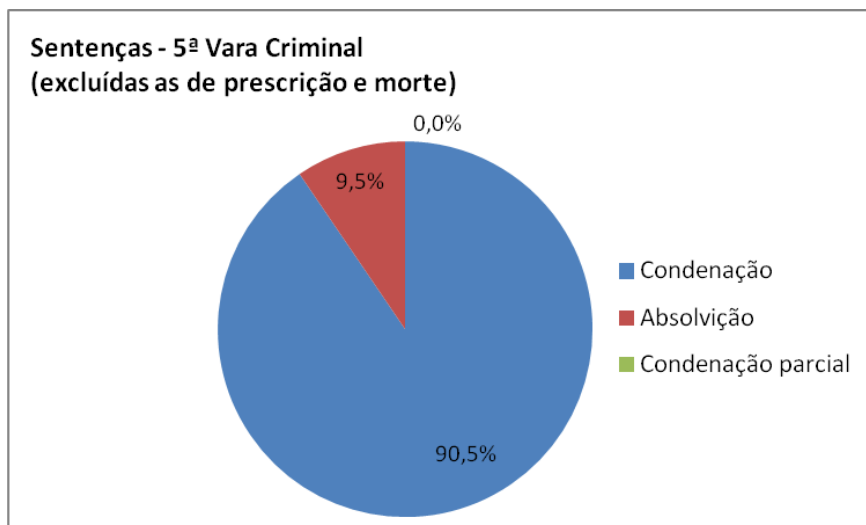
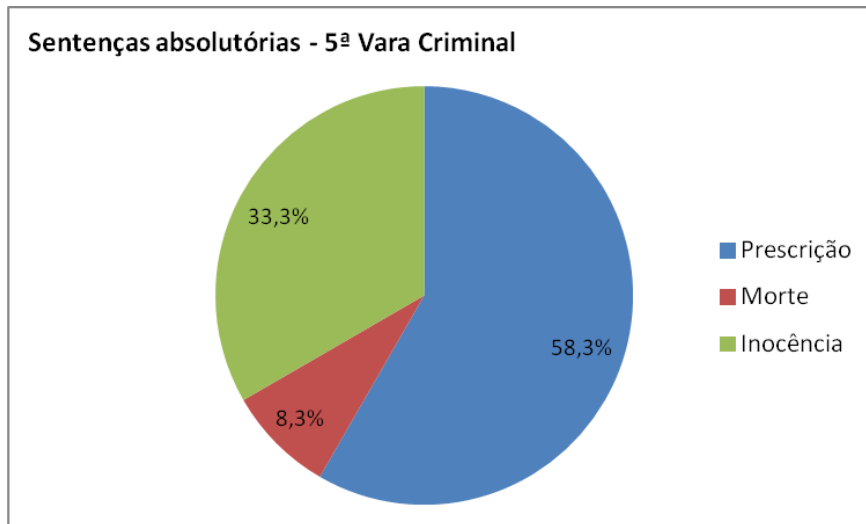
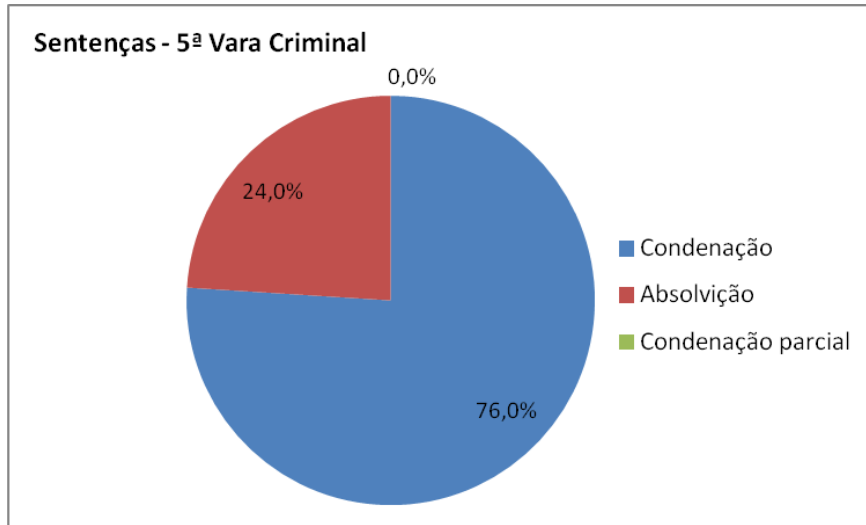


GRÁFICO 8 - SENTENÇAS - 5.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
 FONTE: TJ/PR

▪ 6.<sup>a</sup> Vara Criminal:

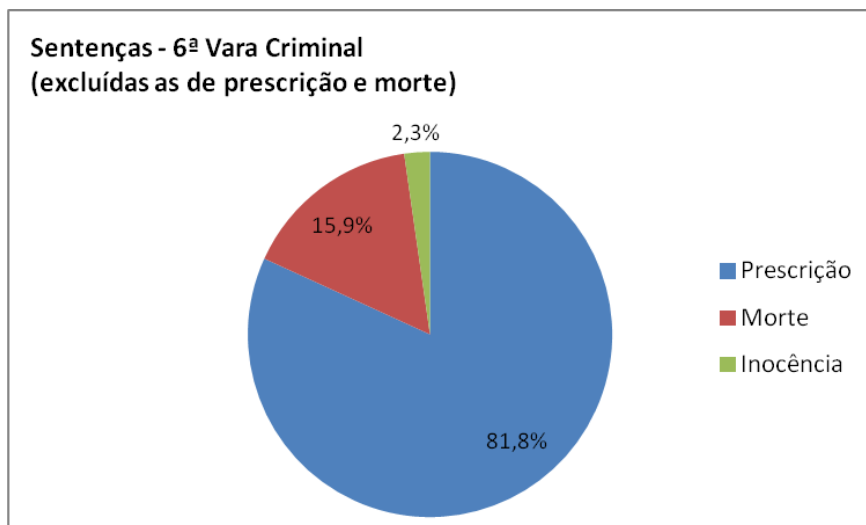
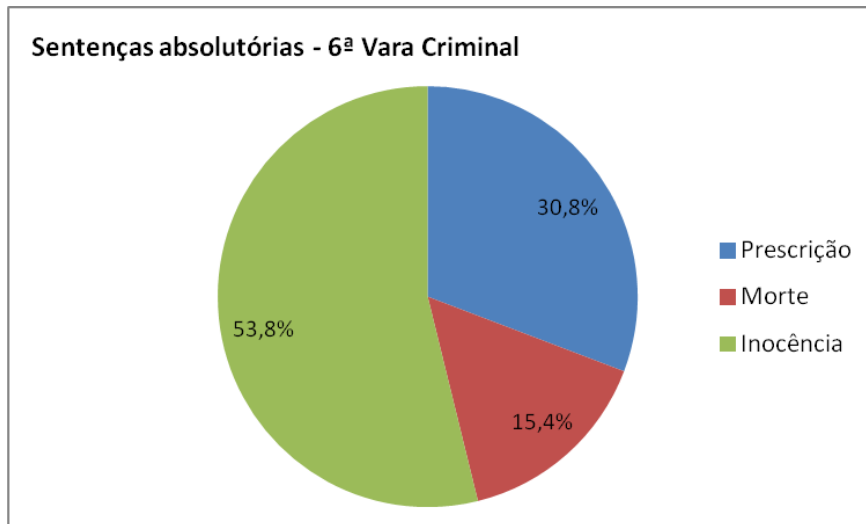
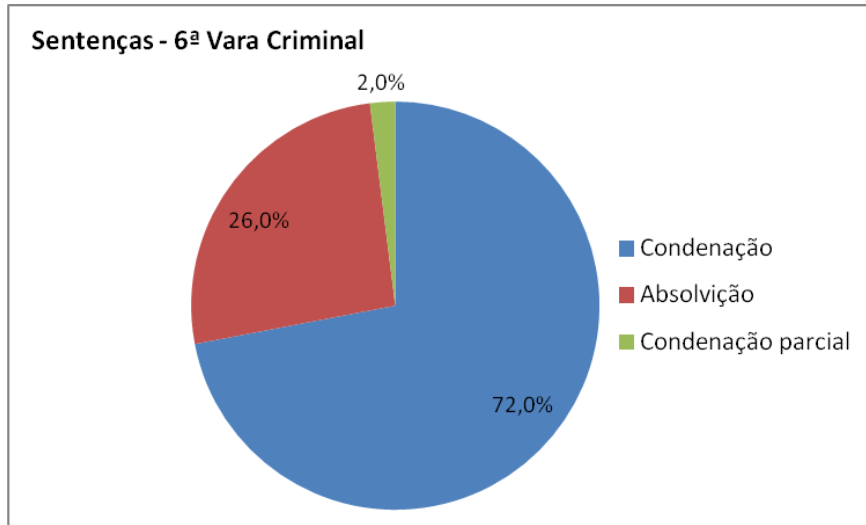


GRÁFICO 9 - SENTENÇAS - 6.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
 FONTE: TJ/PR

▪ 7.<sup>a</sup> Vara Criminal:

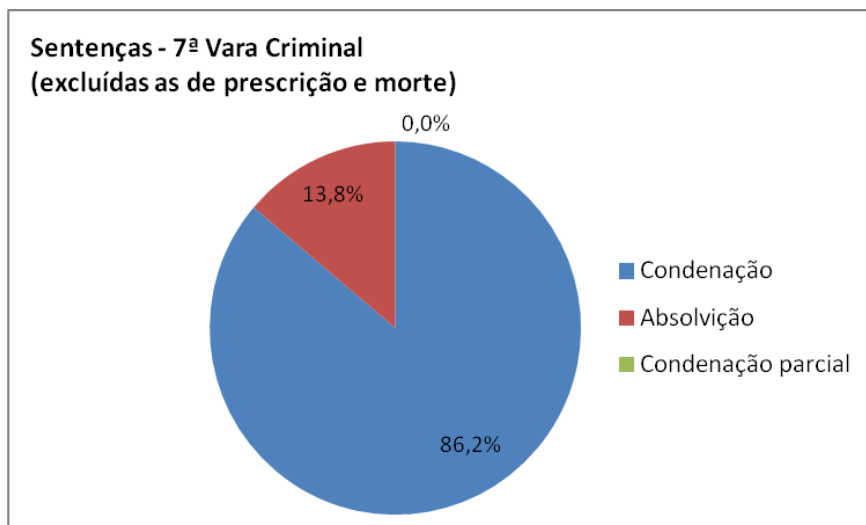
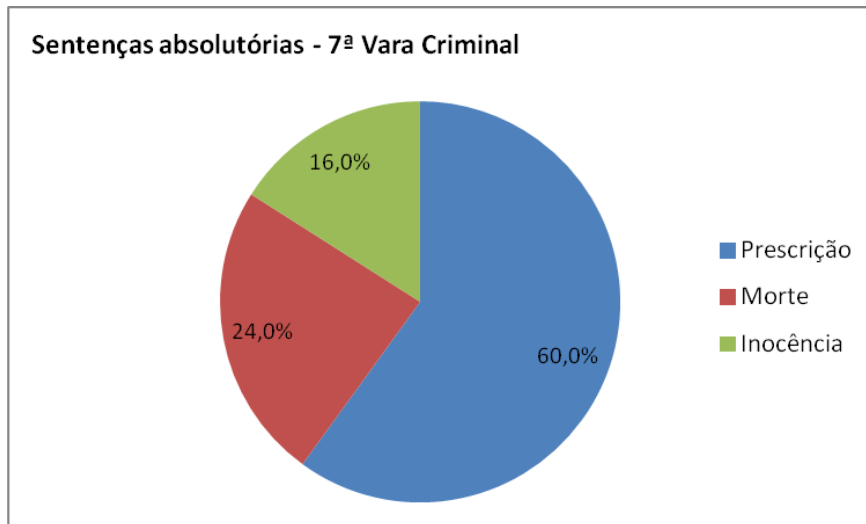
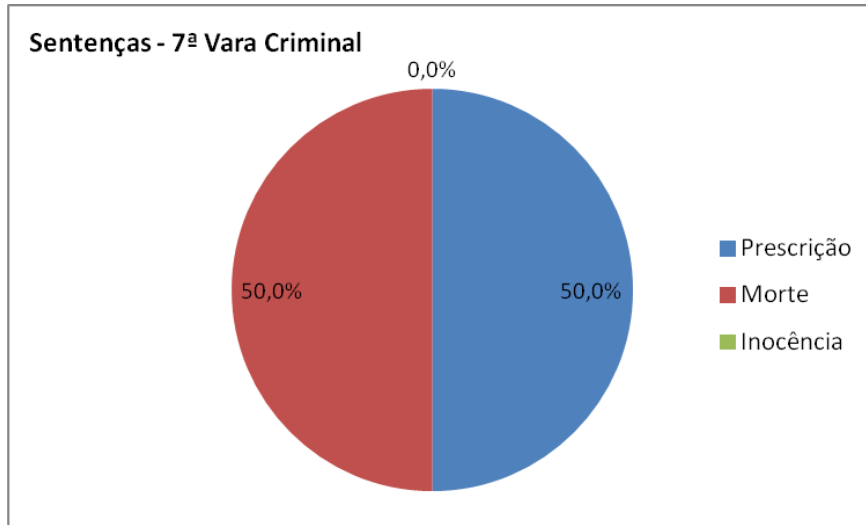


GRÁFICO 10 - SENTENÇAS - 7.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
 FONTE: TJ/PR

▪ 8.<sup>a</sup> Vara Criminal:

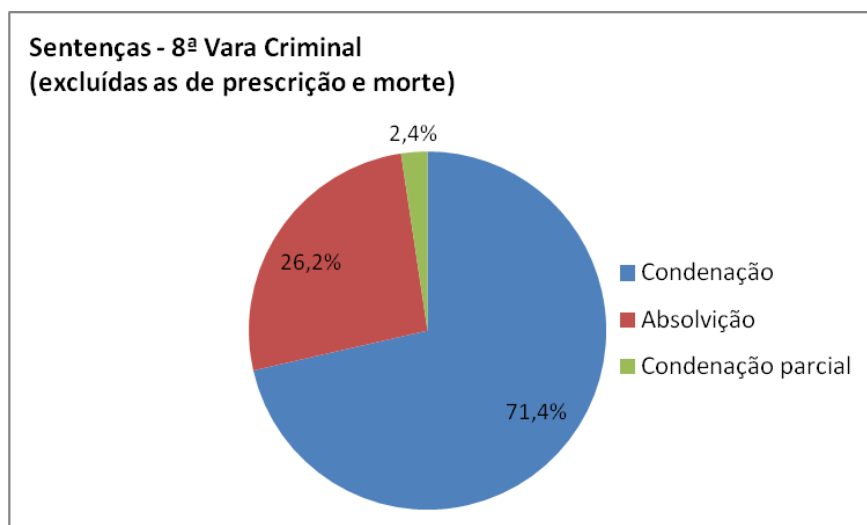
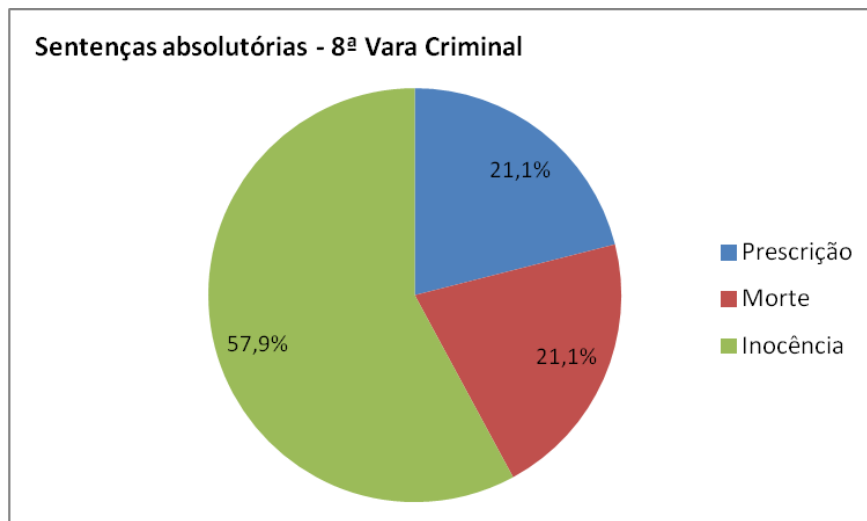
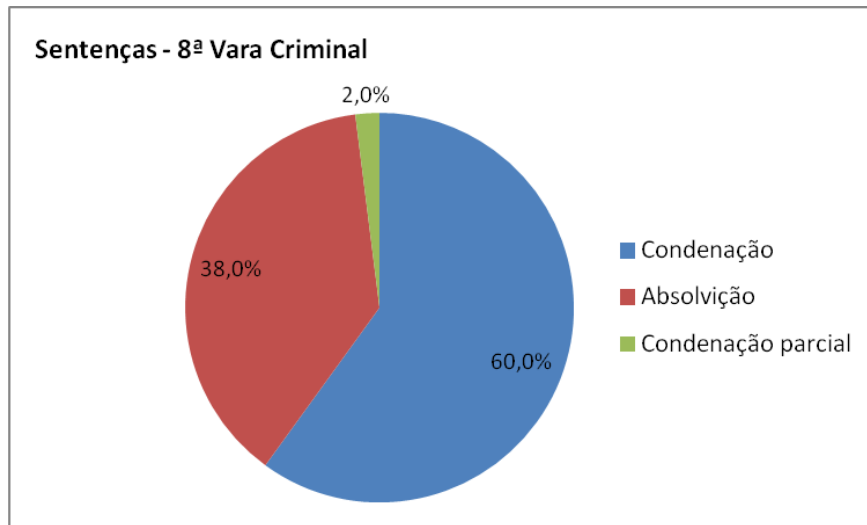


GRÁFICO 11 - SENTENÇAS - 8.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
FONTE: TJ/PR

▪ 9.<sup>a</sup> Vara Criminal:

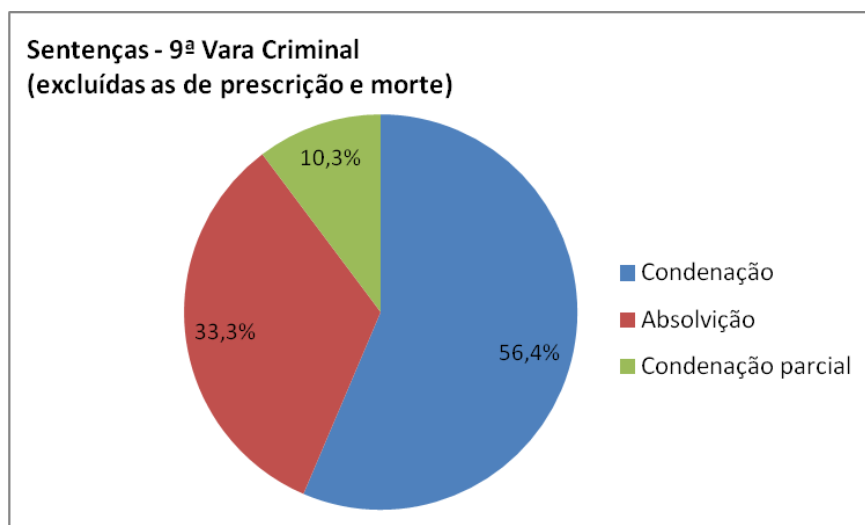
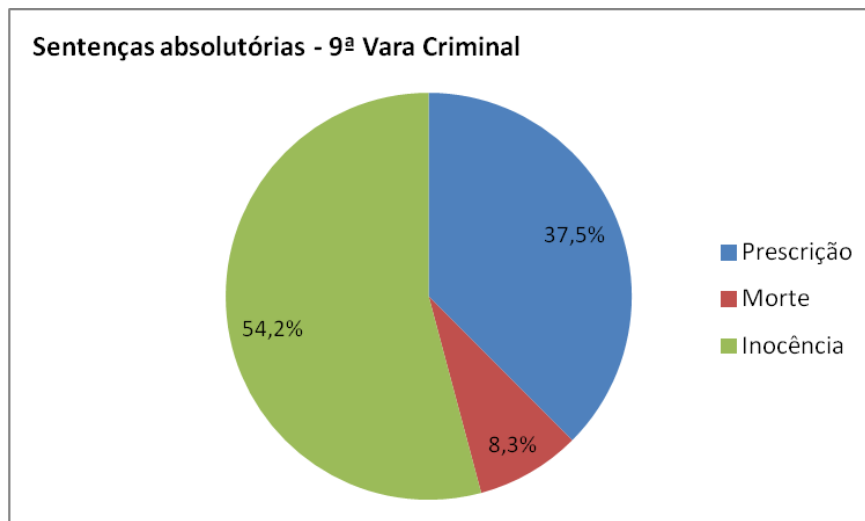
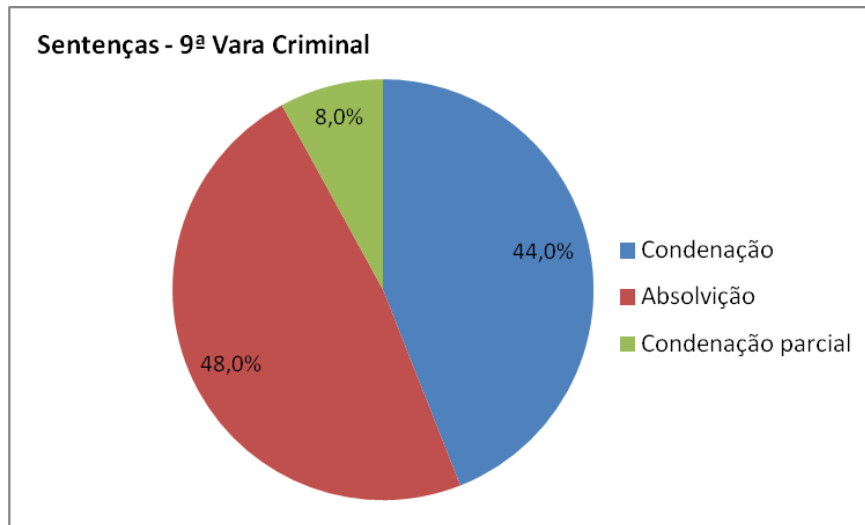


GRÁFICO 12 - SENTENÇAS - 9.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
FONTE: TJ/PR



▪ 10.<sup>a</sup> Vara Criminal:

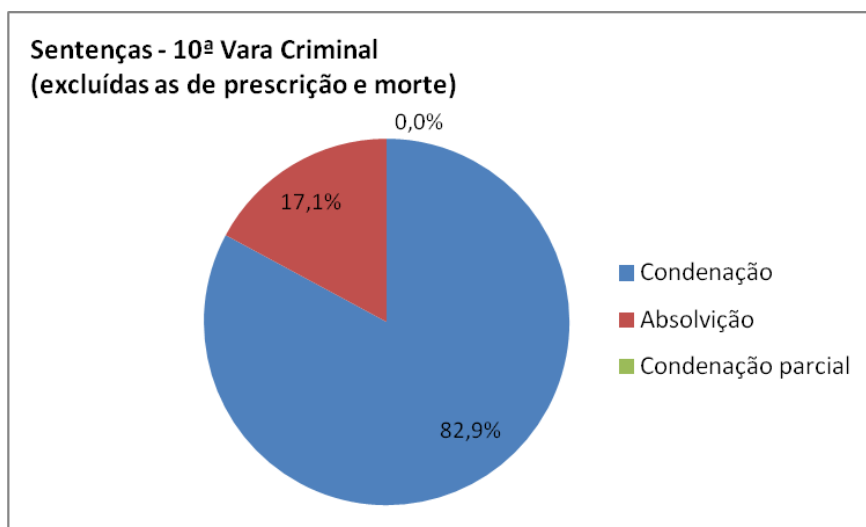
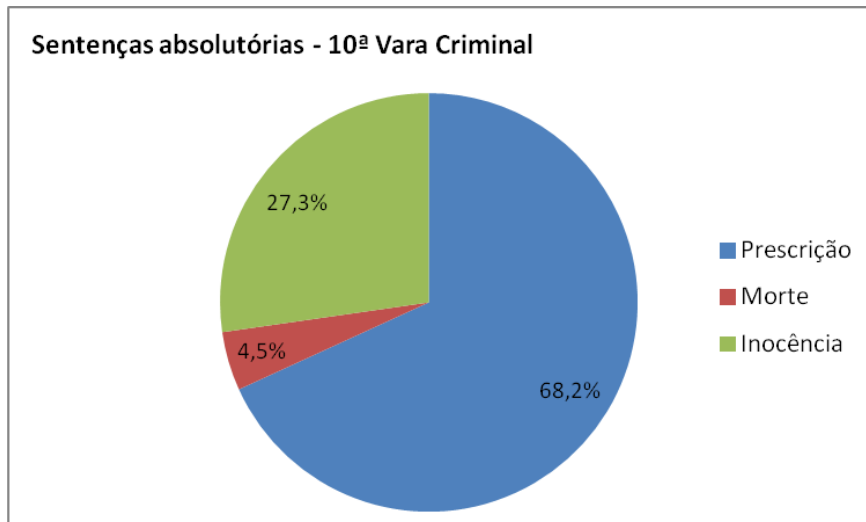
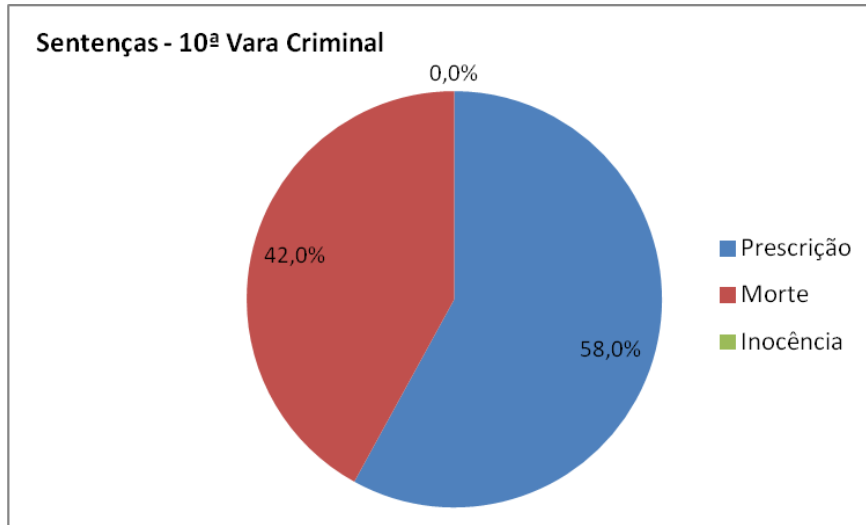


GRÁFICO 13 - SENTENÇAS - 10.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
 FONTE: TJ/PR

▪ 11.<sup>a</sup> Vara Criminal:

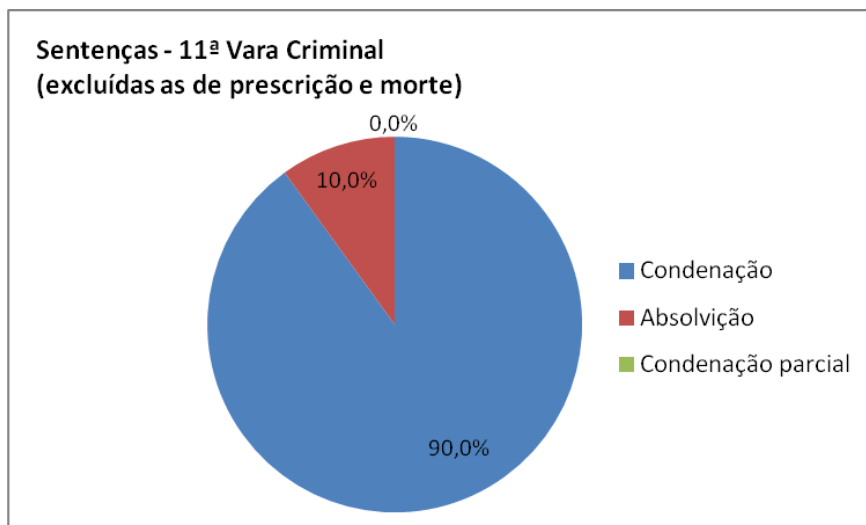
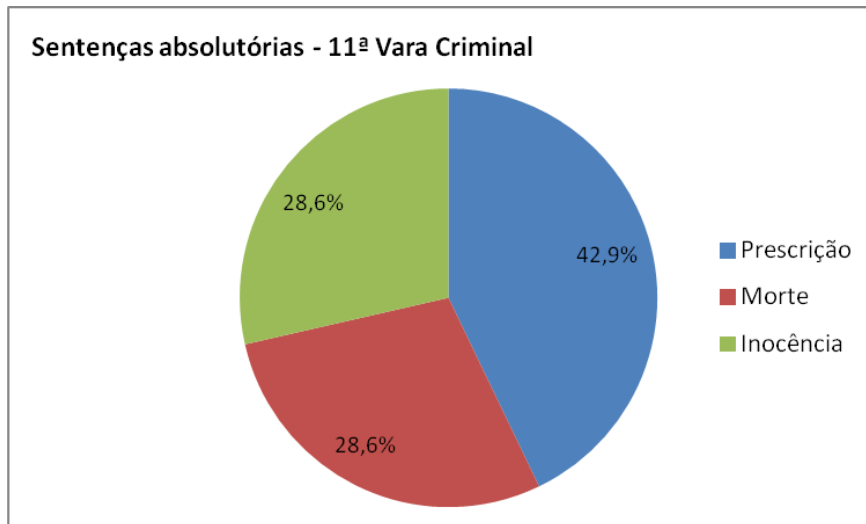
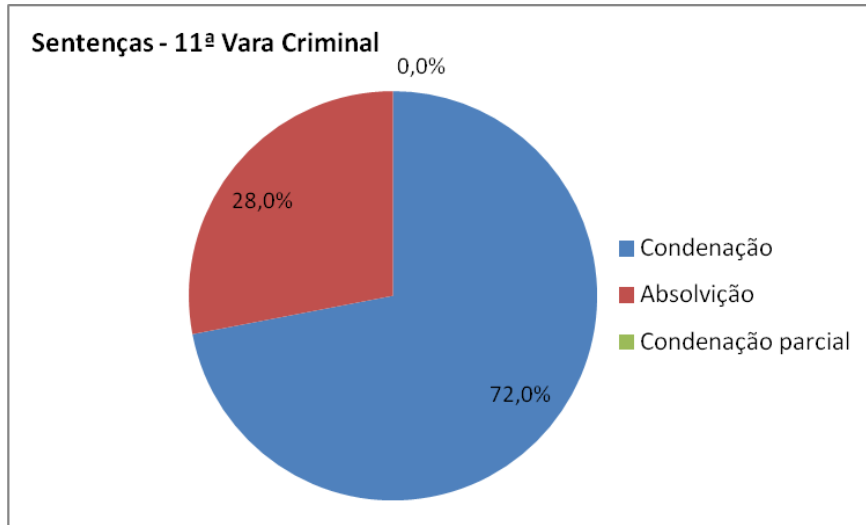


GRÁFICO 14 - SENTENÇAS - 11.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
 FONTE: TJ/PR

▪ 13.<sup>a</sup> Vara Criminal – violência doméstica:

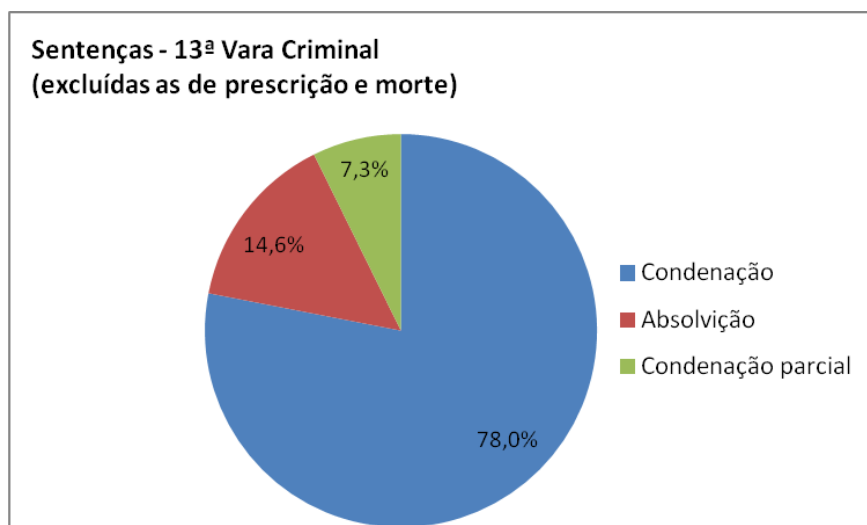
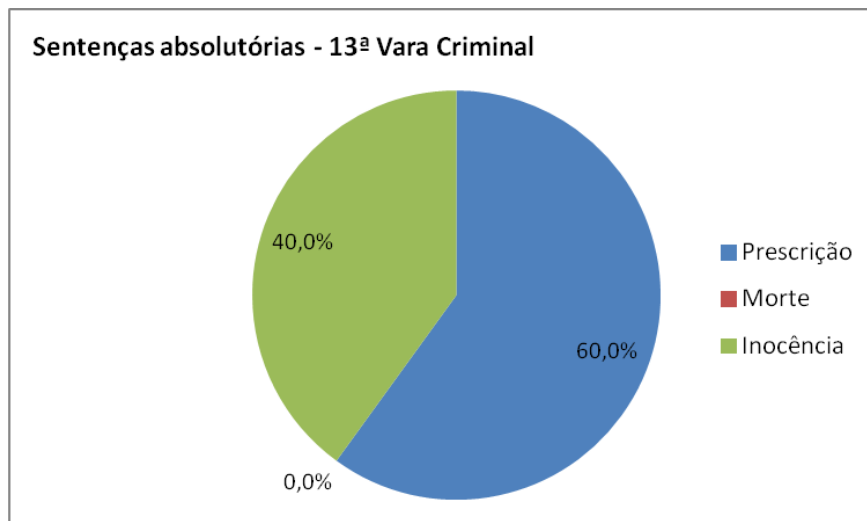
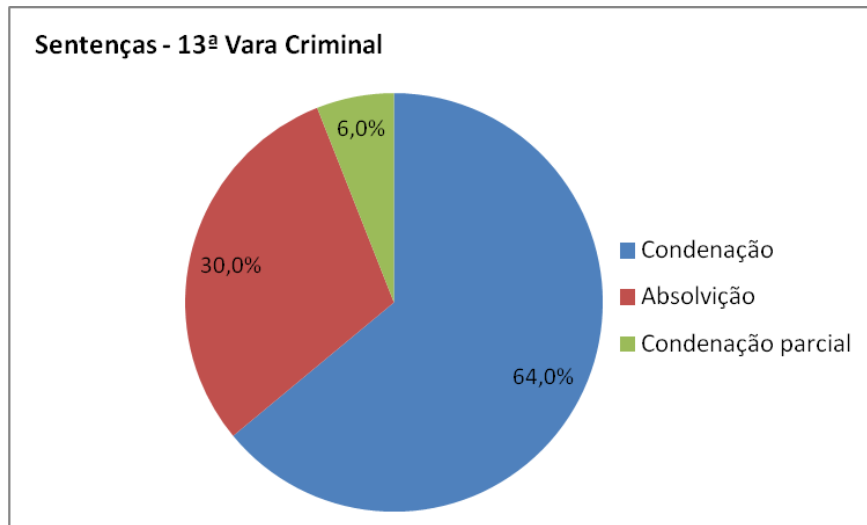


GRÁFICO 15 - SENTENÇAS - 13.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
FONTE: TJ/PR

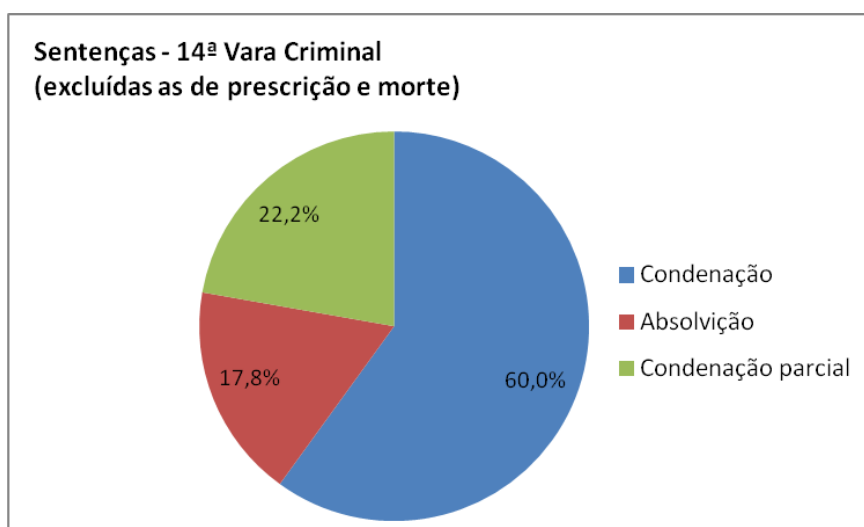
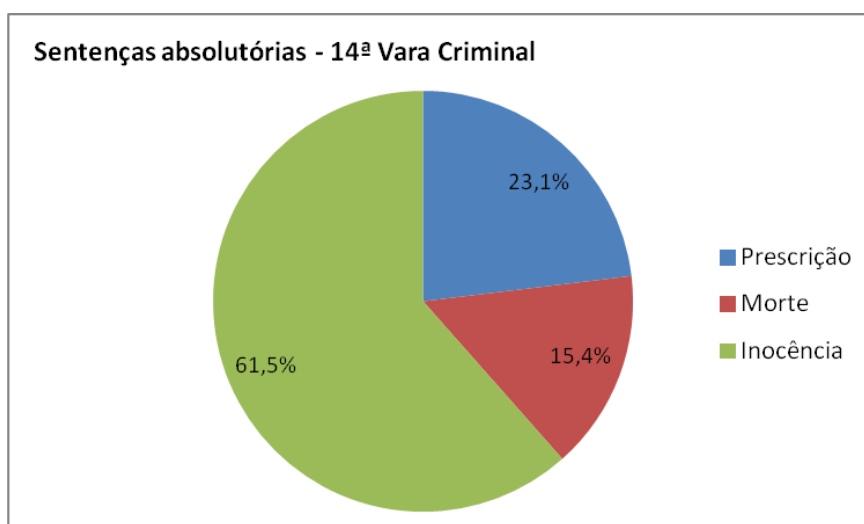
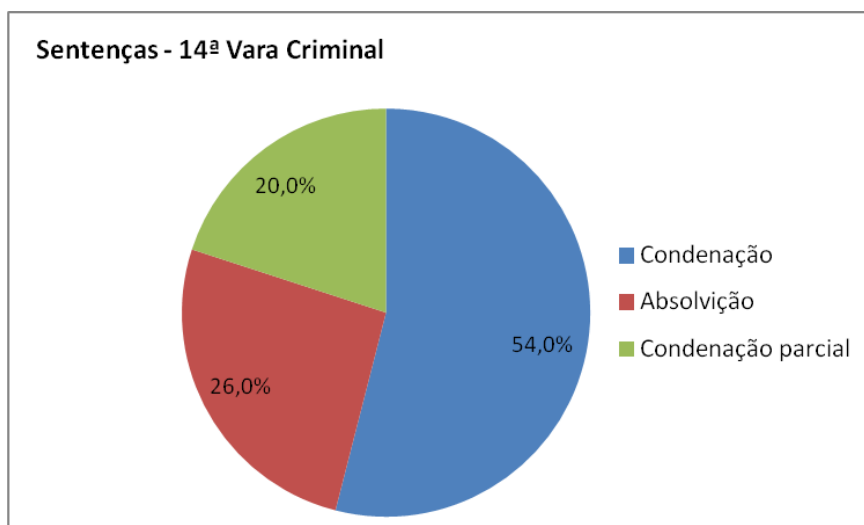
▪ 14.<sup>a</sup> Vara Criminal:

GRÁFICO 16 - SENTENÇAS - 14.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL  
FONTE: TJ/PR

- 1.º Tribunal do Júri:

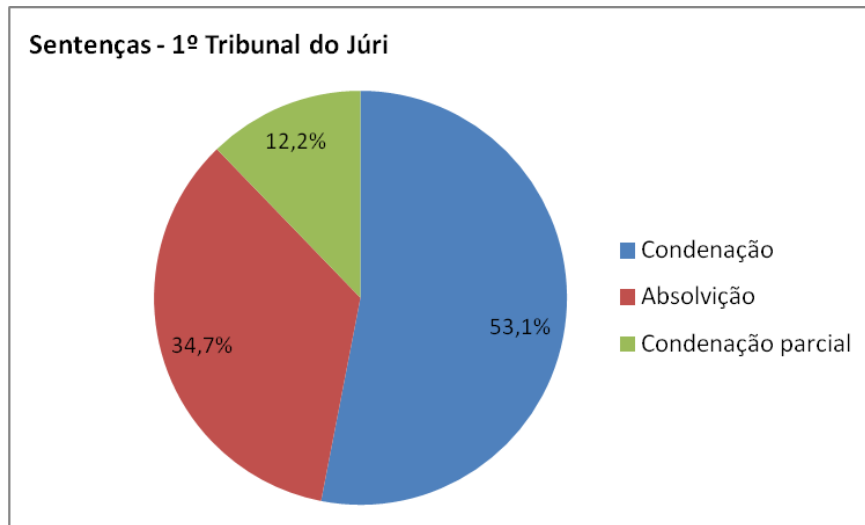


GRÁFICO 17 - SENTENÇAS - 1.º TRIBUNAL DO JÚRI  
 FONTE: TJ/PR

- 2.º Tribunal do Júri:

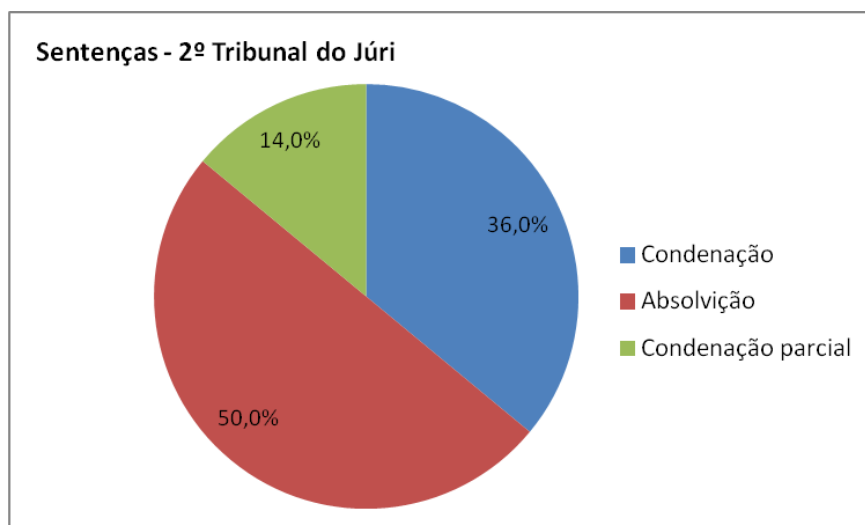


GRÁFICO 18 - SENTENÇAS - 2.º TRIBUNAL DO JÚRI  
 FONTE: TJ/PR

Fazendo-se uma média comparativa entre as sentenças em que se declaram o réu culpado ou inocente (excluídas as de prescrição e morte) proferidas pelas 12 Varas Criminais de competência geral (1.ª a 11.ª e 14.ª) com as da Vara de Violência Doméstica (13.ª) e as dos dois Tribunais do Júri (1.º e 2.º), constata-se que as absolvições são mais frequentes neste último grupo em que os julgadores não são juízes togados.

- Varas Criminais de competência geral (1.<sup>a</sup> a 11.<sup>a</sup> e 14.<sup>a</sup>):

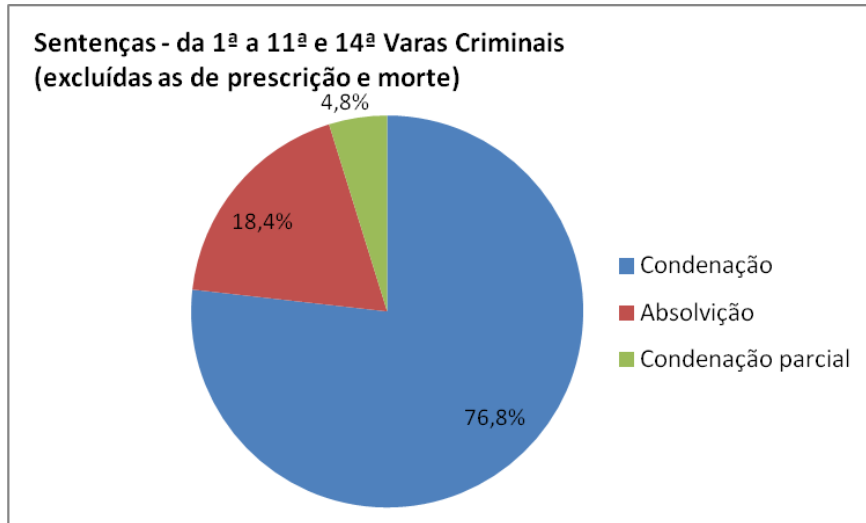


GRÁFICO 19 - SENTENÇAS - VARAS CRIMINAIS DE COMPETÊNCIA GERAL (1.<sup>a</sup> a 11.<sup>a</sup> e 14.<sup>a</sup>)  
 FONTE: TJ/PR

- Vara de Violência Doméstica (13.<sup>a</sup>):

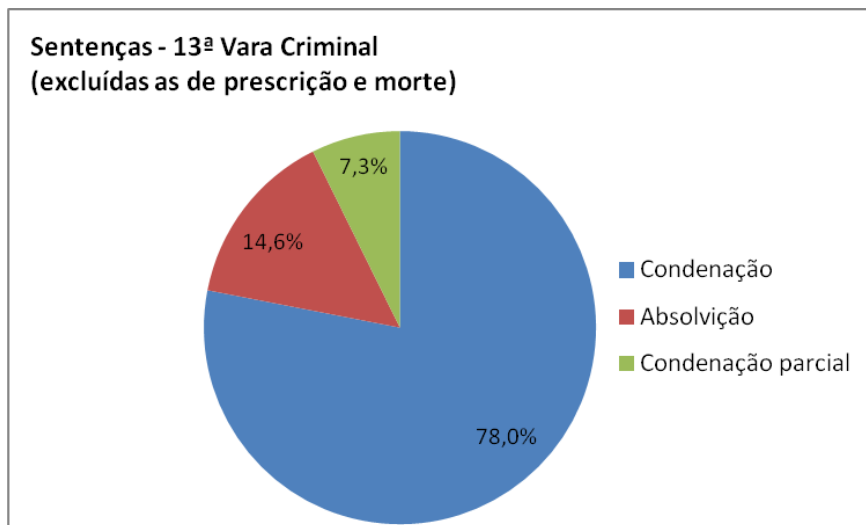


GRÁFICO 20 - SENTENÇAS - VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (13.<sup>a</sup>)  
 FONTE: TJ/PR

- Tribunais do Júri (1.º e 2.º):

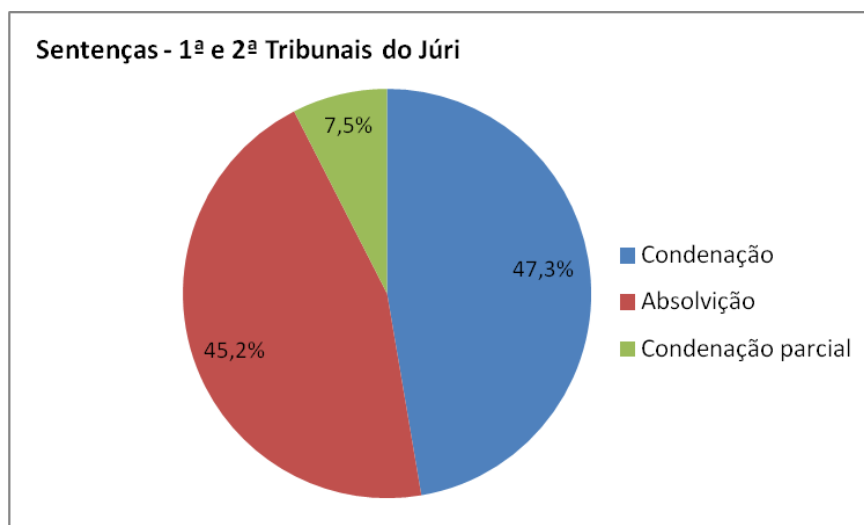


GRÁFICO 21 - SENTENÇAS - TRIBUNAIS DO JÚRI (1.º e 2.º)  
 FONTE: TJ/PR

Enquanto na Vara de Violência Doméstica as absolvições com declaração de inocência representam apenas 14,6% do total de sentenças, nas Varas Criminais de competência geral esse percentual é de 18,4%, ou seja, bem próximos os números; nos Tribunais do Júri esta mesma decisão está presente em 45,2% das sentenças.

Conclui-se, portanto, que a punitividade é maior significativamente entre os magistrados de carreira se comparados com os jurados leigos que formam o Conselho de Sentença nos julgamentos do Tribunal do Júri.

Semelhante conclusão chegou Klaus Sessar, em pesquisa que realizou na Alemanha assim que houve alterações legislativas com a finalidade de mitigação da punição ou arquivamento das lides penais. O legislador alemão estabeleceu em alguns casos (excluídos os crimes violentos graves) uma reconciliação entre vítima e infrator prévia ao processo. Comparando os casos em que as partes puderam decidir o resultado com os que os órgãos públicos tiveram que sentenciar, concluiu o pesquisador que "os magistrados, e especialmente os do ministério público, eram mais punitivos do que o público"<sup>210</sup>.

<sup>210</sup> SESSAR, Klaus. Os problemas que a criminologia enfrenta face ao direito penal e à política criminal: algumas considerações teóricas. In: AGRA, Cândido da. (Org.). **A criminologia: um arquipélago interdisciplinar**. Porto: U. Porto, 2012. p.586.

Pois bem, se os órgãos públicos não espelham o interesse da vítima, estariam eles legitimados para aplicar sanções tão severas? Quer parecer que não.

Veja-se que o percentual de condenações (excluídas as sentenças que reconheceram a prescrição ou a morte, ou seja, que não tiveram oportunidade de dizer se o réu era verdadeiramente culpado ou inocente) chega a surpreendentes 90,5% na 5.<sup>a</sup> Vara Criminal, 90,0% na 11.<sup>a</sup> Vara Criminal, 86,2% na 7.<sup>a</sup> Vara Criminal, 84,6% na 1.<sup>a</sup> Vara Criminal, 82,9% na 10.<sup>a</sup> Vara Criminal e 81,8% na 6.<sup>a</sup> Vara Criminal.

Por que se condena tanto? Por que se pune tanto?

Augusto Thompson, em possível explicação à indagação supra, comenta que, por não se conseguir extrair das provas a certeza real, o "juiz tende a deslocar o objeto da investigação para a sede menos dúbia e que, para ele, se afigura mais palpável, mais concretamente apreensível: a figura do acusado"<sup>211</sup>.

Não que a conclusão acima deva-se ao esmero maior dos órgãos acusadores em relação aos defensores, pois, como é por todos sabido, o ministério público deve, por obrigação jurídica e moral, manifestar-se pela absolvição sempre que constatá-la.

A justificativa talvez, ao invés, esteja na disparidade de armas entre as partes processuais.

Os promotores são servidores públicos, selecionados através de concurso, em geral bem remunerados, gozando de elevado *status* social, tudo concorrendo para que sejam recrutados entre profissionais de médio a bom nível. Os advogados contratados pelos advogados são profissionais autônomos, cuja sobrevivência depende, em grande parte, da obtenção de resultados favoráveis nas causas em que atuam, escalonando-se, informalmente, em razão de suas qualidades, desde aqueles pouco dotados (mas baratos) até alguns verdadeiros luminares (porém caros). Aos réus carentes de recursos para contratar advogado particular, o Estado oferece os defensores públicos – escolhidos de maneira semelhante aos promotores, mas com ganhos e posições inferiores a estes.<sup>212</sup>

Após comentar as dificuldades que toda defesa tem em conseguir a produção de qualquer elemento probatório, ficando corriqueiramente o defensor a exercer tão somente a fiscalização sobre o trabalho dos estagiários, atestando-se, com isso, o

---

<sup>211</sup> THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**: o crime e o criminoso: entes políticos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.90.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p.93.



massacre dos defensores, Thompson conclui que "a grande maioria dos réus pobres é julgada sem defesa ou, o que dá no mesmo, com um mero simulacro de defesa"<sup>213</sup>.

Além da já comentada estigmatização dos réus, verifica-se claramente que os julgadores advêm de classe social, na maioria das vezes, distinta de seus "clientes". Assim, difícil é exigir que o juiz coloque-se no lugar de quem ele sequer sabe onde está. São mundos distintos, com valores diferentes e perspectivas de vida irreconciliáveis.

Em pesquisa realizada na década de 1990 sobre toda a magistratura brasileira, chegou-se à seguinte tabela quanto à ocupação dos pais dos magistrados de acordo com o ramo da Justiça.<sup>214</sup>

TABELA 1 - OCUPAÇÃO DOS PAIS DOS MAGISTRADOS DE ACORDO COM O RAMO DA JUSTIÇA

OCUPAÇÃO DO PAI	COMUM		FEDERAL		TRABALHO		MILITAR	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Alto escalão	674	32,5	61	42,7	181	31,9	6	35,3
Médio escalão	510	24,6	25	17,5	142	25,0	6	35,3
Baixo escalão	623	30,0	35	24,5	158	27,8	2	11,8
Empresário	254	12,2	21	14,7	85	15,0	3	17,6
Não sabe	14	0,7	1	0,7	2	0,4	-	-
TOTAL	2075		143		568		17	

FONTE: Retirada de VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p.95

Logo, em média, 60% dos magistrados vêm de classe social alta e média, enquanto "as prisões estão ocupadas, de 95% a 99%, por gente das camadas marginalizadas da sociedade"<sup>215,216</sup>.

<sup>213</sup> THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**: o crime e o criminoso: entes políticos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.94.

<sup>214</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p.95.

<sup>215</sup> THOMPSON, *op. cit.*, p.94.

<sup>216</sup> Wacquant, em pesquisa realizada na Casa de Detenção de Los Angeles, constatou que dentre os prisioneiros "7 em cada 10 não tem nenhum diploma" (WACQUANT, Loïc. A ascensão do estado penal nos EUA. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.7, n.11, p.20, 1.º sem. 2002/2003.

2.1.3 Quem condena mais, o homem ou a mulher?

Tendo como critério o sexo do magistrado que sentenciou o caso, bem como com as explicações quanto à classificação das decisões judiciais, tem-se o seguinte panorama:

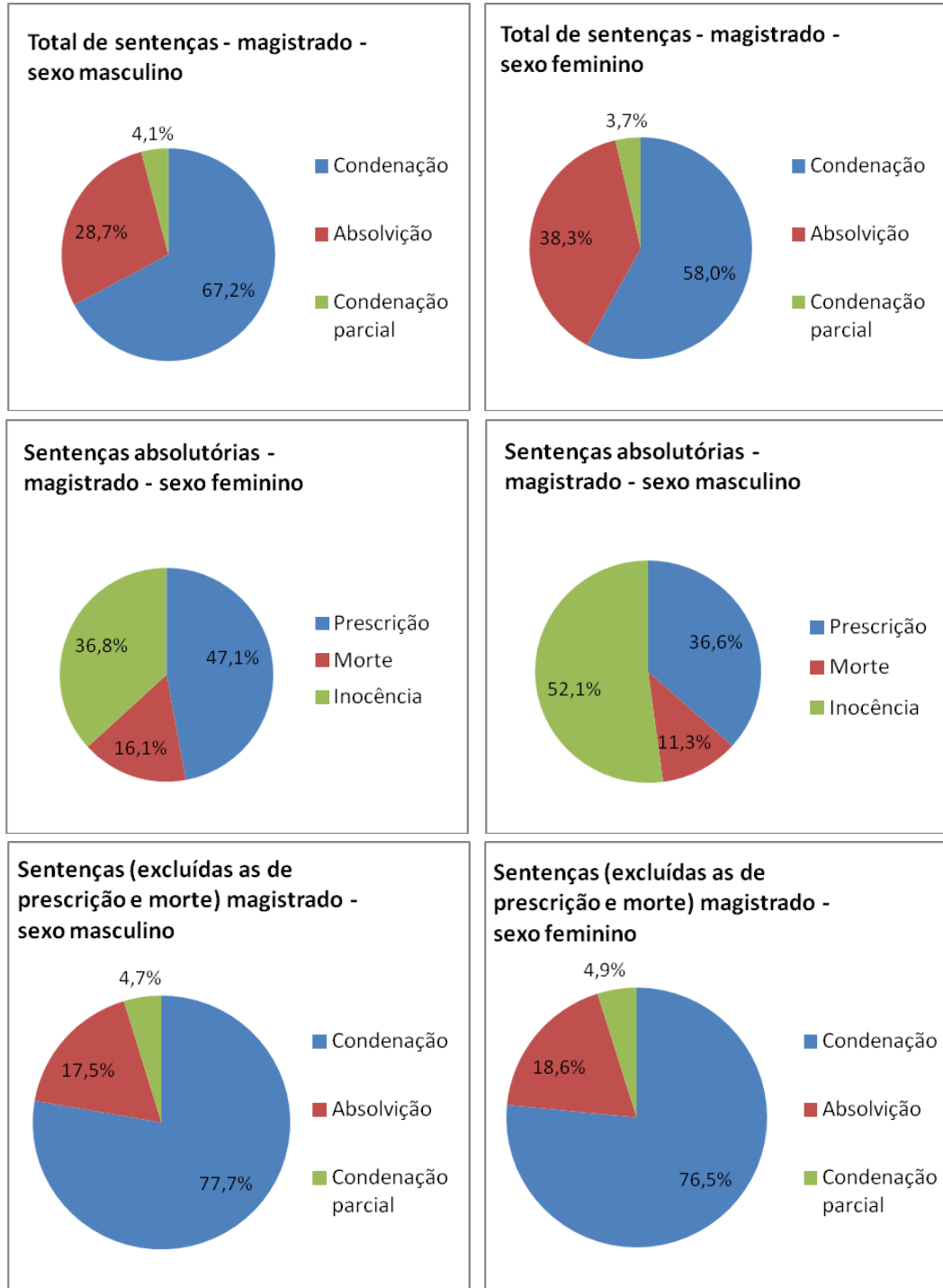


GRÁFICO 22 - DISTRIBUIÇÃO DAS SENTENÇAS DE ACORDO COM O SEXO DO MAGISTRADO  
 FONTE: TJ/PR

Do comparativo acima se conclui que os magistrados são somente um pouco mais punitivos do que as magistradas (82,4% e 81,4%, respectivamente, somando-se as sentenças condenatórias parciais ou totais).

Klaus Sessar, na mesma pesquisa acima comentada, chegou à conclusão de que na Alemanha os que têm maior ganância punitiva são os membros do ministério público do sexo masculino e os que menos têm são os magistrados do sexo feminino. Ou seja, também no comparativo entre magistrados, os do sexo masculino são mais punitivos do que os do sexo feminino.<sup>217</sup>

Sessar não forneceu o valor que diferenciou ambos os sexos, porém, como nesta pesquisa a diferença foi de apenas 1%, não dá para se concluir que realmente exista alguma discrepância significativa quanto à inclinação para condenação a depender do sexo do magistrado sentenciante.

#### 2.1.4 Os maiores "clientes" do sistema punitivo são homens

De todo o universo de sentenças coletadas, o número de réus do sexo masculino é mais que onze vezes maior do que o referente aos réus do sexo feminino.

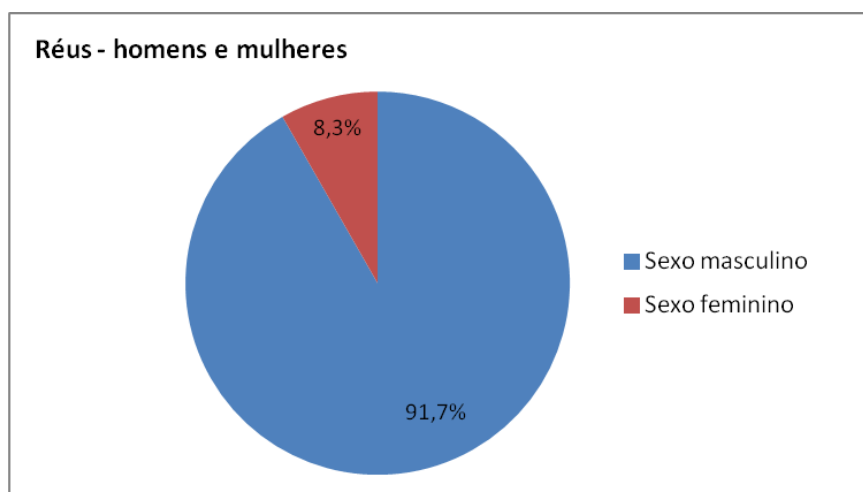


GRÁFICO 23 - RÉUS - HOMENS E MULHERES  
FONTE: TJ/PR

---

<sup>217</sup> SESSAR, Klaus. Os problemas que a criminologia enfrenta face ao direito penal e à política criminal: algumas considerações teóricas. In: AGRA, Cândido da. (Org.). **A criminologia: um arquipélago interdisciplinar**. Porto: U. Porto, 2012. p.586/587.

Porém, no que se refere à distribuição das sentenças condenatórias e absolutórias entre os réus do sexo masculino e feminino, parece não haver distinção percentual significativa.

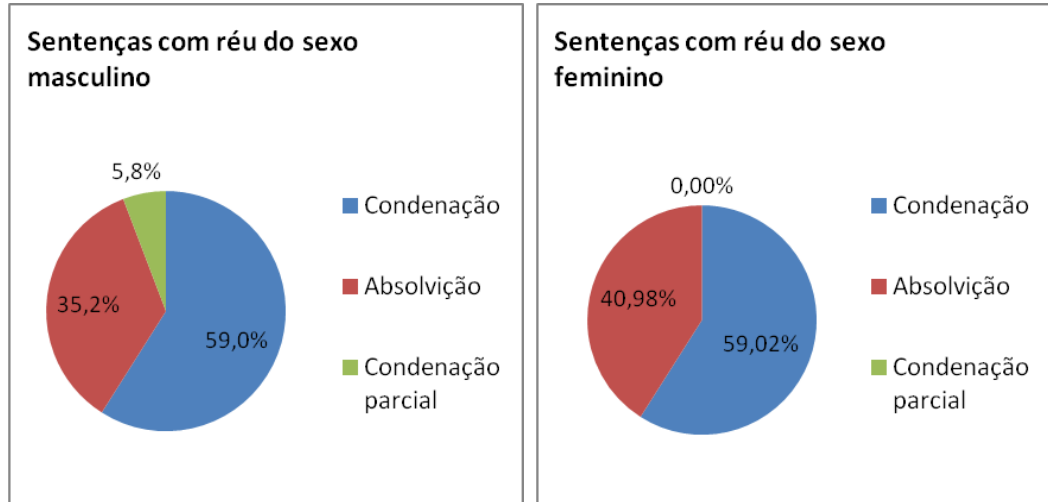


GRÁFICO 24 - SENTENÇAS - RÉUS DO SEXO MASCULINO E FEMININO  
 FONTE: TJ/PR

2.1.5 Parte autora

Como decorrência da atribuição privativa prevista na Constituição da República, art. 129, I, das 750 sentenças coletadas em 747 delas a ação penal foi iniciada pelo ministério público do Estado do Paraná, restando, apenas, três queixas-crime.

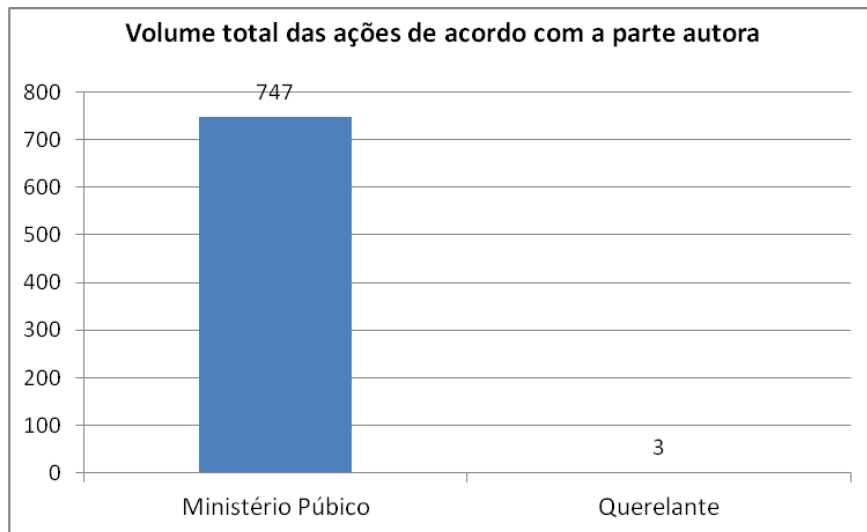


GRÁFICO 25 - VOLUME TOTAL DAS AÇÕES DE ACORDO COM A PARTE AUTORA  
 FONTE: TJ/PR

Interessante é que, embora o número reduzido de queixas-crime, o resultado foi bastante diverso quanto ao conteúdo da sentença a depender de ter sido iniciada a ação pelo ministério público ou por querelante.

As três queixas tiveram sentenças absolutórias, sendo uma delas por prescrição e as outras duas declarando-se o réu inocente.

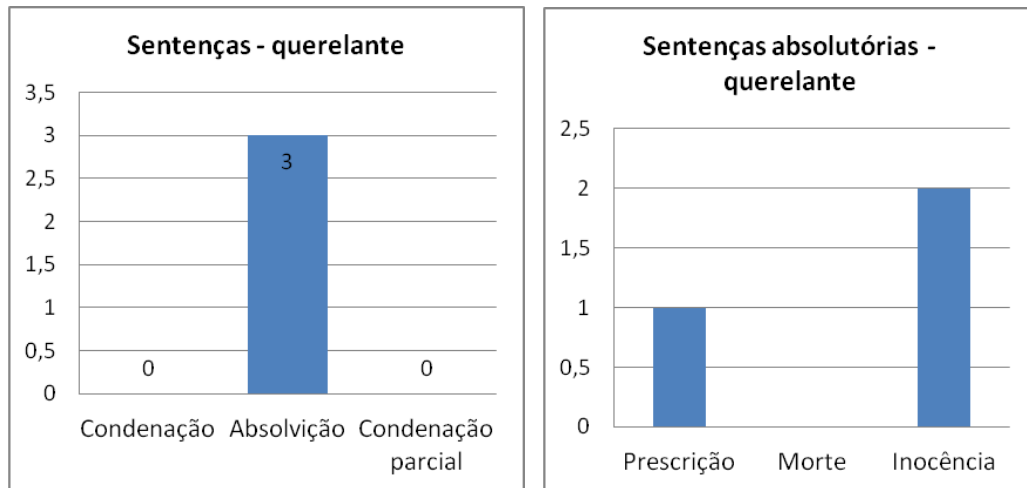


GRÁFICO 26 - SENTENÇAS PARTE - AUTORA QUERELANTE  
 FONTE: TJ/PR

Já as ações propostas pelo ministério público tiveram como resultado quase 65% de condenações, sendo que das 747 ações, 483 delas tiveram sentenças condenatórias (parcial ou totalmente) e apenas 264 foram absolvições.

E mais, dessas 264 absolvições, 131 delas ocorreram em razão de ter sido declarada a prescrição ou a morte do agente, ou seja, praticamente em metade; restam, assim, apenas 133 declarações de inocência do montante total de 747 sentenças, o que corresponde somente a cerca de 17,8%.

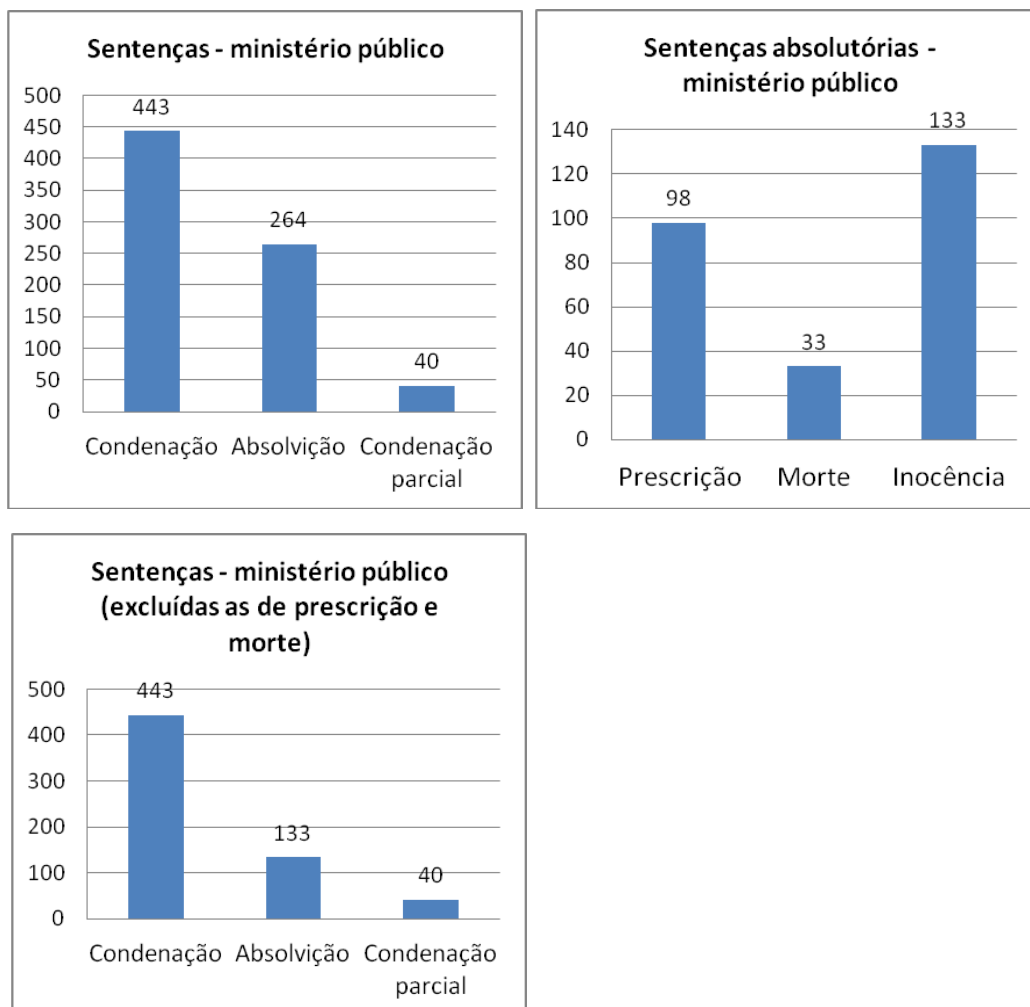


GRÁFICO 27 - SENTENÇAS PARTE AUTORA - MINISTÉRIO PÚBLICO  
 FONTE: TJ/PR

O que explicaria tamanho êxito acusatório do ministério público?

Talvez uma ideia que perpassa o imaginário coletivo popular é de que é benéfico ter um juiz que trabalhe "alinhado" com o promotor. É possível que tal imagem esteja vinculada ao fato de que ambas as carreiras são públicas, que o ingresso, portanto, seja por concurso público, e que, por vezes, o que não é benéfico, mas existente, que o ministério público tenha seu gabinete no fórum, ao lado do juiz.

Tal proximidade, que também se apresenta equivocadamente nas estruturas físicas das salas de audiência, onde o ministério público, ainda que parte, sinta ao lado do juiz, diferentemente do defensor, pode ter alguma influência sobre o resultado espelhado nesta pesquisa.

Porém, diferentemente, o juiz tem de ser imparcial, sendo-lhe possível produção de provas oficiosamente somente a favor da defesa e nunca podendo substituir a parte acusadora. Seria colocar o réu numa situação mais frágil do que já tem,

tendo contra si o órgão do ministério público e o juiz, procurando produzir provas para incriminá-lo.

Partes acusadora e julgadora *nunca* podem trabalhar "alinhas". Devem manter-se distantes em seus ofícios.

Um juiz não pode ser formalista e nem acomodado. Formalista no sentido de se apegar demais às regras postas desprezando eventual senso de justiça que elas possam não ter. Acomodado como forma de chancelar, conscientemente ou não, violações de direitos humanos por vezes existentes na dinâmica processual são encaradas como meras irregularidades desimportantes. "Um vizinho muito próximo do formalista", segundo advertência de Dalmo de Abreu Dallari, "é o juiz acomodado, o que se afirma apolítico e entende que não é tarefa sua fazer indagações sobre a justiça, a legitimidade e os efeitos sociais das leis"<sup>218</sup>.

Albrecht chama a atenção para o fato de que na Alemanha o número de juízes criminais desde a década de 1970 tem permanecido constante enquanto o de agentes do ministério público cresce continuamente:

O número de agentes do ministério público evoluiu de 2.999, no ano de 1975, para 3.593, no ano de 1981. Até o ano de 2003 cresceu, mais uma vez, para 5.510, o número de agentes do ministério público. Em contrapartida, no ano de 1981 ficavam os juízes criminais com 4.413 vagas, ainda quase 1.000 vagas acima dos agentes do ministério público. Esta proporção foi invertida, desde o começo dos anos 90, pelas administrações de Justiça dos Estados. Apesar do aumento de cinco novos Estados federais, estagnaram os juízes penais, em todo território federal, desde 1994, no mesmo nível (1994: 4.306; 1995: 4.390; 1997: 4.340; 2000: 4.449; 2003: 4.395). Ao contrário, os agentes do ministério público ficam, no mesmo período de tempo, claramente acima (199: 4.920; 1995: 5.375; 1997: 5.211; 2000: 5.044; 2003: 5.150).<sup>219</sup>

Todos esses argumentos, aliados ao fato de que o ministério público detém prerrogativas institucionais decorrentes da figura de agente público podendo requisitar (sentido de ordem) informações e diligências a diversos órgãos públicos e privados (Lei n.º 8625, art. 26), talvez justifiquem o quadro condenatório acima denunciado.

---

<sup>218</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.40.

<sup>219</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos; Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p.307.

### 2.1.6 Distribuição de condenações por tipo de injusto

Para que fosse analisada a representatividade de cada tipo de injusto no total de condenações, foi necessário excluir as duas Varas do Tribunal do Júri, uma vez que do contrário inevitavelmente restaria deturpada a distribuição percentual, pois nestas duas a figura típica homicídio representa praticamente todas as condenações.

Com essa providência, não foi possível constatar o grau de incidência do tipo homicídio dentro do quadro condenatório da pesquisa.

Do restante, furto e roubo representam quase metade das condenações (47,7%, sendo 16% para furto e 31,7% para roubo). Roubo sozinho dá conta de praticamente 1/3 das condenações (31,7%).

Tomando-se em conta os outros tipos de injusto contra o patrimônio com maior incidência, além de furto e roubo (extorsão, apropriação indébita, estelionato e receptação), 56,5% das condenações são em decorrência do reconhecimento da prática de crimes contra o patrimônio.

Tráfico de drogas representa 14,6% das condenações.

Somando-se os crimes contra o patrimônio com o tráfico de drogas, sendo que aqueles na maioria das vezes são decorrência destes últimos, tem-se que 71,1% das condenações decorrem, muito possivelmente, da criminalização das drogas.

TABELA 2 - DISTRIBUIÇÃO DE CONDENAÇÕES POR TIPO DE INJUSTO

TIPO DE INJUSTO	PERCENTUAL DE INCIDÊNCIA
Lesão corporal	4,5
Ameaça	2,3
Furto	16,0
Roubo	31,7
Extorsão	0,9
Apropriação indébita	1,6
Estelionato	2,3
Receptação	4,0
Estupro	0,2
Falsidade ideológica	0,5
Uso de documento falso	1,6
Adulteração de sinal identificador de veículo automotor	0,2
Corrupção ativa	0,5
Posse irregular de arma de fogo de uso permitido	0,7
Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido	5,2
Disparo de arma de fogo	0,9
Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito	7,7
Homicídio culposo na direção de veículo automotor	0,2
Tráfico de drogas	14,6
Discriminação de pessoa idosa	0,2
Contravenção penal	1,2
Outros	2,8
TOTAL	100,0

FONTE: TJ/PR



Com dados semelhantes, Wacquant indica que no ano de 1992 2/3 dos detentos nos EUA eram decorrentes de condenações por posse ou distribuição de drogas, furto, roubo e receptação, sendo que "as infrações mais frequentemente cometidas pelos novos detentos são: posse ou distribuição de drogas (29%), furto e receptação (19%), roubo (15%), atentado à ordem pública (8%)"<sup>220</sup>.

Surpreende é que nenhuma das 750 sentenças coletadas e, portanto, nenhuma das 483 condenações, dizem respeito ao tipo de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159) tão alardeado pela mídia.

A impressão do índice de "criminalidade", principalmente por extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), "vendida" pela mídia está em dissonância com a realidade. Talvez a difusão do medo e terror decorrente da prática deste injusto esteja mais atrelada à constatação de quem são suas possíveis vítimas: pessoas que possuem patrimônio considerável e que, portanto, fazem parte de determinado grupo social dominante.

Outro dado importante é o que mostra que as contravenções penais, não obstante seu caráter anacrônico, continuam ainda a figurar nas decisões judiciais com aplicação de penas privativas de liberdade, representando 1,2% das sentenças condenatórias.

Vale registrar que mesmo que as penas privativas de liberdade das contravenções sejam substituídas por restritivas de direito, caso não haja o cumprimento das condições destas penas substitutivas, será convertida a sanção novamente para a privativa de liberdade.

Em Portugal, diferentemente, o Código Penal em seu art. 74<sup>221</sup> prevê para todos os delitos que não tenham pena superior a 6 meses a possibilidade de o

---

<sup>220</sup> WACQUANT, Loïc. A ascensão do estado penal nos EUA. **Discursos Seduciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.7, n.11, p.23-24, 1.º sem. 2002/2003.

<sup>221</sup> "Artigo 74

Dispensa de pena

1 - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se:

a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas;

b) O dano tiver sido reparado; e

c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.

2 - Se o juiz tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro de 1 ano, em dia que logo marcará.

3 - Quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso se verificarem os requisitos contidos nas alíneas do n.º 1." (Disponível em: <<http://www.juareztaavares.com/textos/codigoportugues.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2012).

julgador, atendidas certas condições, até condenar o réu, porém sem aplicação de qualquer pena.

### 2.1.7 Espécie de pena privativa de liberdade

A reclusão, que possibilita que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade ocorra em qualquer dos regimes prisionais (fechado, semiaberto ou aberto), representa a maioria da espécie de pena dos delitos que teve como consequência a condenação: 91,5%, sendo a detenção responsável por 7,5% e 1% de prisões simples (contravenções penais).

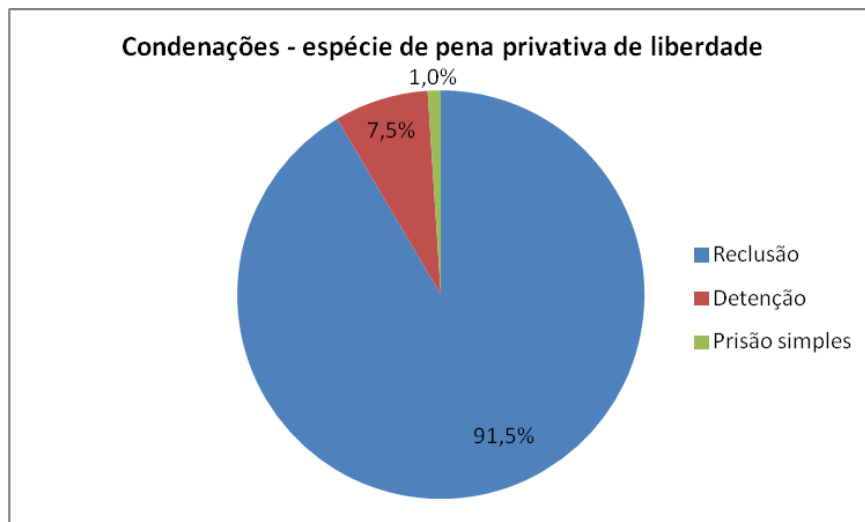


GRÁFICO 28 - CONDENAÇÕES - ESPÉCIE DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE  
 FONTE: TJ/PR

## 2.2 PENA INDIVIDUALIZADA? SEUS ASPECTOS PRÁTICOS

Inicia-se este capítulo com a seguinte advertência de Zaffaroni e Pierangeli:

Um importantíssimo capítulo do direito penal é o da quantificação ou individualização da pena, que se encontra bastante descuidado pela doutrina, pelo menos nestes últimos anos, resultado que é do exagerado desenvolvimento que envolveu a teoria do delito, em detrimento deste capítulo, e que, lamentavelmente, compromete tanto as garantias individuais como a segurança

jurídica. Um deficiente desenvolvimento da teoria do delito, sem princípios claros, leva invariavelmente ao campo da arbitrariedade, quando as "margens penais" apresentam exagerada amplitude e convertem ao arbítrio judicial em verdadeira arbitrariedade.<sup>222</sup>

Segundo dicção do Código Penal, art. 59, o juiz deve, observando a moldura penal que estabelece o mínimo e máximo da pena previstos em abstrato, quantificá-la no caso concreto conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (método legal).

Contudo, a simples delimitação da *moldura penal* e a indicação do *método legal* de preenchimento da moldura penal não podem determinar a pena *necessária e suficiente* para *reprovar e prevenir* o crime, segundo a ideologia penal – nem existem fórmulas matemáticas para determinar a pena criminal. Somente os processos intelectuais e emocionais do Juiz criminal podem empregar o *método legal* para definir o *conteúdo criminal* da *moldura penal* do tipo de injusto, determinando a pena *necessária e suficiente* para *reprovar e prevenir* o crime, conforme o programa oficial.<sup>223</sup>

Isso, conforme já visto anteriormente, faz parte do discurso oficial (declarado) da pena que tem como suporte a prevenção e a reprovação, quando, em verdade, sabe-se que a pena desempenha função planejada dentro da economia de mercado (objetivos reais da pena).

### 2.2.1 Primeira fase: a fixação da pena-base

Conforme já mencionado, a técnica de individualização da pena inicia-se por verificar quais são os parâmetros mínimo e máximo previsto genericamente para o tipo de injusto ao qual o réu fora condenado, conferindo se o tipo é fundamental, qualificado ou privilegiado.

---

<sup>222</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.706.

<sup>223</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.566/567.

De conhecimento do mínimo previsto em abstrato aplicam-se as circunstâncias judiciais previstas no Código Penal, art. 59 (e se for condenação por drogas aplica-se também a Lei n.º 11.343/2006, art. 42) e chega-se, com esta operação, ao primeiro montante denominado pena-base.

Constatou-se na pesquisa em questão que a maioria das penas-base não ficou acima do mínimo previsto em abstrato para o tipo de injusto no qual fora condenado o réu.

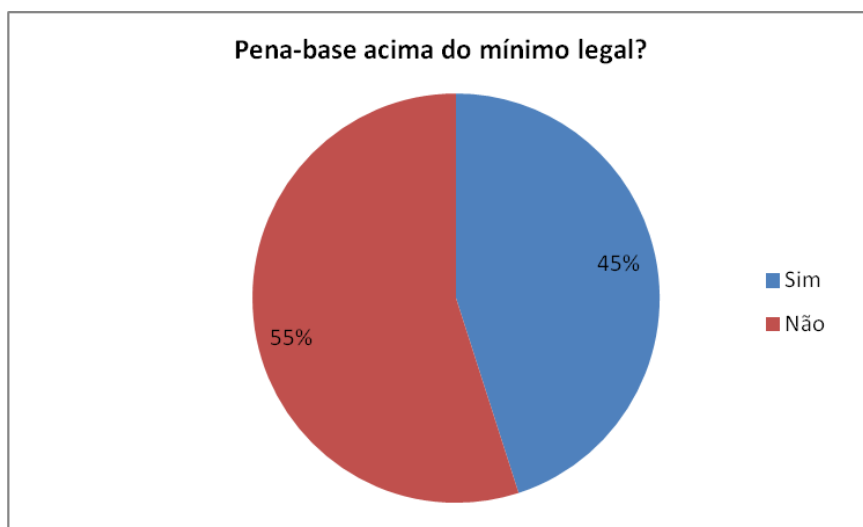


GRÁFICO 29 - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL  
FONTE: TJ/PR

A primeira questão que se coloca é a descoberta do método de equacionamento utilizado para fixação da pena-base, ou seja, a forma quantitativa de alteração de acordo com o reconhecimento de alguma circunstância desfavorável.

Carvalho Neto, adotando expressamente, com apoio em Hungria, a teoria do termo médio indica que o juiz no momento de fixar a pena-base deve identificar a metade entre o máximo e o mínimo previsto em abstrato e a partir deste ponto aproximar-se mais do mínimo, caso esteja alguma circunstância favorável, bem como guiar-se para o máximo, caso encontre outra desfavorável. Exemplificando, no caso de condenação por homicídio simples e sendo metade das circunstâncias favoráveis e a outra metade delas desfavoráveis, "a pena-base deverá ser, necessariamente, fixada no limite intermediário entre o mínimo e o máximo", ou seja, "a pena-base

deveria ser fixada em treze anos de reclusão, que é o termo médio entre o mínimo (seis anos) e o máximo (vinte anos) legalmente fixados"<sup>224</sup>.

Segundo esse mesmo comentador:

- 1.<sup>a</sup>) Quando todas as circunstâncias judiciais forem absolutamente favoráveis ao réu, a pena-base será, necessariamente, aplicada no mínimo legal.
- 2.<sup>a</sup>) Quando todas as circunstâncias judiciais forem absolutamente desfavoráveis ao réu, a pena-base será, necessariamente, aplicada no máximo legal.<sup>225</sup>

E mais, agarrando-se em sua vertente positivista, critica o que ele chama de doutrina da pena mínima, argumentando que, já que não existe opção legal para qual método seja o mais acertado, não se pode lançar mão do princípio *in dubio pro reo*, pois este seria aplicável apenas quanto à prova no processo penal.<sup>226</sup>

Não contente ainda arremata:

A postura do Judiciário em acordo com essa doutrina da pena mínima depõe contra seu conceito perante a população, que espera a justa aplicação da lei penal, dando resposta à altura dos crimes que a assolam. Ademais, faz com que o legislador desacredite na possibilidade de o Judiciário individualizar corretamente a pena, o que já se tem verificado nas leis mais recentes que estabelecem penas.<sup>227</sup>

Essa postura expressa claramente o ranço do direito penal máximo ou movimento da lei e ordem no comentador citado, o que serve como uma luva aos interesses dos grupos que imprimem no direito penal a ideologia que insere obstáculos à ascensão social e, assim, serve como superestrutura lucrável ao sistema do capitalismo.

O método mais correto deve ser aquele em que o ponto de partida da fixação da pena-base seja o mínimo previsto em abstrato.<sup>228</sup>

---

<sup>224</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. **Aplicação da pena**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. p.103/104.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p.95.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p.92.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p.99/100.

<sup>228</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.568.

Ademais, diferentemente do que disse Carvalho Neto, por não haver acolhimento legal por algum dos métodos, deve-se, sim, dar primazia para aquele que mais beneficie (ou que menos piore) a situação do réu, por isso o ponto de partida no mínimo é preferível à ideia de termo médio.

A partir desse mínimo é que se inicia a verificação acerca da existência de circunstâncias judiciais favoráveis ou desfavoráveis, sendo que há a compensação entre elas.

A quantidade de alteração em decorrência de cada circunstância judicial não conta também com previsão legal. Existe a ideia de que se deve verificar o valor de cada circunstância diminuindo-se o máximo em abstrato pelo seu mínimo e na sequência dividir-se este número por 8 (quantidade de circunstâncias judiciais elencadas no Código Penal, art. 59), encontrando daí a quantidade de alteração decorrente de cada circunstância (método da oitava parte).<sup>229</sup>

Esse método beira o absurdo, uma vez que seria possível, conseqüentemente, que cada circunstância judicial tivesse valor maior do que uma agravante, podendo ser equiparada sua quantidade de alteração a uma causa de aumento de pena.

Com efeito, se se acolher a técnica da oitava parte, um tipo de injusto hipotético que tenha como pena em abstrato o mínimo de 2 anos e o máximo de 10 anos terá cada circunstância judicial com valor de 1 ano, pois subtraindo-se o máximo (10) do mínimo (2) chega-se a 8 e dividindo-se este número por 8 (quantidade de circunstâncias judiciais) obtém-se o valor de 1 ano para cada circunstância.

Nessa hipótese, caso se reconheça a existência de uma circunstância judicial desfavorável a pena-base ficaria em 3 anos (sendo 2 anos o mínimo em abstrato e o outro 1 ano decorrente da aplicação da circunstância desfavorável). Ou seja, a circunstância desfavorável teria o peso de aumento de 1/2, muito maior do que se fosse uma agravante (a qual, em regra, aplicável a variação de 1/6) e equiparando-se a uma causa de aumento de pena, o que sabe-se ser disparate.

Deve-se reconhecer que os graus de modificação da pena estão dispostos de forma crescente, ou seja, as causas de aumento e de diminuição alteram de forma bastante significativa a pena (1/3, 1/2, dobro etc.), já as agravantes, em regra, modificam em 1/6 a pena. Assim, propugna-se que, por lógica, o aumento por razão

---

<sup>229</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. **Aplicação da pena**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. p.105/107.

de alguma circunstância judicial desfavorável deva ser menor do que se estivesse presente alguma agravante (1/8, por exemplo).

Há que existir uma lógica em se separar o processo dosimétrico em três fases distintas. Para cada circunstância judicial desfavorável, então, deverá o juiz distanciar-se um pouco da pena mínima em abstrato correspondente ao tipo de injusto ao qual foi o réu condenado, sendo este grau de modificação sempre menor que 1/6.

Essa ideia de uma lógica na disposição de graus de alteração segundo a fase da dosimetria em que se estiver encontra também respaldo legislativo implícito, pois o legislador diferenciou, por exemplo, reincidência (agravante) de maus antecedentes (circunstância judicial), ainda que de criticável reconhecimento de validade tais circunstâncias. Caso ele entendesse que teriam o mesmo valor, não haveria o porquê da distinção. Ademais, é também lógico que a reincidência como está no Código Penal tenha consequência mais grave para o condenado que um mau antecedente. Daí deve-se reconhecer que o mau antecedente tem grau de alteração de pena menor que a reincidência.

Importante que seja frisado que em nenhuma das sentenças condenatórias selecionadas encontrou-se a aplicação da teoria do termo médio, tendo todas tomado como ponto de partida para fixação da pena-base o mínimo previsto em abstrato para cada tipo de injusto.

Porém, no que concerne ao grau de alteração em decorrência de circunstâncias judiciais, não se verificou nenhum critério que harmonizasse os percentuais utilizados.

Pondera-se que o grau de alteração seja sempre menor que 1/6, ou seja, sempre menor que 16,67%, o que ocorreu em 43,5% das condenações em que foi fixada a pena-base acima do mínimo legal. Em 11,1% foi reconhecido o mesmo valor para uma circunstância desfavorável em comparação com alguma agravante, ou seja, 16,67%. Já em 45,4% foi alterada a pena-base em decorrência de uma circunstância desfavorável em quantia maior que se estivesse presente uma agravante.

GRAU DE ALTERAÇÃO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL (%)	REPRESENTATIVIDADE NO MONTANTE DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS COM PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (%)
2,083333	0,50
3,333333	1,40
4,166667	6,00
5,555556	0,90
6,25	3,20
6,666667	1,40
7,291667	0,50
8,333333	13,40
9,375	0,50
10	2,30
10,41667	0,90
11,11111	1,90
11,45833	0,50
12,5	7,90
13,88889	0,90
14,58333	0,50
15	0,50
15,625	0,50
16,66667	11,10
18,75	11,60
20	0,50
20,83333	0,50
22,22222	0,50
25	11,10
28,125	0,50
30	0,90
33,33333	3,20
37,5	6,90
50	6,00
66,66667	0,50
75	0,50
100	2,30
133,3333	0,50

QUADRO 1 - GRAU DE ALTERAÇÃO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL  
 FONTE: TJ/PR

Veja-se que o valor dado a cada circunstância judicial variou de 2,083333% a 133,3333%, o que demonstra claramente a ausência de critérios para tal fim.

Nesse último caso a pena mínima prevista em abstrato era de 3 meses, tendo sido fixada a pena-base em 15 meses em razão do reconhecimento de três circunstâncias judiciais desfavoráveis, representando, assim, cada uma um aumento de 4 meses (valor superior à própria pena mínima).

Incrível é que foi dado a uma circunstância desfavorável um aumento bem maior do que a maioria das causas de aumento de pena, invertendo-se toda lógica que possa existir na técnica de dosimetria penal.

Os graus (percentuais) de aumento em decorrência de uma circunstância desfavorável que tiveram maior incidência foram: 8,333333% (13,40%), 18,75% (11,60%), 16,66667% e 25% (ambos com 11,10% cada um).



Das circunstâncias judiciais aplicadas para aumentar a pena-base despontam com maior incidência as circunstâncias, a culpabilidade e as consequências (todas com mais de 20%).

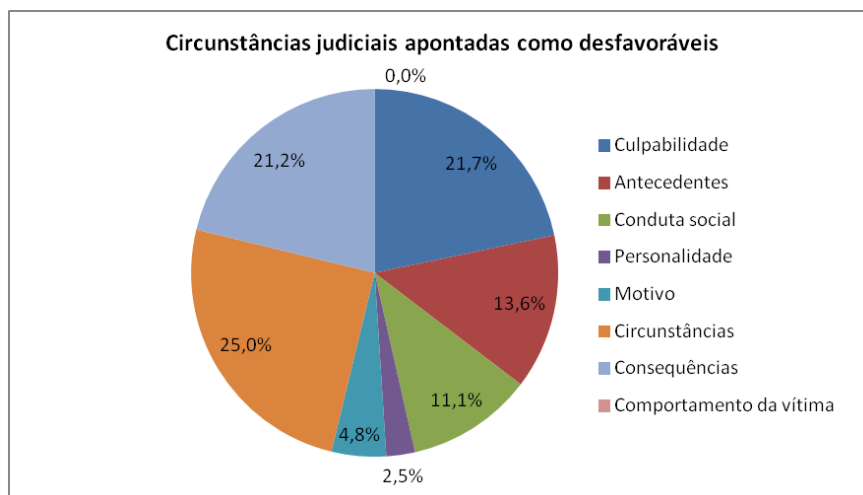


GRÁFICO 30 - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS APONTADAS COMO DESFAVORÁVEIS  
 FONTE: TJ/PR

### 2.2.1.1 Culpabilidade

A primeira ponderação que se deve ter neste momento é a de não se confundir a culpabilidade como um dos elementos do tipo de injusto e a culpabilidade como um dos critérios norteadores da fixação da pena-base.

E aí é que está a grande dificuldade.

A redação original da parte geral do Código Penal que remonta à década de 1940 estabelecia no art. 42 como circunstância judicial a "intensidade do dolo ou grau da culpa". Ocorre que a Lei n.º 7.209/1984 alterou a redação substituindo esta locução pela culpabilidade. Na exposição de motivos da referida Lei consta em seu item 50: "Preferiu o Projeto a expressão 'culpabilidade' em lugar de 'intensidade do dolo ou grau de culpa', visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena".

Ocorre que ainda assim presente está uma "impropriedade terminológica", segundo ensina Cirino dos Santos, "porque o *juízo de culpabilidade*, como elemento

do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples *circunstância judicial* de informação do juízo de culpabilidade"<sup>230</sup>.

Com efeito, tem-se propugnado que a culpabilidade como circunstância judicial seria diversa da culpabilidade como um dos elementos do conceito analítico de tipo de injusto na medida em que naquela não se verifica a existência ou não da culpabilidade (elemento do crime) e sim, seu grau. Ou seja, para condenar deve-se verificar a existência da culpabilidade (com seus elementos *imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do ato e exigibilidade de comportamento diverso*), do contrário a absolvição seria a conclusão. Agora, no momento de se fixar a pena-base o que se analisaria é o grau dessa culpabilidade já reconhecida (alta, média ou baixa).

A culpabilidade normativa (derivada da teoria finalista da ação) parece estar sempre sendo questionada, num eterno estado de crise. Mais difícil ainda é esta tentativa de divisão em momentos de existência e grau de reprovação.

Adverte Zaffaroni:

Além disso é realmente difícil estabelecer o grau de reprovabilidade; definitivamente, este costuma resultar quase tão arbitrário quanto a perigosidade e outros similares. Na prática, a reprovabilidade nunca foi critério útil à quantificar a pena, e a pobreza dogmática nesta matéria é a melhor prova de que sempre se ocultou uma falência dogmática ou discursiva, dificilmente desculpável. Violaram-se frequentemente as regras da culpabilidade de fato ou "pelo injusto" (caindo na culpabilidade de "caráter" ou pela "condução da vida"), defendeu-se um conceito diferente de culpabilidade para a quantificação penal (de "fato" na teoria do delito, de "caráter" na teoria da pena), as consequências da reincidência não podiam ser justificadas etc.<sup>231</sup>

A par dessa tensão, inevitável é que se proponha tal distinção, sob pena de recair num mero discurso de truísmo.

---

<sup>230</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.569.

<sup>231</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.260/261.

Deve-se, assim, tentar restringir a análise da culpabilidade, como circunstância judicial, ao seu grau, vez que "constatada a possibilidade e conseqüentemente o delito, opera na aplicação da pena, medindo o grau (*quantum*) de reprovabilidade, dimensionando a culpabilidade da conduta"<sup>232</sup>.

Veja-se quão importante é o domínio técnico da circunstância culpabilidade, pois, em 21,7% das sentenças em que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, ela esteve presente.

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL APONTADA COMO DESFAVORÁVEL	PERCENTUAL DE INCIDÊNCIA NAS SENTENÇAS QUE FIXARAM A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (%)
Culpabilidade	21,70

QUADRO 2 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CULPABILIDADE  
FONTE: TJ/PR

Porém, infelizmente, por vezes "frases-padrão" são utilizadas como discurso retórico que tem por finalidade tão somente aumentar a pena do condenado nesta primeira fase.

Constatou-se que a maioria das sentenças que reconheceu a culpabilidade como circunstância desfavorável ao réu utilizou hipóteses inerentes ao tipo de injusto.

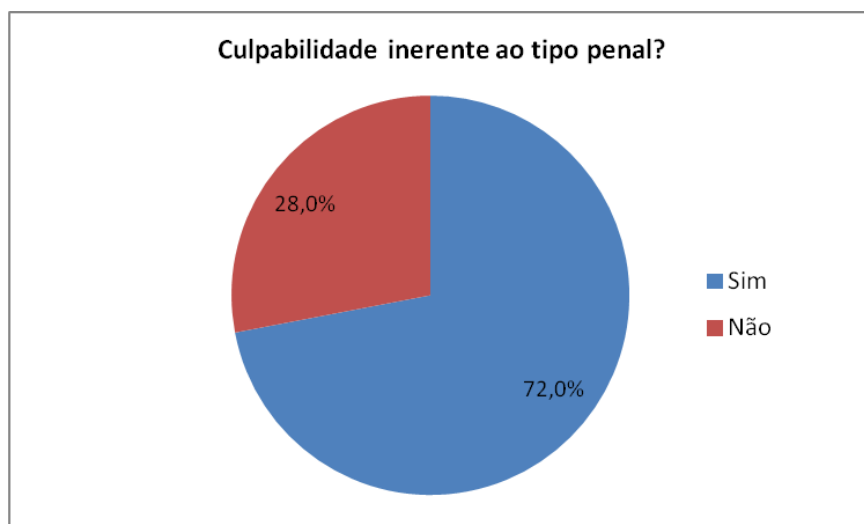


GRÁFICO 31 - CULPABILIDADE INERENTE AO TIPO PENAL  
FONTE: TJ/PR

<sup>232</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.48.

Quando se fala em hipótese inerente ao tipo de injusto está a se dizer que o fato reconhecido pelo juiz para considerar grave a culpabilidade do condenado por si só já fazia parte das próprias elementares típicas ou já havia sido reconhecido o mesmo fato para caracterizar alguma outra circunstância qualificadora, agravante ou causa de aumento de pena. Também foi enquadrada nesta categoria a ausência de qualquer esclarecimento quanto a algum fato em específico a autorizar a elevação da pena-base, tendo o magistrado se restringido a apenas ressaltar a existência dos elementos da culpabilidade como formadora do conceito analítico de tipo de injusto (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do ato e exigibilidade de comportamento diverso).

Apenas a título de ilustração, foi dito que "o réu praticou fato reprovável e com consciência de sua ilicitude, agindo com alto grau de reprovabilidade"<sup>233</sup>.

Culpabilidade: é elevado o grau de reprovabilidade da conduta praticada pela ré, que possuindo consciência do caráter ilícito de sua conduta, e podendo se determinar de modo diverso, não o fez, inferindo-se a intensidade do dolo de seu *modus operandi*.<sup>234</sup>

Culpabilidade: é elevado o grau de reprovabilidade da conduta praticada pelo acusado, que possuindo consciência de seu caráter ilícito, e podendo se determinar de modo diverso, não o fez, inferindo-se a intensidade de seu dolo de seu *modus operandi*, pois abordou a vítima em horário e local central, de grande movimento, demonstrando ousadia.<sup>235</sup>

Houve também casos em que fora feito juízo de valor acerca do tipo de injusto em abstrato ao qual o réu estava sendo condenado, em especial os crimes envolvendo drogas, sendo verificado unicamente o juízo de reprovação que foi feito acerca da substância droga sem se minuciar sequer qual a espécie de droga fora apreendida. O simples fato de haver condenação por tráfico já serviu para justificar o aumento da pena-base, desconsiderando-se que isso já havia sido levado em apreço pelo legislador ao estabelecer a sanção penal em abstrato.

---

<sup>233</sup> Autos de numeração 2012.9238-4 – 11.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>234</sup> Autos de numeração 2009.0012029-3 – 1.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>235</sup> Autos de numeração 2010.0002130-0 – 1.<sup>a</sup> Vara Criminal.

Culpabilidade: o grau de culpabilidade do réu frente à censurabilidade da conduta é relevante, vez que tinha o potencial conhecimento de sua ilicitude, e exigindo-se-lhe comportamento diverso, perfeitamente possível na espécie, não o adotou, inferindo-se a intensidade do dolo do grau de reprovabilidade ínsito à traficância, uma das piores mazelas que afligem a humanidade.<sup>236</sup>

Nesse aspecto, a culpabilidade deve ser deixada de lado como critério a orientar a quantificação da pena, pois trata-se de herança positivista<sup>237</sup> que serve unicamente para causar desconhecimento técnico, que tem como condão a ausência de fundamentação válida por parte dos julgadores, na medida em que "como medida da pena criminal", diz Cirino dos Santos, "pressupõe as determinações psíquicas e emocionais do cérebro do Juiz"<sup>238</sup>.

#### 2.2.1.2 Antecedentes

Tem-se entendido tradicionalmente que antecedentes vêm a ser a vida pregressa do agente representada nos registros criminais. Os fatos ocorridos antes da prática do tipo de injusto pelo qual está sendo condenado.

A circunstância judicial denominada maus antecedentes foi a quarta com maior incidência na pesquisa, ficando atrás somente das circunstâncias, culpabilidade e consequências.

Ela esteve presente em 13,6% das sentenças condenatórias em que a pena-base ficou acima do mínimo previsto em abstrato no tipo de injusto.

---

<sup>236</sup> Autos de numeração 2011.13596-0 – 1.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>237</sup> Comentadores declaradamente positivistas não escondem a origem dos critérios orientadores da fixação da pena-base. Segundo Nucci: "É inegável a influência da Escola Positiva na quantificação da pena-base, uma vez que não se de levar em conta apenas o crime em si e sua gravidade, mas todos os caracteres específicos que envolvem o agente" (NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.161).

<sup>238</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.570.

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL APONTADA COMO DESFAVORÁVEL	PERCENTUAL DE INCIDÊNCIA NAS SENTENÇAS QUE FIXARAM A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (%)
Antecedentes	13,60

QUADRO 3 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL ANTECEDENTES

FONTE: TJ/PR

Como é sabido, por decorrência do princípio da presunção de inocência (CR, art. 5.º, LVII), inquéritos em andamento ou arquivados, ações penais com absolvição, sentenças declaratórias de extinção da punibilidade, assim como sentenças condenatórias que ainda não transitaram em julgado não implicam maus antecedentes.

Contrariamente, expressando ainda mais seu positivismo acentuado pela adesão ao movimento da lei e ordem, Carvalho Neto diz:

São, portanto, considerados, para efeitos de antecedentes, quaisquer fatos relevantes anteriores ao crime. Assim, *v.g.*, podemos arrolar com a doutrina: processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade, inquéritos arquivados, condenações não transitadas em julgado, processos em curso, absolvições por falta de provas.<sup>239</sup>

Tais palavras, com certeza, violam o princípio constitucional da presunção de inocência. Porém, para o comentador em questão, não. Para ele, não haveria tal violação sob o seguinte argumento:

Em outras palavras, não se trata de considerar o réu culpado por aquele fato cujo processo ainda não tem sentença penal condenatória transitada em julgado. Mas, tão-somente, de levar em consideração o envolvimento dele em outro processo judicial ou inquérito policial, sem valorar tal fato como imputação de culpa. Não se trata, portanto, de atribuir ao réu "consequência própria do *status* de condenado".<sup>240</sup>

Emprestar relevo a sentenças absolutórias como justificativa de maus antecedentes, além de violar sim o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência), denigre a própria imagem que os juízes têm de si próprios, desmoralizando

<sup>239</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. **Aplicação da pena**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. p.47/48.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p.53.

o órgão a que fazem parte, pois "foi a própria Justiça que entendeu ser o acusado inocente naqueles casos passados"<sup>241</sup>.

Acertadamente as decisões dos tribunais superiores negam essa vetusta argumentação, inclinando-se para a ideia de que há a necessidade realmente da condenação ter transitado em julgado para que se possa falar em maus antecedentes a autorizar a elevação da pena-base.

Prevê a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Ademais, já representaria também um pequeno avanço caso se exigisse não somente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como também que a pena anteriormente aplicada fosse realmente privativa de liberdade em quantidade superior ao aumento de pena aplicado em decorrência do reconhecimento desta circunstância judicial desfavorável.

Assim, caso a pena anteriormente aplicada fosse de apenas multa, não geraria maus antecedentes. Do mesmo modo, se a pena anteriormente aplicada fosse de, por exemplo, 6 meses, este valor deveria ser levado em consideração como limite máximo de acréscimo à pena que se esta fixando, sob pena de se dar mais importância ao acessório (maus antecedentes) em detrimento do principal (pena anteriormente imposta).

Também representaria algum avanço caso se exigisse alguma ideia de correlação entre o tipo de injusto anteriormente praticado com o posterior. Por exemplo, não existe qualquer razão lógica para se considerar maus antecedentes uma condenação anterior por um tipo imprudente, pois não houve qualquer intenção na prática delitiva. Consequentemente apenas condenações anteriores e posteriores embasadas no elemento subjetivo dolo poderiam autorizar considerar a condenação anterior como maus antecedentes.

---

<sup>241</sup> THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**: o crime e o criminoso: entes políticos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.92.

De qualquer modo, deve-se exigir sempre que a condenação anterior tenha transitado em julgado. E a prova de tal condição somente se dá por certidão expedida por cartório criminal.<sup>242</sup>

Contudo, contrariamente a qualquer lógica jurídica que exige a devida comprovação cartorária para a aceitação de um fato processual que gera tamanha repercussão negativa para o condenado, Carvalho Neto, mais uma vez, diz que, em razão de a prova no processo penal ser livre, os maus antecedentes não estariam restritos a sua comprovação por meio de certidão, podendo ser provados por qualquer outra maneira, por exemplo, depoimento de testemunhas e até mesmo confissão do réu.<sup>243</sup>

Veja-se quão sério é o reconhecimento da circunstância referente aos maus antecedentes a possibilitar que sua comprovação se dê por provas orais, as quais contam com extrema fragilidade à medida que o tempo passa. Deve-se, no mínimo, exigir a certidão expedida por escrivão criminal.

Tornou-se corriqueiro na prática forense a instrução processual nos autos do processo crime dos registros de antecedentes do réu por meio de folhas de antecedentes criminais expedidas na maioria das vezes pelo Instituto de Identificação dos Estados, operacionalizado pela Polícia Civil.

No Paraná, em específico, é a Secretaria de Segurança Pública que alimenta os dados disponibilizados pelo Instituto de Identificação, podendo estes serem consultados mediante o acesso ao programa de informática denominado "Oráculo".

O extrato disponibilizado por mencionado sistema não pode nunca substituir a certidão cartorária. Referido extrato apenas tem como objetivo otimizar a busca de certidões criminais na medida em que evita que se solicitem certidões de todas as Varas Criminais do Estado, por exemplo.

O extrato do "Oráculo" apenas indica onde possivelmente existem certidões positivas em nome do réu. De posse dessa informação, deve-se solicitar a certidão para devida comprovação da condenação anterior transitada em julgado.

---

<sup>242</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.204.

<sup>243</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. **Aplicação da pena**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. p.56.



Ocorre que, infelizmente, algumas sentenças coletadas na presente pesquisa se contentaram apenas com o extrato disponibilizado pelo sistema de informática em comento, conforme se constata do seguinte trecho:

O réu foi condenado pelo delito previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV da Lei n.º 10.826/03 pela 14.<sup>a</sup> Vara Criminal de Curitiba, autos 2010.14748-7, fato cometido em 13/08/2010, condenado a 05 anos em regime semi-aberto, condenação transitada em julgado, conforme consulta ao sistema Oráculo (fl. 577).<sup>244</sup>

A antecedência criminal possui características intrínsecas, quais sejam, a amplitude, a negatividade, a subjetividade, a relatividade e a perpetuidade. É ampla, porque qualquer fato pretérito que envolva o acusado, em tese, pode ser levado em consideração pelo julgador para fixar a pena-base. É negativa, na medida em que revela a tendência judicial em considerar apenas os maus antecedentes do autor, excluindo-se os antecedentes "nobres". Subjetiva, porque é o juiz quem seleciona arbitrariamente os fatos que terá em apreço, pois são relativos, indicando apenas registros policiais a serem considerados. Perpétua, pois não conta com limitação temporal.<sup>245</sup>

Essa última característica é uma questão bastante importante e que vem sendo enfrentada: o limite temporal dos maus antecedentes.

A reincidência conta com lapso temporal de 5 anos para que seja considerada para a finalidade de caracterizar agravante penal. Já os maus antecedentes não contam com similar limitação legal.

A Constituição da República veda em seu art. 5.<sup>o</sup>, XLVII a prisão perpétua. Consequência lógica é que não somente a pena perpétua esteja proscrita como toda e qualquer repercussão sancionatória penal que não conte com ausência de limitação temporal também.

---

<sup>244</sup> Autos de numeração 2010.13711-2 – 1.<sup>o</sup> Tribunal do Júri.

<sup>245</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.50.

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 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.<sup>246</sup>

Por tais considerações é que Cirino dos Santos<sup>247</sup>, Salo de Carvalho<sup>248</sup> e Paganella Boschi<sup>249</sup> advogam a ideia da aplicação analógica do prazo de 5 anos da reincidência também para o reconhecimento dos maus antecedentes.<sup>250</sup>

É evidente que a valoração da história de vida do réu, da maneira como está estabelecida no Código Penal, criou um mecanismo incontrolável de arbítrio judicial, pois tende a (pré)determinar juízos de condenação na medida em que, não raro, quando chega o momento de o juiz decidir se condena ou não o acusado, é influenciado pela existência de maus antecedentes que lhe dão a falsa impressão, porém bastante cômoda, de que o réu é um delinquente habitual.

O fato de o acusado já ter sido condenado conforta o juízo condenatório do magistrado.

---

<sup>246</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.673.

<sup>247</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.572.

<sup>248</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.52.

<sup>249</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.204.

<sup>250</sup> Nesse mesmo sentido existem julgados, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça:

"Ementa:

RHC - DIREITO PENAL - REINCIDENCIA - ANTECEDENTES - O ART. 64, I, C. P. DETERMINA QUE, PARA EFEITO DE REINCIDENCIA, NÃO PREVALECE A CONDENAÇÃO ANTERIOR, SE ENTRE A DATA DO CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO DA PENA E A INFRAÇÃO ANTERIOR HOUVER DECORRIDO PERIODO SUPERIOR A 5 (CINCO) ANOS. O DISPOSITIVO SE HARMONIZA COM O DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA MODERNOS. O ESTIGMA DA SANÇÃO CRIMINAL NÃO É PERENE. LIMITA-SE NO TEMPO. TRANSCORRIDO O TEMPO REFERIDO, SEM OUTRO DELITO, EVIDENCIA-SE AUSENCIA DE PERICULOSIDADE, DENOTANDO, EM PRINCÍPIO CRIMINALIDADE OCASIONAL. O CONDENADO QUITA SUA OBRIGAÇÃO COM A JUSTIÇA PENAL. A CONCLUSÃO É VALIDA TAMBEM PARA OS ANTECEDENTES. SERIA ILOGICO AFASTAR EXPRESSAMENTE A AGRAVANTE E PERSISTIR GENERICAMENTE PARA RECRUDESCER A SANÇÃO APLICADA." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 2227/MG**, Rel. Ministro Pedro Aciole, Sexta Turma, j. 18/12/1992, DJ 29/03/1993, p.5267).

Tal constatação é fortemente embasada em comentadores de plantão que, conscientemente ou não, acabam chancelando a criminalização secundária, fazendo dela um enorme círculo vicioso para o grupo social cliente do sistema punitivo.

Tanto é verdade que se consegue extrair comentários doutrinários positivistas com o seguinte conteúdo: "Lembremos que o registro de vários antecedentes criminais conduz à crença de que o agente possui personalidade desajustada aos regramentos impostos pelo direito, motivo pelo qual devem ser levados em consideração para aplicação da pena"<sup>251</sup>.

Personalidade desajustada pode ser a do sujeito que, com acesso a informações jurídicas e criminológicas, ainda assim faz comentários como esses, os quais, por falta de honestidade acadêmica, desconsideram as questões sociais como fatores a desencadear a criação das vítimas do sistema punitivo.

A circunstância judicial referente aos antecedentes criminais é, inclusive, uma grande mácula ao próprio discurso oficial do direito penal que tem como uma de suas funções declaradas ou manifestas da pena as ideologias "re" expostas pela prevenção especial positiva ("ressocialização", "reinserção social" etc.) na medida em que, precisamente em razão de seu caráter constitutivo, garante com que o réu torne-se cativo do sistema punitivo.

Sua eliminação traria a vantagem de minimizar a consagração legal da estigmatização. A instauração de um direito penal de, no mínimo, garantias daria um passo exatamente significativo com a abolição da pecha dos maus antecedentes, conceito este sempre evocativo de desvios autoritários, marca da aceitação do direito penal de autor. Tal eliminação, ainda, traria reflexos na esfera da legislação processual, tais como o fato de o juiz não ter mais que se preocupar em autorizar ou determinar a juntada aos autos de informações acerca dos antecedentes do réu, eliminando-se esta grande burocracia, que é um fator que nada deve acrescentar para o deslinde da causa.

---

<sup>251</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.161.

Ademais, teria também outra vantagem de ordem prática, a de despojar o julgador de influências alheias aos elementos de convicção carreados aos autos e estranhos ao fato pelo qual o réu está sendo acusado. Com efeito, como já dito, existem decisões que reconhecem nos antecedentes um fator que tem como condão reforçar a convicção em desfavor do réu. Tal postura representa a aceitação dos nefastos postulados da Escola Positiva fundados na periculosidade do agente e implica grave lesão ao princípio da presunção de não culpabilidade.

### 2.2.1.3 Conduta social

Com o fito de resolver possível conflito conceitual entre conduta social e antecedentes, os comentaristas ortodoxos encaram aquela circunstância judicial como "o comportamento do réu no meio familiar e laboral"<sup>252</sup>:

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, altruísta, cumpridor dos deveres, ou se transcorreu seus dias ociosamente, exercendo atividades parasitárias ou anti-sociais. Será ainda considerado o comportamento do agente na família, no ambiente de trabalho, lazer ou escolar. Alguns se adaptam às normas de convivência social, outros reagem, manifestando condutas de agressividade ou inconformismo. É este comportamento que seguirá de guia ao magistrado na fixação da pena.<sup>253</sup>

O que há de comum nestas abordagens positivistas é o objeto de análise da conduta social: os papéis desempenhados pelo réu em outros contextos.<sup>254</sup>

Para Peter Berger e Thomas Luckmann, as pessoas desempenham papéis na sociedade. Um mesmo homem é pai, filho, marido, irmão, empregado e vizinho ao mesmo tempo, porém em cada momento ele desempenha um papel distinto, com

---

<sup>252</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1. p.517

<sup>253</sup> COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.195.

<sup>254</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.164.

características diferentes. "Os papéis são tipos de atores neste contexto. Pode ver-se facilmente que a construção de tipologias dos papéis é um correlato necessário da institucionalização da conduta"<sup>255</sup>.

Daí, a mesma pessoa que praticou um homicídio, por exemplo, pode ser um ótimo marido e um pai extremamente afetuoso, a denunciar, portanto, a ausência de qualquer relação entre um papel e outro.

Qual a repercussão entre ser inadimplente e praticar lesão corporal? Entre ser caridoso e praticar atos de corrupção? Evidentemente nenhuma. Não existe qualquer relação entre os fatos. Por isso, é difícil compatibilizar o exame da conduta social do condenado com a perspectiva do direito pela de fato.

Porém, caso se queira aceitar o vetusto direito penal de autor, aí deveria então expressar a legislação declaradamente que para o sistema penal bastam as características do autor, sendo este sempre considerado inferior às demais pessoas.

Conforme já dito, para o direito penal de autor a criminalização não ocorre sobre o ato praticado como violador do sistema jurídico e sim, sobre determinados sujeitos pertencentes a grupos mais débeis; grupos estes que possuem determinadas características constatáveis em sua forma de "ser" na sociedade.

O delito seria, assim, apenas um significado sintomático para identificação das pessoas que compõem estes grupos cativos.

O autor, por ostentar essa inferioridade, seria alguém perigoso, algo nocivo para a "sociedade higienizada" e por isso deveria ser punido ou neutralizado.

Existem comentadores que escancaradamente admitem que a conduta social é expressão do direito penal de autor e não enxergam nenhum problema em sua consideração para a fixação da pena.<sup>256,257</sup>

---

<sup>255</sup> BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**: tratado de sociologia do conhecimento. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. 32.ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p.99.

<sup>256</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.165.

<sup>257</sup> Nucci, tentando encontrar apoio em outros autores, cita que Paganella Boschi aceita idêntico prisma (*Id.*). Porém, Boschi, contrariamente, contesta tal perspectiva do direito penal de autor (BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.206).

A par dessas considerações, ainda assim, a conduta social não foi uma circunstância judicial muito utilizada nas dosimetrias das penas que ficaram acima do mínimo previsto em abstrato.<sup>258</sup> Ficou atrás das circunstâncias, culpabilidade, consequências e antecedentes.

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL APONTADA COMO DESFAVORÁVEL	PERCENTUAL DE INCIDÊNCIA NAS SENTENÇAS QUE FIXARAM A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (%)
Conduta social	11,10

QUADRO 4 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONDUTA SOCIAL  
 FONTE: TJ/PR

Outra questão que merece ser destacada é que observou-se em algumas sentenças condenatórias coletadas na pesquisa que registros de inquiritos, por exemplo, que não puderam ser usados para caracterizar maus antecedentes, foram enquadrados para formar juízo de valor negativo acerca da conduta social do condenado.

Talvez em razão da defesa mais acirrada do princípio da presunção de inocência quando se está a falar sobre os antecedentes criminais é que alguns magistrados tenham sido levados a proceder a esse contorcionismo jurídico.

Veja-se, apenas a título de ilustração:

*a conduta social* do condenado é deveras agravada, pois, afora a condenação transitada em julgado e que importa em reincidência, o réu se envolveu em inúmeras outras situações anteriores que ensejaram as instaurações de persecuções criminais em seu desfavor, demonstrando que não se coaduna com a vida em sociedade e tende fortemente a delinquir (cf. fls. 441/450).<sup>259</sup>

*a conduta social* do condenado é deveras agravada, pois foram instauradas diversas persecuções criminais em seu desfavor, inclusive por delitos envolvendo substâncias entorpecentes, denotando que não se ajusta à vida em sociedade e tende a delinquir; não há elementos nos autos capazes de conferir subsídios para a análise da personalidade do condenado.<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup> Da mesma forma, na pesquisa realizada por Vinicius Machado nas Varas Criminais do Distrito Federal, a conduta social não foi tão significativa para dosimetria penal, até mesmo porque, "reiteradas vezes, o juiz apenas tangencia a circunstância judicial com o argumento de que não há elementos suficientes para aferir a conduta social do réu" (MACHADO, Vinicius. **Individualização da pena**: o mito da punição humanizada. Florianópolis: Modelo, 2010. p.129).

<sup>259</sup> Autos de numeração 2012.23828-1 – 10.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>260</sup> Autos de numeração 2012.14358-2 – 10.<sup>a</sup> Vara Criminal.

Ocorre que esse contorcionismo jurídico em tentar ajustar tais eventos como "conduta social", quando se sabe que são enquadráveis somente na categoria "maus antecedentes", também viola, da mesma forma, o princípio da presunção de inocência na medida em que leva em consideração acontecimentos que não contam com a chancela do trânsito em julgado.

E mais, a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça quando vedou a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base o fez indistintamente, não somente em relação aos maus antecedentes como também no que concerne à conduta social.

Por todas essas razões é que a conduta social não se presta num Estado de Direito (do fato) como parâmetro para individualização de pena.

#### 2.2.1.4 Personalidade

Esta é uma das circunstâncias judiciais que mais causa polêmica na medida em que a personalidade é um dos conceitos que mais têm controvérsia na psiquiatria e psicologia.

A personalidade é muito mais do que uma simples avaliação leiga que as pessoas fazem umas das outras, não se resumindo ao que Regis Prado propõe como sendo "a índole, o caráter do indivíduo"<sup>261</sup> ou ao que Mirabete afirma como sendo as "qualidades morais, a boa ou a má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento"<sup>262</sup>.

Hall, Lindzey e Campbell, em um trabalho técnico intitulado "Teorias da personalidade"<sup>263</sup> bastante aprofundado sobre o assunto, no qual repassam as teorias de Freud, Jung, Adler, Horney, Sullivan e Erikson, expõem a seguinte argumentação:

---

<sup>261</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1. p.517.

<sup>262</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.1. p.300.

<sup>263</sup> HALL, Calvin S.; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. **Teorias da personalidade**. Tradução de Maria Adriana Veríssimo Veronese. 4.ed. Porto Alegre: Artmed, 2000.

Estamos convencidos de que *nenhuma definição substantiva de personalidade pode ser generalizada*. Com isso, queremos dizer que a maneira pela qual determinadas pessoas definem a personalidade dependerá inteiramente de sua preferência teórica. Assim, se a teoria enfatiza a singularidade e as qualidades organizadas e unificadas do comportamento, é natural que a definição de personalidade inclua a singularidade e a organização como atributos importantes da personalidade. Uma vez que o indivíduo tenha criado ou adotado uma dada teoria da personalidade, a definição de personalidade será claramente indicada pela teoria. Assim, acreditamos que *a personalidade é definida pelos conceitos empíricos específicos que fazem parte da teoria da personalidade empregada pelo observador*. A personalidade consiste concretamente em uma série de valores ou termos descritivos que descrevem o indivíduo que está sendo estudado em termos das variáveis ou de dimensões que ocupam uma posição central dentro de uma teoria específica.<sup>264</sup>

Para esses autores, personalidade é uma das poucas palavras que existem na nossa língua com tanto fascínio para o público em geral:

Embora a palavra seja usada em vários sentidos, a maioria desses significados populares se encaixa em um ou dois tópicos. O primeiro uso iguala o termo à habilidade ou à perícia social. A personalidade de um indivíduo é avaliada por meio da efetividade com que ele consegue eliciar reações positivas em uma variedade de pessoas em diferentes circunstâncias. [...]. O segundo uso considera a personalidade do indivíduo como consistindo-se na impressão mais destacada ou saliente que ele cria nos outros. [...]. Embora a diversidade no uso comum da palavra personalidade possa parecer considerável, ela é superada pela variedade de significados atribuídos ao termo pelos psicólogos. Em um exame exaustivo da literatura, Allport extraiu quase cinquenta definições diferentes que classificou em algumas categorias amplas.<sup>265</sup>

Daí é que se diz que o magistrado, para que possa analisar a personalidade do condenado, deve indicar precisamente qual dessas cinquenta perspectivas conceituais (ou mesmo outras) adotará para, aí sim, com base nos critérios e métodos do conceito eleito estabelecer algum resultado analítico.

Ocorre que, não obstante a infinidade de possibilidades teóricas acerca da definição de personalidade, Hall, Lindzey e Campbell ainda assim estipulam que nenhuma delas em separado é satisfatória na medida em que as pessoas abstraem e simplificam quer seja usado um ou outro conjunto de convenções.<sup>266</sup>

---

<sup>264</sup> HALL, Calvin S.; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. **Teorias da personalidade**. Tradução de Maria Adriana Veríssimo Veronese. 4.ed. Porto Alegre: Artmed, 2000. p.32/33.

<sup>265</sup> *Ibid.*, p.32.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p.33-36.



Além de toda essa dificuldade conceitual, também se deve ter em consideração que a personalidade, se se concluir que é possível sua captação, é transitória, pois é "produto bio-psíquico-social do conjunto das relações históricas concretas do indivíduo"<sup>267</sup>; logo, circunstancialmente variável.

É no mínimo ingênuo ou mal intencionado o legislador quando, sabedor de toda essa problemática, nutre uma expectativa de que o juiz dê conta de caracterizar a personalidade do réu, o que é feito em uma única oportunidade: no interrogatório (quando é feito, pois pode ocorrer sucessão de magistrados e nem um único contato ter o sentenciante com o réu).

Talvez por tudo isso é que se constatou na pesquisa em questão que a personalidade em raríssimas vezes foi levada em consideração pelo magistrado, apenas em 2,5% das sentenças. Ficou à frente apenas do comportamento da vítima (o qual não fora analisado em nenhuma decisão).

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL APONTADA COMO DESFAVORÁVEL	PERCENTUAL DE INCIDÊNCIA NAS SENTENÇAS QUE FIXARAM A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (%)
Personalidade	2,50

QUADRO 5 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL  
PERSONALIDADE  
FONTE: TJ/PR

Diante dessa complexidade conceitual, a qual escapa à capacidade técnica do juiz, é que se deve reconhecer que somente um laudo subscrito por pessoa da área de psicologia, psiquiatria ou psicanálise é que serviria de parâmetro para eventual definição da personalidade do réu.

Das 483 condenações estudadas, em 62, ou seja, 12,8%, o juiz sentenciante disse que não poderia analisar a circunstância judicial personalidade em razão da ausência de laudo técnico.

---

<sup>267</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.573.



GRÁFICO 32 - PERSONALIDADE NECESSITA DE EQUIPE TÉCNICA?  
 FONTE: TJ/PR

Naquelas sentenças em que fora considerada a personalidade como critério para dosimetria penal, em 80% foram feitas afirmações genéricas, destituídas de embasamento conceitual, quase sempre referindo-se a ela como sendo "voltada para o crime".

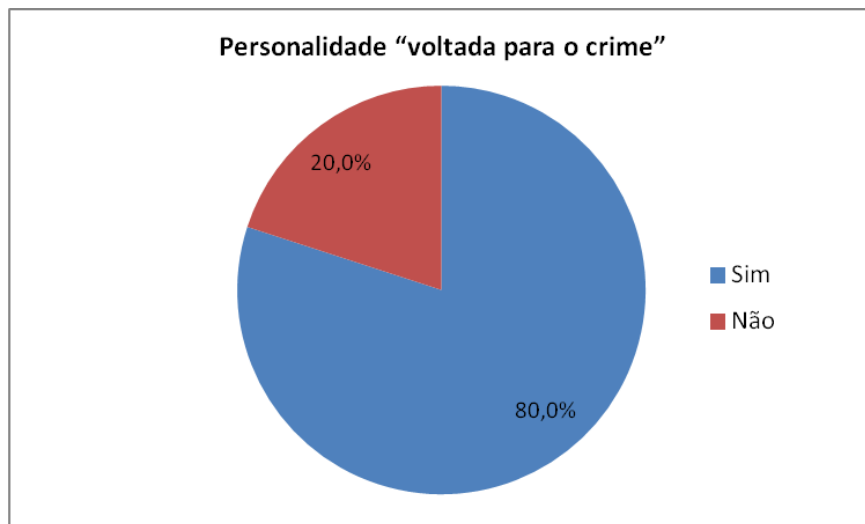


GRÁFICO 33 - PERSONALIDADE "VOTADA PARA O CRIME"  
 FONTE: TJ/PR

Com efeito, foi constatado que em algumas sentenças a personalidade foi caracterizada como "voltada para o crime" tendo em consideração ações penais em curso (violando o princípio da presunção de inocência) ou mesmo os antecedentes do réu (claramente em *bis in idem*):

Personalidade: O réu foi condenado pela prática de crime de roubo, através de sentença proferida pelo MM. Juízo da 11.<sup>a</sup> Vara Criminal, datada de 16/08/2012, conforme consta à fl.134, e responde acusações de furto e roubo supostamente praticados em 04/11/2011 e 22/03/2012, o que indica personalidade perigosa e voltada a prática de crimes.<sup>268</sup>

"Personalidade: tendo em vista os vários antecedentes, constata-se que o réu tem personalidade com inclinação a criminalidade"<sup>269</sup>.

Salo de Carvalho, após concluir que o juiz não tem formação transdisciplinar para fazer juízo de valor acerca da personalidade do réu, arremata que o problema levantado é que "mesmo se houvessem (sic) condições, esta avaliação seria ilegítima sob um prisma de direito penal de garantias balizado pelo princípio da secularização"<sup>270</sup>.

A avaliação da personalidade do condenado possibilita um subjetivismo de difícil controle, além de "invadir discricionariamente uma área da esfera individual na qual é ilegítimo opinar (interioridade da pessoa)", sendo, portanto, "verdadeira porta aberta para perversão do princípio da culpabilidade pelo fato"<sup>271</sup>.

#### 2.2.1.5 Motivo

Sabe-se que todo comportamento tem uma finalidade, seja ela tipificada como tipo de injusto (dolo) ou não (imprudência – culpa<sup>272</sup>), portanto, tratando-se de elementar, não pode ser valorada neste momento, sob pena de infringir o *ne bis in idem*.

---

<sup>268</sup> Autos de numeração 0022407-57.2011.8.16.0013 – 3.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>269</sup> Autos de numeração 2011.0011740-7 – 8.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>270</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.59.

<sup>271</sup> *Id.*

<sup>272</sup> Diz-se que no tipo de injusto imprudente a finalidade do autor não é típica, pois o que ele busca não é crime; porém, em razão de um comportamento descuidado acaba dando causa a um resultado típico. O que é típico é o resultado de seu comportamento não sua finalidade.

Motivo, "no sentido *móbil* do crime" corresponde ao "aspecto dinâmico de pulsões instituais do id, atualizadas em estímulos internos determinados de egoísmo, cólera, prepotência, luxúria, ganância, avidez, cobiça, vingança etc.<sup>273</sup>"

Podem ser considerados, portanto, os fatos que motivaram o agente à prática do tipo de injusto, desde que não inerentes ao próprio tipo, sendo, por exemplo, bons, como a fé, o amor etc. Assim como serem reputados como mais reprováveis os motivos relacionados à inveja, ao ódio gratuito, à ambição desmedida etc.

Talvez por essa real dificuldade em se conseguir extrair dos autos elementos motivacionais que extrapolem o necessário para a prática do injusto é que ele foi bem pouco constatado na pesquisa, sendo encontrado em apenas 4,8% das sentenças que fixaram a pena-base acima do mínimo legal.

Sua incidência ficou acima somente da personalidade (2,5%) e do comportamento da vítima (0%):

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL APONTADA COMO DESFAVORÁVEL	PERCENTUAL DE INCIDÊNCIA NAS SENTENÇAS QUE FIXARAM A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (%)
Motivo	4,80

QUADRO 6 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL MOTIVO  
FONTE: TJ/PR

Tratando-se o motivo de circunstância qualificadora, privilegiadora, agravante, atenuante, causa de aumento ou diminuição de pena, não pode ser considerado como circunstância judicial, evitando-se *bis in idem*.

Também nunca se devem levar em consideração motivações inerentes ao próprio tipo de injusto, tais como: "libido exacerbada" ou "falta de pudor", nos crimes sexuais; "ganância", "ambição", "lucro fácil", nos crimes patrimoniais.

Ocorre que, utilizando-se o critério acima descrito, na pesquisa se verificou que 42,1% das sentenças que agravaram a pena-base em razão do motivo, o fizeram levando em consideração fato inerente ao próprio tipo ou mesmo a alguma outra circunstância já valorada em outro momento da dosimetria penal.

---

<sup>273</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.574.

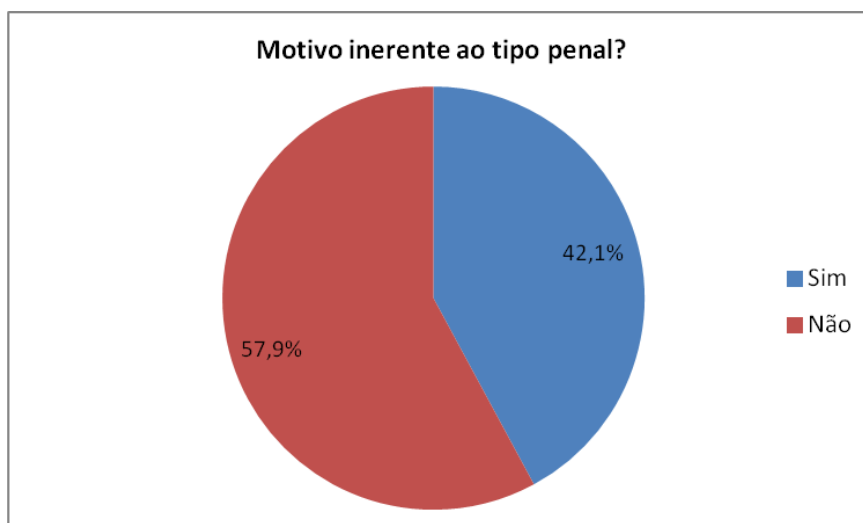


GRÁFICO 34 - MOTIVO INERENTE AO TIPO PENAL  
 FONTE: TJ/PR

Em uma decisão, o réu fora condenado por ter oferecido R\$ 50,00 (cinquenta reais) a um policial militar para que este não aplicasse multa de trânsito e apreendesse seu veículo, pois estava inadimplente com o tributo devido. Por isso foi condenado às penas do tipo de injusto previsto no Código Penal, art. 333 (corrupção ativa). No momento da fixação da pena-base foi valorado negativamente o motivo do crime levando-se em conta o mesmo comportamento típico pelo qual havia sido o réu condenado: "Motivos do Crime: desfavoráveis, porquanto visava a livrar-se e ao veículo, de apreensão e outras sanções"<sup>274</sup>.

Outro motivo que se apresentou recorrente como autorizador da elevação da pena-base foi a intenção de comprar drogas com o produto de delitos patrimoniais ou mesmo de saldar dívidas da mesma origem:

Quanto aos motivos da conduta, estavam relacionados ao consumo de entorpecentes.<sup>275</sup>

Motivos do crime: são desfavoráveis, visto que praticou o crime para pagar dívidas oriundas da aquisição de entorpecentes.<sup>276</sup>

<sup>274</sup> Autos de numeração 2009.0008200-6 – 1.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>275</sup> Autos de numeração 2007.10486-0 – 13.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>276</sup> Autos de numeração 2012.17824-6 – 9.<sup>a</sup> Vara Criminal.

Quanto aos motivos da conduta, restou evidenciado que os fatos ocorreram, em razão do acusado estar sob efeitos de drogas, desejando que a vítima lhe fornecesse mais dinheiro para comprar mais drogas.<sup>277</sup>

Motivos do crime: o réu alegou que praticou o delito para pagar dívida de drogas, o que revela sua especial periculosidade, pois pretendia fomentar o tráfico de drogas, crime especialmente nocivo à sociedade, que encontra-se aliado a delitos praticados com violência como roubos, latrocínios e homicídios.<sup>278</sup>

Motivos do crime: a ré alegou que praticou o delito para adquirir drogas, o que revela sua especial periculosidade, pois pretendia fomentar o tráfico de drogas, crime especialmente nocivo à sociedade, que encontra-se aliado a delitos praticados com violência como roubos, latrocínios e homicídios.<sup>279</sup>

Esse juízo de periculosidade em relação a usuários de droga denota claramente a estigmatização sofrida por estes sujeitos, aos quais se diz simbolicamente que não mais se aplicam penas privativas de liberdade em razão do uso (Lei n.º 11.343/2006, art. 28), porém, ainda assim, continuam a receber aumento de pena pelo mesmo uso em condenações pela prática de outros delitos patrimoniais relacionados a ele.

#### 2.2.1.6 Circunstâncias

Extremamente confusa e vaga é esta circunstância judicial, pois utilizando-se do termo "circunstâncias" pode vir a se referir a qualquer fato que, não sendo elementar, sirva para alterar a pena, reduzindo-a ou aumentando-a.

São circunstâncias as qualificadoras, as privilegiadoras, as causas de aumento e de diminuição de pena, as agravante, as atenuantes e todo o elenco do Código Penal, art. 59, porém com nenhuma destas pode se identificar, sob pena de violação do princípio do *ne bis in idem*.

O Código deveria delinear com clareza o significado do termo "circunstâncias" para que não houvesse confusão com qualquer das outras circunstâncias.

---

<sup>277</sup> Autos de numeração 2012.2010-3 – 13.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>278</sup> Autos de numeração 0026434-83.2011.8.16.0013 – 3.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>279</sup> Autos de numeração 0016587-23.2012.8.16.0013 – 3.<sup>a</sup> Vara Criminal.

Por isso que Paganella Boschi diz que "o legislador talvez pudesse ter adotado a expressão 'particularidades do fato', para evitar as eventuais confusões que o uso reiterado do termo 'circunstâncias' possa trazer ao menos atentos"<sup>280</sup>.

Mesmo que fosse utilizado o termo sugerido por Boschi, dificilmente também não escaparia de uma possível não compatibilização com o princípio da taxatividade.

O legislador colocou o magistrado numa situação bastante incômoda ao tentar encontrar significado para tal critério orientador da pena-base.

Ainda assim, essa foi a circunstância judicial mais verificada na pesquisa; praticamente uma sentença condenatória em cada quatro que fixou a pena-base acima do mínimo legal fez alusão às circunstâncias de forma gravosa.

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL APONTADA COMO DESFAVORÁVEL	PERCENTUAL DE INCIDÊNCIA NAS SENTENÇAS QUE FIXARAM A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (%)
Circunstâncias	25,00

QUADRO 7 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CIRCUNSTÂNCIAS

FONTES: TJ/PR

Em algumas sentenças foram valorados fatos que são inerentes ao próprio tipo de injusto como, por exemplo, na sentença em que o réu foi condenado às penas de receptação e suas circunstâncias restaram agravadas, pois "ocultou dentro de sua residência, onde vivia com a família, veículo oriundo de crime de roubo"<sup>281</sup>.

#### 2.2.1.7 Consequências

Dentre todas as circunstâncias judiciais alinhavadas no Código Penal, art. 59, as consequências foram as que mais estiveram presentes nas sentenças que fixaram a pena-base acima do mínimo legal (21,2%).

---

<sup>280</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.216.

<sup>281</sup> Autos de numeração 2011.19169-0 – 1.<sup>a</sup> Vara Criminal.

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL APONTADA COMO DESFAVORÁVEL	PERCENTUAL DE INCIDÊNCIA NAS SENTENÇAS QUE FIXARAM A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (%)
Consequências	21,20

QUADRO 8 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL  
CONSEQUÊNCIAS

FONTE: TJ/PR

Entende-se que as consequências a que se refere o Código Penal se circunscrevem apenas àquelas que extrapolam as consequências normais do tipo de injusto, aquelas que se projetam para além do tipo. Do contrário estaria caracterizado o *ne bis in idem*, ou seja, valorando-se duas vezes o mesmo fato para prejudicar o réu.

Supreendentemente verificou-se que 85,4% das sentenças analisadas que se utilizaram das consequências do crime para agravar a pena-base se referiram a fatos considerados inerentes às consequências do próprio tipo de injusto, o que é gravíssimo.

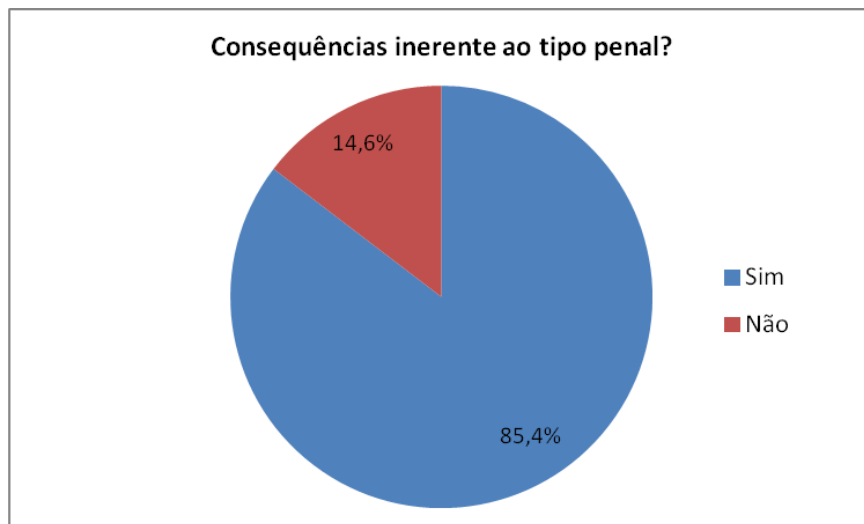


GRÁFICO 35 - CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL  
FONTE: TJ/PR

Note-se que o critério empregado nessa identificação foi a análise não só das próprias elementares do tipo de injusto como também as demais circunstâncias acolhidas pelo magistrado sentenciante para alterar a pena em qualquer das fases da individualização.



Inviável na dosimetria da pena do homicídio valoração negativa das consequências, porque a morte da vítima é condição para que o tipo se perfectibilize; a incapacidade para o trabalho não pode ser considerada como circunstância judicial no crime de lesões corporais gravíssimas (art. 121, § 2.º, inciso I) porque integra o tipo; no infanticídio, o estar a vítima à mercê da ré é circunstância tida como natural ao delito.<sup>282</sup>

Foram encontradas 16 sentenças em que a pena-base foi aumentada em razão de terem sido consideradas as consequências graves, frise-se, todas com a mesma oração fundamentadora: "Consequências da conduta ilícita: são danosas, não apenas para a vítima, mas para a coletividade, traumatizada com os altos índices de violência que cotidianamente a assolam"<sup>283</sup>.

Essa fundamentação foi encontrada em sentenças com condenação pelos tipos de injusto de roubo, receptação, extorsão e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Fundamento que serve para qualquer situação não é fundamento. O fundamento individualiza, não generaliza.

Em condenações por tráfico de drogas foram encontradas sentenças em que o argumento para considerar as consequências do delito anormais foi a própria gravidade do tipo de injusto, sem qualquer outra consideração que se projete para além do tipo, em flagrante violação ao princípio do *ne bis in idem*:

Consequências da conduta ilícita: são danosas para a coletividade, traumatizada com os altos índices de violência que cotidianamente a assolam, em muito estimulada pela disseminação do uso de tóxicos.<sup>284</sup>

Consequências da conduta ilícita: são nefastas, para o próprio réu e a sociedade, cujos núcleos se veem desmoronar, para não falar no estímulo à violência, em razão do consumo de drogas.<sup>285</sup>

---

<sup>282</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.216/217.

<sup>283</sup> Autos de numeração 2011.0014514-1; 2010.0002130-0; 2004.105888; 2011.9406-7; 2011.0012425-0; 2011.9406-7; 2009.18442-9; 2012.0018776-8; 2006.7660-1; 2012.14601-8; 2012.4111-9; 2004.0004734-9; 2011.19169-0; 2003.0005038-0; 2009.0013637-8 e 2009.0001104-4 – 1.ª Vara Criminal.

<sup>284</sup> Autos de numeração 2011.0010827-0 – 1.ª Vara Criminal.

<sup>285</sup> Autos de numeração 2010.0020421-9 – 1.ª Vara Criminal.

Consequências da conduta ilícita: são nefastas, para o próprio réu e a sociedade, cujos núcleos se veem desmoronar, para não falar no estímulo à violência.<sup>286</sup>

Da mesma forma, crimes contra o patrimônio consumados tiveram como argumento para aumentar a pena-base a gravidade das consequências próprias da consumação, qual seja, a inversão da posse ou propriedade do objeto subtraído:

Consequências da conduta ilícita: foram danosas para as vítimas, que ainda não conseguiram recuperar suas joias, de elevado valor.<sup>287</sup>

Consequências da conduta ilícita: são danosas, para a vítima, que perdeu expressivas somas em dinheiro.<sup>288</sup>

Consequências: As vítimas não tiveram restituída alta quantia em dinheiro, razão pela qual esta circunstância deve acarretar o aumento da pena-base.<sup>289</sup>

Em um caso analisado na pesquisa o réu fora condenado pela prática do tipo de injusto de receptação de um veículo, na modalidade consumada, por estar transitando com ele, sabendo ser de origem ilícita. Ocorre que, segundo conclusão da sentença, o denunciado havia batido o automóvel num muro antes de ele ser apreendido pelos policiais. No momento de dosar a pena, o juiz valorou negativamente referida avaria no bem elevando a pena-base por tal consequência: "Consequências: foram graves, na medida em que o veículo foi batido, sofrendo avarias"<sup>290</sup>.

Mas, sendo o tipo consumado, o fato posterior à consumação é, inclusive, impunível. O que fora feito com o veículo, após ser subtraído, não deveria ser alvo de valoração no que se refere à pena, tratando-se, portanto, de afronta ao *ne bis in idem*.

---

<sup>286</sup> Autos de numeração 2011.13596-0 – 1.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>287</sup> Autos de numeração 2007.0015319-5 – 1.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>288</sup> Autos de numeração 2009.0012029-3 – 1.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>289</sup> Autos de numeração 2010.7627-0 – 1.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>290</sup> Autos de numeração 0023655-58.2011.8.16.0013 – 3.<sup>a</sup> Vara Criminal.

Em uma condenação por furto, em que o réu fora denunciado por

com abuso de confiança, eis que prestava serviços domésticos na residência da referida vítima à época dos fatos, o que lhe permitia, em virtude da confiança em si depositada, acesso aos cômodos da sua residência, subtraiu, para si, diversos talheres e corte de panos importados e nacionais, pormenorizados no auto de exibição e apreensão de fl. 10, causando um prejuízo à vítima que totaliza R\$ 725,00 (setecentos e vinte e cinco reais, cf. auto de avaliação de fls. 23),<sup>291</sup>

a consumação da subtração foi levada em consideração para agravar a pena-base tendo em conta as consequências: "Houve prejuízo patrimonial de pequena monta, haja vista que parte da *res furtiva* restou inutilizada por ação do réu"<sup>292</sup>.

Em outra sentença em que foi condenado o réu por estelionato em razão de ter vendido o automóvel da vítima e se apropriado do preço, o fato de ter ocorrido prejuízo material foi levado em conta para considerar gravosas as consequências: "Houve prejuízo material em desfavor da vítima"<sup>293</sup>.

Porém trata-se de elementar do tipo o "prejuízo alheio" (CP, art. 171).

Cirino dos Santos, com razão, limita a possibilidade de aferição de consequências que extrapolam o resultado típico ao elemento subjetivo mínimo de imprudência (culpa):

O princípio da culpabilidade exige *previsão*, ou pelo menos, *previsibilidade* do autor, para considerar as consequências extra-típicas do fato na medida da pena – em outras palavras, a atribuição por *imprudência* constitui condição mínima de inclusão de consequências extra-típicas na medida da pena.<sup>294</sup>

---

<sup>291</sup> Autos de numeração 0002792-54.1998.8.16.0013 – 4.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>292</sup> *Id.*

<sup>293</sup> Autos de numeração 0001821-67.2009.8.16.0013 – 4.<sup>a</sup> Vara Criminal.

<sup>294</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.575.

### 2.2.1.8 Comportamento da vítima

Aqui se analisam a influência, a instigação, a contribuição efetiva da vítima para a realização do tipo de injusto, seja provocando, negligenciando, facilitando ou estimulando o agente.

Embora existam autores que entendam que o comportamento da vítima pode tanto aumentar quanto abaixar a pena-base<sup>295</sup>, em verdade esta circunstância é mais utilizada para verificar qual a contribuição da vítima para que ocorresse o tipo de injusto, claramente como forma de reduzir a pena-base.

Talvez por isso, ou seja, em razão de sua finalidade ser possibilitar a redução da pena-base, é que o comportamento da vítima foi a circunstância com menor incidência na pesquisa em comento.

Nenhuma sentença fez alusão à contribuição da vítima.

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL APONTADA COMO DESFAVORÁVEL	PERCENTUAL DE INCIDÊNCIA NAS SENTENÇAS QUE FIXARAM A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (%)
Comportamento da vítima	0,00

QUADRO 9 - REPRESENTATIVIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL  
COMPORTAMENTO DA VÍTIMA  
FONTE: TJ/PR

### 2.2.1.9 Drogas

A importância da análise do tema drogas se justifica na medida em que a Lei n.º 11.343/2006 em seu art. 42 estabelece que a natureza e a quantidade da substância apreendida deverão ser levadas em consideração no momento em que o juiz for fixar a pena-base nas condenações por crimes nela elencados, inclusive com preponderância em relação às demais circunstâncias judiciais previstas no Código Penal, art. 59.

Mas o quem a vem ser "droga"? Por que várias condutas a ela relacionadas são elencadas como tipos de injusto?

---

<sup>295</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.339.

Segundo a cartilha da Secretaria Nacional Antidrogas, a categoria "drogas" pode ser entendida como sendo "[...] substâncias que produzem mudanças nas sensações, no grau de consciência e no estado emocional das pessoas"<sup>296</sup>.

Ocorre que nessa definição tanto se encaixa a maconha, a cocaína, a heroína e o crack, como também o café, o chocolate e o Prozac, sem falar no álcool e no cigarro.

Nem tudo que seja tóxico e faça mal à saúde é considerado como "droga", assim como não existe comprovação científica isenta de contestação de que todas as substâncias catalogadas como "drogas" tragam malefícios aos seus usuários maiores que outras tantas assim não etiquetadas.

O conceito de "droga" não pode, genuinamente, obter *status* científico, uma vez que se funda numa avaliação política e moral. Nesse contexto, a palavra "droga" carrega consigo uma noção de norma e de proibição; ela faz alusão a algo que devemos manter distância: indica uma separação social. Por essa razão, "droga" não é um conceito descritivo, mas avaliativo: é uma senha que implica automaticamente uma proibição.<sup>297</sup>

Daí já se vê que a categoria "droga", em razão da inexistência de parâmetros científicos que definam os limites entre ela e as demais substâncias, acaba sendo utilizada conforme o interesse determinante da época e da classe que detém o poder.

É a substância proibida que cria seus traficantes. A eleição da maconha como substância proibida é que gerou seus delinquentes.

Howard Becker chega a esclarecer que a maconha não causa dependência, diferentemente do álcool, sendo o seu uso instigado, portanto, apenas pelo prazer:

A maconha não produz adição, pelo menos não no mesmo sentido que o álcool e as drogas opiáceas. O usuário não experimenta nenhuma síndrome de abstinência e não exhibe qualquer ânsia inextirpável pela droga. O padrão mais frequente de uso poderia ser denominado "recreativo". Lança-se mão da droga ocasionalmente pelo prazer que o usuário encontra nela, um tipo de comportamento relativamente casual em comparação com aquele associado ao uso de drogas que geram dependência.<sup>298</sup>

---

<sup>296</sup> Cartilha antidrogas. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/br000009.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

<sup>297</sup> RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e mercados**: ensaios em anticriminologia. Tradução de Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.81.

<sup>298</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.52.

Portanto, pode-se apontar que não há razões científicas a fundamentar a catalogação então existente entre quais substâncias devem ou não ser elencadas como "drogas".

Razão para tal distinção talvez tenha mais a ver com a identificação de determinados grupos étnicos com o consumo de algumas substâncias, as quais, se reprimidas criminalmente, invariavelmente atingirão seus consumidores, sendo que esta fobia étnica pode ser fundamentada pelo embate na busca do emprego em época de escassez de postos de trabalho, higienismo excludente ou mesmo ter como argumento questões de mercado.

No que se refere ao exemplo estadunidense, Vera Malaguti Batista comenta:

A primeira lei federal contra a maconha tinha como carga ideológica a sua associação com imigrantes mexicanos que ameaçavam a oferta de mão-de-obra no período da Depressão. O mesmo ocorreu com a migração chinesa na Califórnia, desnecessárias depois da construção das estradas de ferro, que foi associada ao ópio. No Sul dos Estados Unidos, os trabalhadores negros do algodão foram vinculados à cocaína, criminalidade e estupro, no momento de sua luta por emancipação. O medo do negro drogado coincidiu com o auge dos linchamentos e da segregação social legalizada. Estes três grupos étnicos disputavam o mercado de trabalho nos Estados Unidos, dispostos a trabalhar por menores salários que os brancos.<sup>299</sup>

É a partir de 1973 que o combate ao tráfico ganha influência do neoliberalismo e passa a ser conduzido por uma ideologia de segurança nacional. Os EUA, talvez para alimentar sua indústria bélica, canalizando, assim, recursos públicos para determinados setores privados de sua economia, os quais invariavelmente financiam a maioria das campanhas eleitorais, sempre construíram inimigos externos: nos anos 60 e início dos 70 tinha-se a Guerra-Fria, a ameaça soviética. A partir de meados da década de 1970 as drogas foram eleitas para ocupar o papel de protagonista desta peça teatral.

Essa ideologia é formada pela ideia de estado de guerra, em que os inimigos devem ser eliminados. É o que Nilo Batista chama de "política criminal com derramamento de sangue"<sup>300</sup>. Quem nunca ouviu dizer que as favelas do Rio de

---

<sup>299</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2003. p.81.

<sup>300</sup> BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.5, n.20, p.129, 1997.

Janeiro são um Estado à parte? Um Estado paralelo dentro de outro Estado? Essa ideia leva a crer que se encontra em risco a própria soberania, o que autoriza toda e qualquer medida para se impor a lei e a ordem, ainda que haja o sacrifício de garantias individuais (como as invasões em domicílio sem mandado na instalação das UPPs).

O combate às drogas, a partir de 73, transformou-se no eixo central da política norte-americana em todo continente. Não somente a erradicação interna e o endurecimento da resposta estatal à questão foi a tônica do governo estadunidense como também, e em especial, a difusão dessas mensagens no cenário internacional (principalmente no quintal latino-americano).

(Os EUA) Passam a difundir termos como "narcoguerrilha" e "narcoterrorismo", numa clara simbiose dos seus "inimigos externos". As drogas passam a ser o eixo das políticas de segurança nacional nos países atrelados a Washington, ao mesmo tempo em que o capital financeiro e a nova divisão internacional do trabalho os obriga a serem os produtores da valiosa mercadoria. Os países andinos se transformam em campo de batalha e nossas cidades se transformam em mercados brutalizados para o varejo residual das drogas ilícitas.<sup>301</sup>

A disseminação do pânico e a generalização da insegurança levam à expansão do poder punitivo. Invocam-se situações de emergências para justificar Estados de exceção. Ocorre, porém, que tal situação emergencial persiste até hoje, pois leis draconianas são ainda sancionadas, transformando-se em ordinárias e convertendo-se em exceção perpétua. A militarização, afinal, é apontada como a única resposta adequada ao urgente resgate dos "jovens filhos da sociedade de bem".

Aponta Zaffaroni:

Assinalou-se que as características deste avanço contra o tratamento tradicional do direito penal liberal ou de garantias consistiram na antecipação das barreiras de punição (até os atos preparatórios), na desproporção das consequências jurídicas (penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida), na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal de autor.<sup>302</sup>

---

<sup>301</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **O tribunal de drogas e o tigre de papel**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

<sup>302</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2007. p.14.

Interessante observar que, nos Estados Unidos da América do Norte, durante o período do *welfare state* (aproximadamente até três décadas depois da Segunda Guerra Mundial), os índices de encarceramento permaneceram estáveis, girando em torno de "90 a 110 prisioneiros por 100 mil habitantes"<sup>303</sup>.

O crescimento exponencial dos índices ocorreu a partir de 1973.

Após 1973, o índice de aprisionamento cresce de maneira contínua e exponencial para ultrapassar o nível de 200 em 1985, e 400 em 1994. Se for contabilizada a população reclusa nas casas de detenção municipais, em 30 de junho de 1997 o índice de encarceramento dos Estados Unidos se estabelece em 645 prisioneiros por 100 mil habitantes, ou seja, cinco vezes o nível dos anos 80.<sup>304</sup>

E a questão é que o incremento carcerário não se deu de forma homogênea entre as classes sociais. Wacquant cita como exemplo a Casa de Detenção de Los Angeles, a qual detém o título de maior colônia penal do mundo ocidental, sendo questão de orgulho para o xerife da comarca.

Como é de se esperar, o grosso dos clientes da casa vem da base da pirâmide social: 46% são latinos e 33% negros, para somente 18% brancos, apesar de estes serem majoritários na comarca; a metade entre 18 e 29 anos e 7 em 10 não tem nenhum diploma. A exemplo das outras grandes casas de detenção do país, três problemas perenes afligem a *Los Angeles County Jail* (LACJ): a superpopulação, a violência e os conflitos raciais.<sup>305</sup>

E o mais curioso, para não se dizer óbvio, é que o índice de "criminalidade" das demais infrações tidas como originalmente mais graves no campo penal, permanece estável, demonstrando claramente a inexistência de relação ou efeito entre as taxas de encarceramento e referidos índices de "criminalidade".

O que mudou não foi a delinquência e sim o tratamento dos crimes, em especial, ligados a drogas.

---

<sup>303</sup> WACQUANT, Loïc. A ascensão do estado penal nos EUA. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.7, n.11, p.17, 1.º sem. 2002/2003.

<sup>304</sup> *Id.*

<sup>305</sup> *Ibid.*, p.20.



Com efeito, contrariamente ao que afirma o discurso político e midiático, a incidência das principais categorias de infrações criminais não mudou fundamentalmente desde meados dos anos 70. O índice nacional de homicídios manteve-se entre 8 e 10 para 100 mil habitantes, de 1975 a 1995, enquanto a frequência de roubos qualificados oscilava entre 200 e 250 por 100 mil, sem apresentar tendência particular em um sentido ou outro (estes dois contenciosos representam, sozinhos, um quarto da população reclusa nas prisões estaduais). O índice de vítimas de lesões corporais ficou estável em todo o período, aproximadamente 30 em 100 mil, enquanto a frequência de vias de fato caracterizadas baixava de 12 para 9 em 100 mil, seu nível mais fraco em um terço de século. Quanto aos crimes contra os bens, diminuíram nitidamente, já que o índice acumulada de "vitimização" devidos a roubos e arrombamentos caiu de 550 incidentes em 100 mil habitantes, no ano de 1975, para menos de 300, 20 anos mais tarde.<sup>306</sup>

Então, o que se constata foi o agigantamento dos encarceramentos relacionados principalmente com os pequenos delitos, tendo como público-alvo os contraventores ocasionais.

Como se pode constatar no quadro 4, a grande maioria do milhão de indivíduos encerrados nas prisões estaduais (73%) e nas penitenciárias federais (94%), durante o ano de 1994, "caiu" por desordem na via pública, direção em estado de embriaguez, crime familiar ou furto de objetos em automóveis, roubo ou ainda por infração à legislação sobre bebidas alcoólicas e entorpecentes.<sup>307</sup>

Wacquant, então, sintetiza bem esse caótico quadro de encarceramentos direcionados a grupos étnicos pré-selecionados que, em geral, praticam condutas eleitas como criminosas pelas classes detentoras do dinheiro e poder. Tais comportamentos tidos por indesejados são os que agredem, ainda que em sua maioria sem violência, o patrimônio (furtos, receptações) e a (pseudo)moral (drogas, atentados à ordem pública).

Em 1992, durante a maior onda de encarceramento nos Estados Unidos, o prisioneiro típico entrando em uma penitenciária estadual era um homem de origem afro-americana (54% contra 19% de brancos), com menos de 35 anos (três quartos), sem diploma de curso secundário (62%), condenado por um delito ou crime não violento em mais de sete casos em dez.

---

<sup>306</sup> WACQUANT, Loïc. A ascensão do estado penal nos EUA. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.7, n.11, p.21, 1.º sem. 2002/2003.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p.23.

As infrações mais frequentemente cometidas pelos novos detentos são: posse ou distribuição de drogas (29%), furto e receptação (19%), roubo (15%), atentado à ordem pública (8%). Apenas um quarto foi detido por roubo com violência (11%), golpes e ferimentos (7%), violências sexuais (5%) e assassinato ou sequestro (4%)<sup>308</sup>

Essa situação, como já dito, identifica-se com a ascensão do neoliberalismo e a submissão do Estado aos interesses do mercado.

A própria massa carcerária é usada para conter as taxas de desemprego em épocas de recessão do mercado, visto que os detentos não entram na contagem da população economicamente ativa.

O alto índice de encarceramento não contribui somente para mascarar o alto índice de desemprego americano. O sistema penal concorre também para aumentar a desigualdade étnica face ao desemprego. [...]. Quanto aos negros, o índice é constantemente alto se incluímos a população encarcerada. No início dos anos 90, o índice oficial de desemprego dos negros cai a um nível relativamente baixo, quando, na realidade, cerca de um afro-americano sobre cinco ou procura emprego ou está na prisão. Durante este período, a inclusão da população encarcerada acrescenta aproximadamente sete pontos ao índice oficial de desemprego.<sup>309</sup>

Bauman, ao comentar sobre o crescimento da taxa de encarcerados, acaba apontando para o significativo número de detentos na faixa etária que poderia estar trabalhando (ou desempregada):

Em 1979 havia 230 prisioneiros para cada grupo de 100.000 habitantes – em 1.º de janeiro de 1997 já eram 649. (Em algumas áreas, é claro, a proporção é muito mais alta: no distrito de Anacostia, onde se concentra a maior parte da população pobre de Washington, metade dos residentes masculinos na faixa de idade entre 16 e 35 anos encontra-se atualmente aguardando julgamento, já na prisão ou com suspensão condicional da pena).<sup>310</sup>

---

<sup>308</sup> WACQUANT, Loïc. A ascensão do estado penal nos EUA. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.7, n.11, p.23/24, 1.º sem. 2002/2003.

<sup>309</sup> WESTERN, Bruce; BECKETT, Katherine; HARDING, David. Sistema penal e mercado de trabalho nos Estados Unidos. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.7, n.11, p.48, 1.º sem. 2002/2003.

<sup>310</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.123.

Ademais, o incremento do encarceramento reduz os pagamentos a título de seguro-desemprego, aumenta a mão de obra (escrava) disponível nas penitenciárias em favor dos grandes conglomerados industriais que não precisam mais se instalar nos miseráveis países da Ásia, pois podem explorar os detentos nas parcerias intencionalmente arquitetadas entre os presídios públicos e a iniciativa privada.

Assim, neste novo Estado (neo)liberal a "mão invisível" do mercado consegue alcançar até mesmo os reclusos, servindo, pois, o "combate às drogas", característico de um Estado atuante, para fornecer a débil força motriz necessária para o enriquecimento dos "bons homens".

Para conseguir conciliar essas duas facetas do mesmo Estado (liberal e de pulso forte), Wacquant cria a figura do Estado liberal-paternalista:

Ele é *liberal* no topo, para com o capital e as classes privilegiadas, produzindo o aumento da desigualdade social e da marginalidade; e *paternalista* e punitivo na base, para com aqueles já desestabilizados seja pela conjunção da reestruturação do emprego com o enfraquecimento da proteção do Estado de bem-estar social, seja pela reconversão de ambos em instrumentos para vigiar os pobres.<sup>311</sup>

Com efeito, a desconstrução do *welfare state*, e com isso o abandono de políticas públicas sociais, compensatórias e assistenciais, coincide com a ascensão dos grandes encarceramentos.

A conversão das classes dominantes à ideologia neoliberal resultou em três transformações na esfera do Estado que estão intimamente ligadas: remoção do Estado econômico, desmantelamento do Estado social e fortalecimento do Estado penal. De fato, aqueles que hoje glorificam o Estado penal na América são os mesmos que, ontem, chamavam pelo fim do "Grande governo" no *front* social e econômico, e que foram bem sucedidos na redução das prerrogativas, expectativas e exigências da coletividade em face do mercado, melhor dizendo, em face da ditadura das grandes corporações.<sup>312</sup>

Não se pode descurar também que o combate e a demonização das drogas têm como consequência o aumento de seu preço. Com efeito, assim como em relação a

---

<sup>311</sup> WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008. p.94.

<sup>312</sup> *Ibid.*, p.96.

qualquer mercadoria, o risco em sua armazenagem e comercialização está intimamente ligado ao preço. Quanto maior o risco, maior deve ser o lucro.

É possível se dizer também que a ilegalidade, por manter o preço da droga elevado, acaba por incrementar mais ainda seu comércio.

*El negocio se incrementa con su ilegalidad porque obliga a mantener precios más elevados. Este aumento de precio obliga a muchos adictos – aterrados por el síndrome de abstinencia – a dedicarse al robo y a la prostitución para poder mantener su adicción.<sup>313</sup>*

Aumentando-se o preço quem sofre não é o consumidor da classe abastada e sim o miserável, pois para manter seu vício necessita traficar.

Não se pode deixar de identificar que o Brasil também recebeu maciça influência (para não dizer determinação) da política estadunidense.

A partir da década de 1970, o Brasil procedeu ao alinhamento legal à política norte-americana, absorvendo o discurso de que o inimigo interno agora era o traficante e não mais o terrorista, conforme vinha sendo incutido ideologicamente até então nas terras tupiniquins em época de ditadura militar.

A redação original do Código Penal em seu art. 281 previa como hipótese criminal apenas o tráfico (reclusão de 1 a 5 anos, além da multa), não sendo infração penal o consumo.

Do mesmo modo como nos EUA, a partir da década de 1970 é que há o recrudescimento no tratamento criminal da matéria. Inicialmente o Decreto-lei n.º 385/68 altera a tipificação do referido art. 281 passando a tratar de igual forma tanto o traficante como o usuário (penas idênticas). A Lei n.º 5.726/71, por sua vez, além de manter a equiparação na reprimenda penal e aumentar a pena máxima em abstrato para seis anos, também torna desnecessária a existência de laudo toxicológico para a propositura de denúncias e empreende procedimento judicial próprio para tratar dos crimes relacionados a drogas. Tal procedimento mostra-se flagrantemente inquisidor e extremamente ágil no que toca às condenações.

---

<sup>313</sup> OLMO, Rosa del. **La socio-política de las drogas**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1975. p.52.

"Os efeitos desta lei e do contexto em que é promulgada se fazem sentir no aumento da criminalização. A criminalização de drogas que era de 7% em 1968, pula para 12% em 1973"<sup>314</sup>.

Somente em 1976 com a Lei n.º 6.368 é que se faz distinção entre o traficante e o usuário quanto às penas, ainda assim dando-se continuidade ao tratamento criminal também deste último.

Na sequência, a Lei n.º 11.343 de 2006 buscou amenizar a penalização do usuário, porém sem deixar de considerá-lo como criminoso, e, na outra vertente, aumentou ainda mais a sanção para o tráfico e condutas afins.

Diferentemente, na mesma trilha de outros países Uruguai, Holanda, Argentina e Portugal, cada um ao seu modo; por exemplo Portugal foi por meio de solução judicial, já na Argentina foi legislativa, passaram a tratar de forma não penal o uso de drogas.

Portanto, o Brasil continua, no cenário internacional, a ser um país que trata com bastante recrudescimento a matéria drogas.

Daí é que, em específico, para o objeto de análise da pesquisa empírica realizada (dosimetria penal), mostrou-se importante tentar identificar a existência de critérios para os magistrados quando se utilizam da quantidade e espécie de droga apreendida para elevar a pena-base, conforme estabelece a Lei n.º 11.343/06, art. 42.

Constatou-se que não somente o crack e a cocaína foram levados em conta para elevar a pena-base, como também a maconha.

No que concerne à quantidade, embora tenham existido apreensões expressivas, por exemplo, 42,8 kg de maconha (Autos de numeração 2011.18011-7 – 9.<sup>a</sup> Vara Criminal), 11 kg de maconha (Autos de numeração 2012.16866-6 – 10.<sup>a</sup> Vara Criminal), 149 pedras de crack (Autos de numeração 2011.23856-5 – 9.<sup>a</sup> Vara Criminal) e 110 pedras de crack (Autos de numeração 2012.19373-3 – 2.<sup>a</sup> Vara Criminal), também foram consideradas justificativas para aumentar a pena a apreensão de 37g de maconha, cocaína e crack em conjunto (Autos de numeração 2011.26147-8 – 5.<sup>a</sup> Vara Criminal) ou 7g de cocaína e crack também pesados em conjunto (Autos de numeração 2012.1553-3 – 5.<sup>a</sup> Vara Criminal).

---

<sup>314</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2003. p.88.

Somente se considerada a quantidade, 7g de cocaína e crack pesadas em conjunto poderiam justificar até mesmo a desclassificação para o tipo de injusto uso de drogas, porém no caso em apreço, além de possibilitar a condenação, também embasou a elevação da reprimenda penal.

O que se pôde constatar é que inexistem parâmetros seguros a balizar a seleção acerca da utilização ou não dos elementos quantidade e espécie da droga apreendida como forma de circunstância judicial desfavorável a autorizar um incremento da pena-base.

### 2.2.2 Segunda fase: a fixação da pena provisória

Dando continuidade ao processo de individualização da pena, a segunda etapa é marcada pela aplicação das agravantes e atenuantes (também conhecidas como circunstâncias legais) ao resultado da primeira fase (pena-base), obtendo-se, assim, o que se convencionou chamar de pena provisória.

As agravantes estão elencadas de forma exaustiva no Código Penal, arts. 61 e 62. Já as atenuantes não contam com limitação legal para reconhecimento, pois, além do elenco estabelecido no Código Penal, art. 65, o art. 66 contempla as atenuantes inominadas, ou seja, caso o juiz, no momento da fixação da pena provisória, entenda que existe algum fato importante não antevisto no Código Penal e que possa beneficiar o réu, pode enquadrá-lo como atenuante.

Tais circunstâncias possuem duas características:

a) são *genéricas* porque aplicáveis a todos os fatos puníveis; b) são *obrigatórias*, porque devem agravar ou atenuar a pena, se verificadas concretamente – exceto se constituem, qualificam ou privilegiam o tipo de injusto, hipóteses em que o próprio legislador prevê a ampliação ou redução da pena no tipo legal do crime.<sup>315</sup>

---

<sup>315</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.577.

Embora não haja, assim como para as circunstâncias judiciais, qualquer parâmetro legal para identificar-se o montante de alteração em decorrência de uma agravante ou atenuante, ainda assim a prática forense tem se inclinado para que seja alterada a pena-base em no máximo 1/6 para cada circunstância legal.

Na Alemanha inexistem agravantes e causas de aumento de pena. Fixa-se a pena-base tendo como critério a culpabilidade, daí, na sequência, são analisadas as atenuantes elencadas no Código Penal, § 49<sup>316</sup>, as quais, para o sistema brasileiro, seriam melhor enquadráveis como causas de diminuição na medida em que preveem reduções bastante consideráveis (abatimento de no mínimo 25%).

### 2.2.2.1 Agravantes

Verificou-se na pesquisa que, do total de 483 sentenças condenatórias, 134 delas contaram com reconhecimento de alguma agravante, representando, assim, 27,7%.

---

<sup>316</sup> "§ 49. Causas legales especiales de atenuación

(1) Si se prescribe una atenuación conforme a este precepto o se autoriza, entonces para la atenuación rige lo siguiente :

1. En lugar de pena privativa de la libertad perpetúa entra se aplica una pena privativa de la libertad no menor de tres años.

2. En los casos de pena privativa de la libertad temporal se permite imponer como máximo tres cuartos del máximo impuesto. En los casos de multa rige lo mismo que para el número máximo de los importes diarios.

3. El aumento del mínimo de una pena privativa de la libertad se disminuye

- en los casos de un mínimo de diez o de cinco años a dos años,

- en los casos de un mínimo de tres o de dos años a seis meses

- en los casos de un mínimo de un año a tres meses,

- en los restantes casos al mínimo legal

(2) Si el tribunal permite, conforme a una ley que a este precepto remita, atenuar la pena según su criterio, entonces el tribunal puede reducir hasta el mínimo de la pena conminada o en vez de pena privativa de la libertad imponer una multa." (Disponível em: <[http://www.juareztaavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztaavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2012).

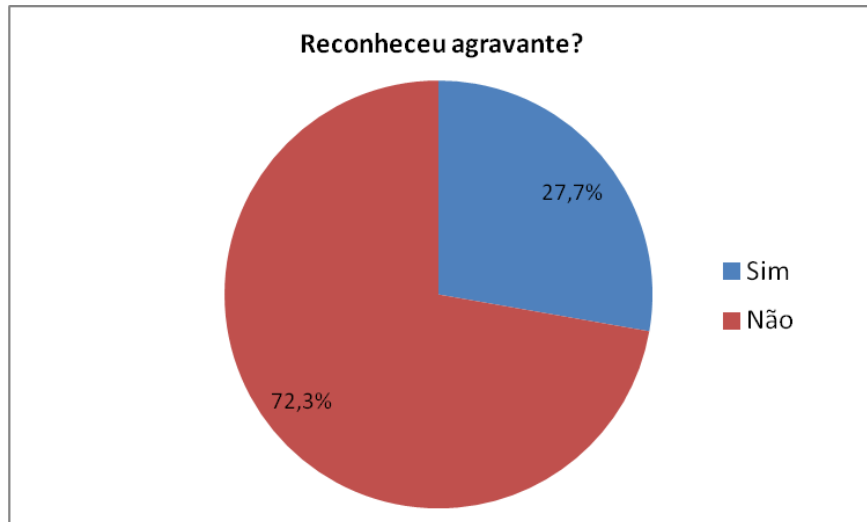


GRÁFICO 36 - RECONHECEU AGRAVANTE?  
 FONTE: TJ/PR

Destas, 89,6% reconheceram apenas uma agravante, 8,2% duas, 1,5% três e 0,7% quatro agravantes no mesmo caso concreto.

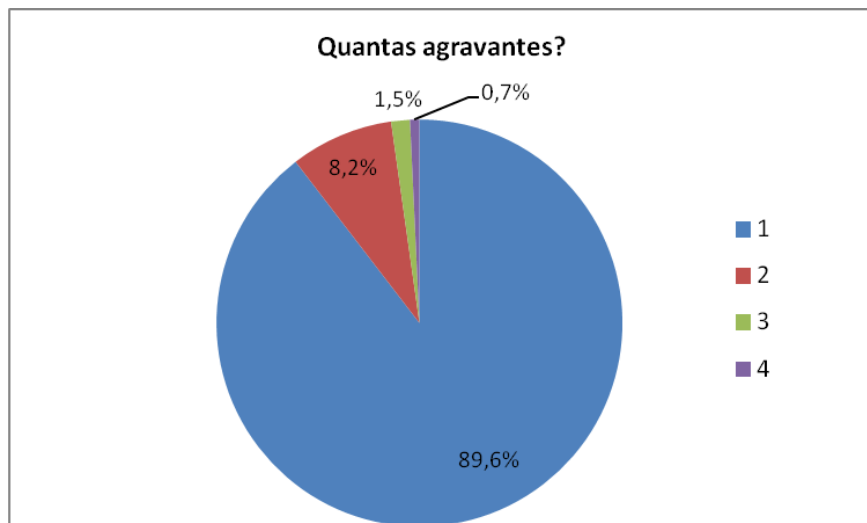


GRÁFICO 37 - QUANTOS AGRAVANTES?  
 FONTE: TJ/PR

Das sentenças que reconheceram alguma agravante, observou-se que em 72,7% a circunstância acolhida foi a reincidência.



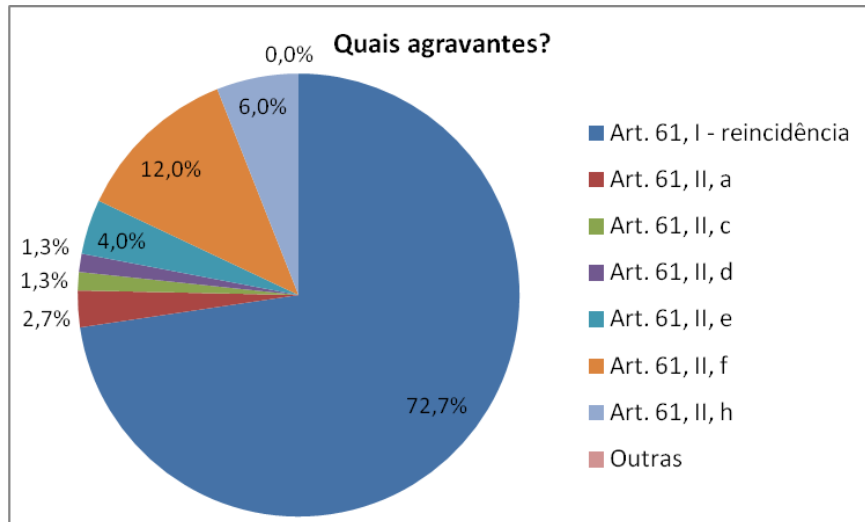


GRÁFICO 38 - QUAIS AGRAVANTES?  
FONTE: TJ/PR

Portanto a reincidência foi observada em quase três sentenças de cada quatro em que foi reconhecida alguma agravante. Por isso, é a circunstância constatável nesta segunda fase da individualização da pena que merece mais atenção.

### Reincidência

A agravante Reincidência, ou também conhecida por recidiva, denota, em termos simples, repetição de um ato anteriormente praticado. Terá relevância penal quando tal ato for qualificado criminalmente, ou seja, houver repetição da realização de tipos de injusto.

A depender do critério eleito, podem-se visualizar algumas espécies de reincidência.

Quanto à necessidade de cumprimento da pena imposta pela condenação anterior, a reincidência se classifica em:

- a) *Real*: ocorre quando a segunda infração penal é praticada após o agente ter sido inserido no sistema carcerário, ou seja, após cumprir total ou parcialmente sua pena.
- b) *Ficta*: quando a segunda infração é realizada e o agente sequer fora inserido no sistema carcerário pela primeira condenação, não tendo cumprido sua pena. Requer apenas o trânsito em julgado da condenação anterior.

Quanto ao fato de as infrações serem da mesma natureza, a reincidência pode ser:

- a) *Genérica*: não há a necessidade de as infrações penais cometidas estarem previstas no mesmo tipo penal, ofenderem o mesmo bem jurídico ou possuírem o mesmo tipo subjetivo.
- b) *Específica*: pode ocorrer quando há identidade entre os bens jurídicos ofendidos, identidade entre os tipos penais ou quando tal identidade se refere ao tipo subjetivo.

Quanto à eficácia temporal da condenação anterior para a caracterização da reincidência, esta pode ser:

- a) *Perpétua*: não importa quanto tempo tenha decorrido desde o termo *a quo* do delito anterior e a data da prática da segunda infração penal, sempre haverá o reconhecimento da reincidência.
- b) *Temporária*: exige certo lapso de tempo máximo entre o termo *a quo* da infração anterior e o cometimento do segundo delito, do contrário, não haverá o reconhecimento da reincidência.

Quanto à liberdade de o julgador reconhecer ou não a reincidência como agravadora da pena:

- a) *Obrigatória*: ao magistrado não é concedida a discricionariedade de agravar ou não a pena do condenado em razão do reconhecimento da reincidência.
- b) *Facultativa*: em determinadas circunstâncias, pode o juiz deixar de agravar a pena em razão da recidiva.

A França somente reconhece o instituto quando o segundo delito é o mesmo do primeiro ou quando assemelhado, ou seja, exige que a reincidência seja *específica*.<sup>317</sup>

---

<sup>317</sup> "Subsección 2: De las penas aplicables en caso de reincidencia

§ 1: Personas físicas

Artículo 132-10

Cuando una persona física, ya condenada en sentencia firme por un delito, cometa, en el plazo de cinco años a contar desde el cumplimiento o la prescripción de la pena precedente, o bien el mismo delito, o bien un delito asimilado a los efectos de la reincidencia, se duplicará el máximo de las penas de prisión y de multa aplicables." (Disponível em: <<http://www.juareztares.com/textos/codigofrances.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2012).

Do mesmo modo o Código Penal Espanhol também exige que a reincidência seja *específica* (delitos compreendidos no mesmo Título do Código) para que possa caracterizar agravante da pena<sup>318</sup>.

Na Argentina, para efeito de agravar a pena somente se admite a reincidência *real*.<sup>319</sup>

O Código Penal lusitano, por sua vez, somente reconhece a possibilidade de se agravar a pena em razão da reincidência se esta for *específica*, exigindo que ambas as condenações, anterior e posterior, sejam por crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade e superiores a seis meses, vedando, do mesmo modo, que a multa gere reincidência, ou mesmo que condenações a penas diminutas caracterizem recidiva. Portanto, caso o crime anterior ou posterior seja imprudente (culposo) não será possível se reconhecer a agravante.

O elemento mais marcante do Código Penal Português é o fato de o instituto em questão ser de reconhecimento *facultativo*, exigindo do juiz, caso opte por sua aplicação, que fundamente o porquê as condenações anteriores não serviram de advertência suficiente.

Assim, a reincidência, ainda que reconhecida no caso concreto, para que possa gerar aumento de pena deve o magistrado motivar adequadamente sua decisão apontando as razões pelas quais ele é necessário.

---

<sup>318</sup> "CAPÍTULO IV

*De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal*  
Artículo 22

*Son circunstancias agravantes:*

*8.ª Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.*

*A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo." (Disponível em: <<http://www.juareztares.com/textos/codigosspanhol.pdf>>.*

*Acesso em: 12 out. 2012).*

<sup>319</sup> "Tít. VIII – Reincidencia

*Art. 50. Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición. No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el código de justicia militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años." (Disponível em: <[http://www.juareztares.com/textos/leis/cp\\_ar.pdf](http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_ar.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2012).*

Isto porque, uma vez reconhecido o aumento, poderá a pena em abstrato ter seu patamar mínimo elevado até um terço, porém sempre tendo como limite a quantidade de pena aplicada ao crime anterior.

Ou seja, o aumento da pena do crime posterior decorrente do reconhecimento da reincidência não poderá suplantar a pena anteriormente aplicada, respeitando-se, assim, a proporcionalidade que deve existir entre o que é acessório e o que é principal, aquele não podendo ser maior que este.<sup>320</sup>

Na Itália, igualmente a Portugal, a reincidência é de reconhecimento *facultativo*, diferenciando também a quantidade de elevação da pena caso a recidiva seja *genérica* ou *específica*, de qualquer modo o aumento nunca poderá exceder a soma das penas do delito anterior com o posterior.<sup>321</sup>

---

<sup>320</sup> "SECÇÃO II

Reincidência

Artigo 75.º

Pressupostos

1 - É punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a 6 meses por outro crime doloso, se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.

2 - O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não releva para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos; neste prazo não é computado o tempo durante o qual o agente tenha cumprido medida processual, pena ou medida de segurança privativas da liberdade.

3 - As condenações proferidas por tribunais estrangeiros contam para a reincidência nos termos dos números anteriores, desde que o facto constitua crime segundo a lei portuguesa.

4 - A prescrição da pena, a amnistia, o perdão genérico e o indulto, não obstam à verificação da reincidência.

Artigo 76

Efeitos

1 - Em caso de reincidência, o limite mínimo da pena aplicável ao crime é elevado de um terço e o limite máximo permanece inalterado. A agravação não pode exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores.

2 - As disposições respeitantes à pena relativamente indeterminada, quando aplicáveis, prevalecem sobre as regras da punição da reincidência." (Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoportugues.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2012).

<sup>321</sup> "Capo II: DELLA RECIDIVA, DELLA ABITUALITÀ E PROFESSIONALITÀ NEL REATO E DELLA TENDENZA A DELINQUERE

Art. 99

- Recidiva -

Chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, può essere sottoposto a un aumento fino ad un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato.

La pena può essere aumentata fino ad un terzo:

1) se il nuovo reato è della stessa indole;

2) se il nuovo reato è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;

Já no Brasil, praticamente sem limites para o seu reconhecimento, a reincidência contemplada no Código Penal em seus arts. 63 e 64 é *real* e *ficta* (não faz tal distinção), *genérica*, *temporária* e *obrigatória*.

Para que haja o reconhecimento da reincidência, faz-se necessário que estejam presentes, conforme ensina Cirino dos Santos:

a) *condenação por crime anterior* – portanto, qualquer pena aplicada, excluída a contravenção; b) *trânsito em julgado da condenação anterior* – portanto, imutabilidade da decisão por esgotamento ou preclusão de recursos; c) *prática de novo crime após transitar em julgado a condenação anterior* – portanto, a nova conduta criminosa deve ser posterior ao *trânsito em julgado* da condenação criminal anterior.<sup>322</sup>

Revelante dizer que não importa qual crime fora praticado anteriormente, com exceção dos militares próprios (aquele definidos apenas no Código Penal Militar, p. ex., desrespeito; deserção; dormir em serviço) e políticos (sejam ele de natureza exclusivamente ou não políticos<sup>323</sup>) que não geram reincidência.

Também não importa a quantidade de pena anteriormente imposta, bem como qual a sanção aplicada, podendo até mesmo o delito anterior ter sido apenado única e

---

3) *se il nuovo reato è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.*

*Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate nei numeri precedenti, l'aumento di pena può essere fino alla metà.*

*Se il recidivo commette un altro reato, l'aumento della pena, nel caso preveduto dalla prima parte di questo articolo, può essere fino alla metà e, nei casi preveduti dai numeri 1) e 2) del primo capoverso, può essere fino a due terzi; nel caso preveduto dal numero 3) dello stesso capoverso può essere da un terzo ai due terzi.*

*In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato.*

*Articolo così sostituito dalla L. 11 aprile 1974, n. 99.*

*Art. 100*

*Articolo abrogato dalla L. 11 aprile 1974, n. 99.*

*Art. 101*

*- Reati della stessa indole -*

*Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni." (Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2012).*

<sup>322</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.579.

<sup>323</sup> Sem explicar a razão da distinção, existe posicionamento que entende que os crimes políticos relativos são capazes de gerar reincidência. É o caso de NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.457.

exclusivamente com pena de multa, ainda assim, se o agente vier a praticar novo crime no prazo de cinco anos a contar do trânsito em julgado, será reputado como reincidente.

Do mesmo modo, por não mais exigir, como outrora se fazia necessário<sup>324</sup>, a especificidade da reincidência, é possível que o tipo de injusto anterior tenha seu elemento subjetivo distinto do posterior, podendo, assim, haver a conjugação de crimes dolosos e dolosos, dolosos e imprudentes (culposos) ou imprudentes e imprudentes (culposos e culposos) para a recidiva.

Decorrencia do princípio da legalidade é o fato de que, segundo a redação do art. 63, somente a prática de crime anterior é que dá causa à reincidência, ou seja, a prática anterior de contravenção penal não gera reincidência para a hipótese de novo crime praticado nos próximos cinco anos.<sup>325</sup>

O trânsito em julgado do crime anterior somente pode ser comprovado por meio de certidão cartorária, não tendo validade quaisquer folhas de antecedentes fornecidas por institutos de identificação ou congêneres como o extrato fornecido pelo sistema "Oráculo".

---

<sup>324</sup> A redação originária o Código Penal de 1940 exigia, para a finalidade de alteração da pena aplicada que a reincidência fosse específica, conforme dispunha em seus arts. 46 e 47:

"Reincidência

Art. 46. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Reincidência genérica e reincidência específica

§ 1.º Diz-se a reincidência:

I - genérica, quando os crimes são de natureza diversa;

II - específica, quando os crimes são da mesma natureza.

Crimes da mesma natureza

§ 2.º Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.

Efeitos da reincidência específica

Art. 47. A reincidência específica importa:

I - a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo;

II - a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no n. I."

<sup>325</sup> O que causa espanto é a indignação de alguns comentadores quanto à inexistência de recidiva quando o fato anterior é tipificado como mera contravenção penal. Ao que parece, advogam a tese de que mesmo a contravenção deveria gerar reincidência para o caso de prática posterior de crime, esquecendo-se que a persistência legislativa das contravenções é fato flagrantemente anacrônico. Vejam-se algumas malsinadas indignações: "Não encontramos nenhuma razão plausível para essa exceção" (JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1. p.566). "O fundamento dessa brecha é a falha legislativa que, lamentavelmente, insiste-se em manter." (MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Método, 2009. p.602).

Controvérsia existe quanto à hipótese em que a reincidência é decorrente de mais de uma condenação com trânsito em julgado, pois existe posicionamento que entende cabível a utilização de uma das reincidências como geradora de maus antecedentes.<sup>326</sup>

Porém, assiste razão aos argumentos apresentados por Paulo Queiroz:

[...] tal manuseio da reincidência ofende o princípio da legalidade e implica *bis in idem*, uma vez que, embora com nome diverso, se estará ainda a elevar a pena com base na mesma circunstância: a reincidência. Além disso, não se pode ignorar que a reincidência é espécie do gênero maus antecedentes, sua máxima expressão, motivo pelo qual não pode ensejar múltiplos aumentos, ora com o nome de maus antecedentes, ora com o nome de reincidência.<sup>327</sup>

Os efeitos da condenação anterior são temporários, visto que após cinco anos do cumprimento ou extinção da pena (computado o período de prova tanto para a suspensão condicional da pena como para o livramento condicional<sup>328</sup>, caso existentes), ainda que o réu venha a praticar novo fato penalmente qualificado, não será reputado como reincidente.<sup>329</sup>

Muito embora aceito acriticamente, o instituto da reincidência por alguns comentadores nacionais, sua compatibilidade com os ditames constitucionais é de, no mínimo, duvidosa validade.

O princípio da vedação do *bis in idem*, consagrado expressamente no Pacto de São José da Costa Rica em seu art. 8.º, item 4<sup>330</sup>, do qual o Brasil é signatário, veda que contra o réu seja duplamente valorado o mesmo fato.

---

<sup>326</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.249.

<sup>327</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.57.

<sup>328</sup> O prazo de cinco anos é contado a partir da audiência admonitória.

<sup>329</sup> Não obstante a insensatez legislativa de caracterizar como agravante a reincidência, ainda assim existem vozes que acreditam que o prazo de 5 anos é curto: "Basileu Garcia criticou a exiguidade do lapso temporal, mormente em se tratando de crimes de alta gravidade, com que concordamos" (COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.202).

<sup>330</sup> "Art. 8.º - Garantias judiciais

[...].

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos."

Com efeito, a reincidência em razão de aumentar a pena-base fixada apenas duas vezes o mesmo fato e o pior, não importa a quantidade ou natureza da pena anteriormente aplicada.

Com isso são possíveis situações esdrúxulas juridicamente. Imagine-se que um sujeito venha a ser condenado pela prática de homicídio qualificado e sua pena-base tenha ficado no mínimo, 12 anos. Na segunda fase da dosimetria seja reconhecido como reincidente. Sua pena sofrerá um aumento de até 1 ano em razão desta agravante não importando qual a pena tenha sido anteriormente aplicada na condenação que deu causa à recidiva.

Pode ser que na condenação anterior tenha sido aplicada, por exemplo, pena de detenção de seis meses. Ou seja, viola-se também flagrantemente o princípio da proporcionalidade, uma vez que pela prática do tipo de injusto aplica-se uma pena muito inferior àquela decorrente do reconhecimento da agravante no delito posterior, fazendo com que o acessório seja considerado de forma mais severa que o principal.

A condenação anterior pode ter aplicada tão somente a pena de multa no caso, por exemplo, de se reconhecer o furto como privilegiado, e ainda assim a reincidência agravar a pena do homicídio qualificado em 1 ano.

Portanto, tal agravante afronta os princípios do *ne bis in idem*, proporcionalidade e também legalidade segundo comenta Silva Franco:

Por outro lado mostra-se bastante duvidosa, em sua constitucionalidade, a agravação obrigatória da pena, em razão da reincidência. [...] o princípio do *ne bis in idem*, que se traduz na proibição da dupla valoração fática, tem hoje seu apoio no princípio constitucional da legalidade. Não se compreende como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração. O fato criminoso que deu origem à primeira infração não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória da pena, em relação a um outro fato delitivo, a não ser que se admita, num Estado Democrático de Direito, um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma verdadeira e manifesta contradição lógica.<sup>331</sup>

Com efeito, a agravação da pena pela reincidência, conforme seu discurso oficial, está atrelada intrinsecamente à teoria criminológica derivada do positivismo

---

<sup>331</sup> FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte geral. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.1. p.1179/1180.



guiada pelo critério desarrazoado da periculosidade presumida do réu fundada na ideia de direito penal de autor.

Como ensina Zaffaroni:

Excluído de que o conceito de periculosidade não se compagina com o de pessoa, ou, pelo menos, não parece ser isso de todo compatível, se por periculosidade se entende uma maior possibilidade de cometer um delito, de modo algum se pode afirmar isso na reincidência, particularmente na reincidência 'ficta' ou genérica. Nada faz presumir que seja mais provável que venha a praticar um delito de emissão de cheques sem provisão de fundos, quem antes causou um homicídio culposo com seu veículo, do que aquele que nada fez até então. Por outro canto, tampouco se compreende ser mais provável que alguém venha a cometer um delito, porque foi intimado, dias antes, de uma sentença condenatória definitiva, quando, por qualquer inconveniente burocrático, poderia vir a ser intimado uns dias após, e, portanto, não tivesse transitado em julgado essa sentença, quando da prática do segundo delito.<sup>332</sup>

A reincidência revela-se desproporcional na medida em que quebra a relação que deve existir entre o tipo de injusto praticado e a pena aplicada, uma vez que esta última é influenciada por elemento totalmente estranho ao fato em análise. Até mesmo porque a reincidência não é verdadeiramente uma *circunstância*, já que não se relaciona com o delito praticado, e sim com o seu autor.

O aporte teórico da criminologia crítica permite concluir que o uso da recidiva para agravar a pena do condenado nada mais é que, por meio da ampliação da ingerência das agências de controle social, a violação de princípios constitucionais limitadores da criminalização. O uso de tal instituto visa selecionar portadores de estereótipos, sem outras provas a não ser próprias características pessoais.

Com a mesma conclusão Lênio Streck:

esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu conteúdo estigmatizante, que divide os indivíduos em 'aqueles-que-aprendem-a-viver-em-sociedade' e 'aqueles-que-não-aprendem-e-insistem-em-continuar-delinquindo'.<sup>333</sup>

---

<sup>332</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.717.

<sup>333</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.66.

Com razão Paganella Boschi quando assinala:

a reincidência não pode ser sempre e necessariamente justificada como imperiosa punição ao condenado que, por má formação, desvio de conduta, tendência ao crime, insiste em continuar violando a lei, como tradicionalmente se afirma, mas, isto sim, pode e deve ser compreendida, também, como a expressão final do processo perverso de estigmatização do homem pela prisão e pela absoluta falta de políticas oficiais de amparo ao egresso, criadoras de novas oportunidades para a harmônica reintegração ao mundo livre pelo trabalho, pela edificação da moradia, pela construção da família.<sup>334</sup>

A recidiva, assim, não se concilia com o modelo proposto constitucionalmente, fundado num direito penal principiológico e humanitário, seja porque ela determina levar em consideração o delito anterior no juízo de censura sancionatório e com isso uma culpabilidade pela condução de vida, seja porque o próprio Estado a propicia por meio de um sistema penitenciário desumano e marginalizador.

Maria Lúcia Karam arremata: "nenhum dos argumentos que procuram fundamentar o instituto da reincidência consegue esconder sua irracionalidade" e confirma ao final: "quanto mais reiterado o contato com o sistema penal, maior o impulso do processo de criminalização que acaba por se tornar irreversível"<sup>335</sup>.

Zaffaroni conclui na mesma perspectiva:

Sua manifesta irracionalidade, por exceder a medida do injusto e da culpabilidade do ato e pela manifesta infração ao *ne bis in idem*, correspondendo claramente a um tipo de autor, torna-a inconstitucional. A razão de tais penas é outra demanda de caráter burocrático das agências policiais: os infratores de escassa importância não podem ser legalmente eliminados, motivo pelo qual as agências policiais requerem uma pena eliminatória sem relação com a magnitude dos delitos.<sup>336</sup>

Com razão, pois, sustenta Salo de Carvalho que a avaliação do instituto merece receber tonalidade constitucional de molde a alcançar sua absoluta deslegitimação,

---

<sup>334</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.251.

<sup>335</sup> KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.6, p.125-126, abr./jun. 1994.

<sup>336</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.139.

tendo em conta que "viola frontalmente a estrutura principiológica constitucional fundada sobre o pressuposto da secularização"<sup>337</sup>.

Chamando a atenção para o fato de que os atos etiquetados como criminosos costumam ocorrer na parcela mais vulnerável da população, dando conta de que a criminalização é eminentemente seletiva, a vista de que desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa realiza, mas antes uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções, pois comportamento desviante é comportamento que as pessoas assim rotulam, Felipe Motta conclui:

Percebe-se, então, que se a sanção penal recai de forma desigual sobre uma parcela ligeiramente específica do todo populacional, a reincidência é aplicada a uma parcela ainda mais homogênea: aqueles que, reiteradamente criminalizados e que com menores chances de saírem dos ciclos de práticas de condutas mais perseguidas, são jogados cada vez mais fundo na reprodução deste processo. Assim, a reincidência acaba sendo uma causa para manter a parcela dos 'indesejáveis', criada por toda uma teia de violências estruturais anteriores ao cometimento do crime, um período ainda maior dentro do cárcere.<sup>338</sup>

Outro enfoque que também atesta a incompatibilidade constitucional do aumento da pena pela reincidência é o da ofensa à coisa julgada. Realmente, pois quando se agrava a reprimenda na sentença do crime posterior se está, em verdade, aumentando a quantidade da pena do injusto anterior.

O motivo, ou seja, o fato que enseja a elevação da pena está contido na imputação penal do processo que já transitou em julgado, não podendo, assim, falar-se em mais uma pena no novo processo, sob o risco de se afrontar princípio constitucional tão caro decorrente de conquistas históricas irrenunciáveis e irretroativas como é a coisa julgada.

Ocorre que, em contrapartida, existem comentadores que, desprezando os fundamentos acima, quer por carência de conhecimento mais profundo da matéria, quer mesmo por assumirem posicionamento ideológico em contradição com os ditames constitucionais, ainda acreditam que "a exacerbação da pena justifica-se plenamente

---

<sup>337</sup> CARVALHO, Salo de. Antecedentes e reincidência criminal: abordagem desde o marco garantista. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.1, p.109-119, 2001. p.115.

<sup>338</sup> MOTTA, Felipe Heringer Roxo da; VARGAS, Jorge de Oliveira. Reincidência: uma agravante não recepcionada. **Captura Críptica: Direito Política, Atualidade - Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito**, Florianópolis, v.1, n.2, jul/dez. 2009. p.228.

para aquele que, punido, anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo"<sup>339,340</sup>.

Há quem sustente, inclusive, que o autor quando volta a delinquir o faz "desafiando a ordem pública e as leis vigentes", demonstrando "persistência e rebeldia inaceitáveis para quem pretenda viver em sociedade"<sup>341</sup>. Porém afronta maior à ordem pública e às leis vigentes é a própria negação feita por tais comentadores da aplicação dos princípios limitadores da criminalização albergados constitucionalmente.<sup>342</sup>

E tal posicionamento acrítico encontra ressonância nas decisões judiciais, nas quais se constata altíssimos números de reconhecimento da agravação da pena-base em razão da reincidência, como o verificado na presente pesquisa, em que, como já frisado, 27,7% das sentenças condenatórias reconheceram alguma agravante, e deste montante a reincidência é responsável por 72,7% das agravantes. Logo, em 22,6% do montante total de condenações a recidiva esteve presente como forma de aumentar a pena provisória.

---

<sup>339</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.1. p.309.

<sup>340</sup> Chega-se até mesmo a dizer que o agente que reincide assim o faz para afrontar o juiz, a lei e o Estado como se isso mesmo chegasse a passar pela mente do agente do delito como motivo para a realização de fatos penalmente qualificados: "Aquele que volta a delinquir, após ter sofrido uma condenação anterior, revela obstinado desprezo pela lei e pelo magistrado. Justifica-se a exacerbação da pena, pois no novo episódio delinquencial vem a ser gravemente ofendida a autoridade da lei e o prestígio do Estado" (COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.201).

<sup>341</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.453.

<sup>342</sup> Podem-se colher em alguns comentaristas as seguintes assertivas justificadoras da legitimação do agravamento da pena pela reincidência, inclusive, com indicação de jurisprudência para abalizar seu entendimento: "E, além disso, a pena também deixou a desejar na missão de prevenção especial, revelando não ter ressocializado satisfatoriamente seu destinatário. É o fracasso do Estado no cumprimento de uma finalidade que lhe foi constitucional e legalmente atribuída, mas que, por motivos diversos e de conhecimento notório, não é desempenhada a contento. Destarte, o fundamento da reincidência é claro e muito bem reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal: o recrudescimento da pena resulta da opção do agente por continuar a delinquir" (MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Método, 2009. p.600). Ora, ou a reincidência é consequência do fracasso do Estado ou é uma opção do agente! Como pode ser os dois fatos ao mesmo tempo?

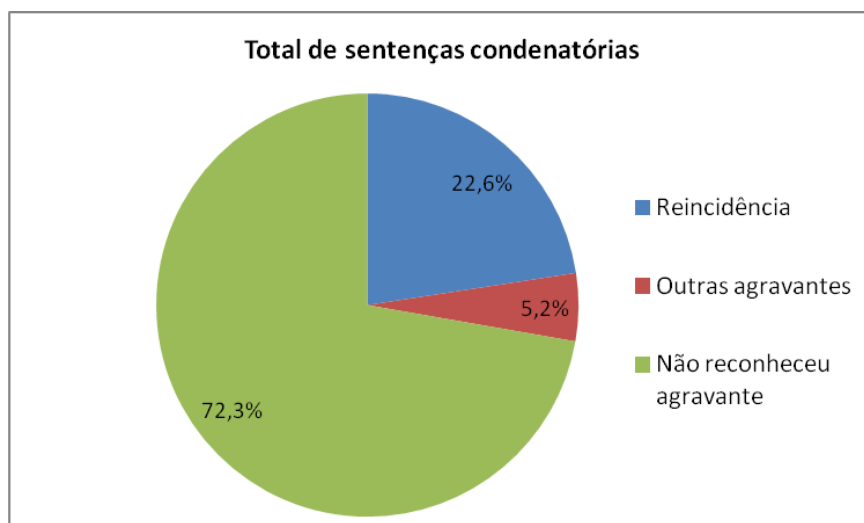


GRÁFICO 39 - TOTAL DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS  
 FONTE: TJ/PR

O percentual é basicamente o mesmo encontrado por Vinicius Machado em pesquisa semelhante realizada nas Varas Criminais do Distrito Federal, cuja conclusão é de que

em 22% dos procedimentos de dosimetria da pena, alguma circunstância agravante foi anotada. Reformulando a afirmação anterior: em 22% dos procedimentos de dosimetria da pena, a circunstância reincidente está presente. Sim, praticamente a totalidade das vezes em que é verificada alguma agravante, essa circunstância é a reincidência.<sup>343</sup>

Portanto, o fato de que na maioria das decisões em que se evidencia alguma agravante a reincidência está presente (72,7% na pesquisa realizada neste trabalho) revela seu reconhecimento desmedido.

Conforme aponta Albrecht após análise de dados empíricos na Alemanha: "a típica escalada de sanções por reincidência não tem nenhum sentido especial-preventivo – e assim ela é fundamentada –, pois a reincidência é claramente determinada pelo contexto social"<sup>344</sup>.

<sup>343</sup> MACHADO, Vinicius. **Individualização da pena**: o mito da punição humanizada. Florianópolis: Modelo, 2010. p.138.

<sup>344</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos; Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p.82.

O Código Penal Alemão previa até o ano de 1986 a possibilidade de a reincidência servir como agravante somente para os casos em que as condenações anteriores não terem conseguido servir de advertência ao réu, ou seja, de modo muito similar à legislação portuguesa, a recidiva era reconhecida como *facultativa* para o fim de agravar a pena, sempre necessitando de fundamentação casuística no caso de sua aplicação.<sup>345</sup>

Porém, já a partir de 1986, como indica Roxin<sup>346</sup>, tal possibilidade fora reconhecida como incompatível com o princípio de culpabilidade pelo fato, extinguindo da legislação alemã a utilização da reincidência como agravante da pena.

Do mesmo modo, o legislador colombiano no ano de 1980 aboliu a agravante da reincidência de seu Código Penal.<sup>347</sup>

Portanto, tanto na Alemanha como na Colômbia foi suprimida a possibilidade de a reincidência servir como agravante da pena.<sup>348</sup>

Na mesma esteira, mostra-se imperativo o reconhecimento da não recepção pela Constituição da República de 88 do instituto da reincidência como critério agravador da pena imposta ao agente condenado.

---

<sup>345</sup> "§ 57. *Suspensión del resto de la pena en los casos de pena privativa de la libertad temporal*  
(1) *El tribunal suspende la ejecución del resto de una pena privativa de la libertad temporal para dar la libertad condicional, cuando:*

1. *se han cumplido dos tercios de la pena impuesta, sin embargo no puede ser menor a dos meses.*

2. *se justifica esto en consideración al interés de seguridad de la comunidad; y,*

3. *el condenado de su consentimiento.*

*En la decisión se deberá tener en cuenta particularmente la personalidad del condenado, sus antecedentes, las circunstancias de su hecho, el valor del bien jurídico amenazado en caso de reincidencia, la conducta del condenado en la ejecución, sus condiciones de vida y los efectos que para él se esperan de la suspensión.*" (Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2012).

<sup>346</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. Tomo I. p.186.

<sup>347</sup> "ARTÍCULO 8 - *Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.*" (Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal.html>>. Acesso em: 12 out. 2012).

<sup>348</sup> Equivocadamente ou muito desatualizado Damásio de Jesus tece comentários sobre a reincidência tanto alemã como colombiana dizendo que ambas adotam o sistema temporário no que toca ao lapso temporal da condenação anterior, dizendo expressamente que na Alemanha é de cinco anos (JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1. p.571/572).

Ou, mais além, pode-se reconhecer que o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deve conduzir à inclusão da reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como ensina de forma clara e arrazoada Cirino dos Santos:

A questão é simples: se a prevenção especial positiva de correção do condenado é ineficaz, e se a prevenção especial negativa de neutralização do condenado funciona, realmente, como prisionalização deformadora da personalidade do condenado, então a reincidência real não pode constituir circunstância agravante. É necessário reconhecer: a) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados; se novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a reincidência ficta não indica qualquer presunção de periculosidade capaz de fundamentar circunstância agravante. Em conclusão, nenhuma das hipóteses de reincidência real ou de reincidência ficta indica situação de rebeldia contra a ordem social garantida pelo Direito Penal; a reincidência real deveria ser circunstância atenuante e a reincidência ficta é, de fato, um indiferente penal.<sup>349</sup>

#### 2.2.2.2 Atenuantes

Como já dito, diferentemente das agravantes que estão elencadas de forma taxativa, as atenuantes possuem um rol meramente exemplificativo.

Tal perspectiva, inclusive, sequer dependeria de autorização legal, conforme está previsto no Código Penal, art. 66 (atenuante inominada), pois, num Estado que se propõe a "reduzir as desigualdades sociais" (Constituição da República, art. 3.º, III), deve-se exigir que tutele os marginalizados do mercado de consumo e de trabalho, podendo reconhecer estes fatos como justificativa para se afastar a culpabilidade (coculpabilidade), não somente reduzir a pena, mesmo não estando prevista a atenuante específica.

Não obstante essa observação, não foi constatada nenhuma atenuante inominada em qualquer das 483 sentenças condenatórias.

---

<sup>349</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.579.

Com efeito, na pesquisa empírica realizada verificou-se que em 59,4% das condenações foi reconhecida alguma atenuante.

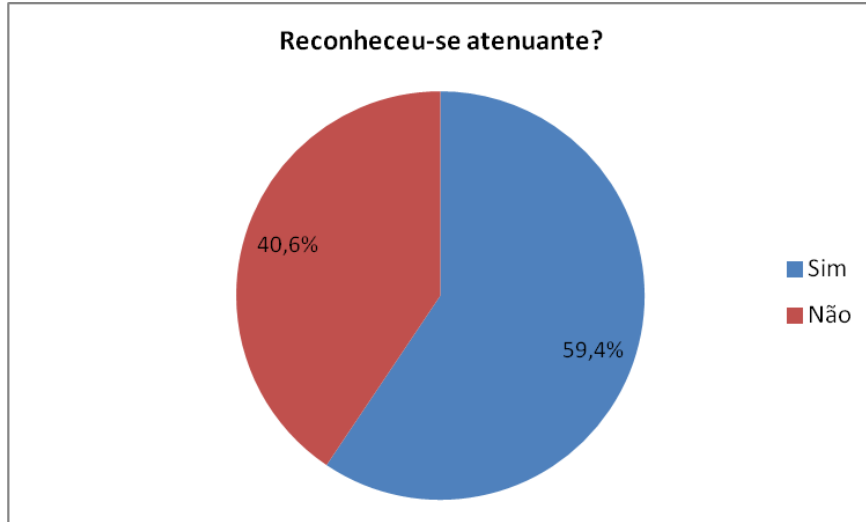


GRÁFICO 40 - RECONHECEU-SE ATENUANTE?  
FONTE: TJ/PR

Na maioria maciça (85,6%) foi reconhecida apenas uma atenuante, restando 14,4% das condenações com duas atenuantes e nenhuma sentença constatou três ou mais circunstâncias.

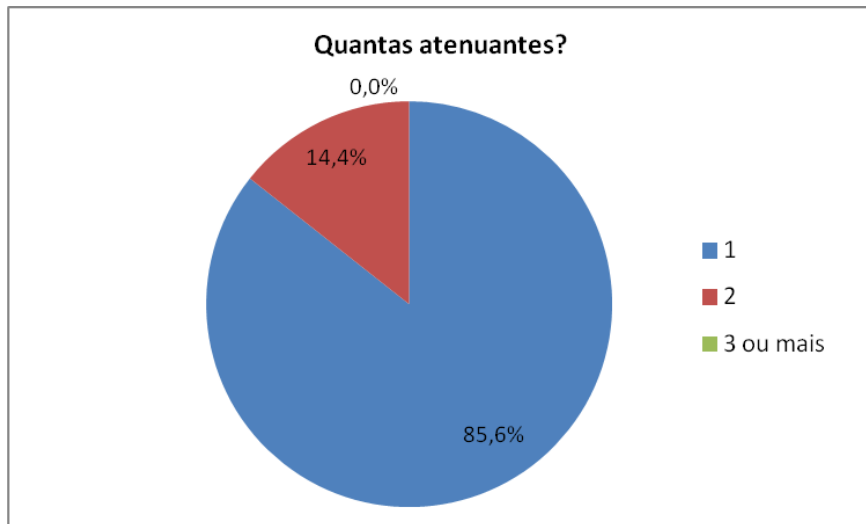


GRÁFICO 41 - QUANTAS ATENUANTE?  
FONTE: TJ/PR

Daquele rol de circunstâncias elencadas no Código Penal, art. 65, somente duas atenuantes foram reconhecidas: o fato de o agente possuir menos de 21 anos de idade na data do cometimento do tipo de injusto (CP, art. 65, I – chamado vulgarmente



de "menoridade") e a confissão (CP, 65, III, "d"), sendo esta última a que contou com o maior número de incidência (76,3% contra 23,7% da "menoridade").

Portanto de cada quatro sentenças condenatórias que reconheceu a existência de alguma atenuante, em três delas esteve presente a confissão.

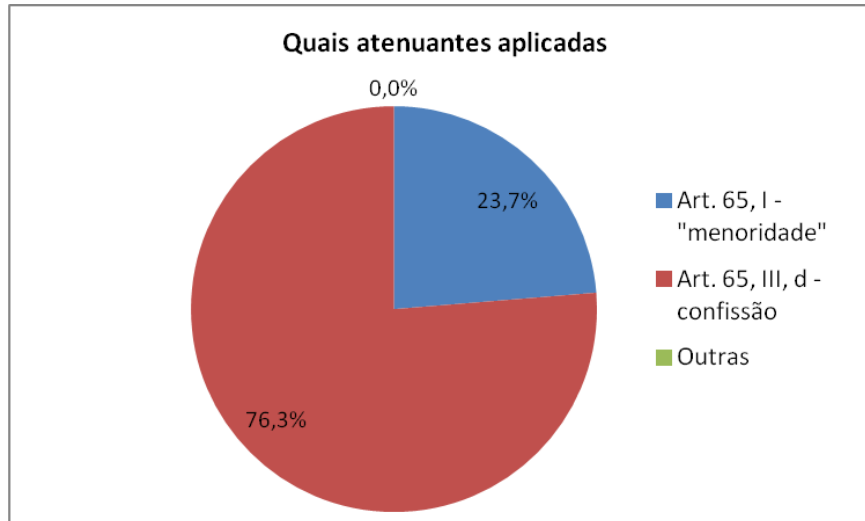


GRÁFICO 42 - QUAIS ATENUANTES APLICADAS?  
FONTE: TJ/PR

O interessante é que as conclusões desta pesquisa realizada nas Varas Criminais de Curitiba muito se assemelham à outra feita nas Varas Criminais do Distrito Federal.

Segundo Vinicius Machado, no Distrito Federal, em 82% das condenações que marcaram alguma atenuante a confissão esteve presente.<sup>350</sup>

Não há necessidade de que haja o arrependimento do acusado para que ele possa ser beneficiado pela atenuante. A confissão independe da natureza da motivação pelo qual o réu esta a reconhecer a autoria do fato a ele imputado. O réu pode ter em mente apenas a redução de sua pena quando confessa, pois, do contrário, caso houvesse a condição de "quando movido o agente pelo arrependimento"<sup>351</sup> estaria

<sup>350</sup> MACHADO, Vinicius. **Individualização da pena**: o mito da punição humanizada. Florianópolis: Modelo, 2010. p.145.

<sup>351</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1. p.531.

confundindo-se direito e moral, além de condicionar a aplicação da atenuante a uma prova impossível (íntimo do agente).<sup>352</sup>

A confissão pode ter ocorrido perante a autoridade policial, ministério público ou em juízo. O fato de o réu ter confessado quando do inquérito policial e em juízo ter se retratado não impede que se reconheça e aplique a atenuante quando esta mesma confissão retratada é utilizada como artifício probatório para condenação. Do contrário, um mesmo fato seria utilizado para condenar o réu, mas não para beneficiá-lo minimamente.

Muito embora seja dito que a confissão não tem como consequência necessária a condenação, não foi o que se constatou na pesquisa empírica realizada, vez que não foi encontrada dentre as 750 sentenças coletadas uma só confissão em que o acusado tenha sido absolvido. Pelo contrário, constatou-se que a maioria (52,0%) das condenações foi embasada em confissões.

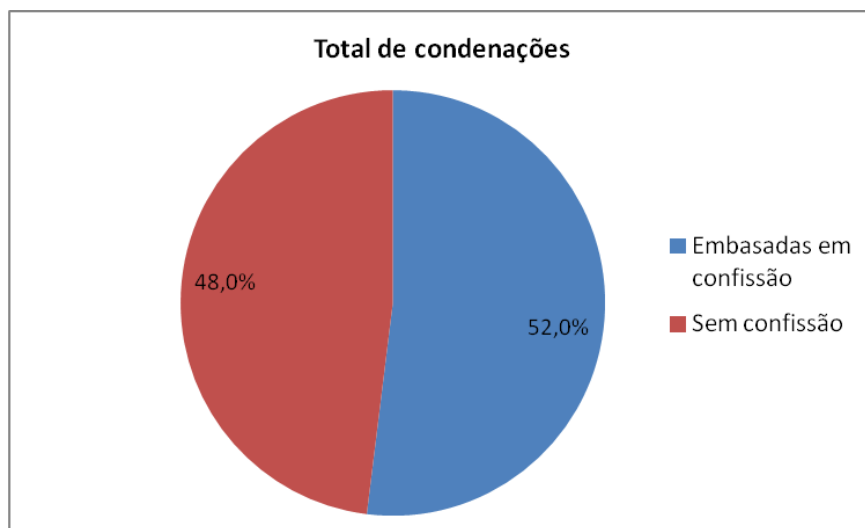


GRÁFICO 43 - TOTAL DE CONDENAÇÕES  
FONTE: TJ/PR

Como narrado por Nilo Batista, a confissão perante o direito penal canônico dispensava qualquer outro tipo de prova para fundamentar uma condenação, pois,

---

<sup>352</sup> Diversamente, Nucci, esboçando vertente positivista: "Não é possível que o réu se beneficie de uma circunstância legal para amenizar sua pena se houver agido sem qualquer espontaneidade, apenas para locupletar-se desse benefício legal" (NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.225).

dentro da hierarquia dos meios de prova, tinha como característica a notoriedade (*notorium*), capaz de tranquilizar o espírito do juiz com a certeza infalível.<sup>353</sup>

Tal perspectiva é proscrita quando se fala em dinâmica processual em um Estado de direito que prima para presunção de não culpabilidade, pelo dever de fundamentação das decisões judiciais e pela inexistência de hierarquia entre os meios de prova. Porém, no plano empírico não foi o que se observou.

### 2.2.2.3 A vetusta Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça

Conforme já narrado, na primeira fase da individualização da pena são analisadas as circunstâncias judiciais e chega-se à pena-base. Ocorre que nesta etapa, por consequência do que dispõe o Código Penal, art. 59, II, última parte, a pena-base tem como limites o mínimo e o máximo em abstrato.

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

[...].

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Na segunda etapa aplicam-se, caso existentes, as agravantes e atenuantes, chegando-se à pena provisória. Nesta fase é que entra em discussão a possibilidade de se reduzir a pena aquém do mínimo.

A interpretação jurisprudencial, indo além do que o legislador previu, entendeu por limitar a pena provisória ao mínimo previsto em abstrato. Assim o fez sob o argumento de que estaria sendo respeitado o princípio da legalidade, vez que o juiz não poderia invadir a esfera legislativa, pois a lei já havia consignado qual seria a sanção mais baixa para aquele tipo de injusto. Além do que, pensar de modo diverso, poderia causar uma significativa insegurança jurídica.

---

<sup>353</sup> BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, I. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002. p.235/236.

Tal interpretação culminou com a edição da Súmula 231 pelo Superior Tribunal de Justiça:

231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

De acordo com as palavras de Paulo José da Costa Jr., "a adoção de posicionamento diverso equivaleria a trocar a certeza do direito pelo arbítrio judicial"<sup>354</sup>.

Para Nucci, a justificativa de tal limitação seria porque as atenuantes e agravantes não constituem partes integrantes do tipo de injusto, possuindo ambas caráter genérico, por isso podem ser reconhecidas de ofício pelo magistrado.<sup>355</sup>

Porém tal motivo não fundamenta a limitação na medida em que as causas de diminuição que autorizam a redução aquém do mínimo também são circunstâncias, e o fato de o juiz poder reconhecer de ofício uma atenuante nada tem a ver com tal restrição, muito pelo contrário, o fato de não poder aplicar uma atenuante quando a pena já está no mínimo gera a impossibilidade, na prática, o esvaziamento da ideia de seu reconhecimento.

Não obstante isso, referida Súmula, quase como se tivesse encerrada qualquer discussão sobre a matéria, vem sendo acatada reiteradamente em sentenças como se fosse a "verdade" dita pelo Oráculo de Delfos, o que se observou nas decisões coletadas na pesquisa.

Primeiro foram coletadas as sentenças condenatórias em que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Dentro desse apanhado foram identificados os casos em que havia alguma atenuante já reconhecida, ou seja, tendo como objeto de análise somente as situações em que era possível reduzir-se ou não a pena aquém do mínimo, constatou-se que em 89,8% das decisões a Súmula 231 foi aplicada.

---

<sup>354</sup> COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.211.

<sup>355</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.234.

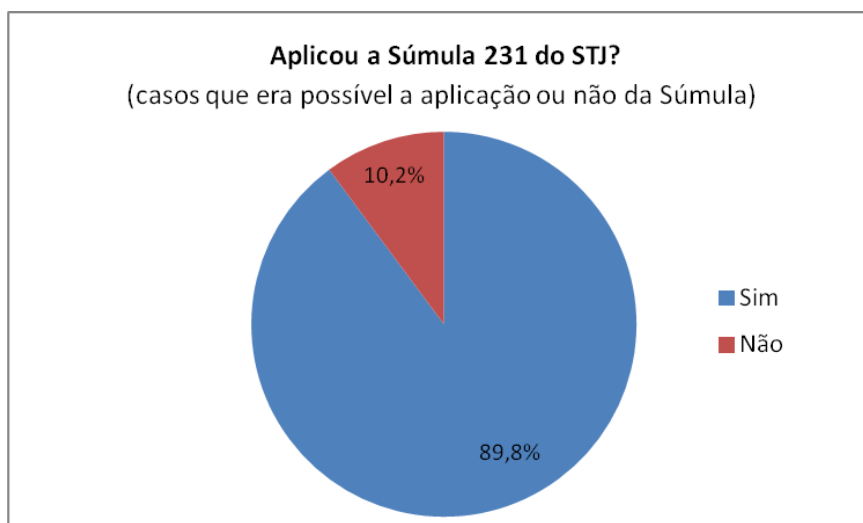


GRÁFICO 44 - APLICOU A SÚMULA 231 DO STJ?  
FONTE: TJ/PR

As sentenças que se balizaram pela Súmula em questão deram primazia ao argumento da autoridade em detrimento à autoridade do argumento, tanto que sua aplicação gerou uma sensível desnecessidade de fundamentar a restrição à redução da pena aquém do mínimo legal previsto em abstrato.

Existem pelo menos três argumentos convincentes que fazem com que não se aplique a Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Viola o princípio da legalidade, tão caro na conquista dos direitos e garantias fundamentais, na medida em que o Código Penal prevê em seu art. 65 que "são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena". Assim, sempre é sempre. Se o legislador quisesse traçar condições para a aplicação ou não das atenuantes que elencou nos incisos do art. 65 o teria feito expressamente.

No caso de se ter dois coautores, sendo um com 20 anos de idade na data do fato e outro com 40 anos, tendo ambas penas-base sido fixadas no mínimo em abstrato, os dois seriam tratados da mesma forma, com a mesma resposta penal. Isso viola o princípio da igualdade, pois a questão de ter o réu menos de 21 anos de idade na data do fato é tão importante que o próprio legislador a elevou à condição de atenuante. Assim, estaria se tratando da mesma forma pessoas em situações diferentes.

Também caracteriza analogia *in malam partem* a aplicação da limitação descrita no Código Penal, art. 59, II, última parte, pois esta regra é restrita à primeira etapa da individualização da pena.

E mais, conforme já comentado, 52,0% das condenações fundamentaram-se nas confissões dos acusados, o que, por consequência, lhes garantiriam a diminuição de suas penas pelo reconhecimento da atenuante.

Contudo, constatou-se que em 59,8% das confissões foi negada a redução da pena por decorrência da atenuante. Ou seja, o mesmo fato que foi utilizado para condenar o réu não foi sopesado quando da dosimetria de sua pena em flagrante engodo judicial.

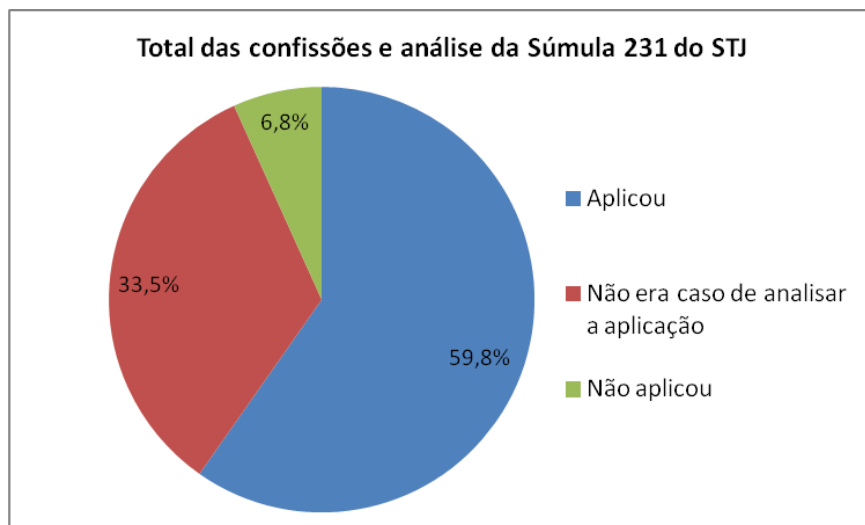


GRÁFICO 45 - TOTAL DAS CONFISSÕES E ANÁLISE DA SÚMULA 231  
 FONTE: TJ/PR

Somente em 6,8% das confissões foi honrada a promessa legal do Estado quando incentivou o réu a se confessar oferecendo-lhe o benefício da atenuante em correspondência, ainda que sua pena-base já estivesse no mínimo legal.

Note-se que quando o réu vai ser interrogado não lhe é avisado que sua confissão pode não ser reconhecida para a finalidade de abrandar sua pena.

Os 33,5% restantes representam os casos em que a pena-base não ficou no mínimo legal, o que possibilitou o abrandamento da pena pela confissão independente de se analisar a aplicação ou não da Súmula.

Do total de 251 confissões, em 150 delas deixou-se de aplicar a atenuante respectiva.

TABELA 3 - CONFISSÕES E A APLICAÇÃO DA SÚMULA 231 DO STJ

SÚMULA 231 DO STJ	CONFISSÕES	
	Abs.	%
Foi aplicada	150	59,8
Não era caso de se analisar a aplicação	84	33,5
Não foi aplicada	17	6,8
TOTAL	251	100,0

FONTE: TJ/PR

Logo, observaram-se no trabalho empírico 150 casos em que o acusado fora enganado pelo Estado, pois que lhe prometeu reduzir sua pena em razão da atenuante se ele confessasse. Mesmo tendo confessado, foi-lhe dito que não mais ocorreria o abrandamento sob a justificativa de que sua pena já estava no mínimo legal, desconsiderando-se o fato de que se a pena já estava no mínimo era porque o réu tinha atributos positivos que lhe deveriam ser debitados.

O mais estranho é que não se discute a redução da pena aquém do mínimo legal em decorrência da aplicação de alguma causa de diminuição como se este instituto fosse ontologicamente diverso da atenuante. Não o é. Todos são fatos que, cada um por sua justificativa, denotam a necessidade de uma reprimenda penal menor.

O ideal seria não se estabelecer sanção mínima em cada tipo de injusto, tendo como limite da pena unicamente a culpabilidade.

### 2.2.3 Terceira fase: a fixação da pena definitiva

Ultrapassadas as duas fases referentes às circunstâncias judiciais (pena-base) e às agravantes e atenuantes (pena provisória), chega-se à etapa em que são analisadas, caso existentes, as causas de aumento e de diminuição, fixando, com este último cálculo, a chamada pena definitiva.

É possível que não existam nenhuma das causas no caso concreto, passando a mesma quantidade de pena provisória (que muitas das vezes também é a mesma pena-base) à pena definitiva.

Na pesquisa realizada observou-se que em 53,0% das sentenças condenatórias a pena definitiva não ultrapassou o mínimo legal, seja porque foi aplicada alguma causa de diminuição, seja mesmo porque inexistiram circunstâncias valoradas (judiciais, agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou de diminuição).



GRÁFICO 46 - PENA DEFINITIVA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL  
 FONTE: TJ/PR

Existem causas de aumento e de diminuição espalhadas no Código Penal em sua parte geral (causas de aumento e diminuição genéricas) e na parte especial (causas de aumento e diminuição especiais ou específicas), além das alocadas na legislação extravagante.

Nesta fase, diferentemente da anterior, não há discussão quanto à possibilidade de se reduzir a pena aquém do mínimo em decorrência de alguma causa de diminuição de pena.

Em 24,2% das condenações foi reconhecida alguma causa de diminuição de pena.

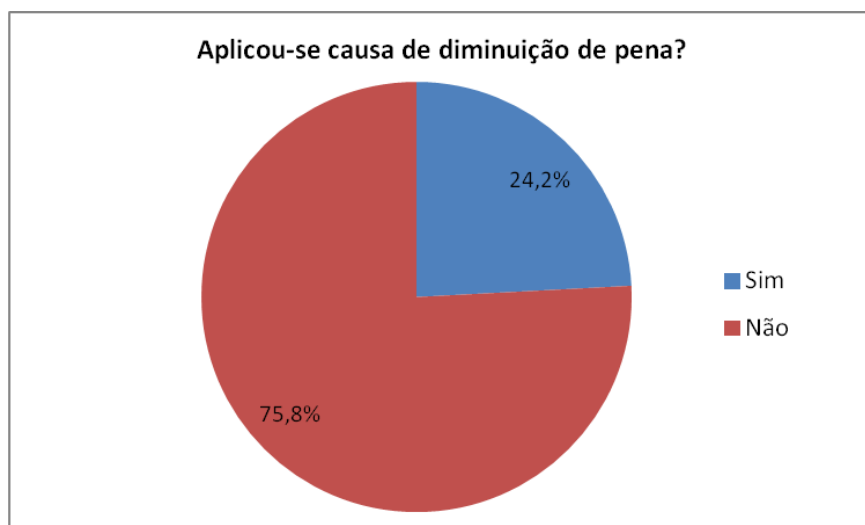


GRÁFICO 47 - APLICOU-SE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA?  
 FONTE: TJ/PR



Dentre as causas de diminuição a que teve maior incidência foi a tentativa.

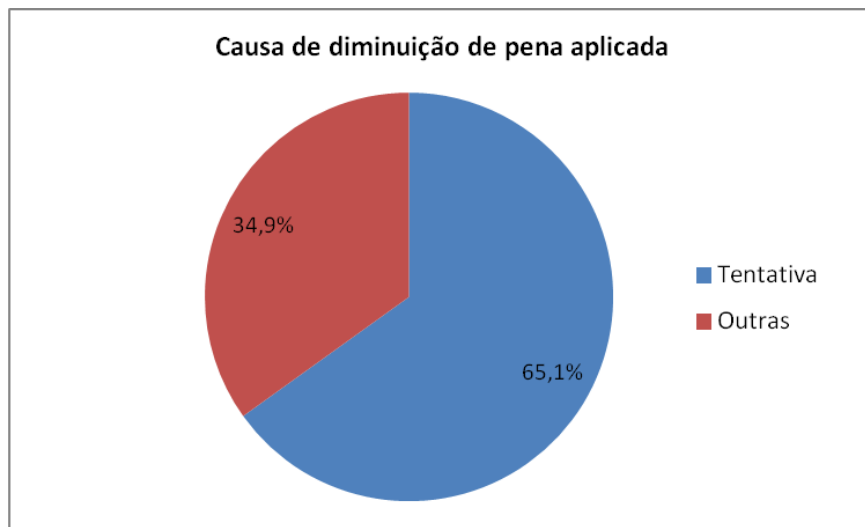


GRÁFICO 48 - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA APLICADA  
 FONTE: TJ/PR

#### 2.2.4 Regime inicial de cumprimento de pena

Como é sabido, os regimes de cumprimento de pena no Brasil são o fechado, o semiaberto e o aberto.

Em regra, para se estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena são analisadas até quatro variantes.

A primeira é a espécie de pena à qual foi condenado o réu, se reclusão ou detenção. A reclusão possibilita o cumprimento inicial nos regimes fechado, semiaberto e aberto; já a detenção apenas no semiaberto e aberto<sup>356</sup>.

A segunda variante é a quantidade de pena privativa de liberdade fixada. Se superior a oito anos, será o fechado. Para o semiaberto, a pena tem que ser superior a quatro anos, mas não exceder a oito anos. E para o aberto tem que ser de no máximo quatro anos.

---

<sup>356</sup> De acordo com a dinâmica legal dos regimes de cumprimento de pena, está vedado apenas que o *início* de cumprimento da pena de detenção ocorra no regime fechado, pois é possível que se cumpra parte da pena nele já na sequência ao começo do cumprimento, desde que ocorra a regressão de regime.

Ainda é possível que a reincidência (terceira variante) sirva também como critério para fixação do regime inicial. Caso a pena seja maior que quatro anos e não ultrapassar oito anos, para que o apenado possa iniciar o cumprimento no semiaberto não poderá ser reincidente, pois se for irá para o fechado.

Também, para que o réu possa dar início ao cumprimento de sua pena no aberto em razão de condenação não superior a quatro anos não poderá ser reincidente, pois se for deverá ser analisada a quarta variante: as circunstâncias judiciais. Uma vez identificadas como desfavoráveis o réu apenado, por exemplo, com dois anos de reclusão, sendo reincidente, será levado diretamente ao regime fechado. Para permanecer no semiaberto, terá que ostentar circunstâncias favoráveis.

Essa é a conclusão que se obtém pela análise do Código Penal, art. 33, §§ 2.º e 3.º<sup>357</sup> combinado com a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>358</sup>

O gráfico já analisado anteriormente refletiu que na pesquisa realizada 91,5% das condenações foram por tipo de injusto apenado com reclusão, contra 7,5% de detenção e 1,0% de prisão simples.

Daí tem-se que em 91,5% das sentenças condenatórias coletadas era possível fixar o regime inicial fechado. Ocorre que o regime de cumprimento de pena mais identificado foi o aberto (46,6%) seguido pelo semiaberto (28,2%) e pelo fechado (25,3%).

---

<sup>357</sup> "Art. 33. [...].

§ 2.º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;  
b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;  
c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3.º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."

<sup>358</sup> Súmula 269. "É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

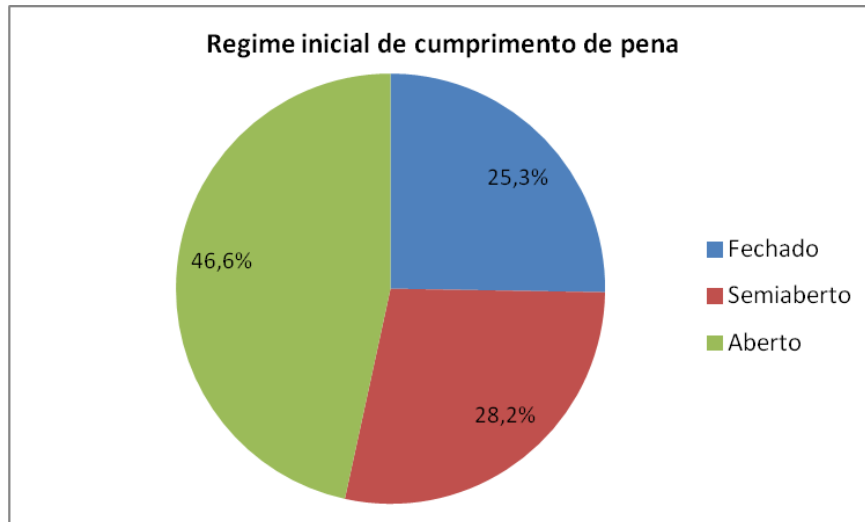


GRÁFICO 49 - REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA  
FONTE: TJ/PR

Interessante é que na pesquisa realizada por Vinicius Machado nas Varas Criminais do Distrito Federal, a distribuição entre os regimes foi bastante semelhante (42% para o aberto, 31% para o semiaberto e 27% para o fechado)<sup>359</sup>, o que demonstra um reflexo real do que ocorre no plano prático das condenações.

---

<sup>359</sup> MACHADO, Vinicius. **Individualização da pena**: o mito da punição humanizada. Florianópolis: Modelo, 2010. p.157.

## À GUIA DE CONCLUSÃO

Este trabalho preocupou-se com o tema teoria da pena, abordando-o nos planos teórico e prático, com ênfase especial na pesquisa empírica realizada.

Para isso se fizeram necessárias algumas digressões teóricas na primeira parte da dissertação, constituindo uma espécie de aporte teórico que pudesse alicerçar e autorizar o caminho tomado na segunda etapa do trabalho, constituída pelas conclusões extraídas do estudo prático, que teve como objeto 750 sentenças criminais coletadas de 15 Varas Criminais do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba.

Ainda que as conclusões deste trabalho estejam dispersas em todo seu conteúdo, essa análise permite enunciar, sinteticamente, os seguintes arremates:

1. Deve-se estabelecer a distinção entre as funções atribuídas à pena pelo *discurso oficial*, as quais pretendem legitimá-la (*funções declaradas* ou *manifestas*) e as funções conferidas pelo *discurso crítico* (*funções reais* ou *latentes*) que pretendem denunciar que a sanção criminal reproduz e produz a sociedade dividida em classes sociais antagônicas, fundada na relação capital/trabalho assalariado.
2. O *discurso oficial* das teorias que validam a privação da liberdade se divide em *absolutas* (*retribucionistas*) e *relativas* (*preventivas*).
3. A *teoria absoluta* (*retribucionista*) entende que a culpabilidade do autor, que é um mal, deve ser compensada mediante a imposição de outro mal: a pena. Reside, portanto, sua essência na expiação, na vingança. Não estabelece qualquer limite ao conteúdo do poder punitivo do Estado, possibilitando que qualquer conduta seja inserida no Código Penal. Apenas mediante um ato de fé é que se pode acreditar que o mal da pena compense o mal do crime. O Estado de direito não pode sancionar irracionalmente a pretexto de vingança.
4. As *teorias relativas* (*preventivas* ou *utilitaristas*) da pena subdividem-se em: *preventiva especial positiva*, em que se busca a correção do apenado, conferindo à pena a função de agir especificamente sobre o delinquente com o objetivo de ressocializá-lo; *preventiva especial negativa*, que visa à neutralização da periculosidade do apenado, incapacitando-o

especificamente, com a sua eliminação definitiva ou provisória da sociedade; *preventiva geral positiva*, por meio da qual se busca reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída, produzindo o efeito de confiança; *preventiva geral negativa*, pela qual se pretende intimidar a coletividade com a cominação das penas em abstrato, dissuadindo-a da transgressão normativa por meio do exemplo ou da ameaça.

5. A *teoria preventiva especial positiva* embasada em sua ortopedia moral de índole terapêutica não produz o resultado prometido, pois o cárcere não reabilita, pelo contrário, inabilita o condenado. Tais técnicas higiênico-terapêuticas não ressocializam, na medida em que trata o "delinquente" como perigoso para o restante da sociedade.
6. Enquanto a teoria preventiva especial é apenas ideológica, a *negativa*, por sua vez, é tecnocrática na medida em que sua efetivação prática é não só possível como é a única das funções declaradas que obtém êxito, pois visa unicamente neutralizar o apenado ante sua inferioridade ou até mesmo eliminá-lo.
7. A *teoria da prevenção geral positiva* confunde o direito com a moral, pois confere às penas a função de conformadora de condutas, a partir da concepção do direito penal como "orientador da moral" e "educador coletivo". Isso não passa de uma ilusão mantida pela opinião pública que a sustenta e "convém continuar sustentando-a e reforçando-a porque com ela o sistema penal se mantém: ou seja, o poder a alimenta para ser por ela alimentado"<sup>360</sup>.
8. A *teoria da prevenção geral negativa* esquece-se que as pessoas não praticam ações lesivas por princípios éticos, morais e afetivos, e não em razão de qualquer temor à lei. E essa finalidade exemplarizante da pena do réu em relação a toda a sociedade leva à pergunta: como pode o Estado justificar que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração a outros? O ser humano nunca deve

---

<sup>360</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.122.

ser considerado apenas como meio a fins alheios ou, pior, posto dentre os objetos dos direitos das coisas, visto que a essência de sua própria personalidade, natureza ôntica, como membro da espécie humana, o protege disto.

9. As *teorias ecléticas*, por sua vez, apenas tentam conjugar a exigência de retribuição jurídica da pena com as concepções preventivas gerais e especiais e por isso falece com as mesma justificativas já apresentadas.
10. Rasgando-se o véu da aparência das funções declaradas ou manifestas da ideologia jurídica oficial<sup>361</sup>, com o reconhecimento de que o sistema penal como forma de controle social nada mais faz senão espelhar-se nas relações materiais de produção (base econômica), encontram-se as *funções reais ou latentes da pena* que revelam, por meio do *discurso crítico*, quais são os verdadeiros papéis da sanção criminal a atestar sua deslegitimidade.
11. A abordagem do *discurso crítico* neste trabalho foi realizada passeando pela teoria negativa/agnóstica da pena, sob as luzes do abolicionismo, na companhia da teoria do etiquetamento para, então, chegar aos Campos Elísios da criminologia crítica.
12. A *teoria negativa/agnóstica* recupera a ideia de Tobias Barreto de que o conceito de pena é político e não jurídico<sup>362</sup> e nisso marca sua característica negativa de rejeição às funções declaradas, pois não existe qualquer função positiva que possa ser concedida à sanção criminal. E é agnóstica porque confessa não conhecer qualquer função da pena. Tem a virtude de aproximar o conceito de pena com o de guerra na medida em que ambas têm como fim infligir dor aos inimigos. Toda a punitividade da sanção criminal pode ser condensada em um discurso bélico, ou seja, na guerra contra o crime. Na guerra não existem leis, ou melhor, existe a lei da guerra, segundo a qual tudo é permitido para aniquilar o inimigo.

---

<sup>361</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.460.

<sup>362</sup> BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**: publicação posthuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892. p.177.

13. O movimento *abolicionista* não se interessa por uma política criminal alternativa e sim, por uma alternativa à própria política criminal. A intervenção do sistema penal deixa de lado a vítima e agrava os conflitos porque impede que se chegue a qualquer resposta que não seja punitiva. Em alguns casos a própria existência do sistema penal agrega riscos e danos para os envolvidos, como no consumo de drogas e na prática de abortamento, em que os potenciais imputados devem se ocultar e realizar seus comportamentos criminalizados em maiores situações de risco. A prisão continua sendo apenas e tão somente uma alternativa à tortura e à pena de morte.
14. A *teoria do etiquetamento*, superando o paradigma etiológico, constata que o desvio não é uma qualidade que reside no comportamento, é antes o produto da interação entre a pessoa que realiza o ato e aquelas que reagem a ele. E "o desviante é alguém a quem este rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal"<sup>363</sup>.
15. A criminologia crítica, a par do alcance de sua maturidade, é que passa a considerar como objeto do conhecimento não mais o "delinquente" e sim os mecanismos de controle social e da criminalização. Direito penal, utilizando-se da sanção criminal, está deslegitimado, pois favorece, neste processo, os interesses das classes dominantes, neutralizando suas condutas típicas penais, vinculadas à existência da acumulação capitalista, e paralelamente, ou quase necessariamente, aplica o processo de etiquetamento nas classes mais baixas. Desnuda-se que a pena, e todo sistema de controle social, corresponde às relações de produção material. A quantidade de encarceramentos, e nisto encontra-se uma das funções da pena, é trabalhada segundo os interesses do mercado (ou dos que manipulam o mercado).

---

<sup>363</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.22.

- 16.** Consequência também da teoria do etiquetamento é o reconhecimento da distinção entre *direito penal de autor* e *direito penal do ato*. Neste criminaliza-se o fato independente da consideração de quem o praticou. Já no *direito penal de autor*, considerando o autor como inferior às demais pessoas, geralmente pertencente aos grupos mais débeis da sociedade, ele carrega o estigma do "delinquente", sendo que o crime acaba sendo tão somente um significado sintomático para a identificação do cativo, o qual deve ser punido, neutralizado.

A par dos resultados obtidos com a pesquisa empírica, possível que se dê continuidade às conclusões formulando os seguintes enunciados:

- 17.** Embora o acusado seja considerado presumivelmente inocente quando é introduzido no processo de controle social pela ação penal, a probabilidade de ser condenado, caso não morra até a data da decisão ou não ocorra a prescrição, é sensivelmente maior que de ser declarado inocente. 78,0% de probabilidade de a sentença ser condenatória contra 22,0% de ser declaratória de inocência. Tal número pode chegar a espantosos 90,5% de condenações em algumas varas.
- 18.** A punitividade é mais significativa entre os magistrados de carreira se comparados com os jurados leigos que formam o Conselho de Sentença nos julgamentos do Tribunal do Júri. Excluindo-se as decisões que reconheceram a prescrição e as hipóteses em que o réu morreu antes da sentença, observou-se que nas varas em que ficou a cargo de um magistrado decidir pela condenação, apenas 14,6% na vara de violência e 18,4% nos demais juízos foram sentenças absolutórias. Já nos dois Tribunais do Júri, o percentual de absolvição sobe para 45,2%.
- 19.** Enquanto os réus pertencem às camadas marginalizadas da sociedade, os juízes, em sua maioria, veem de famílias pertencentes ao médio e alto escalão, dificultando com que o magistrado consiga se colocar no lugar do acusado, pois sequer sabe onde este está. Esta uma hipótese que pode contribuir para o quadro ilustrado no item anterior.
- 20.** Diversamente do que mostrou pesquisa feita na Alemanha, não se conseguiu identificar neste trabalho diferenças de percentuais de condenação entre magistrados do sexo masculino e feminino.



21. Os homens são maioria entre os acusados, respondendo por 91,7% das sentenças contra 8,3% de mulheres. Porém, o percentual de condenações é semelhante entre os sexos, sendo 64,8% para os homens contra 59,02% para as mulheres.
22. O ministério público foi responsável pela ação penal em 747 sentenças dentre as 750 coletadas, sendo as outras três propostas por querelantes. As sentenças referentes às três queixas foram absolutórias, sendo uma prescrição e duas com declaração de inocência. Já nas decisões que tiveram impulso inicial do ministério público, excluindo-se as que declararam a prescrição ou a morte do agente, restaram apenas 17,8% de absolvições. Tamanho êxito acusatório pode encontrar respaldo em várias hipóteses, dentre elas, a proximidade do órgão acusador com o juiz seja na estrutura física dos fóruns e até mesmo nas salas de audiência, eventuais excessos de formalismo ou de comodismo, crescimento significativo de promotores em relação ao número de juízes, chegando a ultrapassar estes últimos.
23. Os delitos patrimoniais (furto, roubo, extorsão, apropriação indébita, estelionato e receptação) foram responsáveis por 56,5% das condenações e somando-se ao de tráfico de drogas (14,6%), conclui-se que 71,1% das condenações decorreram, muito possivelmente, da criminalização das drogas na medida em que aqueles, na maioria das vezes, são decorrência deste último.
24. No que se refere, especificamente, à *primeira fase da individualização da pena*, em que são analisadas as circunstâncias judiciais e fixada a pena-base, constatou-se que em 45% das sentenças condenatórias a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Não foi identificado qualquer critério quanto ao percentual de acréscimo em decorrência de cada circunstância judicial negativa, tendo sentenças aplicado 2,083333% e outras 133,3333%.
25. Dentre as *circunstâncias judiciais* as que tiveram maior incidência foram as circunstâncias, a culpabilidade e as consequências (todas com mais de 20%).
26. A circunstância judicial *culpabilidade* esteve presente em 21,7% das sentenças condenatórias que fixaram a pena-base acima do mínimo

legal. Não obstante a necessária separação entre o que venha a ser tal circunstância e a culpabilidade como elemento do conceito analítico do delito, observou-se que em 72,0% das vezes em que fora reconhecida a culpabilidade como desfavorável o fato ou era inerente ao tipo penal ou não foi apontado nenhum fato em específico a autorizar a elevação da pena-base. A culpabilidade deve ser deixada de lado como critério a orientar a quantificação da pena, pois trata-se de herança positivista que serve unicamente para causar desconhecimento técnico, o que acarreta a ausência de fundamentação válida por parte dos julgadores.

27. Os *antecedentes* foram reconhecidos em 13,6% das sentenças que fixaram a pena-base acima do mínimo legal. É evidente que a valoração da história de vida do réu, da maneira com que está estabelecida no Código Penal, criou um mecanismo incontrolável de arbítrio judicial, pois tende a (pré)determinar juízos de condenação na medida em que, não raro, quando chega no momento de o juiz decidir se condena ou não o acusado é influenciado pela existência de maus antecedentes, que lhe dão a falsa impressão, porém bastante cômoda, de que o réu é um delinquente habitual. A circunstância judicial referente aos antecedentes criminais é, inclusive, uma grande mácula ao próprio discurso oficial do direito penal, que tem como uma de suas funções declaradas as ideologias "re" expostas pela prevenção especial positiva ("ressocialização", "reinserção social" etc.) na medida em que, precisamente em razão de seu caráter constitutivo, garante com que o réu torne-se cativo do sistema punitivo. A eliminação desta circunstância traria a vantagem de minimizar a consagração legal da estigmatização.
28. Por sua vez, o exame da *conduta social* do condenado representa nítida aplicação do direito penal de autor na medida em que se despreza o fato praticado e volta-se a atenção aos papéis que ele desempenha em outros núcleos sociais. Por isso deve ser desprezada. Tal circunstância pouco foi observada na pesquisa, estando presente em 11,1% das sentenças que fixaram a pena-base acima do mínimo legal.
29. A *personalidade* encontra uma infinidade de definições diferentes dadas por psicólogos, psiquiatras e psicanalistas. Ainda que fosse apreensível, além de seu caráter transitório, é de impossível caracterização concreta por

quem não possui conhecimentos técnicos, como o juiz. Esta circunstância fora reconhecida apenas em 2,5% das sentenças que fixaram a pena-base acima do mínimo legal. Ocorre que do total das 483 sentenças condenatórias analisadas apenas em 62 (12,9%) o magistrado reconheceu que necessitava de laudo técnico para aferição da personalidade do réu. E em 80,0% das sentenças que reconheceu esta circunstância como desfavorável, assim foi feito com referência à personalidade "voltada para o crime". A avaliação da personalidade do condenado possibilita um subjetivismo de difícil controle, além de "invadir discricionariamente uma área da esfera individual na qual é ilegítimo opinar (interioridade da pessoa)"<sup>364</sup>

30. O *motivo* esteve presente em apenas 4,8% das sentenças que fixaram a pena-base acima do patamar inicial estabelecido em abstrato, sendo que em 42,1% das vezes adotou fato inerente ao próprio tipo de injusto. O motivo somente pode ser reconhecido para justificar a elevação da pena-base quando vá além do necessário para a caracterização do delito.
31. As *circunstâncias* se identificam como termo extremamente confuso e vago, o que possibilita a violação do princípio do *ne bis in idem* na medida em que muitas vezes é confundida com as outras circunstâncias qualificadoras, privilegiadoras, causas de aumento e de diminuição de pena, agravante, atenuantes e todo o elenco do Código Penal, art. 59. Ainda assim, esteve em 25,0% das sentenças que aplicaram a pena da primeira fase acima do mínimo legal.
32. As *consequências* somente podem ser aquelas que extrapolem as consequências normais do tipo de injusto, aquelas que se projetem para além do tipo, sob pena de afronta ao princípio do *ne bis in idem*. Esta circunstância esteve presente em 21,2% das sentenças que aplicaram pena-base acima do mínimo, sendo que em 85,4% destas se referiam a fatos inerentes às consequências do próprio tipo de injusto.

---

<sup>364</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.59.

33. O *comportamento da vítima* talvez por ter a finalidade de possibilitar a redução da pena-base não foi reconhecida em nenhuma sentença.
34. No que se refere às *drogas*, a argumentação apresentada neste trabalho serve bem para fundamentar sua descriminalização quanto ao uso e comércio. Ocorre que esta mesma substância é utilizada não somente para caracterizar o tipo de injusto, como sua espécie e quantidade também para aumentar a pena-base. Constatou-se que não existem parâmetros ou critérios a orientar a identificação de qual substância pode autorizar, além da condenação, a elevação da pena-base (até mesmo maconha serviu para isso), nem quantidade, visto que até 7g de cocaína e crack também pesados em conjunto justificaram o aumento da pena-base.
35. Analisando-se as sentenças condenatórias no momento de fixar a pena provisória na *segunda fase* da individualização da pena, verificou-se que em 27,7% das condenações houve reconhecimento de alguma *agravante*. A grande maioria delas reconheceu apenas uma agravante (89,6%), e dentre elas a que contou com 72,7% de representação foi a reincidência. De cada quatro sentenças que reconheceu alguma agravante em quase três delas foi a reincidência, mais uma vez a denunciar a deslegitimidade da prevenção especial positiva da pena.
36. Os atos etiquetados como criminosos costumam ocorrer na parcela mais vulnerável da população, dando conta de que a criminalização é eminentemente seletiva. A *reincidência* serve para manter a parcela dos marginalizados, produto das violências estruturais anteriores ao cometimento do tipo de injusto, um período ainda maior dentro do cárcere. Pode-se falar que ela agride a vedação do *bis in idem*, guia-se pela periculosidade presumida do réu fundada na ideia de direito penal de autor e afronta a coisa julgada. Ainda assim em 22,6% do total de condenações esta agravante foi reconhecida para aumentar a pena provisória, constatando-se sua desmedida aplicação. A reincidência como agravante não fora recepcionada pela Constituição da República de 88.
37. Em 59,4% das condenações foi identificada alguma *atenuante*, sendo que em sua maioria o reconhecimento foi de apenas uma (85,6%), e dentre elas a confissão foi a que mais apareceu (76,3%).

- 38.** Não se identificou nenhuma sentença dentre as 750 que tenha concluído pela absolvição mesmo o réu tendo confessado. E 52,0% das condenações tiveram como suporte a *confissão* do réu.
- 39.** A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça que limita a redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria penal viola os princípios da legalidade e da igualdade, além de se caracterizar como analogia *in malam partem*. Mesmo assim, do total de casos em que era possível aplicar ou não a Súmula, 89,8% a aplicou. E mais, em 59,8% dos processos em que o réu confessou foi negada a redução da pena por decorrência da atenuante. Somente em 6,8% das confissões foi honrada a promessa legal do Estado quando incentivou o réu a se confessar oferecendo-lhe o benefício da atenuante em correspondência, ainda que sua pena-base já estivesse no mínimo legal. Das 251 confissões verificadas, em 150 delas deixou-se de aplicar a atenuante respectiva, ficando o acusado enganado pelo Estado que lhe prometeu reduzir sua pena em razão da atenuante se ele confessasse. Mesmo tendo confessado, foi-lhe dito que não mais ocorreria o abrandamento sob a justificativa de que sua pena já estava no mínimo legal, desconsiderando-se o fato de que se a pena já estava no mínimo era porque o réu tinha atributos positivos que lhe deveriam ser debitados.
- 40.** Na *terceira fase* da dosimetria, em que se chega à pena denominada definitiva, observou-se que em 53,0% dos casos a pena não ultrapassou o mínimo legal, sendo reconhecida alguma causa de diminuição em 24,2% delas. A tentativa, com 65,1%, foi a causa mais representativa.
- 41.** Na distribuição entre os *regimes iniciais de cumprimento de pena* nas condenações o fechado ficou com 25,3%, o semiaberto com 28,2% e o aberto, o que teve maior incidência, ficou responsável por 46,6% das sentenças.

A par dessas considerações, conclui-se que a pena é distribuída de forma desigual na sociedade, sendo reservada apenas aos marginalizados.

Referida discriminação é continuada de forma desvirtuada no momento em que se faz a pretensa individualização da pena.

O condenado, como visto, é reificado e passa a ser alvo de cálculos matemáticos na maioria das vezes sem qualquer critério balizador.

Os elementos utilizados para a dosimetria da pena reproduzem o ciclo vicioso em que o réu é inserido quando da primeira condenação, engendrando-o cada vez mais nas instituições totais de controle social.

A pena, então, dosada equivocadamente, segundo diretrizes marcadas pelo positivismo e pelo direito penal de autor, é aplicada e executada desvinculada de qualquer compromisso real de melhoramento da sociedade. Castiga-se, continua se castigando cada vez mais sem sequer se saber onde tudo isso vai parar.

É preciso que se reconheça que a grande maioria das condutas criminalizadas não deveria fazer parte deste segmento dogmático marcado com a mão mais severa do Estado: a privação da liberdade.

Pena somente deve ser reservada ao núcleo duro de tipos de injusto que ofendam, por exemplo, à vida, à integridade física e sexual. E ainda assim, quando da individualização da pena, critérios seguros, corretos e justos poderiam ser utilizados desde que respeitando também a dignidade do réu.

O presente trabalho teve a intenção, assim, de contribuir para a compreensão um pouco mais detalhada sobre os artifícios do direito penal e da aplicação e dosagem da sanção criminal, aliando a perspectiva teórica à prática como forma de constatação de que o discurso crítico é o único que se sustenta.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. 3.ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1990.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos; Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008.

ARGÜELLO, Katie. Do estado social ao estado penal: invertendo o discurso da ordem. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.119-144.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**: publicação posthuma dirigida por Sylvio Roméro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.5, n.20, p.129-146, 1997.

\_\_\_\_\_. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, I**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

\_\_\_\_\_. **O tribunal de drogas e o tigre de papel**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Vida a crédito: conversas com Citladi Rovirosa-Madrado**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. 32.ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critério de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **DOU**, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2013.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Aplicação da pena**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. Antecedentes e reincidência criminal: abordagem desde o marco garantista. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.1, p.109-119, 2001.

\_\_\_\_\_. **Antimanual de criminologia**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Tradução de Silvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2011.



COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

ELBERT, Carlos Alberto. **Manual básico de criminología**. Buenos Aires: Eudeba, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 40.ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte geral. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.1.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008.

GIORGIO, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

HALL, Calvin S.; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. **Teorias da personalidade**. Tradução de Maria Adriana Veríssimo Veronese. 4.ed. Porto Alegre: Artmed, 2000.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan: Nu-Sol/PUC-SP, 2004. p.35-68.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2.ed. Niterói: Luam, 1997.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. 3.ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.6, p.117-132, abr./jun. 1994.

MACHADO, Vinicius. **Individualização da pena**: o mito da punição humanizada. Florianópolis: Modelo, 2010.

MARTINS, A. Lourenço. **Medida da pena – finalidades – escolha**: abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Buenos Aires: Ediar, 2003.

\_\_\_\_\_. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? **Verve**, São Paulo, n.4, p.80-111, 2003.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.1.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. Tradução de Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morete García e Davi Tangerino. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOTTA, Felipe Heringer Roxo da; VARGAS, Jorge de Oliveira. Reincidência: uma agravante não recepcionada. **Captura Críptica: Direito Política, Atualidade - Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito**, Florianópolis, n.2, v.1, jul/dez. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Individualização da pena**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLMO, Rosa del. **La socio-política de las drogas**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1975.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PASSETTI, Edson. Louk Hulsman e o abolicionismo libertário. In: KOSOVSKI, Ester; BATISTA, Nilo. **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p.67-79.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. Tomo I.

\_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998.

RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e mercados: ensaios em antirriminologia**. Tradução de Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e controle social**. Tradução de Gizlene Neder. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. **A criminologia radical**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHEERER, Sebastian. Terror. In: FÖPPEL, Gamil (Coord.). **Novos desafios do direito penal no terceiro milênio**: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.197-202.

SESSAR, Klaus. Os problemas que a criminologia enfrenta face ao direito penal e à política criminal: algumas considerações teóricas. In: AGRA, Cândido da. (Org.). **A criminologia**: um arquipélago interdisciplinar. Porto: U. Porto, 2012. p.583-601.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOZZO, Massimo (Coord.). **Reconstruyendo las criminologias críticas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos e rituais. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**: o crime e o criminoso: entes políticos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do estado penal nos EUA. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.7, n.11, p.15-41, 1.º sem. 2002/2003.

\_\_\_\_\_. A cor da justiça: quando gueto e prisão se encontram e se mesclam. In: LINS, Daniel; WACQUANT, Loïc (Orgs.). **Repensar os Estados Unidos**: por uma sociologia do superpoder. trad. Raquel Gutiérrez. Campinas: Papirus, 2003. p.159-208.

\_\_\_\_\_. **Punir os pobres**: a nova geração da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). Tradução de Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **As duas faces do gueto**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

\_\_\_\_\_. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WESTERN, Bruce; BECKETT, Katherine; HARDING, David. Sistema penal e mercado de trabalho nos Estados Unidos. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.7, n.11, p.41-52, 1.º sem. 2002/2003.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2007.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1.

#### **Sites consultados:**

<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal.html>

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/br000009.pdf>

<http://www.juareztavares.com/textos/codigoespanhol.pdf>

<http://www.juareztavares.com/textos/codigofrances.pdf>

<http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>

<http://www.juareztavares.com/textos/codigoportugues.pdf>

[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_ar.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_ar.pdf)

[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)

## DOCUMENTOS CONSULTADOS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Mário de Souza. **Elaboração de projeto, TCC, dissertação e tese**: uma abordagem simples, prática e objetiva. São Paulo: Atlas, 2011.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à lei de drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**: compilación in memoriam. trad. Leticia Quiroz Ignacio. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2004.

BIZZOTTO, Alexandre. A imposição constitucional na cominação da pena concreta. In: FÖPPEL, Gamil (Coord.). **Novos desafios do direito penal no terceiro milênio**: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.203-223.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.119-138.

BUSATO, Paulo *et al.* Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Org.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.511-523.

CAPELA, Fábio. **Correlação entre acusação e sentença**: emendatio libelli, mutatio libelli. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo penal aplicado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Salo de. A sentença criminal como instrumento de descriminalização (o comprometimento ético do operador do direito na efetividade da Constituição). In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.187-210.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Raízes da sociedade criminógena**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Discrção judicial na dosimetria da pena: fundamentação suficiente. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n.21, p.145-161, 1991.

\_\_\_\_\_. **O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje**. Texto especialmente preparado para o VII Encontro Internacional de Direito da América do Sul, realizado em Florianópolis-SC de 06 a 08 de maio de 1998.

\_\_\_\_\_. Princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v.30, n.30, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português: as consequências jurídicas do crime**. Lisboa: Aequitas Editorial, 1993.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23.ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2.ed. Niterói: Luam, 1993.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei: a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NUÑEZ, Ricardo C. **Manual de derecho penal: parte general**. 4.ed. Córdoba: Ed. Córdoba, 1999.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução de Francisco Eduardo Pizzolante, Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan: Nu-Sol/PUC-SP, 2004.

PAVARINI, Massimo. **Um arte abyecto**: ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PRADO, Fernando Leme do. **Metodologia de projetos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUINTAS, Jorge. **Regulação legal do consumo de drogas**: impactos da experiência portuguesa da descriminalização. Porto: Fronteira do Caos Editores, 2011.

ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Tradução de Luis Alberto Salton Peretti. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. A avaliação das políticas de prevenção e de segurança analisada numa perspectiva metodológica. In: AGRA, Cândido da. (Org.). **A criminologia**: um arquipélago interdisciplinar. Porto: U. Porto, 2012. p.603-623.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e a abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan: Nu-Sol/PUC-SP, 2004. p.131-151.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Criminalidade e violência global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Criminologia e política criminal. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.109-118.

SUSANO, Helena. **Reincidência penal**: da teoria à prática judicial. Coimbra: Almedina, 2012.



TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Crime e cidade**: violência urbana e a Escola de Chicago. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

THUMS, Gilberto; PACHECO FILHO, Vilmar Velho. **Leis antitóxicos**: crimes, investigação e processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**: estudos sobre marginalidade avançada. Tradução de Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Régis Prado. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – II**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

**ANEXO**  
**FORMULÁRIO DE PESQUISA**



## FORMULÁRIO DA PESQUISA

<b>DADOS GERAIS</b>	
P1) Vara	<b>P1</b>
P2) N. dos autos	<b>P2</b>
P3) Nome do réu	<b>P3</b>
P4) Juiz	<b>P4</b>
P5) Sentença julgou a pretensão punitiva? <b>1</b> – Procedente <b>2</b> – Improcedente <b>3</b> – Parcialmente procedente	<b>P5</b>
P6) Absolvção foi em razão de reconhecimento da extinção da punibilidade? <b>1</b> – Sim - prescrição <b>2</b> – Sim - morte <b>3</b> – Não	<b>P6</b>
P7) Sexo <b>1</b> – Masculino <b>2</b> – Feminino	<b>P7</b>
P8) Acusação <b>1</b> – Ministério Público <b>2</b> – Querelante	<b>P8</b>
<b>DOSIMETRIA DA PENA</b>	
A1) Crime <b>1</b> – CP, 121 <b>2</b> – CP, 123 <b>3</b> – CP, 124(5/6) <b>4</b> – Drogas, 36 <b>5</b> – CP, 12 <b>6</b> – CP, 138 <b>7</b> – CP, 139 <b>8</b> – CP, 140 <b>9</b> – CP, 147 <b>10</b> – CP, 155 <b>11</b> – CP, 157 <b>12</b> – CP, 158 <b>13</b> – CP, 159 <b>14</b> – CP, 168 <b>15</b> – CP, 171 <b>16</b> – CP, 180 <b>17</b> – CP, 213 <b>18</b> – CP, 288 <b>19</b> – CP, 297 <b>20</b> – CP, 298 <b>21</b> – CP, 299 <b>22</b> – CP, 304 <b>23</b> – CP, 311 <b>24</b> – CP, 312 <b>25</b> – CP, 313 <b>26</b> – CP, 316 <b>27</b> – CP, 317 <b>28</b> – CP, 319 <b>29</b> – CP, 329 <b>30</b> – CP, 331 <b>31</b> – CP, 333 <b>32</b> – CP, 334 <b>33</b> – CP, 339 <b>34</b> – CP, 342 <b>35</b> – CP, 349 <b>36</b> – CP, 351 <b>37</b> – Lei 9.434/97, 1º - tortura <b>38</b> – Lei 10.826/03, 12 <b>39</b> – Lei 10.826/03, 13 <b>40</b> – Lei 10.826/03, 14 <b>41</b> – Lei 10.826/03, 15 <b>42</b> – Lei 10.826/03, 16 <b>43</b> – Lei 9.503/97, 302 <b>44</b> – Lei 9.503/97, 306 <b>45</b> – Lei 9.503/97, 308 <b>46</b> – ECA, 244-B <b>47</b> – Drogas, 28 (uso) <b>48</b> – Drogas, 33 (tráfico) <b>49</b> – Drogas, 34 <b>50</b> – Drogas, 35 (associação) <b>51</b> – Lei 10.741/03, 96 (violência contra idoso) <b>52</b> – Outros <b>53</b> – Contravenção penal	<b>A1</b>
A2) Espécie de pena <b>1</b> – Reclusão <b>2</b> – Detenção <b>3</b> – Prisão simples	<b>A2</b>
A3) Pena-base acima do mínimo legal? <b>1</b> – Sim <b>2</b> – Não	<b>A3</b>
A4) Pena mínima em abstrato (em meses)	<b>A4</b>
A5) Quantas circunstâncias judiciais desfavoráveis (Indicar a quantidade)	<b>A5</b>
A6) Pena -base (em meses)	<b>A6</b>
A7) Circunstâncias judiciais apontadas como desfavoráveis: (Indicar com o número "1" quando estiver presente)	<b>A7</b>
A8) Culpabilidade inerente ao tipo penal? <b>1</b> – Sim <b>2</b> – Não	<b>A8</b>

A9) Personalidade do agente "voltada para o crime" ou frase semelhante <b>1</b> – Sim <b>2</b> – Não	<b>A9</b>
A10) Mencionou que o exame da personalidade necessita de equipe técnica? <b>1</b> – Sim <b>2</b> – Não	<b>A10</b>
A11) Motivo inerente ao tipo penal? <b>1</b> – Sim <b>2</b> – Não	<b>A11</b>
A12) Consequências inerente ao tipo penal? <b>1</b> – Sim <b>2</b> – Não	<b>A12</b>
A13) Se drogas, a espécie foi utilizada para aumentar a pena-base? Qual? Indicar com o número "1" quando estiver presente	<b>A13</b>
A14) Se drogas, a quantidade foi utilizada para aumentar a pena-base? Qual quantidade? Indicar a quantidade em gramas ou papéletes ou tabletes ou pedras ou cigarros ou "bitucas"	<b>A14</b>
A15) Agravantes? <b>1</b> – Sim <b>2</b> – Não	<b>A15</b>
A16) Quantas agravantes (Indicar a quantidade)	<b>A16</b>
A17) Quais agravantes (Indicar com o número "1" quando estiver presente)	<b>A17</b>
A18) Atenuante? <b>1</b> – Sim <b>2</b> – Não	<b>A18</b>
A19) Quantas atenuantes (Indicar a quantidade)	<b>A19</b>
A20) Quais atenuantes (Indicar com o número "1" quando estiver presente)	<b>A20</b>
A21) Aplicou a Súmula 231 do STJ? <b>1</b> – Sim (expressamente ou tacitamente) <b>2</b> – Não	<b>A21</b>
A22) Pena definitiva acima do mínimo legal <b>1</b> – Sim <b>2</b> – Não	<b>A22</b>
A23) Causas de diminuição de pena? <b>1</b> – Sim <b>2</b> – Não	<b>A23</b>
A24) Qual causa de diminuição de pena? Tentativa? <b>1</b> – Sim <b>2</b> – Não	<b>A24</b>
A25) Regime inicial de cumprimento de pena <b>1</b> – Fechado <b>2</b> – Semiaberto <b>3</b> – Aberto	<b>A25</b>