

LINDA LUIZA JOHNLEI WU

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO
NA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: UMA OBRIGAÇÃO
DO JUIZ**

**FRANCA
2006**

LINDA LUIZA JOHNLEI WU

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO
NA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: UMA OBRIGAÇÃO
DO JUIZ**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Campus de Franca, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado).

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Garcia de Freitas.

**FRANCA
2006**

LINDA LUIZA JOHNLEI WU

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO
NA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: UMA OBRIGAÇÃO
DO JUIZ**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Campus de Franca, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado).

COMISSÃO JULGADORA

Presidente e Orientador: Prof. Dr. José Carlos Garcia de Freitas

2º. Examinador: Prof. Dr. _____

3º. Examinador: Prof. Dr. _____

Franca, _____ de _____ de _____.

AGRADECIMENTOS

Manifesto minha gratidão a todas às pessoas que de forma direta ou indireta me ajudaram na realização deste trabalho, em particular ao meu orientador e amigo Prof. Dr. José Carlos Garcia de Freitas, que me deu a oportunidade de realizar um sonho: a pós-graduação.

Desde o curso de graduação, o Prof. Freitas sempre foi muito confiante e seguro do meu trabalho e da minha capacidade, posso dizer que foi o primeiro profissional a me incentivar na carreira da docência, no qual hoje me encontro realizada. O Prof. Freitas não é apenas um grande estudioso e um brilhante professor, é um ser humano extremamente simples, generoso, bondoso e de um senso de humor ímpar. O Prof. Freitas é um profissional que realmente se faz digno de ser chamado de professor, pessoa apaixonada em compartilhar conhecimentos, acredita no potencial de seus alunos e fornece a estes os instrumentos indispensáveis ao crescimento pessoal e profissional. É um profissional e ser humano a se ter como exemplo. Não posso me esquecer ainda de toda sua família: sua esposa Marta e suas filhas Raísa e Rebeca, que dispuseram vários domingos e sábados de privacidade em função da minha presença, mas sempre me receberam com muito carinho, me fazendo sentir parte da família.

Agradeço ainda ao meu marido Cristian, pelo amor incondicional e pela compreensão dos momentos de minha ausência; à minha família, que fazem da distância um mero detalhe; à minha sócia e amiga Karina pela solidariedade e paciência, nunca sequer reclamou da minha falta de tempo, pelo contrário, sempre me incentivou; à minha amiga Marina, sempre disposta a me ajudar no que fosse preciso, inclusive a responsável pela correção

gramatical deste trabalho e a todos os meus amigos pelos momentos descontraídos, que se fazem fundamentais nesse período.

Agradeço também aos professores da UNESP, responsáveis pela minha formação acadêmica e profissional; aos inesquecíveis amigos de faculdade pela amizade e companheirismo, bem como a todos os funcionários da UNESP, em especial os da Biblioteca que sempre prestaram serviço de qualidade e prestatividade.

Meus sinceros carinhos a todos que aqui citei, pessoas que se tornaram inesquecíveis na minha vida e as quais devo muito, não sabendo nem como retribuir.

“O rio que tudo arrasta, dizem que é violento, mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem”.

Bertold Brecht.

RESUMO

É na persecução de um conteúdo humano para as penas que se propôs esse trabalho, na busca da humanização das penas, a fim de tentar trazer a sociedade, ainda que num raio de aplicação prática pequeno, uma maior preocupação com os direitos humanos, com a dignidade humana.

A criminalidade tem aumentado de forma assustadora. Neste primeiro semestre de 2006, a sociedade brasileira viveu ondas de violência bárbaras, fazendo com que todos voltassem suas preocupações para a violência que nos assola.

Entretanto, não é o rigor e a dureza das penas que diminuirá ou acabará com a marginalidade, é necessário fornecer a todos uma vida digna, é necessário preocupar-se com a reintegração social do criminoso, tirá-lo da delinqüência, evitar que novas pessoas voltem a delinqüir.

Apesar do sofrimento ocasionado pelos atos de violência, é fundamental depreender uma lição: atualmente não adianta excluir os delinqüentes, através da prisão, pois tudo o que se passou foi arquitetado por aqueles que se encontravam presos. Pode-se concluir assim que a pena privativa de liberdade não é mais a solução espetacular para a criminalidade, ela não resolve, muito pelo contrário, tem acirrado ainda mais o problema.

Certamente, os delinqüentes tinham por pretensão chamar a nossa a atenção para a forma degradante com o qual tratam os condenados nas prisões, desrespeitando sua dignidade. É um grito: não nos tratem assim, preocupassem conosco, ou pior será.

O aumento imoderado das penas, excedendo ao limite de prudência, não somente demonstra uma tendência politicamente tirânica, e uma fundamental insegurança do poder, como também constitui um erro psicológico, pois as penas psicologicamente mais eficazes resultam das penas justas, que são ao mesmo tempo, reflexo de uma sensibilidade social mais aguçada.

RESUMEN

Es en la persecución de un contenido humano para las penas que se propuso ese trabajo, en la búsqueda de la humanización de las penas, con la finalidad de intentar traer a la sociedad, aún que en un espacio de aplicación práctica pequeño, una mayor preocupación con los derechos humanos, con la dignidad humana.

La criminalidad hay aumentado de manera espantosa. En este primer semestre de 2006, la sociedad brasileña vivió ondas de violencia bárbaras, haciendo con que todos volvieran sus preocupaciones para la violencia que nos asola.

Sin embargo, no es el rigor y la dureza de las penas que disminuirá o acabará con la marginalidad, se necesita suministrar a todos una vida digna, se necesita preocuparse con la reintegración social del criminal, sacarlo de la delincuencia, evitar que nuevas personas vuelvan a delinquir.

Aun el sufrimiento ocasionado por los actos de violencia, es fundamental deprenderse una lección: actualmente no adelanta excluir los delincuentes, con la prisión, pues todo lo que se pasó fue planeado por aquellos que se ubicaban presos. Se puede concluir así que la pena privativa de libertad no es más la solución espectacular para la criminalidad, ella no resuelve, al contrario, hay enconado aún más el problema.

Ciertamente, los delincuentes tenían como pretensión llamar nuestra atención para la manera degradante como tratan a los condenados en las prisiones, desrespetando su dignidad. És un grito: no nos traten así, se preocupen con nosotros, o peor será.

El aumento inmoderado de las penas, excediendo ese límite de prudencia, no solamente muestra una tendencia políticamente tiránica, y una fundamental inseguridad del poder, sino que constituye un error psicológico, pues las penas psicológicamente más eficaces resultan de las penas justas, que son al mismo tiempo reflejo de una sensibilidad social más fina.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
-------------------------	----

Capítulo I

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	15
1. Preâmbulo.....	15
2. Os Princípios e o Ordenamento Jurídico.....	18
3. Evolução Histórica do Princípio da Proporcionalidade.....	21
4. Conceito e Aspectos Doutrinários.....	25
5. Fundamento.....	28
6. Os Subprincípios do Princípio da Proporcionalidade.....	32
6.1. Princípio da Adequação.....	32
6.2. Princípio da Necessidade.....	33
6.3. Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito.....	35
7. O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Penal.....	38
8. Experiências Estrangeiras da Aplicação do Princípio da Proporcionalidade.....	42

Capítulo II

AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	46
1. Preâmbulo.....	46
2. Culpabilidade.....	48
2.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade.....	49

2.2. Teoria Normativa da Culpabilidade.....	52
2.3. Teoria Finalista da Culpabilidade.....	54
2.4. Concepção Moderna da Culpabilidade.....	56
2.5 Aplicação da Pena e o Princípio da Culpabilidade.....	58
3. Antecedentes.....	64
4. Conduta Social.....	68
5. Personalidade do Agente.....	71
6. Motivos do Crime.....	76
7. Circunstâncias do Crime.....	79
8. Conseqüências do Crime.....	81
9. Comportamento da Vítima.....	83

Capítulo III

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	90
1. Preâmbulo.....	90
2. Evolução histórica da Pena Privativa de liberdade.....	93
3. Fundamento e Finalidade da Pena Privativa de Liberdade.....	103
3.1. Teorias Absolutas ou Retribucionistas da Pena.....	105
3.2. Teorias Preventivas da Pena	112
3.2.1. A Prevenção Geral.....	115
3.2.2. A Prevenção Especial.....	118
3.3. Teoria Mista ou Unificadora da Pena.....	123
3.4. Teoria da Prevenção Geral Positiva.....	128
3.4.1 A Prevenção Geral positiva Fundamentadora.....	128
3.4.2. A Prevenção Geral Positiva Limitadora.....	134
4. Aplicação da Pena em Conformidade com o Princípio da Proporcionalidade e o Controle do Poder Punitivo do Estado.....	136

5. A Desproporcionalidade das Medidas e a Dignidade da Pessoa Humana.....	146
---	-----

Capítulo IV

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A JUSTIÇA.....	162
--	------------

1. O Princípio da Proporcionalidade como Garantia da Justiça.....	162
---	-----

2. Equidade.....	172
------------------	-----

3. Os Deveres Éticos e Morais do Juiz.....	179
--	-----

4. O Juiz e o Caso Concreto.....	184
----------------------------------	-----

4.1. A Discricionariedade e a Arbitrariedade.....	191
---	-----

5. O Bem Comum.....	201
---------------------	-----

CONCLUSÃO.....	208
-----------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	212
--	------------

Capítulo I

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Sumário: 1. Preâmbulo. 2. Os Princípios e o Ordenamento Jurídico. 3. Evolução Histórica do Princípio da Proporcionalidade. 4. Conceito e Aspectos Doutrinários. 5. Fundamento. 6. Os Subprincípios do Princípio da Proporcionalidade. 6.1. Princípio da Adequação. 6.2. Princípio da Necessidade. 6.3. Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito. 7. O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Penal. 8. Experiências Estrangeiras da Aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

1 - PREÂMBULO

No ordenamento jurídico brasileiro não há ainda, nenhuma norma prevista sob o princípio da proporcionalidade, mas, encontra-se implícito na nossa Constituição Federal, norteando assim todos os ramos do direito brasileiro, atuando de forma mais incisiva em alguns que em outros.

O princípio da proporcionalidade, que também é conhecido por princípio da razoabilidade (no Brasil, ainda não se decidiu se são na verdade um mesmo princípio, apenas com denominações diferentes, ou se não se identificam) preconiza que no caso concreto, quando estiverem contrapostos dois direitos dignos de tutela, deve ser feito um balanceamento dos valores presentes.

É aplicado ao caso *sub judice* quando um direito tem de ser sacrificado em proveito de outro. Nestas ocasiões, se faz necessária uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em confronto, conforme a importância que é conferida ao respectivo bem na situação determinada.

A ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência

entre os direitos ou bens em conflito, o método solucionará a questão ao determinar qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá. Na verdade, a ponderação quer equilibrar e ordenar os direitos ou bens conflitantes *in concreto*.

Para Canotilho¹, as noções de ponderação ou de balanceamento representam uma viragem metodológica no âmbito do direito constitucional. O jurista identifica três razões para essa viragem: 1- a inexistência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais, o que exige uma norma de decisão que considere as circunstâncias do caso; 2- a natureza principal de muitas normas constitucionais, de modo especial àquelas que conferem direitos fundamentais, o que, na hipótese de colisão, exige um juízo de peso, um balanceamento, uma ponderação, portanto, uma solução diferenciada do conflito de regras (antinomia), na qual há um juízo de validade ; 3- “fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga as leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos”².

No entanto, esta ponderação é de extrema dificuldade, pois a importância de um bem não é algo mensurável, pois “não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que se possa ler-se o resultado como numa tabela”³. Na verdade, o princípio da proporcionalidade fornece um critério jurídico-constitucional, para realizar uma ponderação ajustada dos interesses a proteger, isto é, a dignidade da pessoa humana por uma parte e os interesses de defesa pública por outra.

A pessoa incumbida de realizar a ponderação dos bens será o magistrado do caso concreto, será ele que decidirá qual dos bens deverá prevalecer, atentando para as circunstâncias do caso, os valores defendidos pela sociedade e pelo ordenamento jurídico como também a

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1109.

² Ibid., p. 1109.

³ MARIONI, L. G. N. **Novas Linhas do Processo Civil: o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 78.

realidade social de sua época. Neste sentido, nos ensina Cândido Rangel Dinamarco⁴: “como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vivem os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade da norma que contêm o momento presente”.

⁴ DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Editora RT, 1987, p. 421/422.

2 - OS PRINCÍPIOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Os princípios são os alicerces do ordenamento jurídico; o ordenamento jurídico deve ser construído observando-os sempre como referencial, pois são eles que propiciarão lógica e racionalidade ao sistema, irão reger todo o ordenamento jurídico, através de diversas funções. Eles são fundamentos da ordem jurídica, com eficácia derogatória e diretiva; exercem função orientadora do trabalho interpretativo; têm função integrativa e diretiva, e, ainda, limitativa⁵.

Os princípios são as idéias centrais de um ordenamento jurídico, é através dela que todo o sistema se organiza, devendo o sistema estar em harmonia com os princípios adotados. Portanto, há uma subordinação de todo o sistema a eles.

Conforme Esser⁶, “el principio no es por sí mismo el mandato, sino que es la base, el criterio o la justificación del mandato”, assim, além dos princípios servirem como base, servirão também como justificativa ou critério da norma.

É através dos princípios que todo aplicador do direito deve orientar-se. No caso de haver uma lei que esteja em confronto com um determinado princípio, essa será desconsiderada em detrimento do princípio, pois a lei não pode contradizer o princípio; isto porque, este contém valores fundamentais inerentes à sociedade, que orientam a constituição, o regime e o ordenamento jurídico.

Embora tenham caráter abstrato, uma vez que, não contêm sanções e figuras típicas, sua aplicação deve ser concreta. Há uma concretização dos princípios quando são observados na feitura da lei e na sua aplicação. É necessário avaliar, se a lei não confronta com nenhum

⁵ MANIGLIA, Mariana Bolliger. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro**. 2004. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de História e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2004, p. 25.

⁶ Apud LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luis Díez – Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 33.

princípio e se os princípios foram respeitados naquela lei.

O momento oportuno de se corrigir a falha verificada devido ao descompasso da lei com o princípio, é o do provimento judicial. É neste momento que o princípio deve ser lembrado, pois eventualmente foi esquecido pelo legislador na feitura da lei.

Segundo Karl Larenz, “Los principios indican sólo la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar. Podemos decir que son un primer paso para la obtención de la regla, determina los pasos posteriores. Como al establecer las reglas de comportamiento humano se elige entre diferentes posibilidades y, para ello, se realiza una valoración – esto se estima en más que esto otro -, los principios contienen predecisiones sobre los ulteriores valores que hay que encontrar y que se tienen que mantener dentro del marco señalado por la predecisión, que debe dar satisfacción al principio”.⁷

Segundo o jurista Crisafulli⁸, os princípios são fonte básica e primária, sobrepondo-se às leis e costumes, com força para gerá-los e invalidá-los.

Portanto, em uma hierarquia piramidal do ordenamento jurídico, os princípios estão no topo da pirâmide normativa e possuem uma supremacia em relação às demais normas.

Assim, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma regra qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos.

É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada⁹.

⁷ LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luis Díez – Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 33.

⁸ Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 259.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.772.

No ordenamento jurídico brasileiro encontram-se vários princípios previstos explicitamente e implicitamente no texto constitucional. Embora alguns princípios estejam implícitos, estes também formam parte do nosso ordenamento jurídico e devem ser respeitados. O artigo 5º, § 2º os prevê e os adota, uma vez que, são decorrentes do regime e dos demais princípios que nela estão explícitos.

Segundo Carlos Ari Sundefeld¹⁰: “Os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos; constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios.”

Conforme Bonavides, mencionando idéia de Xavier Philippe, princípios se oferecem mais à compreensão do que à definição¹¹.

Nortearão todas as atividades estatais, pois, conforme supramencionado, são valores fundamentais que deverão ser observados, permanecendo ínsitos à sociedade. Assim, deverão ser obedecidos desde a elaboração das normas até a sua aplicação, ou seja, até adequação da norma ao caso concreto, sendo fundamental também, a observância dos mesmos na compreensão e integração do ordenamento jurídico.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; **Fundamentos de Direito Público**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 144.

¹¹ Apud STEINMETZ, Wilson Antônio; **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 147.

3 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Desde a Antiguidade já se aludia a uma idéia de proporcionalidade entre o ato praticado e a sanção imposta, ou seja, já havia um ideal de proporção, de moderação, no sentido de que a sanção deve ser imposta na medida do dano causado. Podemos verificar tal afirmação, ao analisarmos a Lei de Talião do Código de Hamurabi, cujo ditame era: “olho por olho dente por dente”, que posteriormente foi adotado pelo povo hebreu na Lei Mosaica e pelos romanos na Lei das Doze Tábuas.

Verificamos, dessa forma, que desde a Antiguidade os povos já buscavam por uma proporcionalidade entre o ato praticado e a sanção imposta, dentro logicamente de seus parâmetros. Portanto, para os antigos, aquele que feriu com fogo, com fogo também deverá ser ferido. Ressalta-se que, apesar de buscarem pela proporção certa, todavia, estavam distantes de traçar as idéias que envolveriam o princípio da proporcionalidade, isto porque, a proporcionalidade, naquela época, restringia-se apenas na retribuição na mesma medida. E, conforme verificaremos posteriormente, a reciprocidade jamais poderá ser sinônimo de proporcionalidade.

Na Grécia, Aristóteles foi um dos filósofos que se preocupou com a proporção, com a medida certa, já adiantando que: “O justo é, por conseguinte, uma espécie de termo proporcional”¹². Procurou ainda, demonstrar como alcançaríamos este termo proporcional.

Analisando o princípio (nos moldes similares aos atuais) num contexto histórico mais recente, observa-se que sua origem e evolução acompanham a origem e evolução dos direitos e das garantias individuais da pessoa humana, verificada com o surgimento do Estado de Direito na Europa.

¹²ARISTÓTELES. *Ética A Nicômaco*; tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.109.

Assim, sua origem remonta aos séculos XII e XVIII, época em que o direito era concebido como algo natural, imutável, a-temporal, a-histórico, inscrito, anterior e inerente ao próprio homem (Jusnaturalismo). Dessa forma, era dever do soberano respeitá-lo.

É na Inglaterra que se observa a primeira manifestação do princípio de uma forma mais concreta, pois, foi no Estado Absolutista inglês, em 1215, que surgiu o primeiro documento (Magna Carta) com a finalidade de limitar o poder do monarca, evitando-se as arbitrariedades costumeiras praticadas contra os súditos.

Portanto, o princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia¹³, e se desenvolveu como evolução do princípio da legalidade.

Com as revoluções burguesas do século XVIII, de ideais iluministas, o princípio da proporcionalidade foi levado ao campo constitucional, principalmente em relação à intangibilidade do homem e no respeito à sua dignidade. Foi mencionado por Montesquieu e por Beccaria, ao tratarem da proporcionalidade das penas em relação aos delitos¹⁴. Assim, o poder do monarca passou a ser limitado pelo respeito ao homem e à sua dignidade. Desejava-se a garantia de alguns direitos individuais, principalmente àqueles ligados à classe burguesa, ou seja, o da liberdade individual, direito este, pleiteado na Revolução Francesa. Buscou-se a criação de mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício de suas funções, evitando-se, assim, a arbitrariedade e o abuso de poder.

A Constituição Francesa de 1791, no seu artigo 3º, previu expressamente o princípio da legalidade. Desde então, procurou-se pela sua efetivação, através de instrumentos processuais, que continham o princípio da proporcionalidade implícito neles. Como exemplo, pode-se citar o

¹³ CANOTILHO, J. J. G. op. cit., p.259

¹⁴ PEDRAZ PENALVA, E. **Constitución, jurisdicción e proceso**. Madrid: Akal, 1990, p. 277.

récours pour excès de pouvoir, mecanismo que permitiu pleitear, perante o Conselho do Estado, recurso para reformar qualquer ato administrativo que violasse o princípio da legalidade ou que abusasse do poder. Assim, tornou-se possível contestar os atos do Poder Executivo, indagando a proporção entre os fins almejados e os meios utilizados, delineando, dessa forma, o princípio da proporcionalidade.

Posteriormente, a Alemanha, sob influência da França, formulou o princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, no campo dos direitos fundamentais. É na Alemanha que o princípio da proporcionalidade vai ser definido melhor, servindo, posteriormente, de exemplo para outros países.

Apesar de ter sido recepcionada pela Constituição de Weimar de 1919, foi após a 2ª Guerra Mundial que os tribunais alemães proferiram várias sentenças, no sentido do legislador não ter poder ilimitado para a criação de leis que restringissem os direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade vista sob o âmbito constitucional se deu com a Lei Fundamental de Bonn. A partir de sua promulgação, o controle de constitucionalidade passou a considerar três aspectos fundamentais: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade na medida restritiva.

Os direitos fundamentais foram colocados como núcleo principal de toda a ordem jurídica, assegurando a limitação do poder do Estado em observância aos direitos naturais. Isto se deve à ascensão do modelo Estado Democrático de Direito, o qual se encontra vinculado diretamente ao princípio da constitucionalidade, sendo que o princípio da proporcionalidade serviu para incrementar e expandir tal princípio.

Portanto, foi com a evolução da importância dos direitos fundamentais e a defesa por um caráter social à legislação, que surge o princípio da proporcionalidade com sua formulação atual, como uma forma garantidora dos direitos dos cidadãos.

Paradigmática é a decisão proferida pelo Tribunal em processo sobre armazenagem de petróleo em 1971. Assim exprimiu-se: o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. Desde então este princípio tem sido largamente utilizado, permitindo-se afirmar que a trasladação do princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional tem sido, em última análise, obra dos tribunais, notadamente da Corte Constitucional alemã¹⁵.

É através dessa decisão do Tribunal Constitucional alemão de 16 de março de 1971, que se observa clara e precisamente à formulação do princípio da proporcionalidade, inclusive acompanhado de seus subprincípios. Portanto, foi através da doutrina e jurisprudência alemã que a idéia de proporcionalidade ascendeu a categoria de princípio.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado a partir da influência portuguesa, a qual havia apreendido seu conceito e conteúdo, juntamente com os demais países europeus, baseados nas fontes alemãs.

O surgimento do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico português, como princípio normativo da ordem constitucional, é bastante recente e data de 1976.

No ordenamento jurídico brasileiro não há ainda, nenhuma norma prevista sob o princípio, mas a Constituição o prevê implicitamente, tanto é que, o princípio da proporcionalidade encontra-se em todos os ramos do direito brasileiro, atuando de forma mais incisiva em alguns que em outros.

4 – CONCEITO E ASPECTOS DOUTRINÁRIOS

¹⁵ SOUZA, C. A P. de; SAMPAIO, P. R. P. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Disponível em: < http://www.Puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatrz.html >. Acesso em: 20 de junho de 2005.

Verifica-se que o princípio da proporcionalidade implica na restrição de se impor aos indivíduos, obrigações, sanções e restrições que atentam contra a sua dignidade, sendo que a medida imposta ao indivíduo não pode ser além da estritamente necessária para o atendimento do interesse público.

Segundo Karl Larenz¹⁶,

[...] el derecho de libertad del ciudadano frente al Estado sólo puede quedar limitados en la medida indispensable para proteger los intereses públicos. El principio de la proporcionalidad suministra un criterio jurídico-constitucional para llevar a cabo una ponderación ajustada de los intereses a proteger, es decir, del campo de protección de los derechos fundamentales, por una parte, y los intereses dignos de defensa por otra.

Fundamental ainda, é a adequação dos meios aos fins, isto porque, a proporcionalidade remete primeiramente a uma idéia de correspondência, de sopesamento e de moderação.

O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessiva e não-arbitrária. Isso significando que entre o meio e o fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional¹⁷.

O Tribunal Constitucional alemão já afirmou em diversas oportunidades, que a aplicação do princípio da proporcionalidade, envolve comprovar se o meio utilizado para proteger penalmente um bem jurídico, considerada a limitação que pressupõem os direitos fundamentais, encontra-se em situação de equilíbrio razoável com a pretendida proteção do mesmo bem jurídico¹⁸.

Portanto, o princípio da proporcionalidade será sempre o ponto de partida da análise entre

¹⁶ LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luis Díez – Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 141.

¹⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio; **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 160.

¹⁸ OLIVEIRA ROCHA, L. O. de. O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle constitucional de normas penais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 772, 2000, p. 472.

os meios soberanos utilizados nas intervenções do Estado na esfera privada, se esta se mantém em proporção ao fim almejado. Ou ainda, entre o ônus imposto ao indivíduo e o fim almejado e, é com base neste princípio que se avalia o ônus recebido, ou seja, se este foi necessário, justo e o mais adequado, ou se houve excessos na medida imposta ao indivíduo.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹: Este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Assim, ele espelha a necessidade da adequação entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo, encontrando-se a aplicação do princípio da proporcionalidade somente quando existe uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Portanto, a aplicabilidade desse princípio não é irrestrita, dependendo sua aplicação de três elementos essenciais, quais sejam: um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles²⁰.

Na verdade, a proporcionalidade é mais do que um critério, regra ou elemento de juízo utilizado para firmar conseqüências jurídicas, ele é um princípio consubstancial ao Estado Democrático de Direito com plena e necessária funcionalidade, apresentando-se a sua utilização como uma das garantias básicas que devem ser observadas em todas as hipóteses em que os direitos e liberdades fundamentais possam ser lesionados²¹.

O princípio da proporcionalidade manteve-se com o mesmo conteúdo proposto pela mais

¹⁹ MELLO, C. A. B. op. cit., p.81.

²⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105-106.

²¹ PEDRAZ PENALVA, E. op. cit., p.313.

alta corte alemã, sendo assim dividida em três subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

5 - FUNDAMENTO

O Estado Democrático de Direito, tem o princípio da legalidade como um alicerce, mas diferente do Estado de Direito, busca, sobretudo uma igualdade material (não apenas formal) e a

realização da justiça. Exige-se que o Estado tenha uma atuação positiva e concreta no campo social, de modo a preservar valores socialmente aceitos, que estão sintetizados na dignidade da pessoa humana.

A função estatal é viabilizar a convivência humana, atendendo aos interesses da maioria e respeitando os direitos fundamentais. Para tanto, faz-se necessária a existência de normas reguladoras, que não podem, nem mesmo, ser derogadas pela vontade da maioria. Contudo, isso ainda não é o suficiente, havendo a necessidade de ponderação dos limites de preferência do todo em relação às partes, devendo para tanto, valer-se do princípio da proporcionalidade, preservando-se a dignidade da pessoa humana. Então o relacionamento existente entre o Estado, a comunidade e os integrantes desta é viabilizado pela máxima da proporcionalidade²².

Do princípio da proporcionalidade decorre que, na atuação do Estado frente aos interesses públicos, faz-se necessário o sopesamento destes com os interesses individuais e coletivos, guardando assim todos os direitos dos cidadãos e realizando as intervenções proporcionais.

Para Canotilho²³, o princípio do Estado de Direito é concretizado através de seus subprincípios: o princípio da legalidade da administração, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos; e finalmente o da proporcionalidade.

Partindo-se da análise do modelo de Estado adotado, conclui-se que o princípio da proporcionalidade é um princípio garantidor da realização do Estado Democrático de Direito, uma vez que este preza pela proteção da liberdade e pela igualdade de todos os indivíduos.

O Tribunal Constitucional Federal alemão argumentou que o Estado de Direito não tem apenas um sentido formal, mas também um sentido material. Neste último, está presente a idéia de justiça. Assim, o princípio da proporcionalidade é um princípio concretizador da idéia de

²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 267.

²³ CANOTILHO, J. J. G. op. cit., 271.

justiça presente no princípio do Estado de Direito²⁴.

Importante ressaltar que, no Estado Democrático de Direito, não se almeja uma igualdade genérica, mas o que se procura é um tratamento diferenciado, onde se deva procurar adequar a lei às necessidades e peculiaridades de cada indivíduo, tentando chegar-se a uma igualdade material.

Para Karl Larenz²⁵, o princípio da proporcionalidade é na verdade, subsidiário do princípio da igualdade, pois pode haver motivos dentro da sociedade que possam vir a justificar ou ainda fazer necessária uma parcial desigualdade. Quando estes motivos existem, o princípio da igualdade é substituído pelo princípio da proporcionalidade. Segundo este último princípio, a desigualdade não pode ir mais além do que a causa objetiva justifique. Assim, no lugar da igualdade estrita, temos uma igualdade relativizada pela proporcionalidade, demonstrando assim a preocupação de tratar os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade, para obter assim a igualdade material.

Observa-se como exemplo da igualdade relativizada, devido ao princípio da proporcionalidade, a obrigatoriedade do serviço militar aos homens e de sua isenção às mulheres, ou ainda a graduação dos impostos, conforme a capacidade contributiva.

Conforme Larenz²⁶: “Donde se introducen diferencias, el principio de la proporcionalidade exige que la diferenciación de las consecuencias jurídicas se produzca en correspondencia con las diferencias que consideradas objetivamente son significativas en relación con los hechos regulados”.

Neste diapasão, o fundamento do princípio encontra-se no modelo de Estado adotado. A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º, *caput*, prevê que estamos constituídos num Estado Democrático de Direito. Este modelo de Estado prima pela justiça nos seus aspectos de

²⁴ STEINMETZ, W. A. op. cit., p. 160.

²⁵ LARENZ, Karl. op. cit., p. 141.

²⁶ LARENZ, Karl. op. cit., p. 142.

igualdade e de direitos fundamentais e, o Princípio da Proporcionalidade, conforme supramencionado é a sua concretização lógica, sendo também indispensável para a consecução de um dos principais objetivos do Estado brasileiro, “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (artigo 3º, III, Constituição Federal)²⁷.

Há ainda autores que acreditam que o fundamento do princípio da proporcionalidade está na proteção dos direitos fundamentais, que a nossa Constituição Federal trata como cláusula pétrea.

Para haver a proteção dos direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana, valor fundamental no nosso Estado Democrático de Direito, sem dúvida alguma, imprescindível é a aplicação de tal princípio. Isto porque, o princípio da legalidade por si só não consegue afastar as injustiças que eventualmente o legislador possa cometer no exercício de suas atribuições.

Apreendeu-se com a experiência que o princípio da legalidade não basta para evitar desrespeitos aos direitos fundamentais. No nazismo, os direitos fundamentais da pessoa foram transgredidos, sob a proteção do princípio da legalidade. Assim necessário, se faz o princípio da proporcionalidade, na medida em que, esta procura estabelecer uma adequação justa da medida adotada em relação ao fim a ser alcançado.

Portanto, nesta outra perspectiva, o princípio da proporcionalidade está fundamentado na proteção da dignidade da pessoa humana, nos direitos fundamentais da pessoa.

Entretanto,

[...] somente se consagra esses direitos através da concretização do modelo de Estado atual, cuja maior função é a síntese dos valores constantes nos Direitos

²⁷SOUZA, C. A P. de; SAMPAIO, P. R. P. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Disponível em: < http://www.Puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html >. Acesso em: junho de 2005.

Fundamentais, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana e os outros dela decorrentes: vida, liberdade, etc [...] Então o Princípio da Proporcionalidade não se fundamenta nos Direitos Fundamentais, mas sim no Estado Social Democrático de Direito, onde aqueles se concretizam²⁸.

Apesar da divergência quanto ao fundamento do princípio da proporcionalidade, conclui-se que nas duas idéias defendidas, tal princípio encontra-se fundamentado no nosso ordenamento jurídico, uma vez que, ele se configura como exigência da manutenção da escolha de modelo de Estado, que busca pela preservação dos direitos fundamentais da pessoa.

6 – OS SUBPRINCÍPIOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é constituído por três princípios parciais, quais sejam: o princípio da adequação; o princípio da necessidade, denominado também de princípio da

²⁸ MANIGLIA, M. B.. op. cit., p. 25.

exigibilidade ou da indispensabilidade; e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Esses subprincípios são seus elementos estruturais, certamente essa decomposição, realizada pela jurisprudência e doutrina alemãs, tornou operacional a compreensão e aplicação do princípio, dando densidade concretizadora a um princípio que, à primeira vista, parece impreciso, indeterminado²⁹.

6.1 – Princípio da Adequação

O princípio da adequação também é denominado de princípio da idoneidade ou princípio da conformidade.

O aspecto da adequação exige a apreciação da adequação da norma. É fundamental analisar se, para o fim almejado, foi utilizado um meio adequado e idôneo e se o meio escolhido contribuirá para a obtenção daquele determinado fim. Trata-se de estudar se a medida é idônea, apta, útil, apropriada para atingir o fim perseguido.

A lei será considerada inidônea e inadequada quando é incapaz de produzir o resultado pretendido.

Há, portanto, a exigência de causalidade entre o meio a ser empregado e o fim a ser alcançado. Assim, o fim alcançado, necessariamente deve estar atrelado ao meio utilizado, devendo o fim ser resultado do meio.

Humberto Ávila³⁰, ensina que a análise da adequação deve ser feita em três aspectos: quantitativo, qualitativo e probabilístico.

Na análise quantitativa, deve-se avaliar a intensidade de um meio, ou seja, em qual

²⁹ STEINMETZ, W. A. op. cit., p. 148-149.

³⁰ ÁVILA, H. op. cit.,

intensidade ele promoverá o fim desejado. Ou ainda, se não há outro meio capaz de promover em maior quantidade o fim desejado.

No aspecto qualitativo, examina-se o meio empregado em detrimento de outro meio, se o meio empregado promoverá melhor, igual ou pior o fim desejado, ou seja, a análise é a qualidade proporcionada.

Quanto ao aspecto probabilístico, à análise é no âmbito da probabilidade, a fim de se determinar qual é o grau de certeza propiciado pelo meio empregado, com relação a se alcançar o fim. Ou melhor, se não há outro meio que propicie uma maior certeza de se atingir o fim desejado.

Vejamus a análise da adequação e seus vários aspectos num caso concreto³¹: o Supremo Tribunal Federal examinou o caso de uma lei que determinava, para o exercício legal da profissão de corretor de imóveis, a exigência de comprovação de condições de capacidade. O Tribunal, no entanto, entendeu que o exercício de tal profissão não dependia da referida comprovação. Declarando que o meio (atestado de condição de capacidade) não promovia o fim (controle do exercício da profissão).

6.2 – Princípio da Necessidade

Este princípio é conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima.

Ao tratarmos da necessidade, é necessário observar se a medida adotada é realmente indispensável ao indivíduo, se houve a opção pela medida mais eficaz e menos gravosa ao caso

³¹ ÁVILA, H. op. cit., p. 113.

concreto. Canotilho³² o denominou como o princípio da menor ingerência possível.

A medida torna-se necessária quando não houver como escolher um outro meio tão eficaz quanto o escolhido, ou seja, quando não houver outro meio que limite em menor grau o direito fundamental. Assim, é imprescindível questionar se a medida restritiva de direitos aplicada ao caso em tela, é necessária para a preservação do direito ora infringido, se não há outro meio tão eficaz quanto e menos nocivo.

Conforme informa Gavara de Cara, “[...] el Tribunal Constitucional alemán há establecido que una medida legislativa es necesaria cuando no puede ser elegida otra medida igualmente efectiva que limite menos el derecho fundamental o que suponga una menor carga para el titular”³³.

Percebe-se a necessidade de sopesar o direito que será restringido com o direito que fora transgredido, sendo que este deverá estar em um patamar de importância maior, pois só assim encontra-se fundamento para a sua restrição.

Portanto, primeiramente analisa-se a eficácia dos meios e, logo após, avalia-se qual o meio menos danoso. O meio a ser utilizado deverá ser o menos nocivo possível e deverá, por conseguinte produzir o fim desejado.

Contudo, de acordo com a doutrina e jurisprudência alemã, a eficácia do meio menos prejudicial deverá no mínimo ser igual ao do meio mais prejudicial. Caso contrário, não será exigível a substituição deste por aquele³⁴.

Divide-se a necessidade em quatro aspectos: exigibilidade material, que nos leva a refletir se a restrição é indispensável; espacial, que exige a delimitação do âmbito de atuação; temporal, que requer a extinção da restrição com o decurso do tempo e, por último, pessoal, impondo a

³² CANOTILHO, J. J. G. op. cit., 275.

³³ Apud STEINMETZ, Wilson Antônio; **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 151.

³⁴ STEINMETZ, W. A. op. cit., p. 151.

delimitação da pessoa ou do grupo de pessoas que deverão ter seus interesses afetados.

Com o intuito de visualizar melhor as idéias propostas acima, vejamos um exemplo dado por Humberto Ávila³⁵: o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a lei que previa a obrigatoriedade da pesagem do botijão de gás à vista do consumidor tanto porque impunha um ônus excessivo às companhias como porque a proteção dos consumidores poderia ser preservada de outra forma menos restritiva de direitos fundamentais, como a medida de fiscalização por amostragem.

6.3 – Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Segundo Manuel Medina Guerrero³⁶ este terceiro princípio implica que “los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido”.

Na verdade, está intimamente relacionado a um sistema de valoração, pois para garantir-se um direito, na maioria das vezes se faz necessário restringir-se outro. Para que seja legítima a restrição, é imprescindível que haja uma avaliação teleológica, chegando-se à conclusão que o direito juridicamente protegido apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido.

Portanto, este princípio traz consigo, uma proposta de valoração entre o direito garantido e o direito restringido. Exige-se a ponderação da importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Deve haver um equilíbrio entre o bem comum da sociedade e as garantias dos indivíduos que a compõem. Conforme Humberto Ávila deve-se questionar se: “as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio?”³⁷

³⁵ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 116.

³⁶STEINMETZ, W. A. p. 152.

³⁷ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 116.

Segundo Canotilho³⁸, o juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, isto é, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma. E ainda: “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

Portanto, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação.

Neste diapasão, ao tentar adequar o caso concreto ao princípio da proporcionalidade, sem afrontá-la, necessário se faz a adequação da medida em relação ao fim almejado, sendo que esta medida deve ser exigível, por não haver outra que ocasione um menor dano, isto porque, “[...] o menor mal é considerado um bem em comparação com o mal maior, uma vez que o mal menor deve ser escolhido de preferência ao mal maior, e o que é digno de escolha é um bem, e entre duas coisas a mais digna de escolha é um bem ainda maior”³⁹. As vantagens obtidas devem, assim, ser maior que as desvantagens.

Destaca-se, finalmente, que as constituições costumam conter um longo elenco de propósitos e finalidades, mas, na maioria das vezes, são breves na explicitação dos meios a serem utilizados. Assim, desde cedo a doutrina compreendeu que, se uma constituição define um determinado fim a ser alcançado pelo Estado, ela também lhe defere os meios, daí a importância da interpretação extensiva para a hermenêutica constitucional⁴⁰.

Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade),

³⁸ CANOTILHO, J. J. G. op. cit., p. 263

³⁹ ARISTÓTELES. Op. cit., p.110

⁴⁰ SOUZA, C. A P. de; SAMPAIO, P. R. P. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Disponível em: < http://www.Puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html >. Acesso em: junho de 2005.

corrigir a omissão, dizendo que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se estivesse previsto o caso em pauta⁴¹.

Vários juristas modernos, afirmam a possibilidade da aplicação do princípio mesmo que *contra legem*, em defesa das garantias constitucionais.

Segundo Aristóteles⁴², “toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares”.

7 – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO PENAL

No Direito Penal sempre haverá uma relação envolvendo dois bens juridicamente tutelados, um bem que é lesionado ou posto em perigo, pertencente à vítima, e outro bem de que

⁴¹ ARISTÓTELES. Op. cit., p.125.

⁴² Ibid., p.125

alguém poderá ser privado, o do agente. Neste contexto, a aplicação do princípio da proporcionalidade se torna fundamental, pois sempre haverá a necessidade de ponderação entre a gravidade do fato e a gravidade da pena.

O princípio da proporcionalidade deverá ser respeitado aqui em dois momentos distintos, o do estabelecimento das cominações legais feitas pelo legislador, e o da imposição da pena pelo magistrado. Dessa forma, o poder legislativo tem de estabelecer penas proporcionais em abstrato, à gravidade do delito e as penas impostas pelo magistrado têm de ser proporcionais à sua concreta gravidade. Portanto, o princípio tange tanto a formulação da pena *in abstracto*, quanto da pena *in concreto*.

Conforme Canotilho⁴³:

À medida que pretende realizar o interesse público deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. O controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender a ‘relação de adequação medida-fim’, pressupõe a investigação e prova de sua aptidão para e sua conformidade com os fins que motivaram a sua adoção.

Ao cometer algum delito, o agente receberá alguma sanção do poder público, e esta poderá acarretar na limitação de sua liberdade. Uma das principais idéias presente no princípio da proporcionalidade é justamente, invadir o menos possível a esfera de liberdade do indivíduo mesmo porque, trata-se de um direito fundamental que será atingido. Neste mesmo sentido, temos o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão, formulando a máxima de que: “o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos ao indivíduo”, extraindo-a “do caráter de princípio das normas de direito fundamental”⁴⁴.

O legislador e o magistrado ao fazerem a opção, deverão analisar o custo-benefício, e este

⁴³ CANOTILHO, J. J. G. op. cit., p. 387.

⁴⁴ KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 470 e 472.

deverá ser passível de prova. A medida deve ser a melhor possível, e será, quando for a única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo, tudo isto com a finalidade de preservar ao máximo o direito do cidadão.

Neste diapasão, no campo penal, a pena deve manter uma relação justa com a gravidade do ato e a culpa do agente; a pena aplicada não deve exceder a culpa do agente. “O princípio da culpa, em suas conseqüências limitantes à pena, corresponde, nessa medida, à proibição de excesso.”⁴⁵

O princípio da proporcionalidade auxilia ainda na concretização do Direito Penal, quando da tipificação dos delitos, restringindo estes a comportamentos que se mostrem materialmente lesivos aos valores tutelados pelo legislador e pelo constituinte de 1988, seja na adequação da resposta estatal, através de sanções, a ilícitos de maior gravidade. Dessa forma, não há relevância na esfera penal, o fato do dono de um animal não colher as suas fezes do passeio público.

Segundo Mauricio Antonio Ribeiro Lopes: “Os caminhos da proporcionalidade podem fornecer substrato necessário ao equilíbrio entre os direitos individuais atingidos pelo Direito Penal e os direitos da comunidade protegidos pelo mesmo legislador.”⁴⁶

Portanto, o princípio da proporcionalidade traz como maior preceito a ponderação, a proibição de excesso, onde os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, não é permitido a adoção de medidas legais desproporcionais, excessivas, em relação aos fins obtidos. Mesmo porque a adoção de uma medida desproporcional à gravidade do fato, ofende a dignidade da pessoa humana, confrontando com o Estado Democrático de Direito, que não admite as intervenções desnecessárias e excessivas.

Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a

⁴⁵ HECK, Luís Afonso. **O Tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 177 – 178.

⁴⁶ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2000, p. 423.

proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, deve poder ser exigível⁴⁷.

Conforme Suzane de Toledo Barros⁴⁸, o princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento no contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos da respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização de vários direitos fundamentais concorrentes. Entre estas idéias principais, o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal (artigo 5º., II), entendido este como submissão de uma determinada matéria – como os direitos fundamentais – exclusivamente à lei formal. E ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional ou, ainda, no devido processo legal substancial. De fato, a reserva legal não é suficiente para evitar-se a edição de leis excessivas ou desnecessariamente restritivas. Não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer restrições que entende cabíveis, quando autorizado a impor limites aos direitos fundamentais. Se assim fosse, as garantias formuladas em defesa desses direitos seriam ilusórias e despidas de qualquer sentido. O Ministro Rodrigues Alckmin, ao julgar a representação da inconstitucionalidade da Lei 4.116, de 27.08.1962, que regulamentou a profissão de corretor de imóveis, considerou imprescindível que as restrições a direitos fossem dotadas de razoabilidade, após indagar: ‘Que adiantaria afirmar livre o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?’

⁴⁷ HECK, Luís Afonso. op. cit., p. 177.

⁴⁸ Apud LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2000, p. 426 e 427.

8 – EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O exame da proporcionalidade, no controle de atos praticados pelo Poder Público, é admitido também pelo tribunal Constitucional espanhol, sendo que tal princípio tem permitido que se reconheça a inconstitucionalidade de medidas “excessivamente gravosas”. Nesse passo,

tem-se reconhecido, em conexão com cláusula da igualdade, a importância da chamada “alternativa menos gravosa”⁴⁹.

No dia 20 de julho de 1999, o Tribunal Constitucional da Espanha, última instância judicial daquele país ditou sentença que implicou no reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma penal com base no princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal.

O Tribunal Constitucional espanhol apreciava recurso⁵⁰ apresentado pelos membros da mesa dirigente do Partido Nacionalista, que haviam sido condenados, pelo Tribunal Supremo da Espanha, ao cumprimento de penas de prisão de 7 anos e ao pagamento de multa individual, por violação ao artigo 174, artigo 1º. e 2º. do Código Penal de 1973 que preceituava sobre a “colaboración con banda armada”, uma vez que, o partido recebeu fitas de vídeo confeccionadas pelo ETA, nas quais eram apresentadas pessoas encapuzadas e em um ambiente de ameaça, propunham o reconhecimento do País Vasco, eram condenados ainda por assunção do conteúdo da fita pelo órgão colegiado e também pela deliberação tomada conjuntamente de envio das fitas para serem reproduzidas no horário gratuito de propaganda eleitoral.

As fitas não chegaram a ser reproduzidas, pois foram apreendidas, portanto, apesar do delito não ter sido consumado, o Tribunal Supremo da Espanha entendeu que o delito se consumou pela simples prática de condutas tendentes a colaborar com o terrorismo, sem a necessidade de que tal colaboração se efetivasse.

Cabia apenas ao Tribunal Constitucional espanhol o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 174 da lei, já que a imposição da sanção penal no caso, em que se manifestava o exercício das liberdades de expressão, de informação e de livre participação nas atividades políticas, liberdades estas amparadas pela Constituição espanhola, reclamava o exame

⁴⁹ ALONSO GARCIA, Enrique apud LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2000, p. 425.

⁵⁰ Recurso de Amparo n º 5.459/97.

dos fatos segundo um prisma constitucional de proporcionalidade entre os meios e os fins buscados pelo Direito Penal em um Estado Democrático de Direito⁵¹.

Segundo o Tribunal Constitucional espanhol, o exercício das liberdades supramencionadas encontra limite na necessidade de preservação de outras liberdades garantidas pela Constituição, dessa forma, não poderia ser considerado como legal, ou seja como exercício lícito da liberdade de expressão a divulgação de mensagem política com fundo ameaçador, mesmo porque, logicamente, não contribui para a formação de uma opinião pública livre, o exercício da livre expressão, no caso concreto, pretendia ser utilizado como forma de coação na formação da opinião pública, deixando assim de ser amparada pela Constituição.

Contudo, o Tribunal Constitucional espanhol, acatando a doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, decidiu que “a liberdade de expressão, preciosa para todos, é particularmente preciosa para os partidos políticos e seus membros ativos”, assim, “uma sanção desproporcionada pode produzir efeitos de desalento com respeito ao exercício lícito desses direitos”, pois, “uma sanção desproporcionada contra umas declarações, ainda que não sejam lícitas e mereçam uma sanção, vulnera o direito à liberdade de expressão por não resultar necessária em uma sociedade democrática”, sendo que, “a desproporção é maior quando se trata de declarações emanadas de um partido político, dado o seu papel essencial para assegurar o pluralismo e adequado funcionamento da democracia”, razão pela qual, “as ingerências na liberdade de expressão dos membros e dirigentes dos partidos de oposição exige do Tribunal um controle especialmente estrito”⁵².

Portanto, o Tribunal Constitucional entendeu a necessidade da existência de uma norma de combate ao terrorismo, e compreendeu também perfeitamente o enquadramento feito pelo

⁵¹ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. O princípio da Proporcionalidade como Instrumento de Controle das Normas Penais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.º 772, p. 465, 2000.

⁵² Ibid., p. 465.

Tribunal Supremo da Espanha do caso concreto à norma, em contrapartida, questionou a falta de algum mecanismo legal de flexibilidade na adequação da pena correspondente, em concreto, ou seja, não havia nenhum mecanismo legal que o juiz pudesse se utilizar para impor penas proporcionadas conforme cada caso.

Quanto aos outros países, apesar do princípio da proporcionalidade não integrar o texto de muitas Constituições democráticas, já se fazia referência a ele na Carta Magna de 1215, pois previa em seus artigos 20 e 21 a necessidade de haver a proporção entre pena e transgressão. E, como já se havia mencionado, Beccaria também era a favor da exigência da proporcionalidade na aplicação das medidas legais, em sua obra: “Dos Delitos e das Penas”, dedicou um capítulo inteiro defendendo a necessidade de haver uma proporção entre os crimes e as penas⁵³.

Para Montesquieu⁵⁴, é essencial que as penas estejam proporcionadas entre si, porque é mais essencial que se evitem os grandes crimes que os pequenos, o que ataca mais a sociedade que o que a ofende menos.

A emenda 8^o à Constituição norte-americana, em vigor desde 1971⁵⁵, que consagrava o princípio da proporcionalidade apenas implicitamente, foi aclarada em 1892, tendo a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso O’Neil v. Vermont e no caso v. Helm, afirmado que a cláusula contida na emenda implicava também na proibição de todas as punições que por sua duração ou severidade são extremamente desproporcionais em relação à ofensa imputada. Aliás, desde o caso “Helm”, a Suprema Corte vem entendendo que o exame da proporcionalidade deve ser dar em três prismas: 1) a relação entre a gravidade da ofensa e a severidade da pena imposta; 2) a eventual desconformidade apurada na comparação de casos

⁵³ Na obra de Beccaria, “Dos Delitos e das Penas”, o capítulo XXIII trata da “Proporção entre os Crimes e as Penas”

⁵⁴ MONTESQUIEU, **O Espírito da Leis**, Livro VI, Capítulo 16.

⁵⁵ Segundo esta emenda: “não serão exigidas fianças excessivas, nem serão impostas multas excessivas ou se infligirão multas cruéis ou excepcionais”. A aprovação ocorreu em 17.09.1787, entretanto apenas foram ratificadas em 15.12.1791, constituindo o *Bill of Rights*, que contém o rol principal das garantias penais e processuais do sistema constitucional norte-americano.

semelhantes da mesma jurisdição; e 3) a eventual desconformidade com as penas atribuídas para casos semelhantes em jurisdições diversas⁵⁶.

Neste diapasão, percebemos que todos os estados que elegeram o Estado Democrático de Direito como modelo, que buscam pela preservação da dignidade da pessoa humana e pela concretização dos direitos e das garantias fundamentais tem se auxiliado do princípio da proporcionalidade para a perfeita efetivação dos valores e direitos ora amparados explicitamente ou implicitamente em suas Constituições.

⁵⁶ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. op. cit., p. 467-473.

Capítulo II

AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Sumário: 1. Preâmbulo. 2. Culpabilidade. 2.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade. 2.2. Teoria Normativa da Culpabilidade. 2.3. Teoria Finalista da Culpabilidade. 2.4. Concepção Moderna da Culpabilidade. 2.5 Aplicação da Pena e o Princípio da Culpabilidade. 3. Antecedentes. 4. Conduta Social. 5. Personalidade do Agente. 6. Motivos do Crime. 7. Circunstâncias do Crime. 8. Conseqüências do Crime. 9. Comportamento da Vítima.

1- PREÂMBULO

Circunstância é todo fato ou dado que se encontra ao redor do crime. É um dado eventual, que poderá existir ou não, sua ausência não exclui o tipo penal, portanto, não são fundamentais ao crime, embora interfiram na pena.

As circunstâncias são determinados dados acessórios que, agregados à figura típica fundamental aumentam ou diminuem a pena.

As circunstâncias exercerão importância no momento da fixação da pena e de sua graduação.

Juntamente com os elementos que compõem o crime, podem concorrer dados ou fatos, de natureza subjetiva ou objetiva, que refletirão no aumento ou na diminuição da pena.

As circunstâncias judiciais são as indicadas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, segundo tal artigo, na fixação da pena compete ao juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecer uma pena entre as cominadas, que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Portanto, as circunstâncias judiciais auxiliam o juiz na verificação da culpabilidade do

sujeito, denominam-se tais circunstâncias como judiciais, porque a sua verificação é atribuída ao poder discricionário do juiz. Sobre esta discricionariedade cedida ao juiz, trataremos mais adiante.

Segundo Delmanto:

Tais circunstâncias formam um verdadeiro conjunto, devendo-se apreciar todas elas, em relação a cada acusado. São muito importantes as circunstâncias judiciais, pois é por meio delas que o juiz encontrará a pena-base, bem como se norteará nas demais fases da fixação da pena. Por isso mesmo, a decisão do juiz deve ser fundamentada, sendo-lhe defeso aplicar pena-base arbitrariamente (ou com remissões genéricas e abstratas). Também não pode sem o devido esclarecimento de suas razões de decidir, optar por pena alternativa mais severa, fixá-la acima do limite mínimo, optar por regime inicial pior do que o permitido, ou negar a substituição da pena, quando cabível⁵⁷.

Finalmente, se observa que o artigo 59 do Código Penal, possui duas finalidades, quais sejam: a eficácia da pena e a sua individualização. Estando dessa forma vinculada ao princípio da proporcionalidade. Pois, conforme a esteira jurisprudencial:

A eficácia da pena aplicada está diretamente ligada ao princípio da proporcionalidade, a fim de assegurar a individualização, pois quanto mais o juiz se aproximar das condições que envolvem o fato, da pessoa do acusado, possibilitando aplicação da sanção mais adequada, tanto mais terá contribuído para a eficácia da punição⁵⁸.

⁵⁷ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 109-110.

⁵⁸ RJDTACRIM 29/152 Apud MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 386.

2 - CULPABILIDADE

A culpabilidade é um tema bastante complexo e apesar de ter sido estudado amplamente, não é pacífico o seu entendimento, como também não há consenso com relação ao seu conceito.

Abordaremos três concepções mais conhecidas da culpabilidade, quais sejam, psicológica, normativa e finalista.

Não há também acordo em questões relacionadas à posição ou às funções da culpabilidade na teoria do injusto penal.

Segundo Zaffaroni:

[...] em tanto que unos ven en la culpabilidad el fundamento de la pena la mayoría, otros prefieren ver en ella sólo un límite y otros consideran que no sirve como límite ni como fundamento, por lo cual postulan su reemplazo. Como puede observarse, un acuerdo mínimo acerca de qué es y para qué sirve, pese a la disposición legal.⁵⁹

A teoria tridimensional do delito defende que a culpabilidade é um dos elementos estruturais do delito, sendo este caracterizado como fato típico, antijurídico e culpável. Portanto, *nullum crimen sine culpa*.

No entanto, tem se caminhado para a idéia de que a culpabilidade não é requisito do injusto penal, e sim pressuposto da pena. Dessa forma, o crime seria fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade o pressuposto para a imposição da pena, assim *nulla pena sine culpa*.

Há dois tipos de culpabilidade: a do autor, que está no âmbito da personalidade do agente; e a culpabilidade pelo fato, que exclui a personalidade do autor, limitando-se apenas ao evento danoso.

Quanto à culpabilidade do autor, a censurabilidade funda-se na pessoa do agente.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. La culpabilidad em el siglo XXI. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 28, p. 56-72, out./dez. 1999, p. 60.

Desdobrando-se na “teoria da culpabilidade pela conduta de vida”, segundo tal teoria, explica Mezger, o agente forma seu caráter pelos maus hábitos e falsas noções adquiridas, não lhe permitindo distinguir o lícito do ilícito⁶⁰; ou ainda na “teoria da culpabilidade pela decisão de vida”, em que o sujeito toma uma decisão vital na opção pelo seu “eu” mau (Bockelman)⁶¹, entre outras.

Este tipo de culpabilidade é característica do direito penal autoritário, confrontando com o nosso modelo Estado Democrático de Direito, não sendo assim portanto amparado pelo nosso sistema jurídico.

A culpabilidade pelo fato, parte de outra análise, que a censura deve tanger o fato praticado pelo agente, e não a sua personalidade. A idéia é de que o sujeito deve ser punido pelo que fez e não por aquilo que é, a preocupação é com a liberdade da vontade.

Embora a lei penal brasileira seja fundamentalmente regida pela culpabilidade pelo fato, há dispositivos que adotam a culpabilidade do autor, verificado por exemplo no artigo 59 do Código Penal, que trata da aplicação da pena, no que se refere aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente.

Percebe-se na verdade, uma ligação íntima da evolução do Direito Penal com a evolução da idéia de culpabilidade, isto porque quanto esta mais se aperfeiçoa e se enriquece, mais concentra e reduz a área de utilização da pena criminal.

2.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade

O “sistema causal-naturalista da ação”, de Liszt-Beling, foi o responsável pelo surgimento

⁶⁰ Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da pessoa Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 76.

⁶¹ Ibid., p. 76.

desta teoria, este sistema divide a análise do delito em dois estágios legais. O primeiro, a causalidade, se encontra caracterizado na tipicidade e na antijuridicidade e, o último, o vínculo psicológico, que constitui a base da culpabilidade.

Percebeu-se na ação humana a presença de um elemento de caráter psicológico, o da previsão e da voluntariedade do evento danoso, ou seja, percebeu-se que o homem tem a faculdade de prever ou desejar ou ainda provocar, enfim, o homem tem autonomia sobre os fatos. Com base nesses elementos foram construídos os conceitos de dolo e culpa em sentido estrito.

Defende esta teoria que a culpabilidade é o nexó psicológico que liga o agente, ou pelo dolo ou pela culpa, ao seu fato típico e antijurídico. A culpabilidade se consiste na relação entre autor e resultado, é o momento subjetivo do delito. Portanto, a culpabilidade fica reduzida à mera relação subjetiva do autor com o resultado contrário ao direito produzido, ao qual está ligada a responsabilidade jurídica.

Parte “da distinção entre a parte exterior do fato punível e seus componentes psíquicos, e se contentava por caracterizar a culpabilidade com a totalidade das relações psíquicas do autor com o resultado, dispensando-se o conteúdo material da culpabilidade”⁶².

Lançou-se dois importantes elementos anímicos o dolo e a culpa. Para o dolo pressupõe-se vontade e previsão do resultado; para a culpa exige-se a voluntariedade, sem que o resultado seja desejado pelo agente. Dessa forma, o dolo e a culpa, além de elementos da culpabilidade, eram a própria culpabilidade, pois esta se esgotava nestes dois elementos.

No entanto, esta teoria não consegue explicar a isenção de pena em algumas condutas penalmente relevantes, como na coação moral irresistível e na obediência hierárquica, de ordem manifestadamente ilegal, previsto no artigo 22 do Código Penal vigente, em que há o vínculo

⁶² AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 177.

psicológico entre o agente e o seu fato, mas só é punível o autor da coação ou da ordem⁶³.

Chaves Camargo⁶⁴ demonstra ainda que esta teoria não conseguiu explicar a culpa inconsciente e o estado de necessidade exculpante. Não conseguiu porque a culpa (negligência) não é de natureza psicológica, mas sim normativa, isto é, um comportamento humano é culposo quando inobserva o cuidado objetivo necessário. E quem examina se o agente foi ou não diligente, e se era objetivamente previsível o resultado é o magistrado.

Damásio Evangelista de Jesus⁶⁵ aclara ainda mais o assunto: “a culpa é exclusivamente normativa, estando na cabeça do juiz e não na cabeça do agente, de modo que se torna impossível um conceito psíquico (dolo) e um conceito normativo (culpa), ser espécies de um mesmo gênero”.

Portanto, essa teoria não consegue respostas quando presentes causas que excluem a culpabilidade, embora presente o dolo.

Conforme Miguel Reale Jr., a vivência do direito acabou por demonstrar a fragilidade do conceito psicológico de culpabilidade e impôs a necessidade de sua reformulação, inserindo-lhe um conteúdo valorativo que fez da responsabilidade penal uma espécie de responsabilidade ética.⁶⁶

Assim, a teoria psicológica terminou por ser substituída pela teoria normativa, que tratava a culpabilidade como uma reprovação sobre o autor, por haver escolhido atuar de forma distinta.

No entanto, esta teoria serviu como divisor de águas, questionou a responsabilidade penal puramente objetiva, onde para a configuração da culpabilidade, bastava a comprovação do nexo causal entre o autor e o evento danoso. Representou um “coroamento histórico, que faz da

⁶³ GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 30.

⁶⁴ CAMARGO, Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 11.

⁶⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 458.

⁶⁶ REALE JR., Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: RT, 1998, p. 129-130.

conduta algo pessoal, coligado ao seu autor”⁶⁷.

2.2 Teoria Normativa da Culpabilidade

O principal responsável pelas inovações na teoria da culpabilidade foi Reinhard Frank, em 1907, na obra *Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade (Über den Aufbau des Schuldbegriffs)* introduziu no elemento normativo, um juízo de valor, a reprovabilidade do ato praticado, o fato somente é censurável se, nas mesmas circunstâncias, se pudesse exigir um comportamento conforme o direito.

Passou-se entender que o dolo e a culpa não eram a culpabilidade propriamente, estes apenas eram elementos desta, percebeu-se a necessidade de se fazer um juízo de censura sobre a conduta. Assim, no caso de ser inexigível outra conduta, embora o agente tenha agido com dolo ou culpa, o fato não é reprovável, e, portanto, não é culpável.

É a concepção da inexigibilidade de conduta diversa que impede a reprovabilidade da conduta quando as condições do fato tornam impossível o atuar ou muito difícil a formação e um querer⁶⁸.

Ao introduzir o elemento normativo reprovabilidade do ato praticado ao conceito de culpabilidade, passa a valora-se o comportamento individualizado e, com base nesse parâmetro, gradua-se a pena de acordo com a censurabilidade e exigibilidade do ato, compreendido no contexto em que foi realizado.

Para Frank, a culpabilidade é um juízo de valor, e não uma relação psíquica, apoiado no mandado da norma, sobre uma situação psíquica. Culpabilidade é reprovabilidade⁶⁹.

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 29.

⁶⁸ NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de Conduta Diversa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.

⁶⁹ Apud GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.55.

Frank observou que o estado de necessidade exculpante, não era explicável mediante o conceito psicológico da culpabilidade, uma vez que se o conceito da culpabilidade não abarca mais que a soma do dolo e imprudência e estes consistem na produção consciente ou descuidada do resultado, segue sendo de todo incompreensível, a exclusão da culpabilidade por estado de necessidade. Porque o sujeito que age em estado de necessidade sabe o que faz. Negar-lhe ter agido com dolo significa simplesmente carecer de lógica⁷⁰.

A culpabilidade passa a ser um juízo de reprovação ao agente por sua formação de vontade contrária ao direito, é admitida como um juízo de valor que recai sobre uma situação psíquica; não é portanto, só psicológica ou só normativa; é um composto de ambos. Portanto, o maior mérito da concepção normativa da culpabilidade foi trazer para este conceito, além do dolo e da culpa o juízo de reprovabilidade.

Claus Roxin⁷¹ critica este elemento, pois para este, uma liberdade de vontade deste tipo não existe ou pelo menos não pode ser provada cientificamente, e ainda, “mesmo se ela existisse em abstrato, de qualquer forma não seria possível determinar-se com segurança se um agente em concreto, no momento do cometimento do delito, poderia ter agido de outra maneira”.

Segundo Mezger, a partir da concepção normativa, passam a ser elementos da culpabilidade: a) imputabilidade; b) elemento psicológico-normativo – dolo ou culpa; e c) ausência de causas especiais de exclusão da culpabilidade e reprovabilidade⁷².

A concepção normativa não abandonou os elementos psicológicos e diante de novos conceitos, em especial a ação, surgiu a necessidade de reformula-la. Constatou-se que a vontade humana é orientada para uma finalidade que pertence à ação e não à culpabilidade.

⁷⁰ Apud AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 179-180.

⁷¹ ROXIN, Claus. **A culpabilidade como critério limitativo da pena**. Revista de Direito penal. V 11/12, jul./dez., 1974, p. 7-20.

⁷² GOMES, op. cit., p. 47.

Conforme esta teoria o dolo continua fazendo parte da culpabilidade, mas o dolo é um fator psicológico, não podendo ser elemento da culpabilidade, que é um conceito normativo.

Assim, bem observa Damásio Evangelista de Jesus⁷³:

Ora, se a culpabilidade é um fenômeno normativo, seus elementos devem ser normativos. O dolo, porém, apresentado por essa teoria como elemento da culpabilidade, não é normativo, mas psicológico. Segundo um provérbio alemão, a culpabilidade não está na cabeça do réu, mas na do juiz. Assim, o dolo não pode manifestar um juízo de valoração; ele é objeto desse juízo.

2.3 Teoria Finalista da Culpabilidade

Essa concepção nasceu com a teoria finalista de Welzel, que não aceitava o dolo inserido na culpabilidade, pois a ação humana ficava carecida do seu elemento característico: a intencionalidade, defendia que a ação não pode desligar-se da finalidade do agente. O fim da conduta, elemento intencional da ação, é inseparável da própria ação.

Toda la vida comunitaria del hombre se estructura, para bien o para mal, sobre la actividad final del hombre. Esto presupone que los miembros de la sociedad pueden actuar conscientes del fin, es decir, proponerse fines, elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con consciencia del fin.

[...]

La acción humana es ejercicio de la actividad final. La acción es, por eso, acontecer ‘final’, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de sua actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de fines... Por eso esa finalidad es – dicho en forma gráfica – ‘vidente’, la causalidad ‘ciega’⁷⁴.

O dolo e a culpa se tornam assim, elementos intencionais inseparáveis de toda ação. O dolo seria a consciência do que se quer e a vontade de realizar o tipo; se ele não existe, isto é, se a ação não for dolosa, não há fato típico doloso. No caso da culpa, esta tem o sentido de não agir

⁷³ JESUS, op. cit., p.459.

⁷⁴ Apud AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 183-184.

com uma direção final para evitar o resultado culposo. Dessa forma, o finalismo desloca o dolo e a culpa para o tipo do injusto.

Vejamos o exemplo citado por Cláudio do Amaral Prado, para melhor esclarecimento: “Vamos considerar o aspecto puramente objetivo da ação de efetuar um disparo de arma de fogo que produz um ferimento não letal na vítima: tanto pode representar uma tentativa de homicídio como um crime por lesões corporais. Se não voltarmos os olhos para a intenção, isto é, o *animus* do agente, as ações são objetivamente iguais, embora praticada com intencionalidade distinta. Na medida em que considerarmos a intenção do agente que está presente na ação de dar o tiro, encontraremos a resposta justa e necessária diferenciação.”⁷⁵

A partir de então tem se a distinção entre tipos dolosos e culposos, o dolo e a culpa não são mais considerados formas de culpabilidade ou elemento desta. A culpabilidade representaria apenas a reprovação pessoal que se faz em desfavor da conduta do agente, por ter agido e praticado um fato antijurídico, pois tinha a opção de agir diferente.

A culpabilidade passa a ser composta pelos seguintes elementos: a) imputabilidade (capacidade de culpabilidade); b) potencial consciência da ilicitude e c) exigibilidade de conduta diversa. Estes pressupostos como bem observa Chaves Camargo⁷⁶, exigem o livre arbítrio e pressupõem a ausência de causa de exculpação (estado de necessidade por exemplo).

Portanto, a culpabilidade é composta apenas por elementos normativos, juízos de valor, excluídos de qualquer fator psicológico.

René Dotti⁷⁷ afirma que o crime é um fato típico e ilícito, a culpabilidade não é requisito do crime mas sim pressuposto da pena: “a culpabilidade deve ser tratada como um pressuposto da pena, merecendo, por isso, ser analisada dentro deste quadro e não mais em um setor da teoria

⁷⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. op. cit., p. 184.

⁷⁶ CAMARGO, Chaves. op. cit., p. 123.

⁷⁷ DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 133.

geral do delito”.

2.4 Concepção Moderna da Culpabilidade

São vários os autores que contribuíram para a concepção moderna da culpabilidade, dentre os autores que contribuíram podemos citar: Gallas, Wessels, Jescheck, Maurach, Schidhauser, Bettiol entre outros⁷⁸.

A idéia hoje é de que o dolo não pode ser definitivamente excluído da culpabilidade, sob o risco de gerar uma aplicação muito austera da reprovabilidade.

Atualmente, o dolo ocupa dupla função ou posição: em primeiro lugar, como realização consciente e volitiva das circunstâncias objetivas (no fato típico), e em segundo lugar, como portador do desvalor da atitude interna que o fato expressa⁷⁹. Assim, é elemento constitutivo do fato típico, mas também têm a função de mostrar a forma mais grave de culpabilidade.

Na verdade, não é de menor importância à análise do ânimo do agente na conduta efetiva após, estabelecido esta conduta. É imprescindível averiguar a intensidade da sua incompatibilidade ou indiferença diante o ordenamento jurídico. Por ânimo não se pode entender, conforme Gallas⁸⁰, uma qualidade permanente do autor, muito menos, pois, sua individual periculosidade no sentido de prevenção geral.

Segundo Roxin:

Sobre se o dolo ‘pertence’ ao tipo ou à culpabilidade, é, portanto, um problema aparente. O dolo é essencial para o tipo, porque sem ele não se pode precisar na forma que exige o Estado de Direito a descrição legal do delito; porém é igualmente relevante para culpabilidade, porque deve delimitar a forma mais grave da culpabilidade da mais leve (a imprudência e por isso deve configurar-se

⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p.110.

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p.157-158.

⁸⁰ Apud GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.124.

seu conteúdo de acordo com os princípios valorativos destas categorias)⁸¹.

A culpabilidade tem como fundamento a liberdade de vontade e o vínculo psicológico entre o fato e o seu autor, estabelecendo um liame que não é fundamental para a imputação subjetiva, mas é um recurso ao elemento valorativo que é o objeto sobre o qual se recai este juízo de valor e irá refletir na fixação da pena.

Na verdade, é um juízo de reprovação que recai sobre a defeituosa posição do autor manifestado no fato antijurídico. Assim, este juízo de reprovação não deve recair sobre o caráter, sobre a personalidade do agente ou sobre a sua conduta de vida. Para Bettiol⁸²: “O agente só pode ser considerado culpado por aquilo que ele fez, não pelo que ele é, é a culpabilidade do fato”.

Vejamos ainda os dizeres de Chavez Camargo⁸³: “A consciência da ilicitude, examinada apenas como reflexo da personalidade, é totalmente contrária aos ditames do Estado Democrático de Direito, diante da liberdade que possui o homem com sua dignidade humana, de agir no seio de seu grupo social”.

Quanto à imputação subjetiva, ou seja a culpa individual, só poderá haver no caso da prática de um ato antecipadamente descrito no tipo penal, sendo que este tipo penal necessariamente descreve fatos delituosos e não perfis psicológicos dos autores.

Assim, apesar de não desconsiderar as circunstâncias pessoais do agente (culpabilidade pelo agente), a culpabilidade pelo fato, onde a censurabilidade recai sobre o fato do agente, isto é sobre o comportamento humano que produz o fato, deverá ser a predominante na teoria da culpabilidade.

Outra questão polêmica envolve o livre arbítrio humano, a exigibilidade de conduta diversa (um dos elementos da culpabilidade). A crítica se deve à impossibilidade, ou à

⁸¹ Ibid., p.160.

⁸² BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 3, p. 123.

⁸³ AMARAL, Cláudio do Prado. op. cit., p. 197-198.

dificuldade de comprovação empírica da possibilidade do agente, em determinada situação agir ou não de outra forma, segundo a doutrina dominante não é comprovável, nem de modo geral, nem de modo individual .

Para José Cerezo Mir, essa possibilidade de agir de maneira diversa somente poderia ser demonstrada caso pudesse colocar o mesmo agente, na mesma situação e nas mesmas condições em que o fato ocorreu, naturalmente impossível⁸⁴.

Não há como solucionar este problema recorrendo-se ao parâmetro “homem médio”, pois é uma figura também impossível de ser demonstrado. Além do que, não há como querer tornar padrão a conduta humana , pois somos figuras únicas com fatores condicionantes individuais e exteriores. Ademais, a culpabilidade pretende ser um juízo individualizador, assim não poderíamos padronizar o conceito de culpa.

“No campo penal, pela indemonstrabilidade empírica da exigibilidade de conduta diversa, deve a mesma ser rechaçada como argumento de qualquer fundamentação, ainda mais se se referir à culpabilidade”⁸⁵.

Com relação à função da culpabilidade, esta também inovou, pois passou a ser considerada além de fundamento da pena, limite e fator de graduação⁸⁶.

2.5 Aplicação da Pena e o Princípio da Culpabilidade

O nosso Estado brasileiro adotou o modelo Estado Democrático de Direito, dessa forma, antes de considerar-se alguém como culpável, deve haver respeito há uma série de garantias do

⁸⁴ Apud ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 35, p. 37-54, jul./ set. 2001, p. 42.

⁸⁵ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Em Defesa da Culpabilidade. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 97, p. 14-15, dez. 2000, p. 14.

⁸⁶ SCHECAIRA, S. S. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 80.

indivíduo.

O maior valor protegido por este modelo de Estado é a dignidade da pessoa humana – fundamento da República consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal- que se encontra vinculado ao princípio da legalidade. Assim, a primeira observação a ser feita é que somente haverá incumbência de pena ao indivíduo que praticou a conduta delituosa, se o mesmo tiver capacidade de livre arbítrio, enquanto ser racional.

O princípio da culpabilidade, como culpabilidade pelo fato realizado, deriva do próprio princípio da legalidade, que culmina na necessidade de prévia e determinada descrição do fato punível para possibilitar o conhecimento da proibição de uma conduta, de forma a autorizar a exigibilidade de sua não realização.

A culpabilidade serve à proteção do delinqüente diante a toda extralimitação do Estado que exerça uma ação repressiva.

Para considerar-se o indivíduo como culpável, deve-se ainda observar: a) o princípio da personalidade da pena, que impede que a pena ultrapasse da pessoa do agente, evitando castigar-se alguém por fato que não cometeu ou não participou; b) o princípio da responsabilidade pelo fato, ou seja a culpabilidade pelo agente não pode ser determinante ou predominante na análise da culpabilidade, ou seja, não pode castigar-se o agente pelo modo de ser ou pelo seu caráter, e, sim pela conduta contrária ao direito, portanto, conforme foi mencionado, este princípio mantém um liame com o princípio da legalidade e a exigência de tipicidade dos delitos; c) deve haver o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado; d) é exigido a imputação subjetiva, isto é, a presença de dolo ou culpa; e) é necessário ainda a presença de elementos que caracterizam a culpabilidade, quais sejam, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Deve-se ter o devido cuidado no momento de se avaliar a culpabilidade para não

confundi-la com periculosidade, a imposição da pena depende da culpabilidade, sendo que, periculosidade é pressuposto de medida de segurança. A pena ainda, quanto à retribuição penal deve ser proporcional (adequada, necessária e razoável) à violação do bem tutelado.

Zaffaroni⁸⁷ esclarece que o conceito de culpabilidade – como qualquer outro – pode adulterar-se e até converter-se em um mecanismo perigosíssimo para as garantias individuais. Uma das alterações mais comuns consiste em olvidar que a culpabilidade é uma reprovação do ato e não da personalidade do sujeito, reprovação do que o homem fez e não do que o homem é, tentação na qual com freqüência se cai.

Contudo, infelizmente, segundo Enrique Bacigalupo, embora no plano legislativo o direito afirme um compromisso garantista, de modo geral, pode-se dizer que a idéia de culpabilidade pelo fato como fundamento e limite da pena foi até agora estranha aos direitos penais hispano-americanos⁸⁸.

Mister ressaltar com Ferrajoli⁸⁹ que a culpabilidade, tal como ocorre, de modo diverso, com ação e com resultado lesivo, é um elemento normativo não do autor, mas do delito, do que designa, mais uma modalidade deôntica e, mais ainda, alética: o dever de abster-se de realizar a conduta com base na possibilidade material de sua omissão ou de sua comissão.

Delmanto⁹⁰ nos ensina ainda que, ao se aferir o menor ou o maior índice de reprovabilidade deve-se analisar as condições pessoais do agente, como seu grau de instrução, condição social, vida familiar e pregressa, sua cultura, o meio em que vive. Isto porque, o que se julga em um processo é, sobretudo, o homem e, não, um fato descrito isoladamente em uma denúncia ou queixa.

⁸⁷ Apud CARVALHO, Amilton Bueno de. e Carvalho, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001, p. 38 – 39.

⁸⁸ Apud CARVALHO, Amilton Bueno de. e Carvalho, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001, p. 39.

⁸⁹ Ibid., p. 39 - 40.

⁹⁰ DELMANTO, Celso. op. cit., p. 110.

Deve se analisar ainda, a situação em que ocorreu o ato delituoso, sendo relevante ainda, observar a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu.

Na verdade o juízo de reprovação deve realmente recair sobre a conduta do autor na produção do fato antijurídico, contudo, se o crime retrata um episódio único e infeliz em meio a toda uma vida pautada pelo respeito ao próximo⁹¹, certamente que tal fato não poderá ser reconsiderado.

Conforme Roxin⁹² o princípio da culpabilidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) exige determinação do tipo, proíbe a retroatividade das leis mais severas e proíbe, também, o emprego da analogia em prejuízo do agente. Dessa forma, o indivíduo que antes do fato não pudesse compreender numa lei posta que sua conduta lhe acarretaria uma pena, não podia ter conhecido a proibição e, por conseguinte, não podia fazer-se culpado.

Portanto, somente se pode castigar ao agente, se lhe são atribuídas às condições que permitem afirmar a sua culpabilidade.

A culpabilidade deve ter exclusivamente uma função de promoção da liberdade e de restrição do direito de punir do Estado, não devendo ser utilizado para fins repressivos como fundamento de uma retribuição da culpa, pois uma retribuição desvinculada de finalidades preventivas carece de sentido.

Dessa forma, a pena supõe culpabilidade, assim não pode ser castigado quem age sem culpabilidade, a pena ainda, não deve ultrapassar a medida de culpabilidade, o fim preventivo da pena não pode ultrapassar a pena justa.

Segundo Claus Roxin⁹³, é impossível determinar-se a culpabilidade, no sentido de querer quantificá-la, mas esta não impede uma limitação da pena. Na verdade, o “cálculo da

⁹¹ Ibid., p. 110.

⁹² ROXIN, Claus. op. cit., p. 7-20.

⁹³ ROXIN, Claus. op. cit., p. 7-20.

culpabilidade” não é necessário, pois a função político criminal da culpabilidade reside em impedir abusos de pena de caráter geral ou especial preventivos, e estes abusos podem ser reconhecidos perfeitamente.

Para Ana Cristina Bonchristiano⁹⁴, a função limitadora da culpabilidade proíbe que se possa impor por razões de prevenção especial uma pena superior àquela que permite o marco da culpabilidade.

O limite máximo da pena estabelecido pelo legislador no tipo penal, é incontestavelmente, uma medida necessária para a proteção ao indivíduo, no entanto, o mínimo estabelecido afronta o princípio da culpabilidade, isto porque a culpabilidade acolhe a graduação, não podendo assim sofrer limitações, no sentido de estabelecimento de um mínimo para ela, não há como conceber um “mínimo de culpabilidade”. A censura penal da culpabilidade importa o estabelecimento de uma graduação, e esta é a característica fundamental do princípio da proporcionalidade.

Conforme a Jurisprudência: “A valoração do grau da culpa é tarefa de arbítrio judicial, devendo a pena ser proporcional ao crime cometido e estar de conformidade com o desvalor do fato delituoso, a gravidade do mal”⁹⁵.

Ressalta Alberto Silva Franco⁹⁶, que a culpabilidade não é suficiente para embasar a pena, se nenhum efeito de prevenção geral ou especial for necessário. Entretanto, a prevenção geral e a especial devem ser analisadas sob o aspecto de proteção à sociedade e ao próprio condenado. Assim, nada impede que por motivos de prevenção especial (reinserção social do condenado e não ressocialização) uma pena atribuída seja inferior à merecida pela culpabilidade.

⁹⁴ BONCHRISTIANO, Ana Cristina Ribeiro. O princípio da culpabilidade como limite da pena. **Justitia**. São Paulo, V. 50, Nº 141, p. 73, jan./ mar., 1998.

⁹⁵ Apelação-crime nº. 444.153-9, 9ª. Câmara Criminal, TACRIM, Pres. Rel. Juiz Breno Marcondes, j. em 22/10/1986.

⁹⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 666.

Nilo Batista⁹⁷ ao tratar da co-culpabilidade, considera, no juízo de reprovabilidade, a efetiva experiência social do criminoso, a falta de oportunidades e a ausência também de assistência que deveria ser ministrada pelo Estado (garantias da Constituição Federal), correlacionando a responsabilidade do criminoso com a responsabilidade geral do Estado que lhe vai impor-lhe a pena.

Neste diapasão, o juízo de culpabilidade como medida da pena deve recair sobre a possibilidade fáticas do sujeito atuar de acordo com a norma, sendo assim, extraído se des(valor) e o grau de reprovabilidade.

É imprescindível ainda, analisar a efetiva experiência social do criminoso, isto porque, ao avaliar as possibilidades fáticas do indivíduo atuar conforme a norma, implica na consideração das oportunidades e do espaço social dados ao agente como medida de exigibilidade de não realização de conduta ilícita (o poder atuar de outro modo).

É necessário reconhecer, que é menos exigível daqueles que têm escassos o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, por suas condições de marginalização e exclusão, um comportamento efetivo conforme a norma, assim, menor deve ser a reprovabilidade pela realização de condutas socialmente negativas ou conflituosas com o direito.

Já dizia Aristóteles que a igualdade se traduz no tratamento igual dos iguais e no tratamento desigual dos desiguais na medida de sua desigualdade, tudo com a finalidade de se alcançar uma justiça efetiva.

Convém lembrar finalmente, a culpabilidade da sociedade ou do Estado frente à conduta do agente, estes sem dúvida alguma também participaram do resultado delituoso do agente, pois a falta de espaço social ou de oportunidades de viver dignamente, devido à omissão do Estado ou da própria sociedade, são os principais fatores que acabam ocasionando com que o indivíduo

⁹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 105.

prefira por uma vida criminosa a um comportamento conforme a norma.

3 – ANTECEDENTES

Antecedentes são todos os fatos anteriores da vida do agente, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime, podem ser bons ou maus. Os antecedentes servem para demonstrar se o crime foi ou não um episódio esporádico na vida do agente.

No entanto, na dogmática penal brasileira, existem inúmeras posições sobre quais fatos antepassados, devem ser analisados como antecedentes criminais.

Para as correntes extremadas, o inquérito instaurado e processos criminais em andamento, absolvição por insuficiência de provas, prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes, além de condenações criminais sem trânsito em julgado ou que constituem reincidência, devem ser valoradas como antecedentes negativos do imputado⁹⁸.

Outra parte da doutrina, primando pelo princípio da inocência, mesmo que de forma restrita, restringe a análise dos fatos antepassados, defendendo que os processos judiciais anteriores contra o acusado, que tenham conduzido à sua absolvição são irrelevantes⁹⁹.

A jurisprudência tem convergido no sentido de limitar os gravames dos antecedentes, pois, o entendimento é de que não há presunção de maus antecedentes, assim a instauração de processo criminal, ou o arquivamento de inquérito policial ou ainda a absolvição, não podem ser considerados maus antecedentes. Isto porque, além de ser insuficiente é impróprio para o recrudesimento da pena, ademais, afronta o princípio da presunção de inocência que preceitua: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LVII).

Portanto, nenhuma sanção penal poderá ser imposta ou extrair efeito jurídico próprio de condenação, pois isto constituiria sem dúvida, condenação hipotética e antecipada.

Conforme Delamanto¹⁰⁰, fatos posteriores ao crime, isto é, a conduta posterior ao crime, sem ligação com este, é estranha ao fato que está sendo julgado e não pode, por isso, ser nele considerada. A condenação transitada em julgado antes do fato novo, como gera reincidência (Código Penal, artigo 61, I e artigo 63), não deve ser considerada, ao mesmo tempo, maus

⁹⁸ BITENCURT, Cezar. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 5º ed. São Paulo: RT, 1999, p. 580.

⁹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial**. 4º ed., vol. II, Rio de Janeiro: Forense, p.322 .

¹⁰⁰ DELMANTO, Celso. op. cit., p. 110 – 111.

anteriores, para não constituir *bis in idem*. Caso o prazo depurador de cinco anos (Código Penal, artigo 64, I) já tenha passado, não deve igualmente ser considerada nos antecedentes, pois não seria coerente que a condenação anterior, não gerando mais reincidência, passasse a ser considerada mau antecedente.

Para Delmanto, a única situação em que se pode ser considerado como mau antecedente não ferindo o princípio constitucional da presunção de inocência, é a condenação por fato anterior transitada em julgado após o novo fato, uma vez que não gera reincidência, sendo o acusado “tecnicamente primário”. Deve-se ainda reputar inadmissível considerar contra o agente, fatos ocorridos antes da maioridade penal. A composição civil, uma vez homologada, importa renúncia ao direito de queixa ou de representação e, evidentemente, não tem o condão de gerar maus antecedentes. Na transação penal, aceita a proposta pelo acusado, a pena imposta não importará em reincidência, nem constará de certidão de antecedentes criminais (artigo 76, § 4º e 6º da Lei 9.099/95), não constituindo igualmente maus antecedentes. Na suspensão condicional do processo, o processo suspenso não deverá ser considerado como mau antecedente, ainda que não expirado o período de prova. Processos suspensos em face do artigo 366 do Código de Processo Penal, pelas mesmas razões não podem gerar maus antecedentes.

A antecedência criminal, na verdade, é um conceito amplo, pois qualquer fato pretérito envolvendo o acusado pode, em tese, ser avaliado pelo juiz para a majoração da pena; é um conceito negativo, porque revela a tendência do juiz em considerar apenas os maus antecedentes; é subjetivo, porque é o juiz que seleciona arbitrariamente, sendo, portanto, relativos, uma vez que são basicamente os registros policiais e civis a serem considerados.

Segundo Brum¹⁰¹, geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já

¹⁰¹ Apud CARVALHO, Amilton Bueno de. e Carvalho, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001, p. 43.

decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a esta decisão (ou tendência a decidir) com parcialidade, por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu...

Para a jurisprudência majoritária:

A rotina da atividade judiciária atribui relevância excepcional e demasia aos antecedentes, sem que essa circunstância seja pesquisada com alguma profundidade. Sua identificação está condicionada à existência de sentença penal condenatória transitada em julgado que não caracterize o agravante da reincidência para que não se ofenda o princípio constitucional da presunção de inocência inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da Magna Carta¹⁰².

Ensinam Zaffaroni e Pierangeli¹⁰³ que a norma constitucional do artigo 5º, XLVII, b, que veda a prisão perpétua, não pode ser lida de forma restrita. O dispositivo constitucional é indicador do princípio da humanidade e racionalidade das penas, conforme o qual as penas cruéis estão proscritas do direito penal brasileiro, entretanto há um sucedâneo que deve ser depreendido do princípio constitucional: a exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica conseqüência, não haja delitos que possam ter penas ou conseqüências penais perpétuas... Por mais grave que seja um delito, a sua conseqüência 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 um delito 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.

Observa-se assim, que os antecedentes, além de fornecer uma graduação à pena em função da vida passada do acusado, representam um gravame penalógico de caráter perpétuo,

¹⁰² Apelação-crime nº. 1.007.747/9, 10ª. Câmara Criminal, TJSP, Rel. Juiz Márcio Bártoli, j. em 10/04/1996.

¹⁰³ Apud CARVALHO, Amilton Bueno de. e Carvalho, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001, p. 43 - 44.

afrontando os princípios da racionalidade e da humanidade.

4 – CONDUTA SOCIAL

A análise da conduta social está relacionada ao papel do acusado em sua vida pregressa, à conduta social do agente no trabalho, na vida familiar, no ambiente de trabalho, de lazer e escolar. São as atitudes adotadas pelo agente no trabalho, na comunidade, mormente onde reside, como também seu relacionamento com a família.

Deve ser examinado, por exemplo, se era caridoso, se era homem trabalhador, voltado para a família e integrado à comunidade, se era probo, altruísta e cumpridor dos seus deveres.

De acordo com Miguel Reale¹⁰⁴, a referência à conduta social dá ênfase, dentre os antecedentes ao comportamento do réu no seu trabalho, no meio social, cidade, bairro, e associações a que pertence. Verificam-se, portanto, os costumes, sua vida familiar e profissional, seu grau de instrução e todas as suas outras relações sociais.

Entretanto, para compreender melhor todas estas relações, é fundamental considerar qual a relação existente entre a conduta social do indivíduo e o ambiente físico em que vive, não desmerecendo o indivíduo, porque vive num ambiente de agressividade e miserabilidade e mesmo assim consegue manter-se nele.

Fernando Galvão¹⁰⁵ ressalta que: “Sem dúvida, um indivíduo que, por exemplo more em uma favela e tenha um bom relacionamento com as pessoas que com ele interagem nesse ambiente social não pode receber uma valoração negativa, porque o juiz entende que existem ‘ambientes’ mais sadios para o desenvolvimento das relações sociais”.

Na verdade, devemos entender que o indivíduo que mora numa área menos favorecida, tem oportunidades mais escassas, normalmente por seu baixo grau de escolaridade, além do que enfrenta o preconceito por ser pobre e a desconfiança de ser marginal. Muitas vezes, estes fatores são decisivos para mantê-lo distante do mercado de trabalho e próximo da criminalidade, ao qual já está habituado, devido ao meio em que vive. Não nos olvidemos que todos os indivíduos necessitam sobreviver de alguma forma.

Reiterando o pensamento acima, Maria Lúcia Karam¹⁰⁶, nos recorda que “ao contrário do que costuma considerar, circunstâncias como a não integração ao mercado de trabalho, o baixo

¹⁰⁴ REALE, Miguel. **Penas e Medidas de Segurança no Novo Código**. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 161.

¹⁰⁵ ROCHA, Fernando A. N. Galvão. op. cit, p. 147.

¹⁰⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Aplicação da Pena: por uma Nova Atuação da Justiça Criminal**. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: n°. 6, p. 117.

nível de escolaridade, a deficiente socialização familiar, ou o anterior contato com o sistema penal, vistos como evidenciadores de má conduta social ou maus antecedentes, a exigir pena maior, constitui-se, na realidade, em circunstâncias que, tornando mais escasso o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, fazem menos exigível o comportamento conforme a norma, conseqüentemente impondo uma medida menor de pena”.

Caso não sejam considerados os fatores supramencionados, poderemos convergir para um Direito Penal de privilégios e de discriminação social. Isto porque, há um abismo muito grande na delinqüência do indivíduo que vive num meio organizado, oriundo de camadas mais privilegiadas, com oportunidades mais favoráveis, com bom grau de instrução, do indivíduo mencionado acima. Não se pode exigir da mesma forma desses dois indivíduos, porque os valores de pessoas de camadas sociais diferentes, são naturalmente díspares, devido à influência do meio. Como exemplo da diferença de valores, verificamos que os crimes mais comuns cometidos por indivíduos de camadas sociais mais abastadas, estão relacionados na maioria das vezes a erros profissionais, ao abuso do poder econômico, à fraude, à corrupção, ou à violentas emoções; sendo que os crimes cometidos pelos indivíduos de camadas menos favorecidas são: o furto, o roubo, o tráfico, etc...

Débora Pastana¹⁰⁷, observa que, em se tratando de criminosos oriundos de camadas mais privilegiadas a conduta social geralmente não interfere negativamente na aplicação da pena. Isto porque eles fazem parte de uma sociedade mais organizada, constituída basicamente por profissionais, comerciantes, financeiros, funcionários públicos ou políticos. Vivem certamente em ambientes mais sadios e com menos crises, portanto a probabilidade da conduta social dos indivíduos desta sociedade ser mais equilibrada e harmoniosa é muito maior. Conclui que se a

¹⁰⁷ PASTANA, Débora Regina. **O Princípio Constitucional da Individualização da Pena e sua Aplicação no Direito Penal Brasileiro**. Monografia de iniciação científica da Universidade Estadual Paulista. Franca, 1997, p. 57.

análise da conduta social, caso não seja direcionado a beneficiar o réu, pode acabar sendo um a forma viva de discriminação social.

Convém lembrar ainda que, segundo a decisão do Supremo Tribunal federal: “A conduta social do agente não autoriza seja agravada a pena. Reflete isto sim, na fixação desta última como pena-base, a teor disposto no art. 68 do CP”¹⁰⁸.

5 – PERSONALIDADE DO AGENTE

De acordo com Nelson Hungria¹⁰⁹, a personalidade do agente envolve o exame do homem total, corpo e alma, é antes de tudo referencial de caráter, síntese de qualidades morais do indivíduo. É a psique individual, no seu modo de ser permanente.

Diz respeito à índole do acusado, à sua maneira de agir e sentir. Refere-se aos seus

¹⁰⁸ *Habeas Corpus* nº. 68.285-5, DF, 2ª. Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, .j. em 23/11/1990.

¹⁰⁹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários do Código Penal**. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2, p. 95.

atributos pessoais. É o exame do caráter, cultura e estrutura psicológica, ou seja, avaliação psicológica do acusado.

Deverá o magistrado “ter em atenção a boa ou a má índole do delinqüente, seu modo ordinário de sentir, de reagir, sua maior ou menor irritabilidade e o seu maior ou menor grau de entendimento”¹¹⁰.

O inciso IX, do artigo 6º, do Código de Processo Penal, dispõe que a autoridade policial deverá averiguar a vida pregressa do réu, trazendo para os autos quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Da mesma maneira, o juiz, ao proceder ao interrogatório do réu, deverá procurar colher elementos relativos à sua personalidade.

Observa Paulo José da Costa¹¹¹ que: “A personalidade para ser valorada em seu aspecto dinâmico e global, considerando o agente em seu meio social circundante ocasional ou permanente, que pressiona e o faz reagir de forma passiva ou agressiva, não pode ser analisada isoladamente, destacada da conduta social”.

Sabe-se que é fundamental no sistema processual acusatório que todas as hipóteses levantadas em juízo pelas partes, bem como todos os argumentos que fundam a decisão do magistrado, devem ser explicitamente comprovadas fatidicamente, sob pena de inviabilizar a refutação do argüido pelas partes e de gerar nulidade por falta de fundamentação.

Contudo, o critério personalidade, verificado no artigo 59 do Código Penal, não obstante ser, dado a sua natureza, controverso, não apresenta desde o modelo acusatório, possibilidades de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes, isto porque, a personalidade é campo do saber da psicologia, psiquiatria e psicanálise, etc...

¹¹⁰ Apelação-crime nº. 99.697, 6ª. Câmara Criminal, TJSP, Rel. Cunha Camargo, j. em 17/12/1974.

¹¹¹ COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 165.

Segundo Paganella Boschi¹¹²:

[...] definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo especialmente ao juiz muito tormentosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos da psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de sua personalidade. Por isso, constata-se na experiência cotidiana, que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas do tipo personalidade ‘ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, que, do ponto de vista técnico, nada dizem.

Na verdade, conforme Hall, Lindzey & Campbell¹¹³, a personalidade é definida pelos conceitos empíricos específicos que fazem parte da teoria da personalidade empregada pelo observador.

Assim, para poder fundamentar a personalidade do réu, deveria o juiz indicar qual o conceito de personalidade que se baseou para o trabalho, qual foi a metodologia adotada, quais foram os critérios e as etapas seguidas e, em consequência, em qual momento processual lhe foi possibilitada a averiguação, pois somente assim, estará atendendo ao princípio jurisdicional da refutabilidade das hipóteses, essência de um modelo que garante a ampla defesa e o contraditório.

Dessa forma, não é suficiente que o juiz suscitar elemento categórico, fundamentando-o em termos vagos e imprecisos, isto porque na fundamentação das decisões são imprescindíveis a demonstração dos critérios, métodos e conceitos utilizados.

Entretanto, os termos empregados na psicologia para definir a personalidade são muito controvertidos, sustenta Eysenck¹¹⁴ que:

[...] quase todos os conceitos e termos empregados em psicologia são muito

¹¹² Apud CARVALHO, Amilton Bueno de. e Carvalho, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001, p. 46 - 47.

¹¹³ CARVALHO, Amilton Bueno de. e Carvalho, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001, p. 48.

¹¹⁴ Apud TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. ed. ,São Paulo: Saraiva, 1994, p. 253.

discutidos. Se tem escritos livros inteiros em torno da definição de termos como ‘instinto’, ‘inteligência’, ou ‘emoção’ e inclusive em nossos dias existem diferentes idéias, concepções e definições tão diferentes como o de personalidade. Seria insensato pretender dogmatizar em um campo no qual existem tantas discrepâncias.

Neste diapasão, não pode o magistrado auferir juízo negativo de personalidade sem demonstrar a fundamentação conceitual e metodológica que possibilitou a enunciação, na verdade, é impossível ao magistrado estabelecer este juízo, isto porque, é necessário, para a avaliação de personalidade, que o técnico realize vários teste (exames neurológicos, tomografia computadorizada, entrevistas diagnósticas psiquiátricas, entrevistas com familiares, etc...) a fim de se chegar a uma conclusão a respeito.

Observa-se dessa forma, que a noção de personalidade estabelecida pelo magistrado, é na verdade infundada, pois carece do mínimo de controle técnico, é uma noção que não foi comprovada e tão pouco verificada, não podendo assim ser considerada, ferindo o princípio da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade, devendo na verdade ser declarada a nulidade do ato por falta de fundamentação, pois “[...] a decisão tem que ser verificável, as partes devem poder apreender o processo de racionalização nela desenvolvido e de todos os elementos por meio dos quais o juiz formou o seu convencimento”¹¹⁵.

Para Ferrajoli¹¹⁶, decisões neste sentido, inspiram modelos penais de legalidade atenuada, isto é, caracterizados por figuras delitivas elásticas e indeterminadas, com espaços de fato, senão de direito, abertos à analogia *in mala partem...*, abrindo caminho nos piores casos – às mais nefastas doutrinas abertamente antiformalísticas que constituíram a base teórica dos ordenamentos penais totalitários.

Na verdade, a consideração da personalidade do agente atenta contra o princípio da

¹¹⁵ OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. apud CARVALHO, Amilton Bueno de. e Carvalho, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001, p. 50.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale**. 5ª. ed. Roma: Laterza, 1998, p. 372.

culpabilidade pelo fato, conduzindo a um direito penal do autor, nos moldes de um direito penal autoritário e arbitrário. A jurisprudência vem refutando, mesmo que de forma tímida a perpetuação deste tipo de direito penal, ou seja, a culpabilidade pelo autor, em detrimento da culpabilidade pelo fato.

Assim, vejamos:

PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO.

As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a em face da boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta (lato senso) for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o¹¹⁷.

No mesmo sentido, julgados nº. 70001004530 e nº. 70001014810, provenientes da mesma corte (Apelação Criminal, TJRS, 6º. Câmara Criminal, Rel. Sylvio Baptista).

¹¹⁷ Apelação-crime nº. 70000907659, 6ª. Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Sylvio Baptista, j. em 15/06/2000.

6 – MOTIVOS DO CRIME

Segundo Paulo José da Costa Jr.¹¹⁸, O motivo do crime seria a força psicológica que desencadeia a vontade, acionando a conduta humana, ou seja, as razões que moveram o agente a cometer o crime. O motivo é essencialmente psicológico, é o antecedente psicológico do ato volitivo, não devendo ser confundido com a intenção. A intenção dispõe de natureza predominantemente cognoscitiva. Por exemplo, num homicídio por relevante valor moral, temos que o agente foi impelido ao crime por motivo de relevante valor moral, já a intenção, ou ainda a

¹¹⁸ COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 165.

finalidade, era a morte da vítima.

Portanto, motivos referem-se a todos os fatos que moveram o réu a cometer o delito, conforme Mirabete¹¹⁹, poderão derivar de sentimentos de nobreza moral ou, ao contrário, de paixões anti-sociais.

Num primeiro momento, poderíamos acreditar que, diante das novas concepções adotadas pelo Direito Penal, as considerações sobre os motivos do crime já estariam enquadradas no exame da culpabilidade. Entretanto, a jurisprudência é clara ao afirmar que:

Quer no Direito atual, influenciado pela teoria finalista da ação, quer na teoria tridimensional clássica do delito, o motivo não exclui a culpabilidade. Influi, é certo, no seu grau, ensejando a atenuação (ou agravação) do castigo, consoante o prudente arbítrio do juiz (artigo 59 do Código Penal), mas não leva à impunidade, como erro de proibição inevitável, nem funciona como causa especial de diminuição da pena, como permitido pelo erro de proibição evitável¹²⁰.

É necessário observar, que a valoração dos motivos não pode ser feita segundo as idéias morais do juiz, mas de acordo com as normas ético-sociais.

Alguns motivos estão previstos, também, como circunstâncias legais genéricas (artigos 61 a 65 do Código Penal). Por exemplo: motivo fútil, motivo torpe, motivo de relevante valor social e moral.

Nesses casos, só devem ser considerados para agravar ou diminuir a pena do réu, conforme o caso. A mesma atenuante (ou agravante) não deve ser considerada duas vezes, pois ocasionaria assim o *bis in idem*. A jurisprudência tem se manifestado no mesmo sentido que a doutrina, assim vejamos: “Não é currial que um mesmo motivo, tipificando a conduta delituosa em crime mais grave, venha de novo, a ser utilizado para aumento da reprimenda corporal, já

¹¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 399.

¹²⁰ Apelação-crime nº. 387.465-5, 3ª. Câmara Criminal, TJSP, Rel. Juiz Dante Busanda, j. em 05/11/1985.

determinada pela natureza do delito”¹²¹.

Na verdade, o motivo como circunstância judicial envolve uma análise extremamente subjetiva, pois classificações como torpe, fútil, relevante valor moral, depende praticamente da concepção individual. Por exemplo, o agente que mata impellido por ciúmes, por interesse político ou por honra pode ter matado por motivo fútil para uns, enquanto que para outros não.

O magistrado ao analisar o caso concreto partirá justamente das classificações supracitadas, entretanto, como havíamos afirmado, um motivo determinante da prática ilícita para dada pessoa pode não ser relevantes para outra que se ache interagindo no mesmo ambiente social. Para Reich¹²², “o comportamento humano relaciona-se, intimamente, com os *valores-actitudes* próprios a cada indivíduo e sua mudança pela coerção não se apresenta persistente, caso não responda a uma efetiva mudança na estrutura valorativa”.

Pedro Vergara¹²³ ao questionar-se sobre a possibilidade de classificar-se os motivos de forma geral e abstrato, conclui pela impossibilidade, explicando que os motivos são internos e externos ao mesmo tempo, ou seja, constituem um complexo de sensações que se originam do ambiente físico e social e de fatos psíquicos, de experiências afetivas, de estados de alma anteriores, de manifestações de toda a personalidade, de hábitos, de sentimentos, em suma.

Neste diapasão, é impossível querer padronizar-se o comportamento, além do que é muito difícil a mudança de concepção valorativa de cada indivíduo através da coerção.

De acordo com Patrícia Ziffer¹²⁴, o princípio da legalidade garante a previsibilidade da reação estatal, como também pressupõe que somente se considerem fatores que surjam de uma valoração coerente de normas jurídicas. Devendo-se abstrair as considerações com relação aos

¹²¹ Apelação-crime nº. 140.641, 2ª. Câmara Criminal, TJSP, Rel. Rezende Junqueira, j. em 17/12/1979.

¹²² ROCHA, Fernando A. N. Galvão. **Aplicação da Pena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 147.

¹²³ VERGARA, Pedro. **Dos motivos determinantes no direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 92-93.

¹²⁴ ZIFFER, Patrícia S. *Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena*. **Derecho penal y criminología**. Bogotá, V. 15, Nº 51, p. 47-65, sept./dic., 1993.

motivos do autor. Para a autora, a eliminação de valores morais parece ser a solução mais adequada uma vez que tais circunstâncias somente poderão ser valoradas sob um ponto de vista ético.

Portanto, Débora Regina Pastana¹²⁵ conclui que:

[...] a consideração dos motivos da prática delitiva não pode restringir-se apenas aos aspectos imediatos da relação subjetiva entre o autor e o fato, mas também considerar a finalidade da conduta daquele sob o enfoque de uma perspectiva social. Feita com coerência, tal consideração é, portanto, muito importante e benéfica ao acusado uma vez que será realizada um análise “social da finalidade” do agente para, com justiça, subjetivizar a resposta estatal do delito.

7 – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

Circunstâncias do crime são elementos meramente acessórios que não compõem o crime, mas influem sobre a sua gravidade, como estado de ânimo do réu, as condições de tempo, lugar, maneira de agir, ocasião, relações entre autor e vítima.

Referem-se ainda, às atitudes manifestadas durante ou após a conduta delituosa (insensibilidade, indiferença, frieza, comoção, arrependimento, etc...). O reconhecimento delas fica adstrito à discricionariedade do juiz.

¹²⁵ PASTANA, Débora Regina. Op. cit., p. 67.

Segundo Alberto Silva Franco¹²⁶, são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva. Tem-se, assim, que analisar os dados objetivos relativos aos instrumentos utilizados na prática delitiva, ao modo de agir, ao tempo e lugar do crime e a outros que também possam fazer o julgador melhor visualizar a dinâmica delitiva

Não podem ser levadas em consideração, quando da análise do artigo 59 do Código Penal, circunstâncias dos artigos 61 e 62 (agravantes) e 65 (atenuantes) como também as “qualificadoras” e as “privilegiadoras”, pois seu exame ocorre posteriormente, constituem a segunda fase da aplicação da pena.

Não se deve ainda, sopesar aqui certas circunstâncias especialmente previstas no próprio tipo, como por exemplo: o repouso noturno e o lugar ermo, caso forem consideradas podem incorrer em dupla valoração, o reconhecimento destas circunstâncias não poderão estar presentes no tipo.

Luís Paulo Sirvinskaskas¹²⁷, nos chama a atenção ao afirmar que as circunstâncias do crime estão diluídas entre as causas de aumento ou diminuição da pena e entre agravantes e atenuantes. Na verdade, é necessária extrema atenção ao considerar tais circunstâncias, como por exemplo observar se tal circunstância não faz parte do tipo penal, pois caso contrário, poderemos incorrer no *bis in idem*, ocasionando assim, um aumento injusto da pena, acima dos limites da culpabilidade, principalmente se a sentença não for devidamente fundamentada.

¹²⁶ FRANCO, Alberto Silva. op. cit., p. 682.

¹²⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. O conceito da expressão “culpabilidade” contido no art. 59 do Código Penal Brasileiro. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**. São Paulo, V. 13, Nº 66, p- 9-14, jul. 1989.

8 – CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME

As conseqüências que o Código Penal alude são na verdade as conseqüências extrapenais ocasionadas pelo delito, isto é, vão além do tipo. Seriam os efeitos da conduta do agente, isto é, o menor ou o maior dano para os familiares da vítima ou para a coletividade.

Portanto, são os efeitos concretos da conduta do agente, considerando-se o maior ou menor grau de dano ou perigo de dano, que é sempre inerente ao delito, não só para a vítima como para a sociedade, o sentimento de insegurança provocado nesta e outros efeitos ainda que mais distantes.

Assim por exemplo, é menos grave o homicídio de uma pessoa solteira do que de um indivíduo que mantém uma família, ou ainda, o furto de uma bicicleta utilizada como veículo de

trabalho é mais grave do que o furto do mesmo objeto utilizado apenas para o lazer.

Para Adalto Dias Tristão¹²⁸, além das conseqüências relacionadas diretamente à vítima e seus familiares, deve ser olhado o alarme social, a grande ou pequena repercussão do fato.

Contudo, a jurisprudência tem entendido que:

Se a exacerbação na fixação da pena-base teve como fundamento a repercussão do crime causado na sociedade e na mídia, distanciando-se, assim, dos critérios norteadores estabelecidos no art. 59 do CP, a discricionariedade conferida ao Juiz para fixar a reprimenda transmuda-se em inaceitável arbítrio, que deve ser corrigido de imediato, com a redução ao mínimo legal, pelo próprio Tribunal¹²⁹.

Outra jurisprudência bastante interessante, é com relação à relevância do sofrimento da família do acusado, demonstrando que a conseqüência do crime quando danoso ao agente, também deve ser considerado: “O longo tempo de espera pela resposta penal, levando o réu e sua família a incertezas e ansiedades é suficiente para reduzir a pena, quando esta foi imposta além do mínimo legal, considerando o magistrado tão-somente algumas, não todas, das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP”¹³⁰.

Posição interessante também é a de Delmanto¹³¹, com relação a crime culposos. Defende que no caso de delito culposos, as conseqüências não devem influir, talvez porque não há como responsabilizar diretamente o acusado pela conseqüência extrapenal do delito., uma vez que, em se tratando de crime culposos, o agente jamais deseja o resultado.

¹²⁸ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. 6ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 27.

¹²⁹ Apelação-crime nº. 63.286-0, 2ª. Câmara Criminal, TJSP, Rel. Des. Nunes do Nascimento, j. em 14/05/1998.

¹³⁰ Apelação-crime nº. 98.000.618-0, Câmara Criminal, TJSP, Rel. Des. Juiz Alberto Jorge Correia Barros Lima j. em 22/10/1998.

¹³¹ DELMANTO, Celso. op. cit., p. 104.

9 – COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

Vítima é a pessoa física, a família, o Estado, a sociedade de Estados e a comunidade que sofrem diretamente as conseqüências da violação da norma penal, isto é, que sofrem diretamente as conseqüências do delito. Para ser sujeito passivo não é necessária a personificação jurídica, mas a existência de interesses relacionados a determinados núcleos sociais.

Segundo Damásio de Jesus¹³², o crime constitui ofensa à norma penal, sob o ponto de vista formal, sempre haverá um sujeito passivo juridicamente formal, genérico que é o Estado, uma vez que este é o titular do direito punitivo. Entretanto, existe também o sujeito passivo eventual, acidental, particular ou material que é o titular do interesse penalmente protegido, ou seja a vítima.

¹³² JESUS, Damásio E. op. cit., p. 169.

Mendelsohn¹³³, elaborou uma tipologia das vítimas, ressaltando sempre a importância da interação criminoso/ vítima na etiologia do delito. A tipologia de Mendelsohn abrange cinco classes principais de vítimas e a principal finalidade do estudo do comportamento da vítima é possibilitar uma adequada distribuição de responsabilidades.

A classificação de Mendelsohn parte de um esquema gráfico em que se encontram, nos pólos opostos, a vítima inteiramente inocente (ou vítima ideal) e a vítima inteiramente culpável. A graduação de culpa vai de 0% a 100%, de modo que uma vítima 0% culpável corresponde a um autor 100% responsável e uma vítima 100% culpável, corresponde a um autor 0% responsável. Entre estas duas categorias, estão as seguintes variações: vítima de culpabilidade menor ou ignorante: é aquela que dá um certo impulso não voluntário ao crime, expondo-se ao risco; vítima tão culpável quanto ao infrator (ou vítima voluntária): é aquela que adere à conduta do infrator ou a sugere, sendo exemplos o suicídio por adesão e a eutanásia; a vítima provocadora: seria aquela que incita com sua conduta, a prática do crime ou, por imprudência, dá causa à ocorrência de um delito. A categoria de vítima inteiramente culpável admite uma subclassificação: a vítima infratora (é o caso do sujeito que comete uma infração e termina sendo vítima – homicídio em legítima defesa); a vítima simuladora (aquela que imputa falsamente a prática de um delito a outrem) e a vítima imaginária (pessoa com alguma psicopatia de caráter e conduta, que imagina ter sido vítima de um crime).

Cumprindo ainda distinguir vítima de prejudicado, Frederico Marques¹³⁴, faz esta distinção claramente através do delito de homicídio: o sujeito passivo do crime é o morto, enquanto que prejudicados são aqueles que dependiam financeiramente do morto. Assim, o prejudicado não é necessariamente o sujeito passivo, podendo coincidir ou não, mas é aquele que sofre as

¹³³ Apud SCHIMIDT DE OLIVEIRA, Ana Sofia. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97-98.

¹³⁴ Apud OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A Vítima e o Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 80.

conseqüências financeiras negativas derivadas do delito ou prejuízos.

Antonio Scarance Fernandes¹³⁵ esclarece que “[...] considera-se vítima o sujeito passivo, principal ou secundário. O prejudicado só será vítima quando ostente também a qualidade de sujeito passivo. Assim, todo sujeito passivo será vítima, mas não todo prejudicado”.

Há todavia os crimes sem vítima, onde a vítima não pode ser identificada imediatamente ou não há vítima específica, como nos crimes ambientais, nas fraudes tributárias, no tráfico de entorpecentes e sobretudo nos crimes de “colarinho branco”. Conforme Nelson Hungria¹³⁶ o crime sem vítima representa: “[...] todo fato que represente um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um número indefinido de pessoas”.

Importante salientar que Ana Sofia de Oliveira não concorda com a definição de crimes sem vítima, pois esta se traria implicitamente a idéia de que o interesse é de ninguém e afirma que seria mais adequada a expressão crimes multivitimários, crimes de vítima difusa, crimes vagos etc...¹³⁷

A ciência que estuda a vítima é a vitimologia, campo relativamente recente, onde uma das propostas é analisar o comportamento da vítima ao longo da prática delitiva, é incontestável que a análise do comportamento da vítima é de relevante importância para o exame do dolo e da culpa do agente, possibilita uma apuração melhor da ocorrência criminal. Verifica-se aqui se o comportamento da vítima deu causa ou contribuiu com o delito.

Manuel da Costa Andrade¹³⁸, cita um julgado do Tribunal Federal Alemão de 3-12-1985 . O Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre um caso de duplo suicídio amoroso , acabou por condenar o agente sobrevivente por homicídio qualificado à prisão perpétua, fato bastante

¹³⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 50.

¹³⁶ Apud SILVA, José Geraldo da e outros. **Leis Penais Especiais Anotadas**. Campinas: Ilennium, 2001, p. 227.

¹³⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 83.

¹³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editor, 1991, p. 13.

interessante foi que a maioria dos doutrinadores discordou do mesmo.

De acordo com Edgard de Moura Bittencourt¹³⁹, foi no princípio do século XX que inúmeros autores começaram a questionar a culpa da vítima na produção do delito. Dentre eles estava Feuerbach, que em 1913 ao referir-se à vítima de um assassinato, afirmou que a própria vítima seria a culpada pelo seu próprio assassinato. Hans Gross dedicou em 1901 um capítulo inteiro para a análise da culpa das vítimas de fraude. Franz Werfel, em 1920, analisou um conflito entre pai e filho, e afirmou que a própria vítima foi quem dera causa ao delito. Von Henting, em 1940, discrimina grupos de vítimas e seu grau de culpa na produção do delito. Neste mesmo sentido, George Romanos, em 1941 analisou as vítimas de atentados violentos ao pudor e seus graus de culpa.

Sofrendo influências dos estudos vitimológicos, a parte geral do Código Penal promulgada em 11 de junho de 1984, em seu artigo 59, passa a considerar o modo de agir da vítima na aplicação da pena. Dessa forma, passa a diferenciar as características da vítima como exibicionista, mundana, agressiva, etc... O que não significa que o agente deva ser absolvido, mas sua pena deverá ser atenuada, como salienta Guilherme de Souza Nucci¹⁴⁰.

Enfatiza Júlio Fabbrini Mirabete: “Estudos de Vitimologia demonstram que as vítimas podem ser ‘colaboradoras’ do ato criminoso, chegando a se falar em ‘vítimas natas’ (personalidade insuportáveis, criadoras de caso, extremamente antipáticas, pessoas sarcásticas, irritantes) [...] Tais comportamentos da vítima, embora não justifiquem o crime, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do ato ilícito, implicando abrandamento da pena”¹⁴¹.

Dessa forma, deve ser analisado o grau de colaboração da vítima, ou ainda, a exigibilidade de conduta diversa do ofendido.

¹³⁹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. Vítima- Vitimologia. In **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, V. 77, p. 108.

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 178.

¹⁴¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. op. cit., p. 293.

Há casos em que a provocação da vítima é de tal relevância que não é levada em conta na fixação da pena-base, mas tem força maior, sendo consideradas causa de diminuição da pena ou atenuantes. Por exemplo: artigo 121, § 1º, 2ª. parte; 129 §4º, *in fine*; 65, III, *c*, *in fine*, do Código Penal.

Há ainda, a torpeza bilateral, são situações onde a vítima pretendia levar vantagem em determinada situação. Adalto Dias Tristão¹⁴² cita exemplos como: os casos do “Conto da Guitarra” (ou máquina de fabricar dinheiro); do “Conto do Paco” (ou falso pacote de dinheiro, em que se dá um golpe em quem achou, a pretexto de “indeniza-la”); do Falso Bilhete Premiado, etc...

Outro fato interessante, é quando ocorre o consentimento da vítima, nestes casos o consentimento seria uma causa de exclusão da tipicidade, ou de antijuridicidade, ou causa de justificação, ou ainda um indiferente penal.

Para Feuerbach a validade do consentimento depende da natureza do direito e da capacidade de disposição do bem jurídico, sendo que esta solução fica adstrita aos princípios de direito privado¹⁴³.

Zitelmann¹⁴⁴ defende que o consentimento possui natureza de negócio jurídico, pelo que se poderia explicar sua eficácia como causa de exclusão de antijuridicidade. Ainda na mesma linha de raciocínio explica Oscar Stevenson¹⁴⁵ que a vítima possui direitos subjetivos, os quais são assegurados em todas as esferas do direito e não podem se desconsiderados nas leis penais. Dessa forma, o Direito Penal deveria reconhecer o consenso como ato jurídico lícito de disposição do bem de seu titular.

¹⁴² TRISTÃO, Adalto Dias. *op. cit.*, p. 28.

¹⁴³ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**. São Paulo: RT, 1995, p. 67.

¹⁴⁴ Apud PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**. São Paulo: RT, 1995, p. 68.

¹⁴⁵ STEVENSON, Oscar. **Da Exclusão do Crime**. São Paulo: Saraiva, 1941, p. 131.

No entanto, Pierangeli¹⁴⁶ alerta que nem toda manifestação de vontade constitui um negócio jurídico, posto que negócio jurídico propriamente dito é aquele cuja vontade é manifestada com o fim de produzir efeitos em harmonia com o ordenamento jurídico.

Autoun Fahmy Abdou¹⁴⁷ preleciona com bastante bom senso ao diferenciar os bens de natureza privada entre os disponíveis, passíveis de lesão por meio de consentimento do ofendido, e os bens privados indisponíveis, que deverão ser protegidos mesmo contra vontade do proprietário do bem.

Quanto ao consentimento do ofendido ser considerado um indiferente penal, o argumento é de que há uma estrita divisão entre o Direito Público e Direito Privado, sendo que as normas penais são de ordem pública, não podendo ser excluídas por convenções de ordem privada.

No entanto, é necessário o não consentimento em alguns delitos para que o tipo penal se configure. No delito de violação de domicílio, é necessária a entrada ou permanência do agente no domicílio do ofendido de forma clandestina, astuciosa ou contra a vontade expressa ou tácita do mesmo. Logicamente se houver o consentimento, o crime não se configura.

Pode ocorrer ainda que o agente tenha uma errônea suposição de que existe o consentimento da vítima, caso em que ocorrerá o erro de tipo. Por outro lado o agente pode ignorar no momento do crime o consentimento existente, hipótese em que haverá uma tentativa inidônea.

O Código Penal ora em vigor, não dispõe acerca do consentimento do ofendido, na verdade, diante do exposto, é necessário tratarmos o consentimento do ofendido como exclusão de antijuridicidade ou ainda como exclusão da tipicidade, conforme o fato. Quando há a necessidade do não consentimento da vítima para se configurar o crime, no entanto esta consente,

¹⁴⁶ PIERANGELI, José Henrique. op. cit.p. 68.

¹⁴⁷ Apud PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**. São Paulo: RT, 1995, p. 78.

naturalmente teremos um fato atípico. O consentimento da vítima pode ainda ser considerado causa de exclusão de ilicitude, apesar de não estar prevista expressamente em nosso Código Penal, pois conforme Francisco de Assis Toledo¹⁴⁸, a lei penal não consegue prever todos os fatos possíveis, além do que, a sociedade é dinâmica e passa por transformações que o direito não consegue acompanhar.

Nos delitos culposos ensina José Henrique Pierangeli¹⁴⁹:

A quase unanimidade da doutrina admite a eficácia do consentimento nos delitos culposos, relacionando a eficácia do consentimento ao risco que a conduta cria para os bens jurídicos, e que deve pressupor, da parte daquele que consente, o conhecimento desses riscos [...] quando o consenciente assume o perigo e não se pode responsabilizar penalmente o seu acompanhante. O que importa fixar, é a necessidade de ter aquele que consente o conhecimento da conduta perigosa que irá realizar.

Portanto, podemos concluir que se o comportamento da vítima não influir de maneira significativa para o delito, o agente deverá responder de acordo com a sua culpabilidade. Contudo, quando o comportamento da vítima resultar em especial fator de estímulo à prática delitiva, o julgador deve considerá-lo para minorar a resposta penal ao autor do fato punível, podendo ensejar ainda a exclusão da tipicidade ou da ilicitude, conforme o caso. Pois, dessa forma, o magistrado estará também graduando a pena de acordo com a culpabilidade do agente, pois, como pudemos observar, a exigibilidade de uma conduta diversa por parte do mesmo resta diminuída.

¹⁴⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 172.

¹⁴⁹ PIERANGELLI, José Henrique. op. cit., p. 97.

Capítulo III

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Sumário: 1. Preâmbulo. 2. Evolução histórica da Pena Privativa de liberdade. 3. Fundamento e Finalidade da Pena Privativa de Liberdade. 3.1. Teorias Absolutas ou Retribucionistas da Pena. 3.2. Teorias Preventivas da Pena 3.2.1. A Prevenção Geral. 3.2.2. A Prevenção Especial. 3.3. Teoria Mista ou Unificadora da Pena. 3.4. Teoria da Prevenção Geral Positiva. 3.4.1 A Prevenção Geral positiva Fundamentadora. 3.4.2. A Prevenção Geral Positiva Limitadora. 4. Aplicação da Pena em Conformidade com o Princípio da Proporcionalidade e o Controle do Poder Punitivo do Estado . 5. A Desproporcionalidade das Medidas e a Dignidade da Pessoa Humana .

1 – PREÂMBULO

A sociedade reage contra o delinqüente através da pena imposta pelo Estado. Nas legislações antigas e modernas, e na opinião da grande maioria dos penalistas, esta reação aparece como um mal como um sofrimento imposto ao delinqüente para a obtenção de diversos fins, como a intimidação, a correção, entre outros. Assim, vemos a opinião de Carnelutti¹⁵⁰ que defende que a pena assim como o delito é um mal:

“[...] , ello significa que también la pena, lo mismo que el delito, es un mal o, en términos económicos, un daño; cuando el homicida, a su vez, es matado por el verdugo, en lugar de una sola, hay dos muertes; parece, por eso, a primera vista, que el castigo, a un mal, añade otro.”

¹⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *El Problema de la Pena*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, p. 14.

Há ainda autores como Roeder e Dorado Montero¹⁵¹ que negaram esse caráter de mal, de dor, de sofrimento. Segundo estes autores, a pena não é um mal, seria somente para aqueles que a consideram de um modo meramente exterior.

Na verdade, é inegável que o sofrimento penal, é um dos elementos da pena, é inevitável ao réu, mesmo quando a pena não aspire diretamente causá-lo, entretanto é necessário estar atento que o sofrimento penal não é um fim, senão um meio, para obter fins socialmente úteis.

Enquanto que, antigamente a dor penal se esbanjava cruelmente, sem medida, hoje, em contrapartida, a tendência é reduzir a pena aos limites estritamente necessários para a obtenção dos fins compreendidos na pena. Isto porque, percebeu-se que a majoração das penas cominadas, ou ainda a pena capital, não são eficazes como tentativa de reduzir a incidência de crimes cruéis. Na época dos suplícios, onde um espetáculo era montado, e as execuções fatais eram públicas a fim de que a platéia ficasse intimidada e com medo, para assim se sentir coibida no momento da prática do delito, em nada demonstrou ser eficaz para combater a prática de novos delitos.

O entendimento de que a função da pena e a sua finalidade não passam de um retributivismo estrito somado à idéia de utilitarismo e exemplaridade, há muito foi abandonada pela ciência penal.

A pena privativa de liberdade está consagrada pela nossa Constituição Federal de 1988, no artigo 5º., inciso XLVI, alínea, “a”. Contudo, são várias as críticas que tal medida enfrenta, como as desconfianças quanto à eficácia, conveniência e adequação da mesma. Há os que chegam a defender pela sua extinção¹⁵².

Prevalece, porém a idéia de que a prisão é imprescindível para a sociedade, muito embora onerosa e problemática. Michel Foucault lembra que: “conhecem-se todos os inconvenientes da

¹⁵¹ Apud CALÓN, Eugenio Cuello. *Penalogía*. Madrid: Editorial Reus S.A, 1920, p. 12 e 13.

¹⁵² GRAMATICA, Fillipo apud SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA Júnior, Alceu. **Pena e Constituição: Aspectos relevantes para a sua aplicação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 55.

prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. Entretanto, para certos casos, não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução de que não se pode abrir mão”¹⁵³.

A moderna doutrina tem buscado soluções para os problemas que acometem a prisão, ao mesmo tempo se tem discutido alternativas que poderiam minimizar as conseqüências malévolas desta modalidade punitiva.

Segundo Salomão Shecaira¹⁵⁴, nem a prisão tornou-se dispensável, nem a flexibilidade legislativa e o abrandamento das penas desencadearam um aumento desenfreado na criminalidade. Haja vista que, o crescimento da criminalidade e da delinqüência possui uma ligação íntima com um quadro econômico social problemático, não tem relação alguma com a promulgação de leis mais ou menos severas.

Percebe-se que os indivíduos mais atingidos pela pena privativa de liberdade, são os pertencentes aos setores sociais menos favorecidos e os de quociente intelectual mais baixo.

É necessário buscar pelo aperfeiçoamento da pena, para que esta seja utilizada quando realmente houver necessidade, incluindo-a em um conceito de Direito Penal que deve ser utilizado como última instância de controle social.

Muitas vezes se aplica a pena tendo em vista pressões de determinados grupos sociais, quando, na verdade, o Judiciário deveria agir de forma a não se envolver com as pressões externas, mas tão-somente com o fato em si e com a própria disposição legal.

2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A Antiguidade não conheceu a pena privativa de liberdade como medida punitiva, o

¹⁵³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis-RJ: Vozes, 1987, p. 76.

¹⁵⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA Júnior, Alceu. **Pena e Constituição: Aspectos relevantes para a sua aplicação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 56.

encarceramento naquela época não visava penalizar o delinqüente, a prisão era utilizada quase que exclusivamente como garantia à execução de algum castigo e ainda como lugar de tortura.

Grécia e Roma conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo¹⁵⁵. Igualmente em civilizações incas e astecas se empregavam “jaulas e cercas” para confinar os acusados antes da decisão e do sacrifício¹⁵⁶.

A prisão era utilizada ainda, para aqueles que eram condenados à prisão perpétua, pois ali eram atirados para definharem até a morte. Portanto, nos tempos antigos a privação da liberdade era utilizada para fins de custódia e contenção. Conforme Roberto Lyra¹⁵⁷:

De modo geral, tanto na Antiguidade, como na Idade Média, não havia um sistema penitenciário, um tratamento correccional, o que somente ocorreu a partir do séc. XVI. Havia, sim, desde a Antiguidade, a condenação a trabalhos forçados nas minas, e mais tarde a condenação a galés, ou seja, o trabalho forçado consistente em remar, acorrentado aos pés. Em regra, a permanência na prisão tinha caráter provisório, passageiro, pois o que visava, precipuamente, era pôr fim à vida do prisioneiro, embora existissem masmorras, onde eram lançados os condenados à prisão perpétua, onde definhavam até a morte, enlouquecendo. A prisão como pena imposta, resultante da condenação criminal, surgiu mais tarde [...]

Na Grécia era possível o encarceramento do devedor até o pagamento da dívida, esta prática inicialmente foi privada, e posteriormente adotada como pública; o culpado poderia ficar detido ainda para realização do julgamento.

Platão propunha três tipos de prisão: um na praça do mercado (cárcere de custódia); outro dentro da cidade e que serviria para correção (denominado *sofonisterion*) e um último com a finalidade de intimidação, em local deserto e sombrio, afastado o mais possível do centro

¹⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 404.

¹⁵⁶ DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 32 e 33.

¹⁵⁷ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, v. 2, p. 88.

urbano (cárcere de suplício)¹⁵⁸. Portanto, Platão já apontava as duas idéias históricas da privação da liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia, entretanto apenas foi empregada durante a Antiguidade a prisão como custódia.

A lei penal na Idade Média, tinha como objetivo provocar o medo coletivo. A noção de liberdade e respeito à individualidade humana não existia, as pessoas ficavam ao arbítrio dos detentores do poder. Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperavam espremidos entre si em horrendos encerramentos subterrâneos, ou em calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte¹⁵⁹.

A privação de liberdade continua a ter uma finalidade custodial aplicável àqueles que foram submetidos aos mais terríveis tormentos. A amputação de braços, pernas, língua, olhos, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões neste período histórico¹⁶⁰.

A pena de prisão era aplicada excepcionalmente para os casos em que o crime não tinha suficiente gravidade para sofrer condenações à morte ou penas de mutilação.

Cuello Calón¹⁶¹, indica o aparecimento efêmero da prisão: um édito de Luitprando, Rei dos longobardos (712-744) dispunha que cada juiz tivesse em sua cidade um cárcere para prender os ladrões pelo tempo de um ou dois anos. Também um capitular de Carlos Magno (813) ordenava que as pessoas *boni generi* que tivessem delinqüido poderiam ser recolhidas à prisão por determinação do Rei até que se corrigissem. Mas os exemplos indicam o caráter raro da imposição de encerramento como sanção autônoma segundo a revelação das fontes oriundas dos

¹⁵⁸ DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 32.

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 17.

¹⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 18.

¹⁶¹ DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 33.

séculos XI e XII.

Portanto, na Idade Média a prisão seguiu com a mesma finalidade da prisão na Antiguidade, isto é, eram salas de esperas dos mais terríveis tipos de tormentos e castigos.

Entretanto, a prisão eclesiástica usada no Direito Canônico e que consistia na reclusão em um mosteiro de sacerdotes infratores ou ainda como castigo aos hereges, serviu de inspiração para a pena privativa de liberdade em seu parâmetro atual, ou seja, o cárcere como sendo mecanismo de penitência e meditação, evidente que é impossível equipará-lo à prisão moderna.

A finalidade da prisão eclesiástica era fazer com que o recluso meditasse, refletisse e se arrependesse da infração cometida. Os homens aflitos pelos pecados ou pela tentação, deveriam se recolher, isoladamente, a aposentos adequados para a reflexão e meditação, a fim de se redimir das falhas e prevenir-se da reincidência, impedindo-o de cair em um círculo pecaminoso.

Santo Agostinho, em sua obra *A cidade de Deus*, afirma que o castigo não deve orientar-se à destruição do culpado, mas ao seu melhoramento¹⁶². Dominou no Direito Canônico a idéia de que a pena continha em si mesma uma finalidade ética, que era a de propiciar o arrependimento do faltoso, ao mesmo tempo em que punia.

Na verdade, a idéia predominante entre os pensadores eclesiásticos era a de que a pena era um mal necessário que deveria se opor ao mal do crime: *malum passionis ob malum actionis*.¹⁶³

A Idade Média também se caracterizou por um direito ordálico, o réu era submetido a provas, como ser atirado na água, fogo, entre outros; e caso não viesse a sobreviver, a conclusão é de que o mesmo era culpado, pois se não tivesse cometido o pecado, Deus o ajudaria a sobreviver.

¹⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 20.

¹⁶³ PIMENTEL, Pedro Manoel. **O Crime e a Pena na Atualidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 127.

A Idade Moderna foi marcada pelo renascimento do comércio, fortalecimento do Estado, enfraquecimento da Igreja e ascensão da classe burguesa.

A burguesia era a classe que concentrava o poder econômico, e seus interesses já não coincidiam a certo ponto com o interesse dos governantes absolutistas, as divergências entre burguesia e poder dominante culminou na Revolução Francesa.

A Revolução Francesa foi um movimento ideológico que lutou pelo reconhecimento dos direitos humanos como a liberdade, a igualdade e a fraternidade, entretanto, é inegável que havia inspirações de interesses econômicos envolvendo a Revolução.

Para Armida Bergamini Miotto¹⁶⁴, este movimento trouxe uma nova concepção para a pena, que até então era aplicada de forma desumana, sem respeito a nenhum dos direitos inerentes ao homem, isto porque as preocupações com os direitos humanos em geral foram manifestadas enfaticamente pela primeira vez na Revolução Francesa.

Entretanto, há um paradoxo na interpretação da humanização das penas em função da Revolução Francesa, isto porque, durante a revolução houve a banalização das execuções através da guilhotina, aplicada principalmente àqueles que eram contrários ao movimento. Contudo, o que se pode afirmar com maior certeza é que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento que resultou da Revolução Francesa, serviu de inspiração para humanizar as penas, haja vista a preocupação com os direitos humanos.

Há autores ainda, como Orlando Soares que afirmam que a humanização das penas deu-se, quase que exclusivamente, por uma questão econômica. Segundo o autor¹⁶⁵:

Fundamentalmente, o estudo das prisões se insere no contexto global das relações de produção, na evolução econômica, com traços marcantes sobretudo no Ocidente. Com efeito, até 1600 era flutuante a situação do mercado de trabalho, na Europa. A força de trabalho se fez mais escassa, dada a ampliação

¹⁶⁴ MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas Penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 39.

¹⁶⁵ SOARES, Orlando. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1986, p. 289.

de mercados para consumi-la, em virtude dos descobrimentos marítimos, fluxo de mão-de-obra deslocada para as novas terras conquistadas na América, África e Ásia, baixas humanas e consequência de epidemias, guerras, etc. “Os homens se fizeram preciosos e preguiçosos”, diz Rusche. Tais concepções também se refletiram no campo do sistema punitivo: “Havia sido uma crueldade insensata continuar acabando com a vida dos delinqüentes [...] a pena privativa de liberdade substitui assim as penas corporais capitais. A “humanidade substitui a crueldade. Nos lugares de suplício surgem as casas de correção”

Para Maria Lúcia Karam¹⁶⁶ a introdução do modo de produção capitalista fez com que a liberdade adquirisse um valor econômico, conectado com o valor do tempo, que, pela primeira vez, pôde ser economicamente quantificado, a própria idéia da pena privativa de liberdade só se tendo feito possível com o surgimento daquele modo de produção, que, transformando os bens em mercadorias, permitiu estabelecer um preço ao valor liberdade, ou seja, o tempo de sua privação.

Dessa forma, os modelos punitivos não se modificaram graças a um propósito idealista ou ainda com o intuito de melhorar as condições da prisão, mas sim para evitar que se desperdiçasse a mão de obra e ao mesmo tempo para poder controlá-la, regulando a sua utilização de acordo com as necessidades de valoração do capital.

Portanto, diante aquela perspectiva, mais lucrativa que a imposição da pena capital seria a exploração do braço presidiário para a execução de muitos trabalhos.

Entretanto, para Hans Von Henting¹⁶⁷ a supressão das penas cruéis ocorreu por motivos de política criminal, e não por razão econômica, pois a criminalidade tinha atingido tal ponto que passou a se verificar inaplicável a pena de morte, era preciso outro meio para conter a massa miserável. Eram demasiados para serem todos enforcados, e a sua miséria era maior do que a sua má vontade. Conforme o autor¹⁶⁸:

¹⁶⁶ KARAM, Maria Lúcia. Pelo rompimento com as fantasias em torno dos delitos e das penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, 2000, n.º. 29, p. 339.

¹⁶⁷ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 408.

¹⁶⁸ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 23.

Os distúrbios religiosos, as longas guerras, as destruidoras expedições militares do século XVII, a devastação do país, a extensão dos núcleos urbanos e a crise das formas feudais de vida e de economia agrícola haviam ocasionado um enorme aumento da criminalidade em fins do século XVII e início do XVIII. Acrescenta-se a isso a supressão dos conventos, o aniquilamento dos grêmios e o endividamento do Estado. Tinha-se perdido a segurança, o mundo espiritualmente fechado aos incrédulos, hereges e rebeldes, tinha ficado para trás. Tinha que se enfrentar verdadeiros exércitos de vagabundos e mendigos. Pode-se estabelecer a sua procedência: nasciam nas aldeias incendiadas e nas cidades saqueadas, outros eram vítimas de suas crenças, vítimas atiradas nos caminhos da Europa. Era preciso defender-se desse perigo social, mas não era possível negar-lhe simpatia por razões religiosas ou sociais, diante dos danos que os exércitos estrangeiros tinham feito.

Sem dúvida alguma, o quadro histórico pode ter sido o principal fator que influenciou na criação da pena privativa de liberdade. Percebe-se que durante os séculos XVI e XVII a pobreza se abate e se estende por toda a Europa, foi um fenômeno que cresceu desmesuradamente. Por razões de política criminal era evidente que ante tanta delinqüência, a pena de morte não era uma solução adequada, uma vez que é inviável aplicar-se a tanta gente.

Na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados. A disciplina dentro das prisões era bastante rígida, acreditava-se que a dura disciplina e o trabalho eram o meio para se reformar o preso. Em relação à prevenção geral, as penitenciárias tinham a finalidade de servir de exemplo para desestimular a outros de vadiagem e da ociosidade.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹⁶⁹, outra finalidade da penitenciária era conseguir que, com as suas atividades, “pudesse autofinanciar-se e alcançar alguma vantagem econômica”. O trabalho que se desenvolveria era do ramo têxtil, tal como a época exigia”.

Certamente, esta experiência foi bem sucedida, pois posteriormente criaram-se na Europa

¹⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 24.

várias instituições similares.

Em 1596, instituiu-se em Amsterdam, casas de correção para homens (*Rasphuis*), em 1597 a *Spinhis* para mulheres, e em 1600 uma seção especial para jovens¹⁷⁰.

Entretanto, estas instituições serviam apenas para tratar das delinquências insignificantes, pois para os que cometiam delitos graves continuava a se aplicar penas mais duras como o exílio, açoites, etc. Os códigos penais da época acreditavam que para delitos mais graves o mais eficaz ainda eram as penas pecuniárias, as penas capitais e a pena de morte.

Percebe-se portanto, que as casa de correção e de trabalho, embora destinadas para as pequenas delinquências, são os pontos de partida da pena privativa de liberdade moderna. Procurava-se recuperar o preso através do trabalho constante e ininterrupto, do castigo corporal e da instrução religiosa basicamente.

Radbruch¹⁷¹ contesta a sua eficiência no sentido de recuperar o condenado, pois afirma o mesmo que os condenados ao serem liberados das casas de trabalho ou correção, não se haviam corrigido, mas sim, domados.

Mabillon¹⁷², monge beneditino francês, pode ser considerado um dos primeiros defensores da idéia da proporcionalidade da pena de acordo com o delito cometido e a força física e espiritual do réu. Preocupava-se com a correção moral e com a reabilitação do delinquente em uma época em que não se havia despertado para tal problema.

Ateve-se ainda, com o problema da reintegração do condenado à comunidade, temas estes tratados em sua obra: *Reflexões sobre as prisões monásticas*. Alguns autores defendem que esta obra foi publicada em 1695, outros, que foi publicado postumamente em 1724.

¹⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 25.

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 25.

¹⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 25.

Em meados do século XVIII, filósofos, moralistas e juristas, passam a criticar a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem.

Voltaire, Montesquieu e Rousseau, representantes das correntes iluministas e humanitárias, censuram os excessos presentes na legislação penal, propondo que a finalidade da pena não deve ser atormentar o ser humano. A pena deve ser proporcional ao crime, sendo relevante considerar quando da imposição da pena as circunstâncias pessoais do delinqüente, seu grau de malícia, e sobretudo, ser eficaz na recuperação do espírito do homem, devendo ser ao mesmo tempo a menos cruel possível.

César Bonessana, mais conhecido como Marquês de Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, inspirado em Voltaire¹⁷³, menciona claramente o contrato social nos dois primeiros capítulos de sua obra, propõe um novo sistema criminal, em substituição ao desumano, impreciso, confuso e abusivo, utilizado até então. Propunha na verdade, a substituição do Direito Penal vigente da época, e, sem dúvida alguma, foi também devido à suas idéias que ocorreu a reforma penal dos últimos séculos.

Outro mérito do autor é ter se utilizado de uma linguagem corrente, de leitura fácil, tornando a sua obra acessível a todas as pessoas. Firmou também a idéia que é “melhor prevenir delitos que castigá-los”¹⁷⁴, dessa forma contribuiu substancialmente para mitigar os efeitos do regime punitivo vigente.

Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena, atentando para o fim da pena como prevenção geral, mas ressalvando que, a prevenção geral não precisava ser obtida através do terror, mas com eficácia e certeza de punição, sem descuidar ainda da proporcionalidade,

¹⁷³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Cid, 1996, p. 27.

¹⁷⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Cid, 1996, p. 38.

devendo o princípio estar presente entre a pena e o crime cometido pelo agente, segundo o autor:

O fim, pois, não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais,. Conseqüentemente, devem ser escolhidas aquelas penas e aquele método de impô-las, que, respeitada a proporção, causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos homens e que seja a menos dolorosa para o corpo do réu¹⁷⁵.

É importante lembrar que Beccaria não admite a vingança como fundamento do *jus puniendi*, coincidindo assim com os objetivos da criminologia moderna, que busca em seu fim de justiça humana, a recuperação do infrator para a sociedade, a pena deve conter fins ressocializadores¹⁷⁶.

Para Beccaria, era importante ainda, preocupar-se com as condições das prisões, sendo que não deveria haver sujeira e fome nas mesmas, defendia uma atitude humanitária e compassiva na administração da justiça.; criticou amplamente as prisões de seu tempo¹⁷⁷.

Evidente que não há como tratar da ressocialização da pena como objetivo da mesma, sem ter em vista o controle do poder punitivo, como a tentativa de humanizar as penas e a justiça.

John Howard¹⁷⁸, foi outro autor, que se dedicou a defender estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, teve especial importância no longo do processo de humanização e racionalização das penas. Insistiu na necessidade de construir estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sem ignorar que as prisões deveriam propiciar ao apenado um regime higiênico, alimentar e assistência médica que permitisse coibir as necessidades elementares.

¹⁷⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Cid ,1996, p. 46.

¹⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 42.

¹⁷⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Cid ,1996, p. 82.

¹⁷⁸ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 44.

Howard¹⁷⁹, foi nomeado xerife do condado de Bedford, e devido a seu cargo teve a oportunidade de contemplar o horrível estado das prisões inglesas.

Jeremias Bentham¹⁸⁰, também relevante para a humanização das penas, procurou um sistema de controle social, um método de controle de comportamento humano de acordo com um princípio ético. Esse princípio é proporcionado pelo utilitarismo, que se traduzia na procura da felicidade maior. Um ato possui utilidade se visa a produzir benefício, vantagem, prazer, bem-estar e se serve para prevenir a dor. Bentham considera que o homem sempre busca o prazer e foge da dor.

3 – FUNDAMENTO E FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O fundamento para a imposição das penas está na própria essência do Estado, qual seja, a proteção da sociedade. A imposição das penas se justifica pela simples necessidade, ou seja, a proteção do Estado e sua ordem constituída (Direito), e por extensão a própria sociedade.

¹⁷⁹ CALÓN, Eugenio Cuello. *Penalogía*. Madrid: Editorial Reus S.A, 1920, p. 108.

¹⁸⁰ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 50.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt¹⁸¹, reconhece-se, quase que pacificamente, que no âmbito do Direito Penal, a pena se justifica por sua necessidade. A pena é um mecanismo a favor do Estado, é um direito público subjetivo do Estado, o *jus puniendi*, e ele se utiliza do mesmo, para garantir a manutenção da ordem jurídica, na persecução do bem comum. O que não se verifica como unânime é a concepção do que seria o bem comum, e a quem a sua proteção estaria direcionada, isto é, à sociedade, ao indivíduo, ao Estado, à Divindade ou ao Soberano.

Zaffaroni e Pierangeli¹⁸² afirmam que usualmente são dadas duas respostas excludentes para o objetivo da sanção penal. A primeira das respostas dá ao direito penal a função de segurança jurídica e à pena o caráter de prevenção geral, através da sanção retributiva. A segunda resposta é que confere ao direito penal a função de proteção da sociedade e à pena o caráter de prevenção especial, através da retribuição e ressocialização. Para os autores, no entanto, a meta de segurança jurídica não exclui a de defesa social, pois definindo a segurança jurídica como a proteção de bens jurídicos que assegurem a coexistência, esta se aproxima notavelmente da defesa social.

¹⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 82.

¹⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002., p. 89.

Dessa forma, para os autores citados, a pena constitui-se numa afetação de bens jurídicos que se justifica pelo interesse geral de conservar a paz social e a segurança jurídica. Ainda aduzem que na afetação de bens jurídicos o Estado deve reconhecer um âmbito de liberdade moral, de modo que à pena não pode ser dada a função de castigo, consistente em uma função moral e não de garantia de bens jurídicos.

Em outra oportunidade, ao expor a crise de legitimidade do sistema penal, Zaffaroni¹⁸³ afirma que a pena possui um conteúdo inequívoco de irracionalidade, pois não ser capaz de promover a solução de conflitos. A pena é aplicada depois de ocorrido o conflito. Porém, o autor conclui que por mais irracional que seja a aplicação da pena, esta irracionalidade deve ser sempre mitigada, por meio de princípios como o da lesividade e o da intervenção mínima.

Vislumbra-se, nesse contexto, o sentido de discutir o significado da pena como sendo o de buscar um direito penal menos deslegitimante. Ainda que autores como Bitencourt¹⁸⁴ afirmem que as discussões sobre as teorias da pena sejam inúteis do ponto de vista prático, por outro lado, existem posições como a de Zaffaroni e Pierangeli¹⁸⁵ que confirmam a relevância da discussão dos objetivos da legislação penal, que será a única forma de criticá-la e interpretá-la.

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed., Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.203.

¹⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 153.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002., p. 91.

Na verdade, várias são as finalidades atribuídas às penas, como a retribuição, onde a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao delinqüente para que este espie a sua culpa. Há ainda as orientações preventivas (especial ou geral) da pena e outras mais modernas como as da prevenção geral positiva, fundamentadora e limitadora. Importante lembrar que, o fundamento da pena, sem dúvida alguma, influencia diretamente na finalidade perseguida pela mesma.

É muito difícil estabelecer a verdadeira finalidade da pena e, portanto, responder à pergunta: por que se pune? Tome-se como exemplo o seio familiar, em que o chefe é obrigado a punir o filho desobediente. Porque o faz? a) para simplesmente castigá-lo da falta cometida, sem finalidade alguma? b) para que não torne a repetir mais o erro? c) para que a punição sirva de exemplo aos demais irmãos e assim os intimidem? d) para que cresça educado e se transforme numa pessoa de bem?

Para Fausto Costa¹⁸⁶, a pena pode ser sucessivamente vingança, retribuição, expiação, intimidação, mas sempre com a finalidade de prevenção, ou seja, *“represión en cuanto a su naturaleza objetiva, sufrimiento em cuanto a su naturaleza subjetiva, prevención em cuanto a su fin principal”*

Percebe-se que houve uma evolução das justificativas e funções da pena, o que se passará a analisar, para que se tenha uma melhor compreensão das finalidades e funções da pena perseguidas no decorrer do tempo.

¹⁸⁶ COSTA, Fausto. *El Delito y La Pena em la Historia de la Filosofia*. Trad. de Mariano Ruiz Funes. México: Union Tipográfica Editorial Hispano-Americana, pgs. 284-286.

3.1 – Teorias Absolutas ou Retribucionistas da Pena

As teorias retribucionistas partem de uma concepção metafísica da pena, não atentando para a sua função social, para os aspectos pragmáticos e utilitários. Assim, para essa corrente, a punição do crime não só constitui pressuposto do sistema penal como também, e principalmente, uma exigência de sua legitimidade e da própria idéia de Justiça.

A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto¹⁸⁷.

Para essa teoria, o fundamento da pena se justifica pelo simples desrespeito ao Direito posto, dessa forma, a pessoa que não observa a norma imposta, merece um castigo. Não se baseia em qualquer desenvolvimento da política criminal, a pena serve para a punição do delinqüente. Dessa forma, basta que a pessoa cometa um delito para que, como consequência direta e necessária, seja aplicada uma pena, independente de ser ela útil ou não.

Segundo esta teoria ainda, aquele que violou o mandamento se torna merecedor da pena simplesmente porque é dotado do livre-arbítrio, de liberdade de escolha, e se escolheu em praticar o mal merece um castigo.

O fundamento ideológico das teorias retribucionistas da pena baseia-se “no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de idéias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na idéia de que a missão do Estado frente

¹⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 68.

aos cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas co-existem, portanto, idéias liberais, individualistas e idealistas”¹⁸⁸.

Segundo Kant¹⁸⁹, não há na pena qualquer utilidade, isto é, a perseguição de um fim a ser alcançado, como a ressocialização do criminoso, ou ainda a prevenção geral ou individual. A pena existe única e exclusivamente ao infrator, uma vez que teve uma conduta pessoal que estava em desacordo com o Direito, sendo assim legítima a sua punição, o objetivo da pena é apenas realizar a Justiça, sinônimo de justa retribuição do mal causado.

Entretanto, Kant estabelece uma relação palpável entre Direito e moral, conforme o autor não basta a “legalidade das ações”, precisa-se além do mais, “que o respeito a essa lei geral ou universal de moralidade seja o motivo concreto que impulsiona a vontade”¹⁹⁰.

Kant entendia a lei como um imperativo categórico, ou seja, um mandamento que representa uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, objetivamente necessária. O imperativo encontra a sua expressão no “dever ser”. Para Kant, o bom é o que determina a razão, “não por causas subjetivas, mas por causas objetivas, isto é, fundamentos que são válidos para qualquer ser racional”¹⁹¹. E, ainda:

[...] a pena jurídica não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade; mas deve ser sempre contra o culpado pela simples razão de haver delinqüido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real.

¹⁸⁸ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 102.

¹⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 71.

¹⁹⁰ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 104.

¹⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 68.

Percebe-se na tese kantiana, que o homem não é uma coisa suscetível de instrumentalização, ou seja, “algo que possa ser usado como simples meio: deve ser considerado em todas as ações, como um fim em si mesmo”¹⁹². Conseqüentemente pretender que o Direito de castigar o delinqüente encontre a sua base em supostas razões de utilidade social não seria eticamente permitido.

Dessa forma, a pena se baseia única e exclusivamente na retribuição do mal praticado pelo agente que merece a imposição de um castigo.

Visualiza-se que para a Escola Clássica, o crime era um ente jurídico e o delinqüente não era importante no processo de execução da pena, o que se buscava com a sanção era o restabelecimento da ordem pública.

A Escola Clássica inicia-se com Beccaria e encontra o seu ponto alto em Carrara, engloba dentro de si várias tendências, que representavam não apenas posições distintas, mas inclusive totalmente opostas, fazem parte assim da Escola Clássica, as teorias absolutas da retribuição e as várias teorias relativas dos fins da pena.

Assim como Kant, para Hegel¹⁹³, a própria conduta justifica a imposição da pena, conforme o autor, a pena “é a negação da negação do Direito”, isso significa, na afirmação de Mir Puig¹⁹⁴, que “se a vontade geral é negada pela vontade do delinqüente, ter-se-á que negar esta negação através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral”. A pena vem, assim, retribuir ao delinqüente pelo fato praticado e de acordo com o *quantum* ou intensidade da negação do direito será também o *quantum* ou intensidade da nova negação que é a pena.

¹⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 105.

¹⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 72.

¹⁹⁴ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 106.

Entretanto, Hegel busca fundamentos jurídicos para a pena. A pena se justifica devido à necessidade de restabelecer a ordem, com a pena restabelece-se o Direito.

Conforme Welzel, o Estado não pune para que exista, em geral, no mundo justiça, mas a fim de que exista uma ordem jurídica na vida da comunidade¹⁹⁵.

Visualiza-se claramente que, Hegel¹⁹⁶ utiliza-se do método dialético ao fundamentar a pena, neste diapasão, a tese está representada pela vontade geral, isto é a ordem jurídica; a antítese resume-se no delito como negação do ordenamento jurídico e, por último, a síntese vem a ser a negação da negação, ou seja, a pena como castigo do delito.

Para Hegel o Direito é a expressão da vontade geral, uma expressão racional e liberal. Assim, o Direito se sustenta na racionalidade e na liberdade. A imposição da pena não é apenas um mal para pagar outro mal, mas para restabelecer a ordem que foi violada.

Interessante ainda mencionar que, de acordo com Hegel¹⁹⁷ a pena em seu sentido retribucionista é uma honra para o delinqüente, isto porque “somente através da aplicação da pena trata-se o delinqüente como ser racional e livre. Só assim ele será honrado dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu Direito”. Sendo que, se a pena com caráter preventivo, na verdade, humilha o homem. O filósofo exemplifica tal afirmação dizendo que a pena com fundamento preventivo é o mesmo que ameaçar a um homem com um pau, assim como se faz a um cachorro, e o homem, por sua honra e liberdade não deve ser tratado como cachorro.

Percebe-se que, assim como Kant, Hegel também se utiliza do livre-arbítrio, como um dos fatores que fundamentam a pena, isto é, a liberdade do indivíduo de agir segundo a sua vontade,

¹⁹⁵ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Campinas: Editora Romana, 2003, p. 43.

¹⁹⁶ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

¹⁹⁷ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

pressupondo-se sempre que ele terá consciência dos seus atos em qualquer momento. O indivíduo tem a liberdade de fazer a escolha entre violar ou não a ordem jurídica.

Pode-se concluir, portanto, que a pena estará plenamente justificada se atender à sua função primeira, que é a justa retribuição do mal causado.

Contudo, importante lembrar que, tanto Kant quanto Hegel, não negam a necessidade de se respeitar a proporcionalidade na imposição da pena, dessa forma, o castigo deve ser proporcional à conduta ilícita e culpável do agente, sendo uma das formas de se respeitar o Direito e de se realizar a Justiça. Mas, ambos atribuem um conteúdo talional à pena, conforme o pensamento de ambos, a proporcionalidade reside na retribuição na mesma medida do mal causado. Embora, estivessem distantes da noção atual de proporcionalidade, simplificando-a como a simples retribuição na mesma medida, é fundamental verificar que já defendiam um ideal de proporcionalidade na aplicação da pena.

Portanto, conforme supramencionado, Kant e Hegel foram partidários das teorias retribucionistas, entretanto, a justificativa de suas teorias se diferenciam na medida que Kant justifica a sua teoria através de princípios éticos, enquanto que Hegel fundamenta-se em princípios jurídicos.

Há ainda outros autores que defendem a retribuição, cada um com uma fundamentação diferente para a mesma; para Sthal, a retribuição tinha fundo divino; para Dühring, a retribuição era de natureza vingativa apenas; para Leibnitz, a retribuição era estética; já Carrara tem uma concepção de retribuição muito próxima a de Hegel¹⁹⁸.

A principal crítica feita às teorias retribucionistas é a deslegitimidade da pena, uma vez que se trata de simples retribuição direta do delito, não sendo nada mais do que uma simples

¹⁹⁸ HADAD, Dariane Andrade. **Funções da Pena. A Função Ressocializadora da Pena e as Medidas Alternativas**.2004. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de História e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2004, p. 34.

vingança pela conduta ilícita cometida, observa-se que é a retribuição do mal pelo próprio mal. Nesse contexto, o Estado não encontra limites no seu poder punitivo, pois cometido o ilícito, surge para o Estado o direito de punir, sendo que tal direito não encontra qualquer fundamento na pena que limite esse poder de punição.

De acordo com Claus Roxin¹⁹⁹, a teoria retribucionista “fracassa diante da função de traçar um limite em relação ao conteúdo do poder estatal”, além do que “sob que fundamento a culpa humana autoriza o Estado a castigar”, entretanto, muitos partidários das teorias absolutas poderiam dizer que a autorização de castigar do Estado provém do livre-arbítrio, contudo, para Roxin: “a possibilidade da culpabilidade humana pressupõe a liberdade de vontade (livre arbítrio) e, a sua existência, com o que concordam inclusive os partidários da idéia retribucionista, é indemostrável”.

Para Roxin, uma idéia retributiva da pena é incompreensível, podendo apenas ser compreendido como um ato de fé, pois não há como se compreender racionalmente como um mal (delito) pode ser eliminado com outro mal (pena). O procedimento proposto nada mais é do que a manifestação do sentimento de vingança, possível de ser exercido de forma concreta através da pena.

Roxin²⁰⁰ despreza totalmente a teoria retribucionista, “porque deixa sem esclarecer os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados seus fundamentos, e por que, como conhecimento de fé irracional, além de impugnável, não é vinculante”.

Portanto, os argumentos dos teóricos do retribucionismo, são na verdade destituídos de fundamento racional e lógico, não é verdade que a única forma de garantir a proporcionalidade e

¹⁹⁹ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 113.

²⁰⁰ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 113.

gravidade das penas em relação aos delitos praticados é a retribuição.

Evidente que, a teoria retribucionista não tem como coexistir dentre do nosso modelo de Estado atual, qual seja, o Estado Democrático de Direito, onde o direito de punir do Estado está limitado pela dignidade da pessoa humana, além do que, neste modelo de Estado é inadmissível a pena como simples vingança social, simplesmente porque atentaremos novamente contra a dignidade da pessoa, valor maior protegido dentro deste modelo de Estado.

Além do que, conforme Hassemer²⁰¹:

[...] os critérios de verdade e racionalidade baseiam-se, científica e teoricamente, na observação, experimentação, prognose e planificação; uma cultura jurídica orientada empiricamente não pode aceitar uma autêntica teoria absoluta da pena nem fundamentá-la e justificá-la como instrumento de prevenção estatal. De tal sorte, ao se fundamentar a pena no indemonstrável poder do indivíduo de comportar-se de outro modo, apóia-se dita fórmula em bases científicas indemonstráveis e, conseqüentemente, altamente questionável.

Contudo, as teorias retribucionistas deixaram algumas contribuições, como a adoção da idéia de que a pena deve ser encontrada em função da correspondência entre pena e fato, ou seja, no limite exato da culpabilidade do agente. O maior mérito é ter consagrado o princípio da culpabilidade como princípio absoluto de toda aplicação da pena, de modo que o *quantum* da pena a ser aplicada tenha correspondência direta com a gravidade do delito cometido, ou ainda, somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal.

Em realidade, a pena hoje, só se justifica, se tiver por objetivo evitar o cometimento de novos crimes, ressocializando o criminoso. O punir por punir em obediência cega a um dogmatismo ético não tem mais sentido. O castigar porque errou, o retribuir o mal pelo mal, nos parâmetros da Lei de Talião, não passa de sentimento de vingança, bem verdade que a vingança

²⁰¹ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 114.

não leva a nada, não constrói, ao contrário, é fonte geradora de nova vingança, dando ensejo a um círculo vicioso sem fim.

3.2 – Teorias Preventivas da Pena

As teorias preventivas surgiram com a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, no período do Iluminismo. A proposta era a de substituir o poder físico, sobre o corpo do delinqüente, pelo poder psicológico, sobre a mente.

Essas idéias tiveram como consequência levar o Estado a “fundamentar a pena utilizando os princípios que os filósofos do Iluminismo opuseram ao absolutismo”²⁰², ou seja, de Direito Natural ou estrito laicismo: livre arbítrio ou medo (racionalidade).

A formulação mais antiga das teorias preventivas costuma ser atribuída a Sêneca que, se utilizando de Protágoras e de Platão, afirmou: “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar”²⁰³.

Para as teorias preventivas, a pena não busca retribuir o mal causado pelo delito ao agente, mas sim prevenir a prática de novos delitos. O castigo é imposto, tendo em vista que não se volte mais a delinqüir, a pena, portanto, é uma medida preventiva do delito, pois visa impedir que o delito ocorra.

Apesar de se considerar a pena como um mal necessário, a sua necessidade já não reside mais no fato da mesma ter que realizar a Justiça, a pena é fundamental, porque é ela que previne que novos delitos ocorram. Portanto, percebe-se que o fato punível é apenas um pressuposto para

²⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 119.

²⁰³ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 115.

o castigo e não seu fundamento.

Neste diapasão, é através da intimidação que se pretende chegar à finalidade esperada pelas teorias preventivas.

A partir de Feuerbach, a função preventiva da pena foi dividida em prevenção geral e prevenção especial. Segundo a prevenção geral, a pena se dirige à sociedade, para inibir que novos delinqüentes venham a surgir; já para a prevenção especial, a pena serve para evitar que o próprio agente volte a delinqüir, são defensores da prevenção especial, juristas como Claus Roxin e Franz Von Lizst, segundo este último: a pena correta, a pena justa, é a pena necessária

O conceito de pena necessária envolve a questão do tipo de pena como o modo de sua execução. Assim, dentro de um rol de penas previstas, se uma certa pena apresentar se como apta aos fins da prevenção e da preparação do infrator para o retorno do convívio da comunidade, não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave, que resulte em maiores ônus para o condenado e para a sociedade.

Visualiza-se, assim, a presença da idéia do princípio da proporcionalidade nas teorias preventivas, principalmente de seus subprincípios necessidade e adequação. Conforme o princípio da necessidade, é necessário observar se a medida adotada é realmente indispensável ao indivíduo, se houve a opção pela medida mais eficaz e menos gravosa ao caso concreto. Para o princípio da adequação é fundamental analisar se, para o fim almejado, foi utilizado um meio adequado e idôneo e se o meio escolhido contribuirá para a obtenção daquele determinado fim. Trata-se de estudar se a medida é idônea, apta, útil, apropriada para atingir o fim perseguido.

Assim, se o cumprimento da pena em regime semi-aberto for suficiente para os fins de prevenção, o regime fechado será um exagero e um ônus injustificado. Contudo, se o delinqüente se apresenta como ameaça à tranqüilidade da sociedade e apenas com a pena máxima, consiga se fazer com que este não volte a cometer novos delitos, então é ela que deve ser aplicada,

indiscutível, portanto, que as teorias preventivas se respaldam em princípios como o da igualdade e o da proporcionalidade, que conjugados traduzem-se pela individualização da pena.

Contrariamente à teorias retribucionistas, as teorias preventivas não aceitam o argumento que a pena seja um fim em si mesma, a pena é o meio para se alcançar um fim, qual seja, a ocorrência de novos delitos, a pena é na verdade, um instrumento de política criminal.

O livre-arbítrio também é considerado nesta teoria, entretanto, aqui agiria através da racionalidade, pois é através da mesma que o indivíduo tem a capacidade plena de calcular as vantagens e desvantagens da realização do injusto e da imposição da pena. Assim, a pena motiva o agente a não cometer o delito, já que tem consciência de que lhe será imposta uma sanção, exercendo dessa maneira uma coerção psicológica, para que não haja contrariamente ao Direito.

Portanto, um indivíduo que tende a realizar uma certa conduta delituosa, ao vislumbrar o flagelo que é imposto ao seu semelhante, é eficientemente demovido daquele impulso criminoso através da sua racionalidade e de seu livre-arbítrio.

Na verdade, a previsão de sanções para os injustos já atingiria a conduta voluntária do indivíduo, pois evidente que este irá querer se preservar do mal imposto, caso cometa o ilícito. Mas para que esta previsão funcione de maneira eficiente, é necessário que, havendo a infração, haja a punição conforme o previsto, se não for assim, aquela coerção anterior estaria dissolvida em razão de sua inexistência prática.

Fundamental, dessa forma, é a certeza da punição, isto porque, se não houver a sanção prevista, uma vez presente o delito, não há como se falar em poder de coerção da sanção.

3.2.1 – A Prevenção Geral

A prevenção geral aplica-se a sociedade como um todo. Consiste em uma aplicação exemplar das penas, de tal forma que essa aplicação venha a transmitir à sociedade um receio insuperável em cometer delitos, serviria a grosso modo, para dar exemplo aos infratores em potencial e, portanto, demovê-los desse seu instinto criminoso.

Segundo Feuerbach²⁰⁴, autor da “teoria da coação psicológica”, é através do Direito Penal que encontraremos a solução para o problema da criminalidade, e isto é possível com a cominação da pena, isto é, com uma ameaça que se faz à sociedade, deixando-a ciente que se reagirá contra o injusto que se venha a cometer, e, por outro lado, com a aplicação dessa pena que foi cominada.

Feuerbach entende que a pena é uma ameaça da lei aos cidadãos, para que estes pensem nas conseqüências do delito e deixem de cometê-lo, dessa maneira, a pena exerce uma coação psicológica sobre a sociedade, pretendendo-se evitar o cometimento de novos delitos.

A prevenção geral trabalha com dois fundamentos básicos, o primeiro é o de que se pode intimidar o indivíduo, utilizando-se do medo; e o segundo é da ponderação da racionalidade do homem. Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no homem uma motivação para não cometer novos delitos²⁰⁵.

Entre os defensores de uma teoria preventiva geral da pena destacam-se, entre outros, Bentham, Beccaria, Filangieri e Schopenhauer²⁰⁶.

São várias as críticas feitas a essas teorias. É possível que a crítica mais antiga se deva a Kant que reprovava qualquer tentativa de instrumentalização do homem²⁰⁷. Quanto à

²⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 85.

²⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 78.

²⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 115.

²⁰⁷ “Mas o homem não é uma coisa. Não é, pois, algo que se possa usar como simples meio. Deve ser considerado em todas as ações como fim em si mesmo”.

instrumentalização do homem, Roxin²⁰⁸ se manifestou da seguinte forma :

[...] um ordenamento jurídico que não considere o indivíduo como objeto à disposição da coação estatal, nem como material humano utilizável, mas como portador, completamente equiparado a todos os demais, de um valor como pessoa, a quem o Estado deve proteger , tem que ser inadmissível a instrumentalização do homem.

Portanto, é uma teoria que não respeita a ética, isto porque, dentro dos princípios éticos, nenhum indivíduo, sob nenhuma justificação, deve ser castigado em benefício de outros.

A própria Constituição Federal, em seu preâmbulo, e nos artigos. 1º., III, e 5º., *Caput*, agasalha a noção do ser humano, como pessoa livre, digna e capaz, portanto, dotada de responsabilidade no âmbito social, opondo-se firmemente a qualquer possibilidade de eventual utilização como serviço de finalidades políticos criminais.

Outra crítica é que, não se pode considerar a capacidade do autor do delito de atuar racionalmente, pois esta não é uma medida exata, é impossível de ser demonstrado. Há ainda, o agente que acredita que não será descoberto, e isso, por si só não o impediria de cometer o crime.

Para Bitencourt²⁰⁹, é perfeitamente possível crer que o homem médio se sinta intimidado pela pena, porém, este não é o caso dos “profissionais” do crime, ou dos delinquentes habituais ou impulsivos ocasionais.

Conforme Roxin²¹⁰: “[...] cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”.

Roxin²¹¹ entende ainda, que a prevenção geral não seria capaz de demonstrar qual o

²⁰⁸ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 118.

²⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 72.

²¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 72.

²¹¹ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2ª. ed. Coimbra: Vega Universidade, 1993, p. 98.

fundamento do Estado para a aplicação da sanção penal e também não demonstra qual seria o limite para as conseqüências dessa aplicação.

Outras questões são de ordem empírica, apresentadas com muita propriedade por Hassemer²¹², quais sejam: o conhecimento da norma por seu destinatário, a motivação do destinatário das normas e a idoneidade dos meios preventivos.

Ocorre que, em muitas ocasiões, as pessoas não têm conhecimento da lei, sendo óbvio que não se escusam por esse motivo, mas o efeito preventivo somente aconteceria se todos os indivíduos conhecessem a lei e a sanção que decorre de sua violação.

Contudo, não basta que se tenha ciência da lei, mas é necessário que o indivíduo se sinta motivado a agir conforme o que a lei prevê.

O problema da idoneidade dos meios preventivos consiste no fato de existir pessoas que conhecem a norma jurídico-penal e sua execução, sendo também pessoas motiváveis, ficando, no entanto, sem resposta, a interrogação sobre a demonstrada conformidade com o prescrito pelo Direito, ou seja, se o agir do indivíduo adequadamente, conforme os mandamentos legais é conseqüência da cominação penal e da possibilidade de execução da pena. Na verdade, não há como se afirmar veementemente que o comportamento correto do indivíduo se deu devido à conseqüência da cominação penal e da possibilidade de execução da pena.

A última crítica é o risco de se cominar penas por demais elevadas, desproporcionalmente ao delito cometido, na tentativa da prevenção, o que se pode considerar que seja inidôneo, pois a pena estaria em desacordo com o princípio da proporcionalidade e o da culpabilidade, afrontando assim a dignidade da pessoa.

Na verdade, um Estado Democrático de Direito não poderá, em hipótese alguma, admitir

²¹² Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 119.

que os fins justifiquem os meios, pois se assim fosse, estaria desprezando direitos e garantias fundamentais.

3.2.1 – A Prevenção Especial

A prevenção especial refere-se exclusivamente ao delinqüente que cumpre pena. Assim, a pena deve servir para que o condenado não volte a desenvolver uma conduta delituosa. Os partidários dessa idéia consideram sem fundamento o castigo e a intimidação daqueles que são alheios ao delito, preferem ainda falar de medidas ao invés de penas.

A pena segundo dizem, implica na liberdade e na capacidade do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já a medida supõe que o delinqüente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Evidente que o castigo e a intimidação não têm sentido. O que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar²¹³.

A prevenção especial, ao concentrar seus efeitos na concreta personalidade do criminoso, permite conhecer as circunstâncias pessoais que levaram o indivíduo a cometer o injusto, facilitando assim, uma melhor consideração sobre as possibilidades de aplicar-lhe um substitutivo penal evitando-se, dentro do possível, o encarceramento²¹⁴.

Esta teoria foi desenvolvida num momento histórico de crise do Estado Liberal. Os fatores que motivaram a crise foram o desenvolvimento industrial e científico, o crescimento demográfico, o êxodo rural, o estabelecimento do modo de produção capitalista.

As classes dominantes estabeleceram uma nova forma de conceber a função punitiva do

²¹³ RAMIREZ, Juan Bustos Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 143.

²¹⁴ DIAZ, Gerardo Landrove. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Barcelona: Ed. Bosch, 1984, p. 69.

Estado: “Em primeiro lugar a sociedade; o delinqüente, como membro doente da mesma, deve ser extirpado, ainda que se tente sua recuperação, mas sem esquecer que se esta fracassar terá que ser definitivamente excluído do corpo social, recorrendo se for necessário, à pena de morte ou prisão perpétua”²¹⁵.

Num momento em que são conhecidas as condições de miséria em que viviam as pessoas, a pena passa a ter um outro sentido, não mais o de restaurar a ordem jurídica, mas de defesa da sociedade, da nova ordem. Aqui o injusto antes de ser considerado violação da ordem jurídica, é antes de mais nada, um dano à sociedade. A idéia agora não é mais o do Estado “guardião” e sim do Estado intervencionista.

Na obra *Programa de Maburgo* de Von Liszt se extraiu as bases da prevenção especial, sendo que sua teoria exerce influência até hoje. Para o autor, a necessidade da pena mede-se com critérios preventivos especiais. A pena deve obedecer a idéia de ressocialização e reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitam ressocializar-se e também à neutralização dos incorrigíveis. Essa tese resume-se em três palavras: intimidação, correção e inocuização²¹⁶.

Portanto, para Lizst²¹⁷ a função da pena e do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos através da incidência da pena na pessoa do delinqüente, com a finalidade de evitar delitos posteriores.

O fundamento da pena aqui é o ideário positivista. A ciência fundamentava a ordem, a disciplina e a organização. A partir de então, o controle social se exerceria tendo como base fundamental os argumentos científicos, quais sejam: há homens bons e homens maus, estes

²¹⁵ QUINTERO OLIVARES, G. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 122.

²¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 102.

²¹⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Barcelona: Ed. Bosch, 1976, p. 70.

últimos necessitavam da incidência da norma penal sobre eles para que fossem ressocializados ou inocuizados.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, no âmbito da política-criminal, a prevenção especial encontra-se plenamente justificada, pois a pena visa fazer com que aquele que delinqüiu não volte mais a fazê-lo, além do que, com a execução da pena, estaria também satisfeito o objetivo da prevenção geral, qual seja, o da intimidação. Dessa forma, através da pena privativa de liberdade visa-se ressocializar o agente, fazer com que este não cometa novos delitos e ainda intimidaria novos criminosos em potencial.

São vários os méritos devidos à prevenção especial, como a explicação do fato delitivo com bases científicas e a colocação do indivíduo no centro da problemática regulada pelo Direito Penal. Neste particular a teoria da prevenção especial adquire um caráter humanista ao buscar um encontro com o homem real.

Outro mérito da teoria preventivo especial é o de enfatizar a pena sob uma dupla perspectiva: pragmática e humanizadora. Esta dupla perspectiva manifesta-se segundo Schmidauser²¹⁸, de um lado:

[...] em sua cooperação em despojar de abstrações a compreensão da pena e em destacar a necessidade de ponderar os benefícios e os prejuízos decorrentes da aplicação da pena, em relação ao fim que esta persegue; de outro lado, em sua exigência de atender ao homem concreto, procurando adaptar as suas peculiaridades algo de tanta transcendência para ele como é a aplicação da pena.

Entretanto, também há críticas feitas a essa teoria, um exemplo, é a alegação de que muitas vezes a impunidade poderá prevalecer. Pois, para àquele que pratica um delito muito

²¹⁸ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 125.

grave, muitas vezes não haveria a aplicação de nenhuma pena, uma vez que, não necessitaria de ressocialização, por não ter a menor chance de reincidência.

Na realidade, de conformidade com o princípio democrático, não se pode perder de vista que a pena, dentre as demais sanções jurídicas, há de ser a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, aplicada apenas para garantia de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e a sociedade.

Desse modo a pena, acima de tudo, deverá ser justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor.

Essa limitação do princípio de reafirmação do ordenamento jurídico evidencia que a pena pode ser inferior à gravidade do delito, desde que a sua aplicação justa não seja necessária para a conservação da ordem social.

Outra crítica reside na periculosidade do autor do delito, relevante na teoria de prevenção especial, uma vez que a periculosidade é o pressuposto da pena, na verdade afirmar a periculosidade de alguém, exige a realização de um juízo, quase que profético, onde não é possível se demonstrar com segurança e veracidade o juízo profético que prevê a prática futura de um delito.

A teoria da prevenção especial é incapaz ainda, segundo Roxin²¹⁹, demonstrar uma delimitação do poder punitivo do Estado. Em princípio supõe-se que esta teoria deve dirigir aos sujeitos inadaptados socialmente. O perigo desta teoria ocorre quando um determinado regime estatal autoriza a submissão dos seus inimigos políticos (considerados pelo regime inadaptados socialmente) a um tratamento penal.

A teoria não permite ainda, que se examine a delimitação temporal de uma pena fixa, ocorrendo a intervenção estatal por tempo indefinido. Segundo esta assertiva, pode-se supor que a

²¹⁹ ROXIN, Claus Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 127.

aplicação de uma pena privativa de liberdade é válida até que se obtenha a correção definitiva do delinqüente, ou seja; a teoria da prevenção especial deixa o cidadão ilimitadamente ao arbítrio jurídico-penal do Estado.

O ideal ressocializador também tem sido objeto de várias críticas. As principais críticas são em relação ao seu conteúdo ou finalidade e a outra trata da impossibilidade de pô-lo em prática. Na verdade, afirma-se que uma ressocialização moral do delinqüente não pode ocorrer sem lesionar gravemente os fundamentos de uma sociedade pluralista e democrática, isto porque, o direito de ser diferente integra os direitos fundamentais do indivíduo, dessa forma, afirma Muñoz Conde²²⁰ que “o direito de não ser tratado é parte integrante do direito de ser diferente que em toda sociedade pluralista e democrática deve existir”.

A última crítica é que o tratamento penitenciário pelo qual se pretende ressocializar o delinqüente não demonstra eficácia alguma, isto porque, na maioria das vezes não há meios adequados e pessoal capacitados pra colocar em prática um tratamento penitenciário eficaz, que deve ainda valer-se de boas condições de vida no interior prisional, e cuidar para não ferir os direitos fundamentais daquele que cumpre a pena.

Na verdade, é preciso reconhecer que a pena privativa de liberdade é um instrumento dos mais graves do qual o Estado se vale para preservar a paz e a harmonia social. Este tipo de pena, contudo, não resolveu o problema da ressocialização do delinqüente, isto porque a prisão não ressocializa, o efeito na verdade é contrário, pois, é possível uma vez dentro da prisão especializar-se ainda mais no crime, aprendendo novas técnicas, entre outros. Talvez seja por isso que as tentativas de eliminar as penas privativas de liberdade continuam.

²²⁰ CONDE, Francisco Muñoz Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 131.

3.3 – Teoria Mista ou Unificadora da Pena

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Os unificadores procuram reunir aspectos importantes das teorias anteriores, destacando suas imperfeições e buscando uma conciliação entre os seus escopos.

Na verdade, as teorias mistas são o meio termo entre a teorias absolutas e as teorias relativas, para as teorias mistas, a pena tem duas razões: a retribuição, manifestada através do castigo; e a prevenção, como instrumento de defesa da sociedade.

Merkel foi, no começo do século, o iniciador dessa teoria eclética na Alemanha e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante²²¹.

Consoante a lição de Zaffaroni e Pierangeli²²², as teorias relativas "são as mais difundidas na atualidade e, por um lado, pensam que a retribuição é impraticável em todas as suas conseqüências e, de outro, não se animam a aderir a prevenção especial".

Conforme Mir Puig²²³, a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, isto é, às soluções sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Afirmam que o aspecto unidimensional não consegue abranger a complexidade dos fenômenos sociais importantes ao Direito Penal, com conseqüências graves para a segurança e os direitos humanos fundamentais.

²²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 132.

²²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002., p. 120.

²²³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Barcelona: Ed. Bosch, 1976, p. 85.

Em conformidade com Luiz Regis Prado²²⁴, devemos reconhecer que a adoção de uma teoria unitária da pena coaduna-se, de modo incontestado, com as exigências de um Estado democrático e social de Direito, na medida em que fornece sólido amparo à necessidade de proporcionalidade dos delitos e das penas, barreira infranqueável ao exercício do *ius puniendi*. O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa.

Cabe assinalar que esta orientação estabelece diferença entre fundamento e fim da pena de maneira marcante.

Quanto ao seu fundamento, a sanção penal não deveria fundamentar-se em nada que não seja o fato praticado, ou seja, o delito. Assim, afastam-se os princípios preventivos da pena, pois não pode dirigir a pena a um fato que ainda não foi praticado, de modo que se ofenderia a dignidade do homem se tentasse cominar a ele uma sanção, ainda que abstrata, por algo que ele não teria cometido, se é que viria a cometer.

Quanto ao fim, estas teorias centralizam o fim do Direito Penal na idéia de prevenção. A retribuição, em suas bases teóricas, seja através da culpabilidade ou da proporcionalidade (ou de ambas ao mesmo tempo) desempenham apenas um papel limitador das exigências de prevenção.

Portanto, o único e justificável fundamento para a imposição da pena é o cometimento do delito, sendo que a execução da pena deve ser calculada de forma justa, em respeito aos direitos humanos, e que essa atribuição irá de forma ou de outra, cumprir também a sua função preventiva, seja geral ou especial. Dessa forma, admitem o caráter retributivo da pena, mas colocam como finalidade primeira da pena a educação e a correção do delinqüente.

²²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6ª. ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 566 e 567.

Segundo Mir Puig,²²⁵ essa teoria atribui ao Direito Penal uma função de proteção à sociedade e, é a partir desta base que as correntes doutrinárias diversificam-se em duas direções básicas. Parte da doutrina, de posição conservadora, representada pelo Projeto Oficial do Código Alemão de 1962, acredita que a proteção da sociedade deve ter como base uma justa retribuição, e que, a prevenção tem apenas um papel complementar.

De acordo com Francesco Carnelutti²²⁶, o fim principal da pena não poderia ser outro senão a retribuição como reação contra o delito, expressada através da expiação ou da vingança, ressaltando, no entanto, que a pena tinha um fim secundário, acessório, que consistia na prevenção especial, de evitar que o réu voltasse a delinquir.

Para outra parte da doutrina, denominada progressista, representada pelo Projeto Alternativo Alemão de 1966, a função da pena é a de proteção da sociedade, ou seja, a proteção de bens jurídicos, e à retribuição teria apenas o papel de ser o limite máximo de exigências de prevenção, impedindo que tais exigências elevem a pena para além do merecido pelo fato praticado.

Neste diapasão, tem-se que as teorias mistas aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores de intervenção penal, a pena não pode, assim, ir além da responsabilidade pelo fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial.

Certamente, que a pena é uma necessidade social, *ultima ratio legis*, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobretudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa,

²²⁵ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 133.

²²⁶ CARNELUTTI, Francesco. **O Delito**. São Paulo: Péritas, 2002, p. 17 e 18.

inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática, do autor do fato punível).

Percebemos que a teoria unificadora possui dois momentos. Em um primeiro período, propunha apenas a justaposição das finalidades retributiva e preventiva. Em um segundo momento, propôs estabelecer fins preventivos de acordo com o estágio da norma. Esta última concepção é que tem maior alcance na atualidade, sendo, inclusive, adotada pelo Código Penal Brasileiro vigente, em seu artigo 59:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme **seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime** (sem grifos no original).

Os objetivos reais do aparelho carcerário e do sistema punitivo, conforme Juarez Cirino dos Santos²²⁷, não são a compensação da culpabilidade pela expiação aflitiva do crime, segundo a teoria da retribuição; ou a ressocialização do condenado através da aplicação de técnicas terapêuticas determinadas, de acordo com a teoria da prevenção especial; ou ainda a intimidação geral pela ameaça penal, conforme a teoria da prevenção geral. Esses são objetivos aparentes, difundidos pelos ideológicos da repressão, adotados pelos juristas tradicionais. Os objetivos reais da pena privativa de liberdade e do aparelho carcerário seriam: o controle repressivo dos inimigos de classe do Estado capitalista, ou seja, o controle das classes dominadas, em geral, e os marginalizados no mercado de trabalho, em especial; a garantia da divisão de classe, mediante a separação força de trabalho e meios de produção, origem das desigualdades sociais, características das relações de produção capitalista; a produção de um setor de marginalizados e criminalizados, que seriam os reincidentes e rotulados como criminosos, em geral, estes estão

²²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: E.d Forense, 1985, p. 291.

marcados pela posição estrutural (fora do mercado), e institucional (dentro do sistema de controle), como amostra do que acontece aos que recusam a socialização pelo trabalho assalariado.

Contudo, segundo Roxin²²⁸, nessas teorias, ao tentar agregar em uma, três teorias distintas, irá, com certeza, fracassar, pois destruiria a lógica de cada concepção, além de aumentar o âmbito de aplicação da pena, conforme o autor: “a simples adição não só destrói a lógica imanente à concepção, como também aumenta o âmbito de aplicação da pena, que se converte assim em meio de reação apto a qualquer emprego. Os efeitos de cada teoria não se suprimem entre si, absolutamente, mas, ao contrário se multiplicam”. Isso, segundo Roxin, é inaceitável, mesmo que teoricamente.

De acordo com Emilio Octavio de Toledo y Ubieto²²⁹:

[...] mais problemático que a maneira de combinar , segundo cada autor ou grupo de autores, as várias funções atribuídas à pena, é o caráter de cada uma delas: são tão contraditórios entre si que existe, inclusive, discrepância sobre onde ocorre disfuncionalidade ou antinomia fundamental, se entre retribuição (culpabilidade) e prevenção ou entre prevenção geral e prevenção especial.

3.4 – Teoria da Prevenção Geral Positiva

A teoria da prevenção geral positiva adveio da insatisfação com as demais teorias. Esta teoria apresenta duas subdivisões: prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora. Num primeiro momento, essa insatisfação gerou a teoria mista, em que se

²²⁸ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2ª. ed. Coimbra: Vega Universidade, 1993, p. 110.

²²⁹ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 134.

deixa de considerar a pena como uma exigência ética de justiça – conceito retributivo – sendo que a retribuição era considerada apenas na aplicação da pena, como limite à aplicação.

Conforme supramencionado, a teoria mista tentou unificar as teorias até então existentes, entretanto, alguns conceitos eram incompatíveis entre si, conceitos de prevenção geral, de prevenção especial e de retribuição não poderiam conviver harmoniosamente, sendo inevitável o confronto de algumas concepções peculiares a cada teoria. De modo que, aquilo que era pertinente à prevenção geral, poderia não sê-lo para a prevenção especial ou para a retribuição. Tais problemas eram verificados no momento da cominação penal ou da aplicação da pena.

Neste diapasão, a doutrina dedicou-se a investigar outras alternativas para a teoria dos fins da pena, surgindo assim a teoria da prevenção geral positiva, nas suas duas nuances, com a finalidade de eliminar essas antinomias. Santiago Mir Puig²³⁰ é um dos grandes defensores, na Espanha, desta teoria.

3.4.1 – Teoria da Prevenção Geral Positiva Fundamentadora

Um dos principais representantes desta teoria, Welzel,²³¹ entende que o Direito Penal possui uma função ético-social, para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica.

Para Welzel²³², “é missão do Direito Penal amparar os valores elementares da vida em comunidade”, portanto, a mais importante missão do Direito Penal é de natureza ético-social. Segundo o autor, há alguns valores que norteiam toda a atividade jurídica, e constituem o

²³⁰ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 134.

²³¹ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 1º. ed. Campinas: Editora Romana, 2003, p. 98.

²³² WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 1º. ed. Campinas: Editora Romana, 2003, p. 98.

substrato ético-social das normas de Direito Penal. Dessa maneira, a finalidade do Direito Penal é assegurar que esses valores estejam constantemente garantidos, mediante a ameaça de aplicação da pena.

Desta forma, ao cominar a pena, o Direito corrobora a existência; a validade; a vigência; de tais valores, restando robustecido o indivíduo e seu juízo ético-social.

Portanto, o Direito Penal tenta evitar possível lesão aos bens jurídicos, além de amparar o valor que eleva esse bem ao posto de bem tutelado pelo Direito Penal. Assim, a finalidade primeira do Direito Penal seria a asseguaração da validade, da observância, do valor informador da norma, dos valores do “atuar segundo o pensamento jurídico”, sendo secundário a tutela do bem jurídico.

Para Welzel²³³, a proteção de bens jurídicos constitui somente uma função de prevenção negativa, sendo que, conforme supramencionado, a função mais importante do Direito Penal é de caráter positivo-ético-social, alcançada da seguinte forma:

Ao proscrever e castigar a violação de valores fundamentais, o Direito penal expressa, da forma mais eloqüente da que dispõe o Estado, a vigência de ditos valores, conforme o juízo ético-social do cidadão e fortalece sua atitude permanente de fidelidade ao Direito²³⁴.

Portanto, materializada a conduta punível, prevista abstratamente pela norma penal, a forma existente para ratificar que esta persiste não é outra que sua implacável aplicação. Na verdade, a posição defendida por Welzel é bem próxima à teoria da prevenção geral.

Kaufmann²³⁵ entende que esta função ético-social atribuída por Welzel ao Direito Penal deve ser entendida como um “aspecto positivo da prevenção geral, caracterizada como uma

²³³ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 1º. ed. Campinas: Editora Romana, 2003, p. 98.

²³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 135.

²³⁵ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 136.

socialização dirigida a uma atitude fiel ao Direito”. Kaufmann destaca três elementos importantes da prevenção geral: um de tipo informativo (o que está proibido), outro de manutenção da confiança (na capacidade da ordem jurídica de permanecer e impor-se), e o terceiro representado pelo fortalecimento de uma atitude interna de fidelidade ao Direito. O autor não concorda ainda, que a retribuição justa deva substituir a prevenção geral positiva; acredita que a retribuição é pressuposto da prevenção geral positiva.

No mesmo sentido, Hassemer concorda que o conceito de Welzel é bem próximo ao que se chama de prevenção geral, mas, para ele, ao conceito de prevenção geral é inerente uma função limitadora da intervenção penal²³⁶.

Outro importante representante dessa corrente, Jacobs, com uma posição semelhante a de Welzel, na medida em que ambos acreditam em buscar na coletividade sua manutenção fiel aos mandamentos do Direito, contudo, diferentemente de Welzel nega que com isso se queira proteger determinados valores e bens jurídicos de ações que venham a violá-los.

Para Jacobs, ao Direito Penal corresponde garantir a função orientadora das normas jurídicas, dessa forma, as normas jurídicas buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como uma orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais.

Dessa forma, segundo Jacobs²³⁷, o Direito Penal tem o objetivo de estabilizar e de institucionalizar as vivências sociais, o que leva a ser um orientador da conduta a ser mantida pelo grupo social.

A prevenção geral fundamentadora, de acordo com Miguel Reale Júnior²³⁸, tem como

²³⁶ HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: ESPM, 1993, p. 102.

²³⁷ Apud OLIVEIRA, Frederico Abrahão. **Penas, Medidas de Segurança e Sursis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 29.

²³⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 55.

idéia de reafirmação do ordenamento, cria para o Direito Penal uma função ético-social de garantia de valores e para a pena a função de reafirmar a ordem violada, reforçando junto aos membros da coletividade a validade das normas. Conforme aponta o autor, esta concepção aproxima-se da teoria hegeliana, para a qual a pena é negação da negação do direito.

Ainda merecedora de destaque é "a posição axiológica-concreta" de Reale Júnior²³⁹ quanto à pena, segundo a qual, a pena seria um castigo que se justifica como reafirmação de um valor consagrado na lei e cuja finalidade é a de retribuir com um mal a ação intentada contra o valor descrito legalmente. Para o autor, embora não considere que a prevenção instrumentaliza o homem, não concorda com a exemplaridade da pena, afirmando apenas que ela pode ser intimidativa. Segundo sua ótica, tanto a idéia de reafirmação do ordenamento, como a finalidade preventiva especial são efeitos *co-laterais* da pena de prisão, podendo a finalidade ressocializadora estar presente tão somente na aplicação da pena restritiva de direitos.

Importante dizer ainda, que a norma não deixa de existir porque foi violada, pois caso deixasse, a confiança na norma e sua função orientadora estariam abaladas.

De acordo com Mir Puig²⁴⁰:

Quando ocorre a infração de uma norma, convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo a sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança da norma e sua função orientadora. A pena serve para destacar com seriedade e de forma clara para o infrator, que a sua conduta não impede a manutenção da norma. Assim enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.

Mir Puig²⁴¹ foi um dos críticos desta teoria, criticou principalmente, a idéia defendida por

²³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 56.

²⁴⁰ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 136.

Jacobs, pois estaria se obrigando a utilizar-se da norma penal, mesmo quando a proteção do bem jurídico em questão fosse desnecessária, baseado na idéia tradicional de prevenção geral ou de prevenção especial. Outra crítica é com a função única do Direito Penal, pois se a função única do Direito Penal fosse a de confirmar a confiança na norma, não seria necessária a imposição de um mal ao agente que infringiu a norma, já que o que se estaria buscando não é a intimidação, mas apenas evitar que recaiam dúvidas a respeito da vigência da norma violada.

Conforme Baratta²⁴² a teoria não explica por quê a estabilização das expectativas deve ocorrer através da imposição da pena e não de um outro meio qualquer menos agressivo e funcionalmente equivalente. Outra crítica é de caráter extra-sistemático, a teoria de Jacobs só vem a confirmar a moderna tendência de se utilizar cada vez mais do Direito Penal como solução aos problemas sociais, através da intensificação da resposta penal diante dos problemas estranhos à ciência penal, estando no campo social, na contramão da história do Direito Penal, que vem buscando se inspirar na criminologia crítica e nos movimentos por uma reforma radical e alternativa do Direito Penal.

Luzón Peña²⁴³ também critica a proposta de Jacobs. Para Luzón Peña, a substituição de uma prevenção geral, em sua versão intimidatória, pela prevenção socialmente integradora é simplesmente uma regressão, que se pode constatar em dois aspectos distintos: de um lado, porque as exigências de pena que faz a sociedade pode, em alguns casos, ultrapassar os limites estabelecidos pela teoria da prevenção geral. Por outro aspecto, a substituição de uma prevenção geral, no modelo tradicional, denominada irracional, por um conceito de prevenção integradora

²⁴¹ MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas e antijuridicidad penal. Disponível em: < [http: www. Mundojuridico.adv.br..html](http://www.Mundojuridico.adv.br..html) >. Acesso em: junho de 2006.

²⁴² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 2º. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

²⁴³ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 138.

ou estabilizadora, presumidamente racional, é definitivamente infeliz, visto que a primeira é suscetível de fundamentação, controle e emprego absolutamente racionais, enquanto que a segunda, nos dizeres de Luzón Peña, “não é nada mais do que uma racionalização de algo subjacente e inconsciente: impulsos, agressividade e emoções de caráter claramente irracionais”.

Nas palavras resumidas de Cezar Roberto Bitencourt²⁴⁴:

[...] a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da tória da pena. É criticável também a sua pretensão de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado Social e Democrático de Direito. É igualmente questionável a eliminação dos limites do *ius puniendi*, tanto formal como materialmente, fato que conduz a legitimação e desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.

A última crítica é que nesta teoria, o Direito Penal carece de conteúdo e funções intrínsecas específicas, isto porque este conceito se manipula de forma a garantir as expectativas, agindo aleatoriamente a especificidade própria do Direito Penal, enquanto meio de controle formal que está condicionado a múltiplos limites e garantias.

3.4.2 A Prevenção Geral Positiva Limitadora

Os defensores desta teoria entendem que a prevenção geral deve expressar-se como sendo o limitador do poder punitivo do Estado, isto é, o Direito Penal deve comparecer como mais uma forma de controle social.

Neste diapasão, esta orientação teórica entende o Direito como uma maneira a mais de controle social, entretanto, o Direito Penal se diferencia das demais devido a sua formalização.

²⁴⁴ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 138.

A pena possui como finalidade a prevenção geral (intimidatória, limitadora), enfocando ainda a prevenção especial, no concernente à ressocialização do criminoso, que carece de um processo interativo (indivíduo-sociedade) tudo com o Estado agindo dentro de limites que permitam a garantia dos direitos de todos.

Conforme Hassemer²⁴⁵, a pena se submete a determinados pressupostos e limitações, às quais não se subordinam as demais sanções. A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais. E ainda:

[...] através da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancionar o delito. Não faz parte do caráter da pena a função de resposta ao desvio (o Direito Penal não é somente uma parte do controle social). A juridicidade desta resposta (o Direito Penal caracteriza-se por sua formalização) também pertence ao caráter da pena.

A formalização do Direito Penal ocorre quando há vinculação com as normas e tem por objetivo limitar a intervenção estatal, como meio de se assegurar os direitos humanos fundamentais. Assim, a não ser que se trate de um Estado Totalitário, o Estado não pode invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, mesmo que este tenha cometido um delito. Os princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, etc. são os limites materializados que o Estado deve respeitar ao atuar punitivamente. Dessa forma, é importante ainda, integrar todos esses limites, harmonizando suas eventuais contradições, para que assim o Direito Penal atue de acordo com os princípios e valores presentes em um Estado Social e Democrático de Direito.

A função da pena, segundo Hassemer²⁴⁶, é a prevenção geral positiva:

²⁴⁵ HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: ESPM, 1993, p. 136.

²⁴⁶ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 140.

[...] a reação estatal perante fatos puníveis, protegendo, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. Proteção efetiva deve significar atualmente duas coisas: a ajuda que obrigatoriamente se dá ao delinqüente, dentro do possível, e a limitação desta ajuda imposta por critérios de proporcionalidade e consideração à vítima. A ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena: a prevenção geral positiva. No fim secundário de ressocialização fica destacado que a sociedade co-responsável e atenta aos fins da pena não tem nenhuma legitimidade para a simples imposição de um mal. No conceito limitador da responsabilidade pelo fato, destaca-se que a persecução de um fim preventivo tem um limite intransponível nos direitos do condenado.

Portanto, uma teoria da prevenção geral positiva além de apresentar os limites necessários para os fins ressocializadores poderá melhor fundamentar a retribuição pelo fato.

A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático. A pena, sob este sistema estatal, teria reconhecidas, como finalidades, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites além dos quais não representaria a “afirmação de um Direito social e democrático, mas exatamente a sua negação”²⁴⁷.

²⁴⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 141.

4. Aplicação da Pena em Conformidade com o Princípio da Proporcionalidade e Controle do Poder Punitivo do Estado.

O direito de punir do Estado nasce da violação de um bem juridicamente tutelado. Neste momento, o Estado, como guardião da ordem jurídica, deve exercer a sua tutela jurisdicional, para tentar restabelecer a ordem que não foi respeitada.

Neste diapasão, é dever do Estado a aplicação de alguma sanção, que poderá ser uma pena, entretanto, a finalidade dessa pena, conforme supramencionado, é bastante controverso. Contudo, há um ponto pacífico entre as várias teorias que tentam explicar as funções e as finalidades das penas, qual seja, a pena quanto à sua aplicação deverá respeitar a culpabilidade na medida exata do autor, como também o princípio da proporcionalidade, pois somente assim a pena poderá ser considerada como legítima e não arbitrária.

Portanto, uma das formas de tentar limitar a violência punitiva do Estado, exercendo assim um controle sobre o poder punitivo do mesmo, é através do princípio da proporcionalidade. Por este princípio, entende-se que é necessário que haja uma proporção entre a gravidade do injusto praticado e a consequência jurídica incumbida ao delinqüente.

No entanto, o princípio da proporcionalidade é ainda mais complexo, pois não basta que se observe uma proporção entre o injusto e a pena, é necessário ainda, a adequação dos meios utilizados para se alcançar o fim pretendido. Dessa forma, se o fim pretendido é a ressocialização, fundamental é, atentar se a pena ressocializará ou não o criminoso; ou ainda, se o fim é a prevenção, é necessário observar se a pena realmente intimidará a prática de novos delitos.

Há, portanto, a exigência de causalidade entre o meio a ser empregado e o fim a ser alcançado. Assim, o fim alcançado, necessariamente deve estar atrelado ao meio utilizado, devendo o fim ser resultado do meio.

Percebe-se dessa forma, que se o fim é a ressocialização, não será legítimo a aplicação de qualquer pena que não tenha essa finalidade, portanto, mesmo que o ordenamento jurídico preveja para um determinado caso a aplicação de uma sanção que não possui o intuito de ressocializar, sem dúvida alguma, esta não deverá ser aplicada em detrimento do princípio, isto porque, evidente que a lei não pode ir contra o princípio. Poderá sim, se buscar por outra medida que atinja a finalidade de ressocialização.

Evidente que, o Estado tem que se direcionar fundamentalmente no sentido de dar aplicabilidade efetiva às garantias penais, fazendo-as valer direta e imediatamente contra leis ordinárias e mecanismos outros que as negam ou as restrinjam.

Outro aspecto importante do princípio da proporcionalidade é a necessidade, ou seja, deve-se analisar, se a medida adotada é realmente indispensável ao indivíduo, se houve a opção pela medida mais eficaz e menos gravosa ao caso concreto.

A medida torna-se necessária quando não houver como escolher um outro meio tão eficaz quanto o escolhido, ou seja, quando não houver outro meio que limite em menor grau o direito fundamental. Assim, é imprescindível questionar se a medida restritiva de direitos aplicada ao caso em tela é necessária para a preservação do direito ora infringido, se não há outro meio tão eficaz quanto e menos nocivo. A idéia é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menos possível.

Neste diapasão, apenas se deverá utilizar a pena privativa de liberdade, quando não houver outro meio tão eficaz quanto, para se atingir o fim pretendido.

Percebe-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade envolve três idéias principais inseparáveis: a adequação da medida aplicada, a proporção em sentido estrito da medida ao mal causado e a verificação da necessidade da aplicação da medida.

Imprescindível, portanto, é a aplicação do princípio da proporcionalidade, no momento da cominação da pena, pois é ela que indicará o caminho para se atingir uma medida necessária, adequada e proporcional, ou seja, é ela que indicará a medida justa. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade jamais deve ser olvidado na pena privativa de liberdade, pois é uma das penas mais onerosas do nosso ordenamento jurídico, através dela se limita um dos direitos fundamentais mais importantes, a liberdade.

Roxin chama a atenção para o fato de que, em muitos casos, a pena acaba por fazer perder-se o agente no todo, em lugar de ser útil para a sua inserção na sociedade.

Kaufmann também observa os males que a prisão pode causar ao indivíduo quando afirma que “o preso é incapaz de viver em sociedade com outros indivíduos, por se compenetrar tão profundamente na cultura carcerária, o que ocorre com o preso de longa duração. A prisionação constitui grave problema que aprofunda as tendências criminais e anti-sociais”²⁴⁸.

²⁴⁸ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 36.

Uma das manifestações da violência punitiva do Estado é justamente quando o mesmo, sem maiores análises do injusto praticado, do delinqüente e desrespeitando o princípio da proporcionalidade, agindo de forma a apenas fazer valer a sua força punitiva, comina sem maiores fundamentos e finalidades a privação da liberdade, como se esta pena fosse o remédio para todo o mal, e sem dúvida alguma não há um remédio que está apto a curar todos e quaisquer mal, segundo Foucault²⁴⁹ “[...] se eu traí o meu país, eu sou preso; se eu matei meu pai, eu sou preso; todos os delitos imagináveis são punidos da maneira mais uniforme. Tenho a impressão de ver um médico que, para todas as doenças, tem o mesmo remédio”.

Certamente que, a pena privativa de liberdade, conquanto mantenha o delinqüente em convívio direto com os criminosos muitas vezes cruéis, não poderia servir para os fins a que persegue, sendo inútil para promover a ressocialização; ocorre justamente o contrário, o que se vê é que ela favorece a criminalidade serve de “especialização do crime”, embrutece e estigmatiza o condenado.

Sérgio Salomão Shecaira visualiza muito bem este quadro:

A utilização da pena privativa de liberdade como forma extremada de controle social – opção adotada pelo Estado brasileiro para controle da *deviance* primária – produz uma conseqüência deletéria no tecido social. Em um processo em espiral, acaba por produzir uma *deviance* secundária geradora do processo estigmatizador do cidadão. Submetidos tais “eleitos”, pelo Estado, a um processo ritualizado, agravado pela atualização descontrolada da mídia, que constitui-se em uma verdadeira “cerimônia degradante”, e levados às instituições totais em que se aprofunda o processo de mortificação, despersonalização, humilhações e profanações do eu, tem-se a polarização em torno do papel desviante com a *rolengulfiment* vivenciada na carreira criminal.

Conclui-se assim, que o aprisionamento, na maioria das vezes acirra ainda mais a criminalidade e a violência, é por isso a necessidade de ter sempre em vista o princípio da proporcionalidade, ou seja, aplicar a pena privativa de liberdade apenas nos casos necessários,

²⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 63.

quando este for o meio adequado para se alcançar a ressocialização, e ainda na medida proporcional ao delito praticado.

Também para Damásio de Jesus²⁵⁰, a prisão muitas vezes surte o efeito contrário, sendo um instrumento de favorecimento à criminalidade, propõe ainda aplicação de medidas alternativas em respeito ao princípio da proporcionalidade:

Existem cada vez mais dúvidas sobre se a prisão permite reabilitar os delinquentes. Diz-se amiúde que a prisão pode converter os delinquentes em criminosos ainda piores e que, por essa razão, a cadeia deve ser reservada àqueles que praticam delitos mais graves e sejam perigosos. A prisão, que por si mesma é dispendiosa, acarreta outros custos sociais. Muitos países enfrentam o problema de superlotação carcerária. Nos estabelecimentos penais em que esse problema é muito grave pode ser impossível dar condições aos presos para que, ao voltar à liberdade, levem a vida sem infringir a lei [...] Por causa desses fatos, acredita-se mais e mais que é melhor impor sanções e medidas não privativas de liberdade como condição para que as penas sejam proporcionais ao delito cometido pelo delincente e propiciem maiores possibilidades de reabilitação e reinserção construtiva na sociedade.

Na verdade, é quase que um consenso que a prisão não consegue cumprir com a sua função ressocializadora, que exerce um papel justamente contrário, especializa o condenado no crime, pequenos ladrões convivem com homicidas, seqüestradores, traficantes entre outros. Entretanto, porque então a sociedade de uma forma geral, continua querendo a prisionação de todo e qualquer criminoso? mesmo quando o magistrado opta pela aplicação de medidas alternativas a pena privativa de liberdade, é obrigado a conviver com a insatisfação popular, que clama por penas duras e hostis? Tudo isto ocorre porque da mesma forma que há um consenso social de que a pena deve tentar ressocializar o criminoso, há o sentimento de vingança que domina majoritariamente a sociedade, com o crime nasce tal sentimento, a pena dura e rude serve justamente para satisfazer a vingança social, é a paixão se sobrepondo à razão.

²⁵⁰ JESUS, Damásio E. de. **Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 213.

Em realidade, a sociedade não pode olvidar que o fenômeno criminológico não é um fenômeno jurídico apenas, mas, antes, sociológico. O crime nasce de uma combinação de fatores, da infração à norma, combinada muitas vezes a uma situação sócio-econômica desfavorável. O injusto é fundamentalmente uma conduta conflituosa, ou ainda, socialmente negativa. Entretanto, deve ser questionado se impor uma pena rigorosa aos responsáveis por aquelas condutas criminalizadas, sem se ater sobre o seu fundamento, isto é, dar uma solução simplista a um problema tão complexo, basta para resolver a questão, ou apenas basta para satisfazer nossa ânsia pela punição.

A sociedade apenas se preocupa com o criminoso enquanto este não está ainda atrás dos enormes muros que os separam, tem-se a sensação que depois que o criminoso é lançado para depois dos enormes muros, nada mais importa, é a sensação de tranquilidade, proteção e segurança enquanto preso o delinqüente.

Na verdade, o cerceamento da liberdade do delinqüente não resolve o problema, os criminosos têm dado lições a duras penas de que esta posição assumida pela sociedade esta totalmente equivocada. No mês de maio, junho e julho deste ano a sociedade brasileira passou por momentos de extremo terror: policiais, bombeiros e agentes penitenciários foram assassinados; prédios públicos sofreram ataques a bomba; ônibus foram queimados; serviços básicos e agências bancárias tiveram seus trabalhos interrompidos; escolas e comércio fecharam a suas portas. Foram no total aproximadamente 160 mortos, vítimas dos 300 atentados cometidos por bandidos que planejaram os ataques justamente atrás do cárcere²⁵¹.

O estopim para a espiral de violência que teve como epicentro a maior e mais rica metrópole brasileira, São Paulo, ocorreu devido à transferência de 765 detentos ligados à facção

²⁵¹ CARNEIRO, Marcelo; PEREIRA, Camila. Terror em São Paulo. **Revista Veja**. São Paulo: Editora Abril, n.º. 20, ano 39, p. 44, 24 de maio de 2006.

criminosa do Primeiro Comando da Capital para a penitenciária de Presidente Venceslau, de regras mais rígidas. A sensação é de que os delinquentes querem comprovar que mesmo aprisionados, conseguem agir, ou seja, é melhor que se preocupem com eles mesmo estando aprisionados. Sem dúvida alguma, é necessário pensar numa finalidade eficaz para a pena de forma urgente.

Segundo Maria Lúcia Karam a idéia da pena, de afastamento do convívio social, de punição, se assenta no maniqueísmo cômodo e simplista que divide as pessoas entre boas e más: o criminoso carrega o estigma de “mau” do “outro”, do “diferente”. Não serão penas rigorosas como a pena de morte ou a privativa de liberdade que conseguirão dar um fim à criminalidade, é a certeza da punição, a aplicação de uma pena ressocializadora, aliada à tentativa de resolução dos problemas sociais, pois o crime é antes de tudo um problema social.

Em relação ao problema impunidade Maria Lúcia Karam se manifesta da seguinte forma:

Quando se fala em combate à impunidade, quando se pedem penas mais rigorosas, quando se apela para a necessidade de maior aparelhamento, de maior eficiência do sistema penal, esquece-se e oculta-se que, na realidade, tal sistema só opera (e só pode operar) marginalmente, em um número reduzidíssimo de casos. A quantidade infinita de crimes, que permanece desconhecida ou impune, não é resultado de questões conjunturais ou de uma eventual deficiência operacional.

Outro problema reside justamente nos direitos e deveres do Estado, até que ponto o Estado pode exigir os seus direitos se insiste em não cumprir com seus deveres? Onde está efetivamente a saúde, a educação, a vida digna assegurada a todos pelo nosso Estado? Certamente é bastante fácil, apontar o dedo e condenar com uma pena rigorosa, atribuindo uma solução simplista e imediatista à criminalidade, no entanto, difícil é estudar o problema mais profundamente, respeitar sua solução complexa que exige longo anos de trabalho para que se torne efetiva.

Para Maria Lúcia Karam²⁵²:

São épocas que exigem os desvios das atenções, para focalizando-as na criminalidade, ocultar fenômenos mais violentos, como , hoje ocorre no Brasil, como a fome, a desnutrição, as submoradias, a falta de saneamento, a caótica situação da saúde pública, as sucessivas políticas econômicas geradoras de miséria e sustentáculos das desigualdade.

Neste diapasão, é bastante complicada a tarefa do magistrado no momento de cominar a pena, pois é dever do mesmo atentar para toda a situação de fato e de direito que cerca o criminoso, em respeito até mesmo às circunstâncias judiciais, como a culpabilidade, que servem de parâmetro e fundamento para a cominação da pena. Na verdade, será o juiz o responsável em dar um conteúdo ético ao Direito Penal, fazendo-o um instrumento de limitação de controle e redução dos níveis da violência punitiva , isto significa:

[...] superar o modelo do juiz “asséptico”, robotizado, “escravo da lei”, [...] é necessário reconhecer e afirmar a inquestionável natureza política da atuação do Poder Judiciário: todo exercício do poder estatal tem conteúdo político. Reconhecido este conteúdo político, podem-se definir objetivos, delineando-se o sentido do exercício do poder contido na função judiciária, de forma à direcioná-lo para um outro caminho, que o coloque a serviço da dignidade da pessoa humana, que o comprometa com as lutas pela transformação social, pela exclusão, conseqüentemente , tornando-o um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva formal e informal²⁵³.

O magistrado poderá ainda se valer do princípio da proporcionalidade, pois ele indicará o caminho que levará ao equilíbrio entre os direitos individuais atingidos pelo Direito Penal e os direitos que a sociedade quer ver protegidos²⁵⁴.

²⁵² KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da Pena: por uma Nova Atuação da Justiça Criminal. in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, V. 2, n.º. 6, p. 117-132, abr./jun. 1994, p. 119.

²⁵³ KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da Pena: por uma Nova Atuação da Justiça Criminal. in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, V. 2, n.º. 6, p. 117-132, abr./jun. 1994, p. 122.

²⁵⁴ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2000, p. 424 e 425.

Segundo Suzane de Toledo Barros²⁵⁵:

A lei, como instrumento de regulação da vida em sociedade, deve propiciar uma existência ao indivíduo considerando o maior espaço possível para o desenvolvimento de sua personalidade e garantindo-lhe as mais amplas possibilidades de suprir suas necessidades, confirmando as palavras de Krueger, para quem já não são os direitos fundamentais que valem na moldura dos direitos fundamentais. A lei tem um claro significado material – não meramente formal - e, quando cuidar de restringir direitos fundamentais, para harmonizar os diversos interesses concorrentes, deve poder ter sua *ratio essendi* testada, ou seja, deve entrar no âmbito do seu controle o problema de se saber se é realmente adequada para conseguir o objetivo em questão. Sob este enfoque, é deveras claro que o princípio da proporcionalidade decorre do Estado de Direito, ou do Estado Democrático de Direito, ou a idéia mesma dos direitos fundamentais.

Portanto, outro ponto importante, é considerar que o princípio da proporcionalidade acaba sendo fundamental para o Estado Social e Democrático de Direito, e para os direitos fundamentais protegidos por este modelo de Estado. É com o auxílio desse princípio que se alcançará à consecução da preservação da dignidade da pessoa humana, valor tido como mais importante, nesse modelo de Estado.

É na persecução da dignidade da pessoa humana que o princípio da proporcionalidade encontra grandeza maior, pois faz com que seja essencial tratar com justiça e equidade o indivíduo que estará sujeito à aplicação da sanção punitiva do Estado, estabelecendo uma relação direta entre o ilícito praticado, a aplicação da pena a que ele está sujeito e a finalidade que se persegue com essa cominação.

Percebe-se que a finalidade fundamental da pena a ser perseguido num Estado Social e Democrático de Direito, que se harmoniza plenamente com a dignidade da pessoa é a ressocialização, pois é através da mesma que o Estado proporciona ao delinqüente a possibilidade de voltar a ocupar seu lugar na sociedade com dignidade, atribuindo-se assim, um conteúdo ético ao Direito Penal, “fazendo-o um instrumento de limitação, controle e redução de níveis da

²⁵⁵ BARROS, Suzane de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2º. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000, p. 96.

violência punitiva, isto significa condicionar sua aplicação à sua função garantidora, entendidas as garantias penais como os princípios que servem para limitar a irracionalidade do exercício de poder punitivo²⁵⁶.

Para Mir Puig²⁵⁷, a função social da pena consiste na possibilidade de participação nos sistemas sociais, oferecendo alternativas ao comportamento criminal.

A concepção moderna tem caminhado no mesmo sentido, ou seja, de atribuir uma função de importância social à pena, qual seja, o de ressocialização, tendo em vista sempre a dignidade da pessoa humana, o Pacto de São José da Costa Rica, é prova incontestável desta afirmação, pois, em seu artigo 5º. que trata do direito à integridade pessoal, 6, determina que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Uma das maiores críticas que se faz hoje é em relação à desnecessidade de alguns delinquentes serem submetidos a tratamento para ressocialização, ou reeducação, pois nestes casos o que restaria seria a impunidade. Bem verdade, que nem todo delinquentes necessita de ressocializar-se; por exemplo, os criminosos de colarinho branco, que se encontram perfeitamente socializados em seu meio. Mas neste caso, devemos dar ao termo ressocialização um significado diverso, qual seja o de fazer com que este tipo de delinquentes passe a proceder em harmonia com os interesses da sociedade por inteiro, e não somente em partes, como ele o faz.

Portanto, entende-se por ressocialização, a possibilidade que se dá ao delinquentes de encaixar-se por completo na comunidade em que vive, submetendo-se ao “consenso” como qualquer outra pessoa o faz, e fazendo com que ele atue com retidão, tendo legitimidade para

²⁵⁶ KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da Pena: por uma Nova Atuação da Justiça Criminal. in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, V. 2, n.º. 6, p. 117-132, abr./jun. 1994, p. 123.

²⁵⁷ Apud DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2º. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 143.

fazê-lo, legitimidade esta que os próprios cidadãos concedem ao Estado, ao se submeterem a ele através do pacto social²⁵⁸.

O Estado é onipresente no que tange à tutela jurídico-penal, talvez seja exatamente por este motivo que, reiterou-se por diversas vezes, o cuidado em se respeitar os direitos humanos fundamentais, já que apenas o Estado pode chamar para si a função de combater a criminalidade e de puni-la, quando for o caso. É este cuidado que caracteriza um Estado pluralista, social, democrático e de Direito.

5. A Desproporcionalidade das Medidas e a Dignidade da Pessoa Humana

Percebe-se que a desobediência aos princípios amparados pelo nosso ordenamento jurídico acaba produzindo realidades surpreendentes, antagônicas, indignantes e desalentadores, que vão de encontro à dignidade da pessoa humana.

Desafortunadamente, o Judiciário brasileiro age rigorosamente atrelado à lei, num positivismo obstinado e sem fundamento. Produzindo decisões contraditórias e até mesmo irracionais, se olvidando que a lei não é a única fonte do Direito. Evidente que é a principal fonte no nosso sistema jurídico, mas a lei deve primeiramente se harmonizar com os princípios e, quando isto não ocorre, a lei deve ser desconsiderada em favor dos princípios, pois são estes a base de sustentação de todo o ordenamento jurídico. Além da lei, temos a doutrina a jurisprudência e os costumes.

²⁵⁸ HADAD, Dariane Andrade. **Funções da Pena. A Função Ressocializadora da Pena e as Medidas Alternativas**. 2004. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de História e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2004, p. 64.

É necessário ainda a preocupação do magistrado com a hermenêutica jurídica, pois é através do estudo deste instituto que é possível buscar pela compreensão que daria o sentido à norma. Isso quer dizer que na norma ou no texto jurídico há sempre um sentido que não está explicitamente demonstrado.

Os princípios também podem servir como norte ao jurista que busca pela aplicação efetiva da Justiça.

Abaixo, verificam-se vários exemplos em que princípios como da igualdade, da proporcionalidade, da insignificância, entre outros são desconsiderados, fazendo culminar no desrespeito à dignidade da pessoa humana. Procura-se apenas pelo império da letra morta da lei.

Entretanto, percebe-se que o Judiciário age com características diferentes conforme cada caso, quando quer até a própria lei é desconsiderada, para fazer imperar interpretações que levam a uma decisão mais “justa”; se for de seu interesse, jurisprudências, costumes e doutrinas também perdem a importância.

Na verdade, a Justiça pode assumir várias características, como complacente, generosa, solidária ou ainda dependendo do caso pode ser rigorosa e severa. São vários os casos inframencionados que faz com que se chegue a esta conclusão.

O ex-deputado federal Roberto Jefferson Monteiro Francisco do Partido Trabalhista Brasileiro, em meados de 2005, confessou o recebimento de 4 (quatro) milhões de reais em dinheiro clandestino, provindo do Partido dos Trabalhadores, para caixa dois de campanha, foi citado ainda como o líder do esquema de corrupção nos Correios, descoberto em meados do mesmo ano. Entretanto, o ex-deputado apenas perdeu o mandato e os direitos políticos por 8 (oito) anos. Evidente que passados os oito anos os readquirirá novamente, quanto à sua liberdade, este continua gozando da mesma.

Num outro caso, processo número 583.50.2004.051.889, que tramitou perante a 25ª Vara

Criminal, do Fórum Criminal Central Barra Funda, Sueli da Silva, 41anos, negra, do lar, primeiro grau incompleto; foi condenada por infringir o artigo 155, *caput*, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal , porque tentou furtar um queijo branco, dois pacotes de biscoito e bisnagas de desodorante num supermercado de São Paulo, a “perigosíssima” criminosa foi condenada a um ano e seis meses de prisão, sendo que desde 30 de junho de 2004 até setembro de 2005 encontrava-se presa, não lhe sendo concedido ainda o direito de apelar em liberdade, talvez devido à sua altíssima periculosidade.

Abaixo tem-se a sentença condenatória:

[...] julgo procedente o pedido, e assim o faço para CONDENAR a ré Sueli Silva ao cumprimento de pena privativa de liberdade de um ano e seis meses de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de pena pecuniária em valor equivalente a treze dias multa, fixados estes em seu valor unitário mínimo, por infringência ao disposto no artigo 155, *caput*, na forma do artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. Indefiro à ré o direito de apelar em liberdade.

Os produtos que Sueli tentou furtar custavam, somados, 30 (trinta) reais. Roberto Jefferson Monteiro Francisco poderia comprar mais de 130.000 kits de queijo, biscoito e desodorante com o dinheiro clandestino recebido.

Paulo Maluf, ex-prefeito de São Paulo, 40 (quarenta) anos de experiência na vida política, foi acusado em outubro de 2005, por formação de quadrilha, corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, a soma das penas mínimas é de 8 (oito) anos de prisão. As investigações do Ministério Público apontam que o valor desviado de contratos de obras públicas na última gestão do ex-prefeito chega a 500 milhões de dólares.

Em um dos processos, pois são vários, a Justiça Federal extinguiu a punibilidade do ex-prefeito em ação penal por crime de evasão de divisas. Por ter mais de 70 anos, Maluf foi beneficiado pelo artigo 115, do Código Penal, que reduz pela metade o tempo em que alguém

pode ser processado.

Paulo Maluf é acusado de improbidade administrativa desde 1970, no entanto, até agora não cumpriu pena, ficando apenas 40 (quarenta) dias detidos, foi libertado no dia 20 de outubro de 2005, graças à concessão de um *habeas corpus* impetrado perante o Supremo Tribunal Federal que decidiu mitigar a súmula 691 para beneficiar o paciente, segundo a súmula: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”.

Portanto, a súmula supracitada impede a concessão de liminar contra liminar, por entender que significa supressão de instância, o que é inconstitucional. Mas o próprio Supremo Tribunal Federal decidiu mitigar a súmula em favor do ex-prefeito, uma vez que Maluf já havia impetrado *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual foi negado.

Outro fato bastante interessante foi a preocupação do ministro Carlos Velloso com a saúde e a dignidade do ex-prefeito, disse ter ficado sensibilizado com Maluf na condição de pai, pois tanto Maluf quanto seu filho encontravam-se detidos, e fez ponderações sobre o seu estado de saúde: “Nós, que somos pais, podemos imaginar o sofrimento do paciente - disse Velloso ao votar”. Sobre a saúde de Maluf, o Ministro disse: “Se ele estiver doente, o tratamento na prisão é deficiente. Se ele estivesse condenado, teria de se sujeitar. Se é uma prisão cautelar (provisória), isso deve ser considerado.”²⁵⁹

Evidente que, os magistrados devem analisar todos os fatos que envolvem o agente, se atrelando mais ao caso concreto do que à própria lei, pois o positivismo rigoroso, acaba por produzir decisões que muitas vezes não se harmonizam com a Justiça, ferindo até mesmo a

²⁵⁹ Disponível em: <<http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/brasil/2005/10/20/jorbra20051020015.html>>. Acesso em: 13 de julho de 2006.

dignidade da pessoa humana. Contudo, porque o sentimento de humanidade, a prudência na decisão, a preocupação dedicada em certos casos apenas?

Infelizmente, Rosimeire Rosa de Jesus, não teve a mesma sorte que o ex-prefeito, o Juiz da 24^a. Vara Criminal do Fórum Criminal Central Barra Funda ao analisar o seu caso, processo número 583.50.2004.062352-2, mostrou todo o seu rigor e severidade ao aplicar a pena de 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 07 (sete) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, sem direito ainda de apelar em liberdade.

Rosimeire tem 35 anos, é negra, manicure e possui o 1^o. grau incompleto. A gravidade de seu crime não foi lesar o patrimônio público numa quantia astronômica estimada em 500 milhões de dólares, como no caso do ex- prefeito. A gravidade do crime reside na mesma querer tomar banho em água quente e para isso tentou furtar uma ducha elétrica de um supermercado, em São Paulo, no valor de R\$ 19,00 reais, sendo enquadrada assim no artigo 155, c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal.

A infelicidade de Rosimeire não acaba aqui, enquanto presa, devido ao flagrante, teve negado um pedido de *habeas corpus* fundamentado na insignificância de seu crime, segundo o princípio da insignificância para que uma conduta seja considerada criminosa, pelo menos em um primeiro momento, é preciso que se faça, além do juízo de tipicidade formal (a adequação do fato ao tipo descrito em lei), também o juízo de tipicidade material, isto é, a verificação da ocorrência do pressuposto básico da incidência da lei

penal, ou seja, a lesão significativa a bens jurídicos relevantes da sociedade. Caso a conduta, apesar de formalmente típica, venha a lesar de modo desprezível o bem jurídico protegido, não há que se falar em tipicidade material, o que transforma o comportamento em atípico, ou seja, indiferente ao Direito Penal e incapaz de gerar condenação ou mesmo de dar início à persecução penal, sendo este o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência. Mas, no caso de Rosimeire, o Judiciário não concedeu a liminar antes de julgar o mérito, desconsiderando dessa forma, a insignificância de seu crime.

No entanto, bem-sucedida foi “Suíça”²⁶⁰, uma chimpanzé que mora há dez anos numa jaula em Salvador, e segundo seus defensores, andava bastante deprimida. Num ato bastante inovador, o Ministério Público do meio ambiente da Bahia, impetrou um pedido de *habeas corpus* em favor da chimpanzé, alega o promotor que assina o *writ*, que pelo fato de Suíça ser geneticamente o primata mais próximo do homem (os genes são 99,6% idênticos), ela não pode ficar enjaulada e precisa receber um tratamento mais digno. A idéia é que seja libertada e transferida para Sorocaba, no interior de São Paulo, onde há um santuário de chimpanzés.

O juiz do caso negou a liminar, mas pediu mais tempo para julgar o mérito da questão. O magistrado quer conhecer melhor as condições da jaula em que vive Suíça, quer obter detalhes

²⁶⁰ PETRY, André. Pior que chimpanzé?. **Revista Veja**. São Paulo: Editora Abril, n.º. 39, ano 38, p. 66, 28 de setembro de 2005.

sobre o tratamento que o bicho recebe no zoológico para então decidir, definitivamente, se lhe concede ou não a liberdade.

Evidente que, tanto o juiz quanto o promotor agem com profissionalismo, interessante o fato de fazer uso das garantias constitucionais que visam proteger seres humanos, para proteger um animal. Ninguém há de se opor ao fato de que os animais também devem ter o direito de serem bem tratados, ou ainda de terem dignidade.

Mas, é perturbadora a impressão de que a Justiça se preocupada mais com a vida de um animal do que com a vida de um ser humano. Sem dúvida alguma, há uma inversão de valores, de desproporcionalidade nas medidas adotadas. A Constituição Federal ampara como valor maior a dignidade da pessoa humana e não a dignidade de um animal. Tanto Rosimeire quanto Suíça estão presos, entretanto, a Justiça examina com mais cautela e generosidade uma medida impetrada a favor de um bicho do que uma medida impetrada para garantir direitos fundamentais a uma pessoa, sendo que foi para esta última que o *habeas corpus* foi criado.

Rosana Evangelista Santos²⁶¹, 36 anos, negra, cinco filhos, foi mais afortunada que Rosimeire, ficou um pouco mais de uma semana presa, pois numa vitória incomum para pobres e negros, a Justiça lhe concedeu o direito de responder o processo em liberdade, foi condescendente com a ré, porque a Pastoral Carcerária suspeita que a mesma seja portadora do vírus HIV. Seu crime: tentou furtar dois pacotes de fraldas descartáveis da loja Bebê Alegria, estimados em R\$ 13,80.

²⁶¹ PETRY, André. A Justiça e a vergonha. **Revista Veja**. São Paulo: Editora Abril, n. 38, ano 38, p. 112, 21 de setembro de 2005.

O caso de Severino Cavalcanti antigo presidente da Câmara dos Deputados, é outro exemplo em que o Judiciário é mais complacente com alguns que com outros, pode-se afirmar que é o Judiciário e não a lei, pois esta é uma letra fria, se ela é injusta, cabe ao magistrado buscar por uma decisão justa baseado nos princípios, nas regras constitucionais, e mais, é necessário buscar um fundamento axiológico, é este que sustenta a decisão judicial enquanto manifestação de uma escolha justa.

O ex-deputado foi acusado em setembro de 2005, pelo empresário Sebastião Buani de cobrar propina, para prorrogar a concessão de um restaurante na Câmara. Ele afirmou que, em troca da exploração do restaurante, entregou ao deputado entre R\$ 110 mil e R\$ 120 mil até 2003. Após o ocorrido, o ex-deputado, renunciou ao seu mandato, evitando assim a sua cassação, e em liberdade, vem se engajando na campanha da Frente Popular, tendo em vista as próximas eleições.

Estarrecedor é o caso de Emilia Gomes Camargo Ferreira, 25 anos, diarista, 1º. grau, mãe de três filhos. A mesma apesar de ser ré primária foi considerada “perigosa, obstinada e destemida”, não lhe sendo assim concedido a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos ou ainda, a suspensão condicional da pena pelo Juiz da 25ª. Vara Criminal do Fórum Criminal Central Barra Funda, no processo número 583.50.2004.004380. Isto porque, a mãe de três filhos tentou furtar basicamente brinquedos, roupas e outros objetos

infantis, sendo o mais caro um carrinho de bebê de R\$ 239,90 e o mais barato um chocalho de R\$ 2,90 de várias lojas localizadas no Shopping Interlagos em São Paulo.

Segundo o Magistrado do caso, que fixou o regime fechado para o cumprimento da pena:

Muito embora seja primária, a ré revelou-se obstinada e perigosa. Destemida por assim não dizer. Como já dito acima, na primeira incursão na vida criminosa, avançou sobre o patrimônio de seis empresas numa única tarde. Sua culpabilidade é acentuada. Não tem limites a atingir seu desiderato. Necessita, pois, manter-se em clausura para reavaliar seus atos e procedimentos, de forma a evitar que volva a incursão na vida criminosa. Demonstra, pois, estar infensa ao convívio social. Assim, a culminar no caráter pedagógico da pena, e ultimando em reprovação eficaz, de molde a que a ré não mais permeie, os meandros da criminalidade.

Realmente, talvez Emília esteja infensa à vida social, pois não aprendeu ainda, que por mais que seus filhos desejem roupas e brinquedos como qualquer criança, se ela não tem condições, deve contentar-se em não pode provê-los, talvez seja também uma criminosa bastante perigosa e destemida, pois conforme os fatos, a ânsia da genitora em satisfazer as necessidades dos filhos é mais forte do que o sentimento de honestidade e de adaptação às regras sociais impostas.

Mas o magistrado do caso de Emilia errou, primeiramente pelo pensamento ultrapassado, aplicando a pena apenas a título de reprovação, como se fosse um castigo, uma retribuição ao mal causado, para que a mesma apreendesse uma lição. Parece que o magistrado se encontra ainda na Idade Média, quando o cárcere servia como mecanismo de penitência e meditação. Não se

indagou se a pena ressocializaria a condenada, e ainda de que forma. Pecou ainda, ao pensar que a clausura servirá para a mesma reavaliar seus atos e procedimentos, certamente neste caso, a prisão apenas servirá para fazer com que a condenada sofra de preocupação com seus filhos, e não com o ato cometido, imaginará que estes também foram condenados em certo sentido, pois padecerão por não terem a presença materna cotidiana, afinal de contas a sua inquietação desde o principio se deu devido a eles, e talvez, por não querer mais se afastar de sua prole não volverá a incursão na vida criminosa.

Emília foi condenada a um ano e oito meses de reclusão e ao pagamento de pena pecuniária em valor equivalente a dezesseis dias multa, sendo lhe indeferido ainda o direito de apelar em liberdade.

Entretanto, o Tribunal agindo com maior bom senso e humanidade reformou a decisão do Juiz de primeira instância condenando a ré a um ano, um mês e dez dias de reclusão, em regime inicial aberto e ao pagamento de dez dias multa.

Certamente, alguns positivistas extremados afirmarão que a Justiça, nos casos de Emilia, Rosimeire, Sueli e Rosana, apenas agiu conforme a lei, sendo o fato típico, aplicou a pena prevista para o injusto praticado, correto ainda foi o indeferimento para que as rés apelassem em liberdade, pois todas foram presas em flagrante delito, até mesmo no caso de Emilia que é ré primária não se verifica o direito de apelar em liberdade, isto porque o artigo 594 do Código de Processo Penal impede tal procedimento.

Entretanto, é preciso refletir se os magistrados dos casos, ao aplicar a lei duramente, não desobedeceram alguns princípios, como o da proporcionalidade, pois não observaram a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da medida aplicada.

Será que se pode afirmar que é adequada a pena privativa de liberdade para alguém que tenta furtar um queijo branco, um pacote de biscoitos e dois desodorantes?

Pode se assegurar também, que é necessário o ônus da perda da liberdade para o agente que tenta furtar objetos para bem-estar de seus filhos?

Ou ainda, é proporcional a aplicação do cárcere como medida para o réu que tentar furtar uma ducha no valor de R\$ 19,00?

Percebe-se que não foi observado igualmente o princípio da insignificância, o que se fosse, tornaria o fato atípico. Todas as condenadas tentaram furtar objetos sem importância, de pouco valor.

Em contrapartida, muitas pessoas imaginarão que nem todos os objetos eram para satisfazer necessidades básicas, afinal, pessoas pobres podem ficar sem banho quente, sem desodorante, crianças pobres podem passar sem brinquedos e enquanto à fralda, esta não precisa ser necessariamente descartável. Mas, bem verdade também que pessoas de melhores condições consideram tais produtos essenciais, contudo, para pobre tais produtos não podem ser considerados como fundamentais.

A Justiça atenta assim contra a liberdade de Rosimeire, Rosana, Sueli e Emilia, desrespeitando facilmente seus direitos fundamentais, atacando dessa forma sua dignidade.

Outro princípio que por não ser acatado, e assim acaba produzindo procedimentos e decisões conflitantes, para não dizer revoltantes, é o princípio da igualdade. É bastante claro que há diferença de tratamento pelo Judiciário, conforme a condição social do agente. Caso o acusado seja de uma classe abastada, percebe-se uma maior cautela do Judiciário com seus despachos e decisões, além dos exemplos já citados, pode-se aludir ainda ao caso de Osvaldo dos Reis Mutran, onde Justiça foi bem mais maleável.

Osvaldo é conhecido como Vavá, , chefe da família Mutran, maior exportadora de castanha-do-pará do país, são donos de diversas fazendas na região sul do Pará.

A família Mutran já foi multada em R\$ 1.350.440,00 (um milhão trezentos e cinquenta mil e quatrocentos e quarenta reais) pelo Ministério do Trabalho pela comprovação e reincidência de trabalho escravo em suas fazendas. A família é acusada de manter trabalhadores em regime de escravidão em suas fazendas há mais de 20 anos²⁶².

Em 1992, o então deputado estadual Osvaldo dos Reis Mutran assassinou um fiscal da Receita Federal que havia detido um de seus caminhões carregado de gado, sem nota fiscal. Mutran foi condenado a dez anos de reclusão. Ele cumpriu parte da pena e foi solto, isto porque foi premiado com um indulto.

Como se não bastasse, em 2002, foi preso novamente, agora em flagrante, acusado de matar o menino David Ferreira de Abreu Souza, de apenas 8 anos com um tiro na cabeça., no Km 07 em Nova Marabá. O crime ocorreu quando algumas crianças brincavam em frente à uma

²⁶²Disponível em: <<http://ww1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u62910.html>> . Acesso em: 02 de agosto de 2004.

das fazenda de Mutran. Irritado, o fazendeiro teria saído com um revólver 38 e atirado no menino que tentava fugir. Segundo testemunhas, Mutran ainda teria chutado o corpo da criança, dizendo que "corresse agora". O crime foi definido como homicídio duplamente qualificado, uma vez que a motivação do assassinato foi torpe e a criança não teve meios de se defender. O processo tramitou perante a 5ª. Vara Criminal de Marabá, sendo que o julgamento foi marcado para 24 de agosto de 2005.

Apesar de preso em flagrante, Mutran negou ter cometido o crime, que imputou a um caseiro seu que nunca foi encontrado. A defesa também alegou que as testemunhas de acusação – uma das crianças que brincava com a vítima, um sargento da Polícia Militar, a quem Mutran teria dito ser o dono da arma do crime, e uma pessoa que passava próxima ao local e ouviu o tiro – não afirmaram categoricamente a culpa do fazendeiro, em cujas mãos também não teriam sido detectados vestígios de pólvora.

Por incrível que parece, Mutran foi absolvido do crime em que foi autuado em flagrante pelo Conselho de Sentença do Júri por cinco votos a dois. Importante dizer que, o julgamento começou atrasado e tumultuado pelo não comparecimento de mais da metade dos jurados convocados, o que forçou a escolha de novos membros do júri. Talvez não soe tão surpreendente, quando se tem conhecimento do fato de que a nora de Mutran, Ezilda Pastana, é juíza em Marabá, sendo que seu marido Osvaldo Júnior, filho de Mutran, é vereador, e seu outro filho, Nagib Mutran Neto foi prefeito da cidade, tendo ainda um sobrinho ex-vereador.

Para demonstrar ainda claramente que perante a Justiça não somos todos iguais, sendo que a mesma é mais maleável e compreensiva com alguns, , podemos citar o caso de Francenildo

Costa, o caseiro que fez com que o ministro da fazenda Antonio Palocci Filho renunciasse em março deste ano.

Francenildo Costa teve seu sigilo bancário violado após denunciar no dia 16 de março deste ano para a Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos, que via o ex-ministro na mansão em que era caseiro, localizada no Lago Sul em Brasília, lugar este bastante suspeito, pois ali se partilhava dinheiro de origem desconhecida, além de ser local de reuniões para tratar de interesse dos amigos e ex-auxiliares de Ribeirão Preto do ex-ministro, ocorriam também na mansão festas secretas com bastante bebidas e mulheres.

Na quebra do seu sigilo bancário foi detectado um depósito no valor de R\$ 25.000,00 que Francenildo diz ter recebido de seu pai biológico, o pai biológico confirma e o rastreamento do dinheiro comprova que o trajeto foi este mesmo²⁶³.

Entretanto, a juíza Maria de Fátima Pessoa Costa, da 10ª Vara da Justiça Federal de Brasília, entendeu que a polícia deve investigar cuidadosamente a suspeita de que o caseiro pode estar envolvido com lavagem de dinheiro, pois recebe apenas R\$ 700,00 por mês.

Evidente que, pode haver dúvida quanto a esta quantia, afinal, R\$ 25.000,00 na conta corrente de alguém que ganha apenas R\$ 700,00, assim de repente, pode gerar suspeitas.

Contudo, por força do princípio da igualdade que permeia a Justiça, esta deveria atuar no mesmo sentido em casos praticamente idênticos.

Por exemplo, que quebrasse o sigilo bancário de Fábio Luiz Lula da Silva, filho do atual Presidente da República. Fábio é formado em biologia, não exerce a profissão, bastou que seu pai

²⁶³ PETRY, André. Tudo desigual. **Revista Veja**. São Paulo: Editora Abril, n.º 15, ano 39, p. 56, 19 de abril de 2006.

fosse eleito presidente para que este ficasse milionário, recebendo R\$ 15.000.000,00 da Telemar, concessionária de serviço público, era o caso de se investigar.

Outra boa providência seria autorizar a quebra do sigilo bancário de Paulo Okamoto, amigo do atual Presidente da República. Entre 2002 e 2004, ele conseguiu R\$ 24.800,00 para ajudar na campanha de Vicentinho, atual deputado federal pelo Partido dos Trabalhadores; mais R\$ 26.000,00 para pagar uma dívida de Lurian Cordeiro Lula da Silva, filha do atual Presidente da República; e ainda, R\$ 29.400,00 para saldar uma dívida do próprio presidente.

A pergunta que assola a todos é: de onde um simples presidente do Sebrae como Paulo Okamoto conseguiu sucessivas quantias razoáveis em dinheiro? certamente o seu salário como presidente do Sebrae não compõe tamanha generosidade com tantos amigos.

Apesar dos fatos, a Justiça negou duas vezes a quebra do sigilo bancário de Paulo Okamoto. Na última vez, quem assinou o despacho negatório foi o ministro Cezar Peluso, o mesmo ministro que tentou impedir o depoimento de Francenildo da Costa.

O ministro Cezar Peluso, entre outros argumentos, se baseou na “condição cultural” de Francenildo para conceder a liminar, que impediu que o caseiro depusesse na Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos, requerido no mandado de segurança n.º 25885 impetrado perante o Supremo Tribunal Federal.

Conforme o ministro: “[...] seu depoimento em nada ajudaria a esclarecer ou a provar a suposição de que seria dinheiro oriundo de casa de jogo! É o que se presume à sua condição cultural e ao próprio trabalho que a testemunha desempenharia no local apontado”²⁶⁴.

²⁶⁴ PETRY, André. Tudo desigual. **Revista Veja**. São Paulo: Editora Abril, n.º 15, ano 39, p. 56, 19 de abril de 2006

Portanto, os magistrados agora se sentem no direito de julgar a “condição cultural” das testemunhas, analisando se estas têm condições ou não de conhecerem algum fato, pois caso a “condição cultural” da testemunha esteja abaixo do mínimo desejável, evidente que esta não terá inteligência suficiente para fazer alguma afirmação sobre um determinado fato, apesar de ser de seu conhecimento.

Neste diapasão, a conclusão que se pode chegar é que o Judiciário acaba privilegiando alguns em detrimento de outros. Nos casos de Rosimeire, Sueli, Rosana e de Francenildo a Justiça resolveu atuar com mãos de ferro, sendo implacável nas suas decisões. Já nos casos De Roberto Jefferson, Paulo Maluf, Osvaldo Mutran e Paulo Okamoto a Justiça resolveu atuar com bastante razoabilidade. Mas por quê desta atitude? Tal resposta só o Judiciário poderá nos fornecer.

Capítulo IV

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A JUSTIÇA

Sumário: 1. O Princípio da Proporcionalidade como Garantia da Justiça. 2. A Equidade. 3. Os Deveres Éticos e Morais do Juiz. 4. O Juiz e o Caso Concreto. 4.1. A Discricionariedade e a Arbitrariedade 4.2. O Bem Comum.

4 . O Princípio da Proporcionalidade e a Justiça

O tema justiça vem sendo investigado desde Aristóteles e até hoje são vários os autores que tentam defini-la.

São numerosas as afirmações na literatura moderna sobre o que seria justiça, a maioria divergindo no particular, porém possuindo traços comuns.

Henkel²⁶⁵ destaca duas máximas que desde a Antiguidade, fazem parte do princípio de justiça: “dar a cada um o que é seu” e “tratar de forma igual ao essencialmente igual e ao desigual desigualmente na proporção de sua desigualdade”. Engisch²⁶⁶ fala das “tradicionalis idéias formais de igualdade, proporcionalidade e equivalência”, e Fikentscher²⁶⁷ de justiça

²⁶⁵ Apud LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luis Díez – Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 48.

²⁶⁶ Apud LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luis Díez – Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 48.

²⁶⁷ Apud LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luis Díez – Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 48.

igualitária e justiça material. Para Ryffel²⁶⁸, o significado fundamental da palavra justiça reside na suposição de “um ordenamento correto subtraída a arbitrariedade humana, segundo o qual deverá reger o comportamento dos homens”. Segundo Tammelo²⁶⁹, a palavra justo significa uma qualidade valorativa de caráter social, ético e positivo, que refere a cada um, relações correlativas de direito e dever e a distribuição do conveniente. Finalmente Rawls²⁷⁰ entende que homens com idéias diferentes da justiça podem, no entanto, estar de acordo em que as instituições são justas se ao atribuir os direitos e deveres fundamentais, não se estabelece nenhuma diferença arbitrária entre os homens e se as regras produzem um equilíbrio significativo entre as pretensões concorrentes para o bem da vida social.

Larenz entende justiça no sentido estrito como “el procedimiento de la igualdad normatizada”²⁷¹, consiste no igual ser tratado de forma igual e o desigual desigualmente ainda que segundo o critério do igual.

Para Aristóteles, cabe ao juiz observar que as pessoas não são iguais e não receberão coisas iguais. A distribuição deve ser feita de acordo com o mérito de cada um, o que é justo com relação à distribuição, também deve ser com o mérito em certo sentido²⁷².

Tomando Fikentscher como exemplo, podemos fazer a distinção entre a justiça igualitária e a justiça material. Sendo que a justiça igualitária aparece em quase todas as formulações anteriores, percebemos que os demais pontos de vista têm como finalidade a justiça objetiva.

Para haver uma justiça igualitária, fundamental é que o comportamento de todos seja julgado com

²⁶⁸ Apud LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luis Díez – Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 48.

²⁶⁹ Apud LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luis Díez – Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 48.

²⁷⁰ Apud LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luis Díez – Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 48.

²⁷¹ LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luis Díez – Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 33.

²⁷² ÁRISTÓTELES. **Ética A Nicômaco**; tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.111.

as mesmas regras e as mesmas medidas, a partir daí subtraímos a regra que prevalece na maioria das constituições: “todos os homens são iguais perante a lei”.

Portanto, uma das formas visíveis de injustiça seria adotar medidas diferentes para aplicar uma sanção, em atitudes de iguais reprovações, em função do bem jurídico tutelado ser o mesmo.

Dessa forma, verifica-se que, para considerar uma decisão como justa ou injusta, é imprescindível analisar a medida adotada e, ao tratar de medida ideal, é inevitável remeter-se à questão de proporção.

Segundo Aristóteles, “...o justo neste sentido é o meio-termo, e o injusto é o que viola a proporção, pois o proporcional é o intermediário, e o justo é o proporcional”. E ainda, “se os litigantes conseguirem o meio termo obterão o que é justo”²⁷³.

Portanto, para o filósofo, a justiça envolve uma questão de proporção, havendo a exigência de se manter a moderação e a ponderação.

No mesmo sentido é também o entendimento de Karl Larenz²⁷⁴, pois para o jurista, o princípio da proporcionalidade, em seu sentido de proibição da excessividade, é um princípio do Direito Justo que deriva imediatamente da idéia de justiça. Sem dúvida alguma, conecta com a idéia de moderação e de medida justa no sentido de equilíbrio. Segundo o jurista supramencionado: “Una sentencia justa es la que da a cada uno lo que le corresponde”.

Percebe-se ainda, o quão complicado é estabelecer o que seria proporcional, por isso na maioria das vezes é mais fácil de se verificar a injustiça do que a justiça. Segundo o autor: “Por ello, la mayor parte de las veces es más fácil decir que esto o aquello es absolutamente injusto, inadecuado o desproporcionado, que decir que es precisamente lo justo, lo adecuado y lo

²⁷³ ÁRISTÓTELES. **Ética A Nicômaco**; tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, pgs.109 e 111.

²⁷⁴ LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, pgs. 47 e 145.

proporcionado”²⁷⁵. E ainda, “Casi siempre hay un espacio para arbitrio, mas, lo general, puede decirse con bastante seguridad lo que es desproporcionado o excesivo, tras una ponderación de los bienes y una comparación con otros casos”²⁷⁶.

Aristóteles ao tratar do tema demonstrou que para se verificar a justiça ou a injustiça, primeiramente deve haver alteridade (relação do eu com o outro), sendo que o justo será o ponto intermediário, o meio-termo, ou seja, o justo se relaciona com a quantia e quantidade intermediária, ao passo que a injustiça se relaciona com os extremos, com o excesso ou com a falta.

Na justiça corretiva, o justo envolverá quatro requisitos, quais sejam: duas pessoas e dois objetos distribuídos. Fazendo a conexão com o princípio da proporcionalidade, percebe-se que há uma relação lógica entre o princípio e a justiça, uma vez que, para aplicar o princípio, necessariamente deve haver duas partes e cada uma possui um direito. São portanto, dois direitos que a serem sopesados e, é fundamental ainda que haja dois objetos a serem analisados, o meio e o fim, sendo que o princípio procurará um meio-termo, no sentido de tentar encontrar uma medida que atinja o fim de forma mais eficaz possível e, no entanto, que seja o menos gravoso para o indivíduo.

Nesta perspectiva, o princípio da proporcionalidade é um princípio que prima pelo justo, pois “o justo é proporcional, e o injusto é o que viola a proporção. Quanto a este último, um dos termos se torna grande demais e o outro muito pequeno, como efetivamente acontece na prática, pois o homem que age injustamente fica com uma parte muito grande daquilo que é bom, e o que injustamente é tratado fica com uma parte muito pequena”²⁷⁷.

²⁷⁵ LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luís Díez-Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 33.

²⁷⁶ LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**; tradução e apresentação de Luís Díez-Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991, p. 145.

²⁷⁷ ÁRISTÓTELES. **Ética A Nicômaco**; tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.1110

Aristóteles²⁷⁸ demonstra ainda que a reciprocidade não se identifica com a justiça, assim a justiça de Radamanto²⁷⁹: “Se alguém sofrer o mesmo que fez, então a devida justiça terá sido feita”, trata-se na verdade de uma medida injusta, isto porque, a reciprocidade deve fazer-se de acordo com uma proporção e não na base de uma retribuição exatamente igual.

Vejamos um exemplo de uma retribuição proporcional, ou seja, justa, proposta por Aristóteles²⁸⁰: suponhamos que A é um arquiteto, B um sapateiro, C uma casa e D um par de sapatos. O arquiteto deve receber do sapateiro o produto do trabalho deste, e dar-lhe o seu em retribuição. Se houver uma igualdade proporcional de bens e ocorrer uma ação recíproca, o resultado que mencionamos será verificado. Se não for assim, a permuta não será igual, nem válida, pois nada impede que o trabalho de um seja superior ao do outro, e neste caso, os produtos deverão ser igualados.

Do mesmo modo é o direito, para que haja justiça; é imprescindível que o direito a ser restringido tenha um valor menor do direito a ser preservado com a restrição.

Portanto, a realização da justiça dependerá sempre da aplicação do princípio da proporcionalidade, isto porque é através do princípio que se encontrará o meio-termo, ou seja, é através do princípio que se encontrará uma medida que atinja o fim de forma mais eficaz possível e, no entanto, que seja o menos danoso para o indivíduo.

Conclusão

²⁷⁸ ÁRISTÓTELES. **Ética A Nicômaco**; tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.1112 .

²⁷⁹ Na mitologia grega, Radamanto é um dos juizes dos mortos.

²⁸⁰ ÁRISTÓTELES. **Ética A Nicômaco**; tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.113.

Aplicar o princípio da proporcionalidade significa aplicar um direito que vai além da letra fria da lei, é a realização de um “Direito Justo”, porque acolhe os valores e os anseios defendidos pela sociedade, deixa interagir o senso de justiça em detrimento da regra.

Permite ao aplicador do direito interpretar e aplicar a norma jurídica priorizando as legítimas expectativas sociais.

Quando se verificou que o princípio da legalidade não bastava para proteger o homem de arbitrariedades contra os seus direitos fundamentais, lesando assim a sua dignidade, despertou-se para uma nova realidade, qual seja, a regra “por si só não basta”, muitas vezes desprotege com o seu aval. Percebeu-se, assim, a fraqueza do princípio da legalidade, surgindo, neste contexto, o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade surgiu justamente com o intuito de resguardar o homem e seus direitos fundamentais, valorizando a sua dignidade; e, fundamentalmente, buscar pela concretização da justiça.

O princípio se faz fundamental ainda para a realização de uma igualdade material, sendo subsidiária do princípio da igualdade. É através do princípio que se procurará realizar a máxima: “tratar de forma igual ao essencialmente igual e ao desigual desigualmente na proporção de sua desigualdade”.

Neste diapasão, apesar de ser um princípio relativamente recente, pois adquiriu um fundamento dogmático, claro e preciso, apenas em meados do século XX, é um princípio que exige respeito em todas as áreas do direito. Pois é um princípio que se caracteriza fundamentalmente pela busca da justiça, uma vez que procura dar a cada um o que lhe é devido, segundo uma proporcionalidade.

Com efeito, a busca pela justiça deve ser a eterna obsessão do cientista e do operador do direito, pois “nosso dever é lutar pelo Direito; mas no dia em que encontrarmos o Direito em

conflito com a Justiça, lutemos pela Justiça” (Mandamento 4º. do Decálogo do Advogado, elaborado pelo jurista uruguaio Eduardo J. Couture em 1949).

É na persecução de um conteúdo humano para as penas que se propôs esse trabalho, na busca da humanização das penas, a fim de tentar trazer a sociedade, ainda que num raio de aplicação prática pequeno, uma maior preocupação com os direitos humanos, com a dignidade humana.

JUSTIÇA

Por outro lado, como bem destacou Mir Puig²⁸¹, o caráter fragmentário do Direito Penal opõe-se, francamente, à falsa idéia de realização de Justiça a que se referem as teorias retribucionistas. Ao Direito Penal compete, pois, a proteção dos bens jurídicos e não a realização da Justiça. Tal encargo - afirma-se - reclamaria a sanção de todo comportamento imoral ou, ao menos, antijurídico, aspiração que foge das reais pretensões do Direito Penal. A realização da Justiça é uma função praticamente incompatível com aquela atribuída ao Direito Penal, que consiste em castigar, parcialmente, os ataques que tenham por objeto os bens jurídicos protegidos pela ordem legal. O Direito Penal, e por conseguinte a pena, buscam fins bem mais racionais: tornar possível a convivência social. A metafísica necessidade de realizar a Justiça excede os fins do Direito Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

²⁸¹ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 114.

1. Obras

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editor, 1991.

ARISTÓTELES. **Ética A Nicômaco**; tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ASSIS, Toledo, F.de. **Princípios Básicos do Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2 ed., Brasília: Brasília jurídica, 2000.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Cid ,1996.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 3.

BITENCURT, Cezar. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Vítima- Vitimologia**. In **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 77.

BITENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Ed. Universitária de Direito LTDA

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAMARGO, Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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

CARNELUTTI, Francesco. **O Delito**. São Paulo: PÉritas, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de.; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001.

CORREA, Teresa Aguado. **El Principio de la Proporcionalidad en Derecho Penal**. Madrid: Edelsa, 1999.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Editora RT, 1987.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Saraiva, 1980.

ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FELIPPE, Marco Sotelo. **Razão Jurídica e Dignidade Humana**. Ed. Max Limonad Ltda, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale**. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. v.2

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FREITAS, José Carlos Garcia de. **Fundamentação Natural e Moral das Obrigações**. Franca. 2002. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de História, Direito e Serviço Social. UNESP - Universidade Estadual Paulista.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal**

alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários do Código Penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal.** Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del Estado.** Buenos Aires: Depalma, 1980.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica;** tradução e apresentação de Luis Díez – Picazo. Madrid: Editora Civitas S.A, 1991.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal.** São Paulo: RT, 2000.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MANIGLIA, Mariana Bolliger. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro.** 2004. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de História e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2004.

MARIONI, L. G. N. **Novas Linhas do Processo Civil: o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 4^a. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTESQUIEU, **O Espírito da Leis**. São Paulo. 2^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de Conduta Diversa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NETO REZEK, Chade . **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. Franca: Lemos e Cruz, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A Vítima e o Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA ROCHA, L. O. de. O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle constitucional de normas penais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 772, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASTANA, Débora Regina. **O Princípio Constitucional da Individualização da Pena e sua Aplicação no Direito Penal Brasileiro**. 1997. Monografia (Iniciação científica) Faculdade de História, Direito e Serviço Social. UNESP - Universidade Estadual Paulista.

PEDRAZ PENALVA. **Constitución, jurisdición e proceso**. Madrid: Akal, 1990.

PENALVA, Ernesto Pedraz. **Constitución, Jurisdicción y Proceso**. Madrid: Akal, 1990.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**. São Paulo: RT, 1995.

QUEIROZ JUNIOR, Flávio. Sartre e Camus. **A Ética e suas implicações penais**. 1964. Tese (Especialização) Universidade de São Paulo. São Paulo.

REALE, Miguel. **Penas e Medidas de Segurança no Novo Código**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

REALE JR., Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: RT, 1998.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão. **Aplicação da Pena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais do Direito Penal**. 2. ed. Lisboa: Veja, 1993.

SECATTO, Osvaldo Antonio. **O Princípio da Proporcionalidade na Aplicação das Sanções aos Atos de Improbidade Administrativa**. 2003. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de História e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da pessoa Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, José Geraldo da e outros. **Leis Penais Especiais Anotadas**. Campinas: Ilennium, 2001.

SILVEIRA, Denis Coutinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

SOARES, Orlando. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

STEINMETZ, Wilson Antônio; **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da**

proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEVENSON, Oscar. **Da Exclusão do Crime.** São Paulo: Saraiva, 1941.

SUNDFELD, Carlos Ari; **Fundamentos de Direito Público.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. ,São Paulo: Saraiva, 1994.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal.** 6^a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VERGARA, Pedro. **Dos motivos determinantes no direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

2. Artigos

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, n. 35, p. 37-54, jul./ set. 2001.

BONCHRISTIANO, Ana Cristina Ribeiro. O princípio da culpabilidade como limite da pena. **Justitia.** São Paulo, v. 50, n. 141, p. 73, jan./ mar., 1998.

CALDEIRA, Adriano. O Princípio da Proporcionalidade. *In:* **Direito Penal e Constituição.** RIBEIRO, Maurício Antônio; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime – 2^a Parte: sobre a construção do tipo de culpa e os restantes pressupostos da punibilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, v. 1, n.1, p. 16-40, jan./mar. 1993.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Motivação da Sentença na Aplicação da Pena. **Revista Forense**, v. 227/15, p. 17-21, jul-set, 1969.

GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a Tríplice Função da Culpabilidade no Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 9, n. 107, out. 2001. Edição Especial.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e teoria do Delito. **Revista Jurídica Universidade de Franca**. Franca, v.03, n. 04, p. 196-209, mai. 2000.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da Pena: por uma Nova Atuação da Justiça Criminal. *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, V. 2, n.º. 6, p. 117-132, abr./jun. 1994.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Em Defesa da Culpabilidade. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 97, p. 14-15, dez. 2000.

MAGIONI, J. F. A teoria *fruits of the poisonous tree* e o princípio da proporcionalidade no processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, n. 10, ano 6, p. 171-173, jan-dez 2001.

MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.Br/profpito/oprincipiodaproporcionalidadegilmar.html>>. Acesso em: 19 de junho de 2005.

MENDES, Nelson Pizzotti. Individualização e Determinação Penal. **Justitia**. São Paulo, Ano. XL, v. 100, p. 184-196, 1.º Trimestre de 1978.

PELLEGRINO, Laércio. Vitimologia. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, n. 9-10, p. 55-60, jan./jun. 1973.

REZENDE, José Carlos. Princípio da Proporcionalidade. *In*: Princípio da Proporcionalidade. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, ano 6, n. 10, p. 134-135, jan./dez. 2001.

RIVACOBÁ, Manoel Rivacoba y. *Cuantificación de la Pena y Discricionaridad Judicial*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 7. p. 52-64, jul./dez. 1994.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento de Controle de Normas Penais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 772, p. 463-479, 2000.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 6, n. 56, abril 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>> Acesso em: 20 de junho de 2005.

ROXIN, Claus. A Culpabilidade como Critério Limitativo da Pena. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, v. 11/12, p. 7-20, jul./dez., 1973.

SHECÁRIA, Sérgio Salomão. Cálculo da Pena e o Dever de Motivar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 6, p. 161-170, abril /jun. de 1994.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Princípios Penais Constitucionais da Oportunidade, da Moralidade e da Proporcionalidade como Limitação ao Poder Punitivo do Estado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, p. 452-463, ago. 2002.

_____. O Conceito da Expressão “Culpabilidade” contido no art. 59 do Código Penal Brasileiro. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**. São Paulo, v. 13, n. 66, p. 9-14, jul., 1989.

SOUZA, C. A. P. de; SAMPAIO, P. R. P. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html>. Acesso em: 20 de junho de 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade e Problemática de Erro Jurídico Penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 517, p. 251-351, nov. 1978.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. La culpabilidad em el siglo XXI. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 28, p. 56-72, out./dez. 1999.

ZIFFER, Patrícia S. Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena. **Derecho peal y criminología**. Bogotá, v. 15, n. 51, p. 47-65, sept./dic., 1993.